

# ANEXO DE LECTURAS

# CURSO "EL DELITO DE FEMINICIDIO"

## UNIDAD I: TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO: GÉNERO Y DERECHO.

1) Frances Olsen, "El sexo del derecho". En: Identidad femenina y discurso jurídico, compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, págs. 25-42. Publicado en David Kairys (ed.), □e Politics of Law (Nueva York, Pantheon, 1990), pp. 452467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.

2) Tamar Pitch. Sexo y Género de y en el Derecho: El Feminismo Jurídico. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), pág. 435-459.

3) FACIO MONTEJO, Alda (1992). "Cuando el género suena cambios trae". Una metodología para el análisis de género en el fenómeno legal.1a. ed. San José, C.R.: ILANUD, pág. 62-114.

4) Ferrjoli, Luigi. Igualdad y Diferencia. En: Igualdad y Diferencia de Género. Colección Miradas 2. Luigi Ferrajoli y Miguel Carbonell. Consejo Nacional para prevenir la discriminación, México, pág. 7-33.

## UNIDAD I: TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO: GÉNERO Y DERECHO.

1) Frances Olsen, “El sexo del derecho”. En: Identidad femenina y discurso jurídico, compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, págs. 25-42. Publicado en David Kairys (ed.), Politics of Law (Nueva York, Pantheon, 1990), pp. 452467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 137

# El sexo del derecho*

Frances Olsen

**Sumario**

**I.** Los dualismos y el derecho. **1.1.** Sexualización. **1.2.** Jerarquización. **1.3.** El derecho como concepto masculino. **II.** Estrategias feministas. **2.1.** Rechazo de la sexualización. **2.2.** Rechazo de la jerarquización. **2.3.** "Androginia". **III.** Críticas feministas al derecho. **3.1.** Reformismo legal. **3.2.** El derecho como orden patriarcal. **3.3.** Teoría jurídica crítica. **IV.** Conclusión.

## I. Los dualismos y el derecho

Desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico, y tal vez desde los tiempos de Platón, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/par-

* Frances Olsen, "El sexo del derecho", en *Identidad femenina y discurso jurídico,* compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42. Publicado en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), pp. 452-467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 138



ticular. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos[1].

Tres características de este sistema de dualismos resultan importantes para la discusión que sigue. Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como "masculino" es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado "masculino" de los dualismos.

### 1.1. Sexualización

La división entre lo masculino y lo femenino ha sido crucial para este sistema dual del pensamiento. Los hombres se han identificado a sí mismos con un lado de los dualismos: con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular.

La identificación sexual de los dualismos posee elementos tanto descriptivos como normativos. A veces se dice que los hombres son racionales, activos, etc.; y otras veces se dirá que los hombres *deberían ser* racionales, activos, etc. De manera similar, a veces se considera que la aserción sobre las mujeres es descriptiva: las mujeres simplemente son irracionales, pasivas, sentimentales, etc. Mucha gente pensaba que esto era un hecho inmutable e inevitable acerca de las mujeres: que son incapaces de ser racionales, activas, etc. Pero también suele afirmarse que las mujeres *deberían* ser irracionales, pasivas y demás o, por lo menos, que ellas *no deberían* intentar ser racionales, activas, etc., sea porque

1. Véase Hélème Cixous, "Sorties", en E. Marks y 1. Courtivron (eds.), *New French Feminisms* (Nueva York, Schocken Books, 198\), pp. 90-91; J. Derrida, *Dissemination* (The University of Chicago Press, 1981); C. Christ, *Diving Deep and Surfacing* (Boston, Beacon Press, 1980), p. 25; J. Clegg, *The Structure of Plato's Philosophy* (Lewisberg, Bucknell University Press, 1977), pp. 18, 100-101, 188-191; F. Olsen, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform" (en *Harvard Law Review,* 96, 497, pp. 1570-1576, 1983); G. Frug, "The City as a Legal Concept" (en *Harvard Law Review,* 93, pp. 1057, 1057, 1980).

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 139



es importante que las mujeres sean diferentes de los hombres o porque lo irracional, pasivo, etc., son rasgos positivos cuando se aplican a las mujeres.

### 1.2. Jerarquización

El sistema de los dualismos es un sistema de jerarquías. Los dualismos no sólo dividen el mundo entre dos términos sino que estos términos están colocados en un orden jerárquico. Del mismo modo en que los hombres han dominado y definido tradicionalmente a las mujeres, un lado de los dualismos domina y define al otro. Así, lo irracional se define como la ausencia de lo racional; lo pasivo es el fracaso de lo activo; el pensamiento es más importante que el sentimiento; la razón tiene prioridad sobre la emoción. Esta jerarquía ha sido algo oscurecida por una glorificación compleja -y a menudo poco sincera- acerca de las mujeres y lo femenino. Los hombres han oprimido y explotado a las mujeres en el "mundo real", pero también han colocado a las mujeres en un pedestal, situándolas en un mundo de fantasía. Los hombres exaltan y degradan simultáneamente a las mujeres, como también exaltan y degradan simultáneamente los conceptos del lado "femenino" de los dualismos. La naturaleza, por ejemplo, es glorificada como algo respetable, como un valioso objeto de conquista por parte de héroes masculinos, y simultáneamente es degradada como una materia inerte, y es explotada y manipulada de acuerdo con los propósitos de los hombres. De modo similar, la sensibilidad y la subjetividad irracionales son al mismo tiempo glorificadas y denigradas. Por más que se quiera romantizar las virtudes propias de las mujeres, la mayoría de la gente aún cree que lo racional es mejor que lo irracional, la objetividad es mejor que la subjetividad, y que ser abstracto y universal es mejor que ser concreto y particular. De todas maneras, la cuestión es más compleja porque nadie quiere *eliminar* realmente del mundo de forma total lo irracional, lo pasivo, etc. Pero generalmente los hombres quieren tomar distancia de estos rasgos y pretenden que las mujeres sean las irracionales, pasivas, etc. Para las mujeres, esta glorificación del lado "femenino" de los dualismos resulta hipócrita.

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 140



### 1.3. El derecho como concepto masculino

Se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y "masculinos" de los dualismos. Aunque la ''justicia" sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho *no* es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres.

Las prácticas sociales, políticas e intelectuales que constituyen el derecho fueron, durante muchos años, llevadas a cabo casi exclusivamente por hombres. Dado que las mujeres fueron por largo tiempo excluidas de las prácticas jurídicas, no sorprende que los rasgos asociados con las mujeres no sean muy valorados en el derecho. Por otra parte –en una especie de círculo vicioso–, se considera que el derecho es racional y objetivo, entre otras cosas, porque es valorado y, a su vez, es tan valorado porque se lo considera racional y objetivo.

Los desafíos más interesantes y prometedores contra este sistema dominante de pensamiento son aquellos hechos por las feministas. Las críticas feministas del derecho encierran una analogía muy estrecha con las críticas feministas sobre el dominio masculino en general, y las actitudes contestatarias con las que varias feministas han enfrentado el derecho pueden comprenderse mejor cuando son observadas desde un contexto más amplio.

## II. Estrategias feministas

Las estrategias feministas para atacar el sistema dual dominante pueden dividirse en tres amplias categorías. La *primera categoría* está compuesta por estrategias que se oponen a la sexualización de los dualismos y que luchan por identificar a las mujeres con el lado favorecido –con lo racional, activo, etc.–. Las estrategias de la *segunda categoría* rechazan la jerarquía que los hombres han establecido entre los dos lados de los dualismos. Esta segunda categoría acepta la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc., pero afirma el valor de estos rasgos: se trataría de rasgos tan buenos o mejores que lo racional, activo, etc. La *tercera categoría* rechaza tanto la sexualización como la jerarquización de los dualismos. Las estrategias de esta tercera cate-

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 141



goría cuestionan y rompen con las diferencias que se sostiene existen entre los hombres y las mujeres, y a la vez niegan la jerarquía de lo racional, activo, etc., por sobre lo irracional, pasivo, etc. Racional e irracional, activo y pasivo y demás términos no son polos opuestos y no pueden dividir –y de hecho no dividen– el mundo en esferas contrastantes.

### 2.1. Rechazo de la sexualización

Las estrategias que rechazan la sexualización de los dualismos mantienen ciertas coincidencias con la ideología dominante, dado que aceptan la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, activo sobre pasivo, etc. Se diferencian de la ideología dominante en el hecho de que no admiten la aseveración normativa de que las mujeres *deberían ser* –o seguir siendo– irracionales, pasivas, etc., rechazando principalmente la aserción descriptiva de que las mujeres son irracionales, pasivas, etc. De modo aún más firme, se oponen a la idea de que las mujeres no pueden evitar ser irracionales, pasivas, etcétera.

Esta estrategia es ilustrada por un ensayo escrito en 1851 por Harriet Taylor Mill. Mill criticó la afirmación de que las mujeres sean natural o universalmente inferiores a los hombres, y sostuvo que cada individuo –mujer u hombre– debería ser libre para desarrollar sus propias habilidades del mejor modo posible "para demostrar sus capacidades a través de una prueba pública (*by trial*)". Según Mill, ''la esfera apropiada para todos los seres humanos es la más amplia y la más distinguida que puedan alcanzar"[2].

Harriet Taylor Mill rechaza la sexualización de los dualismos y, sin embargo, acepta la jerarquía de los rasgos colocados en primer término sobre los segundos. Utiliza "racional" como digno de aprecio e "irracional" como un término despreciable, y afirma que "la razón y los principios" –y no el "sentimentalismo"– ofrecen el apoyo más fuerte para la emancipación de las mujeres. Niega que las mujeres sean inherentemente irracionales, pasivas, etc., y cree que las causas que tienden a hacer que se vean así son la educación y la forma de vida que las mujeres se ven obligadas a llevar. Mill dice

2. H. T. Mili, "Enfranchisement of Women", en J.S. Mili y H.T. Mill, *Essays on Sex Equality,* ed. A. Rossi (University of Chicago Press, 1970), pp. 89, pp. 100-101; M. Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of woman* (Londres, J. Jonson, 1972), pp. 49-92.

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 142



que esto es "una injusticia para el individuo y un daño para la sociedad". Negar a las mujeres la oportunidad de desarrollarse hasta su más alto potencial es una manera efectiva de impedir que sean racionales, activas, etc. "Si no se permite ejercer ciertas cualidades, éstas no deberían existir." Harriet Taylor Mill descartó como "absurdos" los esfuerzos de algunas feministas de desafiar la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, activo sobre pasivo, etc. "Lo que se pretende para las mujeres son derechos iguales, igual acceso a todos los privilegios sociales, no una posición aparte, una especie de clero sentimental"[3].

Esta actitud en relación con la igualdad de las mujeres es abiertamente sostenida en nuestros días. Muchas feministas y la mayoría de los liberales creen que los roles del sexo deberían ser una cuestión de elección del individuo. Cuando los individuos actúan racional y razonablemente, deberían ser tratados conforme a esa actuación. Si los hombres o las mujeres eligen ser irracionales, pasivos y demás, no pueden esperar ser tratados de la misma manera. Además, si las mujeres no quieren criar y educar a sus hijos, no deberían hacerlo, y si los hombres desean criarlos, deberían ser libres para cumplir esa decisión.

Hay más en esta categoría que una simple indiferencia frente al sexo. Lo que se afirma es que las mujeres *han sido entrenadas* para ser irracionales y pasivas, y que ese entrenamiento debería ser revertido. Las acciones afirmativas o positivas a favor de las mujeres, el abandono de la indiferencia frente al sexo, pueden ser justificadas y respaldadas como un método para neutralizar años de enseñanza en los que se formó a las mujeres para ser irracionales, pasivas, etc. Una crítica diferente es que las mujeres ya son racionales, activas y demás, pero no se reconoce que lo son. Las acciones afirmativas pueden ser justificadas y respaldadas, en esta perspectiva, como técnicas para revertir opiniones incorrectas y anticipadas acerca de la irracionalidad, pasividad, etc., de las mujeres. Lo que sostienen estas estrategias no es que el género deba ser ignorado sino que las mujeres son o deberían ser racionales, activas, etcétera[4].

Bajo estas estrategias, la igualdad –o tratamiento igualitario– es para las mujeres la meta final. El tratamiento igualitario para las mujeres también es propuesto como norma general, mientras que las políticas sobre la "concien-

3. H. T. Mili, ob. cit., pp. 101 Y 120; M. Wollstonecraft, ob. cit.

4. Véase F. Olsen, ob. cit., p. 1549-1550.

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 143



cia de género" (*gender-conscious policies*) son vistas como un abandono limitado de esta norma –como una excepción que puede justificarse para enfrentar y corregir la desigualdad–. El resultado de esas políticas de "conciencia de género", de acuerdo con sus defensoras, debería ser el de asegurar a las mujeres el mismo poder y prestigio del que gozan los hombres, y el de permitir que las mujeres sean –y que esto se les reconozca– tan racionales, activas, etc., como son los hombres (lo cual, por supuesto, sucede menos de lo que los hombres dicen que sucede).

### 2.1. Rechazo de la jerarquización

La segunda serie de estrategias rechaza la jerarquía de los primeros rasgos sobre los segundos pero acepta la sexualización. Estas estrategias se parecen a la ideología dominante en que aceptan en general la afirmación de que los hombres y las mujeres son diferentes –que los hombres son racionales, activos, etc., y que las mujeres son irracionales, pasivas, etc.–. Tienden también a seleccionar, para describir los mismos rasgos, adjetivos alternativos que tengan menor carga valorativa o que estén cargados en la dirección opuesta: racionalista/espontáneo; agresivo/receptivo, etcétera.

Durante el siglo XIX y principios del XX, el principal objeto de denuncia del movimiento de las mujeres fue la exclusión de éstas del ámbito público y la negación a la mujer de igualdad de oportunidades. Estas denuncias fueron sostenidas principalmente por estrategias de la primera categoría (estrategias que rechazaban la sexualización de los dualismos) más que por estrategias de la segunda categoría (estrategias que rechazaban la jerarquía). La principal excepción fue el movimiento por la pureza social y otras reformas morales.

En general, los movimientos de reforma social liderados por feministas rechazaron la jerarquización de los dualismos y aceptaron su sexualización. Las reformadoras sostenían que las mujeres son moralmente superiores a los hombres y, en este sentido, que tienen una misión especial en la mejora de la sociedad. Muchas de estas reformadoras tenían la esperanza de que los hombres adoptaran más virtudes femeninas –especialmente la continencia sexual–, pero básicamente aceptaban los dualismos, aceptaban la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc. y, en general, se resignaban a la imposibilidad de un cambio mayor por parte de los hombres. Su esfuerzo

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 144



principal no consistía en transformar o abolir los dualismos sino en forzar una revalorización de lo irracional, pasivo, etcétera[5].

Charlotte Perkins Gilman, una temprana feminista que criticó rigurosamente muchos de los rasgos predominantes entre las mujeres de fin del siglo pasado, escribió sin embargo una elocuente reivindicación del lado desvalorizado de los dualismos. La novela *Herland* describe una utopía feminista en un escenario geográficamente aislado, luego de que los hombres se hubieran matado entre sí como consecuencia de una guerra. Gilman describe brevemente un milagroso y poco plausible cambio hacia la reproducción asexuada, para lograr así una descripción acerca de cómo funcionaría una sociedad compuesta sólo por mujeres. A pesar de que las mujeres de Gilman son más fuertes y más capaces de lo que el estereotipo estándar de su época hubiera permitido, y a pesar de que se observan en la novela sobretonos andróginos, el mensaje principal del libro es la ruptura e inversión parcial de la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, lo activo sobre lo pasivo, etcétera[6].

Un grupo de feministas modernas ha continuado esta idea de la ruptura e inversión parcial de la jerarquía. Hablar de la "psicología de la mujer", la "imaginación" y el "lenguaje común de las mujeres" es popular hoy en día[7]. La distinción entre la estrategia que rechaza la jerarquización y acepta la sexualización de los dualismos por un lado y, por otro, la estrategia de la "androginia", que rechaza la propia estructura de los dualismos, ha comenzado a disolverse.

Tomar en cuenta la experiencia femenina y la cultura, la psicología, la imaginación o el lenguaje de las mujeres, puede ser una forma de recuperar aquello que ha sido excluido u oscurecido por la cultura dominante, pero también puede conllevar la aceptación de la sexualización de los dualismos. Revertir o invertir la jerarquía entre lo racional y lo irracional, lo activo y lo

5. Véase Barbara Easton, "Feminism and the Contemporary Family", en N. Cott y E. Pleck (eds.), *A Heritage of Her Own* (Nueva York, Simon & Schuster, 1979), pp. 555-557; N. Cott y E. Pleck, Introduction, en ob. cit., p. 11; K. Melder, *Beginnings of Sisterhood* (Nueva York, Schocken Books, 1977), p. 53; Judith Walkowitz, "The Politics of Prostitution" (en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, VI, 1980, reeditado en C. Stimpson y E. Person [eds.l, *Women: Sex and Sexuality* [Nueva York, Simon & Schuster, 1980]), p. 145.

6. Véase C. Gilman, *Herland* (Nueva York, Pantheon Books, 1979).

7. Véase C. Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge, Harvard University Press, 1982); P. Spacks, *The Female Imagination* (Nueva York, Knopf, 1975); A. Rich, "Origins and History ofConsciousness" (en *The Dream of a Common Language: Poems,* 1974-1977, Nueva York, Norton, 1978), p. 7.

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 145



pasivo, etc., podría simplemente reforzar los dualismos y en última instancia mantener los valores dominantes. Por otro lado, tal reversión podrá en algunas ocasiones constituir la forma más efectiva de subvertir los dualismos[8]. Además, una autora puede pretender seguir una estrategia en su obra y ser utilizada por los lectores para apoyar otra. A pesar de que algunas autoras articulan un claro apoyo al mantenimiento de los papeles sexuales[9], en otros casos la ruptura de la jerarquización de los dualismos puede o no pretender romper con la sexualización de los dualismos o bien deshacerse de los propios dualismos. Cuando ésta es la intención, yo clasificaría la estrategia en la tercera categoría, la "androginia".

### 2.3. "Androginia"

Es posible atacar al mismo tiempo tanto la sexualización como la jerarquización. Los hombres no son más racionales, objetivos y universales que las mujeres, ni es particularmente admirable ser racional, objetivo y universal, al menos en los términos en los que la ideología dominante masculina ha definido estas ideas. A través de los años, varias feministas han tratado de adoptar una actitud crítica en relación con las pretensiones de dominio masculino. El rechazo tanto de la sexualización de los dualismos como de la jerarquización establecida entre los dos lados de los dualismos es a menudo acompañado por un rechazo de todos los dualismos y una ruptura de los papeles sexuales convencionales.

Durante la segunda mitad del siglo XIX hubo un significativo apoyo a la propuesta de moderar las expectativas puestas sobre los papeles sexuales de los hombres y mujeres. William Leach, en su estudio del feminismo en el siglo XIX, afirma que "todas las feministas creían que sólo los hombres y mujeres fuertes, independientes, pero también tiernos, que combinaran en su naturaleza las mejores virtudes de ambos sexos, podían ser buenos cónyuges y buenos padres". Sólo los "hombres y mujeres simétricamente desarrollados" eran considerados "seres humanos completos"[10].

8. Véase Drucilla Cornell y Aclam Thurschwell, "Feminity, Negativity, Intersubjectivity", en Seyla Benhabib y Drucilla Cornell, *Feminism as Critique* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987); C. Christ, ob. cit., pp. 26, 130.
9. Véase, por ejemplo, EIshtain, "Against Anclrogyny" (en *Telos,* 47,1981), p. 5.
10. W. Leach, *True Love and Perfect Union* (Nueva York, Basic Books, 1980), p. 32.

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 146



El renacimiento del movimiento de las mujeres ha traído nuevamente estas ideas al discurso popular. Algunas feministas sostienen que las mujeres son y deben ser racionales e irracionales, objetivas y subjetivas, abstractas y concretas, universales y particulares. Desde hace no mucho tiempo, mujeres influidas por el pensamiento posmoderno, y especialmente por algunos movimientos desconstructivistas, han comenzado a cuestionar las dicotomías básicas.

Esta estrategia desafía el límite entre los dos términos en cada uno de los dualismos, poniendo en duda la oposición directa entre ellos y negando sus separaciones. Ser irracional es racional y la objetividad es necesariamente subjetiva[11].

## III. Críticas feministas al derecho

Las críticas feministas al derecho se dividen en tres grandes categorías, conforme a las tres categorías de las estrategias feministas que atacan el dominio masculino en general. La ideología dominante sostiene que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal y que lo racional es mejor que lo irracional, lo objetivo es mejor que lo subjetivo, etc. La primera categoría consiste en aquellas críticas que atacan la afirmación de que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, mientras que están de acuerdo con que lo racional, objetivo, etc., es mejor que 10 irracional, subjetivo, etc. Estas feministas sostienen que el derecho debería ser racional, objetivo y universal y luchan para beneficiar a las mujeres, tratando de hacer que el derecho recoja sus reclamos y se torne así realmente racional, objetivo y universal. Las críticas de la segunda categoría aceptan que el derecho es racional, objetivo y universal pero rechazan la jerarquía de los dualismos. Las feministas que mantienen este punto de vista caracterizan el derecho como masculino y patriarcal y, en este sentido, ideológicamente opresivo hacia las mujeres. La tercera categoría de las críticas rechaza tanto la caracterización

11. Véase F. Olsen, ob. cit., pp. 1577-1578; C. Heilbrun, *Towards a Recognition of Androgyny* (Nueva York, Harper & Row, 1973); E. Cook, *Psychological Androgyny* (Nueva York, Pergamon Press, 1985); W. O'Flaherty, *Women, Androgyness, and Other Mythical Beasts* (The University of Chicago Press, 1980).

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 147



del derecho como racional, objetivo, abstracto y universal, como la jerarquización de lo racional sobre lo irracional, objetivo sobre lo subjetivo, etc. Tal derecho no es ni puede ser racional, objetivo, abstracto y universal. Una vez más, de acuerdo con esta tendencia feminista, racional e irracional, activo y pasivo, no son polos opuestos ni dividen ni pueden dividir el mundo en esferas contrastantes.

### 3.1. Reformismo legal

La primera categoría de las críticas cuestiona la exactitud de la afirmación de que el derecho es racional, objetivo y universal. Acepta la noción de que el derecho debería ser racional, objetivo y universal, pero denuncia los modos en los que fracasa en esta aspiración cuando se ocupa de las mujeres. En particular, las reformadoras feministas denuncian que las leyes que niegan derechos a las mujeres –o que de alguna manera lesionan a las mujeres– son irracionales, subjetivas y no universales. Ésta ha sido la estrategia feminista legal más importante, y es el soporte teórico de todo el movimiento por los derechos de la mujer. Incluye un amplio espectro de argumentos para efectuar reformas legales, desde la pretensión de que el sexo resulte indiferente como criterio legal hasta la idea de que –para ser "verdaderamente neutral"– el derecho debe tener en cuenta la actual subordinación de las mujeres y elaborar normas cuidadosamente diseñadas para rectificar y superar esta injusta desigualdad. Cada uno de estos argumentos identifica un aspecto diferente del derecho y denuncia su fracaso en el intento de ser racional, objetivo y universal.

**Denuncia de los casos de denegación de la igualdad formal.** Durante muchos años, las feministas se han quejado de que el derecho establece distinciones irracionales entre hombres y mujeres. De acuerdo con estas críticas, el derecho debería ser racional y objetivo, y para ello debería tratar a las mujeres de la misma forma como trata a los hombres. Este argumento ha sido a menudo exitoso: los jueces han declarado, por ejemplo, la inconstitucionalidad de leyes que establecían preferencias por los hombres sobre las mujeres, o que establecían que los padres debían mantener a sus hijas hasta una edad menor que a sus hijos, o bien de leyes que fijaban diferentes

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 148



edades –según se tratara de hombres y mujeres– para autorizar la compra de bebidas alcohólicas, etcétera[12].

Las feministas también han sostenido con éxito que las leyes deberían prohibir a empleadores, escuelas y otros importantes actores sociales discriminar a las mujeres. Estas leyes han sido sancionadas y se han generalizado en parte por la insistencia feminista en que el derecho trate con igualdad jurídica formal a hombres y mujeres –que el derecho sea realmente racional, objetivo y universal–.

**Denuncia de los casos de denegación de la igualdad sustancial.** Para alcanzar como resultado una igualdad sustancial, puede ser necesario para el derecho tener en cuenta las diferencias que existen entre la gente y consecuentemente abandonar la igualdad legal formal. En este sentido, en algunos casos habrá conflicto entre las feministas que buscan la igualdad formal –"tratamiento igualitario"– y aquellas que demandan la igualdad sustancial, a veces a través de un "tratamiento especial". El debate entre "tratamiento igualitario" versus "tratamiento especial" tiene lugar *dentro* de esta misma amplia categoría de crítica legal. Ambas posiciones coincidieron en que el derecho debe ser más racional, objetivo y universal, sólo que no coinciden sobre el resultado particular al que deben traducirse estos rasgos en un caso concreto. Las feministas que abogan por el "tratamiento especial" reclaman un resultado verdaderamente neutro y denuncian la falsedad de ciertas instancias de la igualdad formal, calificándolas de "seudoneutralidad"[13].

**Denuncias sobre la existencia de modelos "asimilacionistas" o "masculinos".** Otra de las bases de la crítica feminista destinada a demostrar que el derecho no es verdaderamente racional, objetivo y universal es que en la actualidad la igualdad se juzga comparando a las mujeres con los hombres. Para fundar una demanda por discriminación, una mujer tiene que demostrar que es tratada peor de lo que se hubiera tratado a un hombre. Esto significa que las normas sobre discriminación sexual operan sobre un modelo

12. Véase *Reed v. Reed,* 404 U.S. 71 (1971); *Stanton v. Stanton,* 421 U.S. 7 (1975); *Craig versus Boren,* 429 U.S. 190 (1976).
13. Véase F. Olsen, "Frorn False Paternalism to False Equality: Judical Assaults on Feminist Community, Illinois 1869-1895", *Michigan Law Review,* 84, pp. 1518-1520, 1541 (1986).

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 149



"asimilacionista" o "masculino"[14]. Las normas sobre discriminación sexual sólo sirven para permitir que aquellas mujeres que eligen actuar como lo hacen los hombres reciban las mismas recompensas que reciben los hombres –es decir, facilitan la primera estrategia feminista, la que rechaza la sexualización de los dualismos–. Cuando el derecho elige apoyar esta estrategia feminista en lugar de otra, no es racional y objetivo. Las normas antidiscriminatorias podrían requerir, por ejemplo, que el trabajo sea estructurado de manera tal que los trabajadores puedan dedicar períodos significativos de tiempo al cuidado de sus hijos sin perjudicar sus ingresos o carreras, o podría requerir la noción de "valor comparable", es decir, que los trabajos –incluido el cuidado de los hijos– sean remunerados de acuerdo con la habilidad y responsabilidad que suponen[15].

**Denuncia de la exclusión del derecho de la esfera doméstica.** Las feministas señalan que el derecho "ha estado claramente ausente de la esfera doméstica"[16], y que esto ha contribuido a consolidar la subordinación de las mujeres. En un nivel práctico, deja a las esposas sin defensa frente a la dominación de sus maridos y, en un nivel ideológico, "desvaloriza a las mujeres y sus funciones". Las actividades importantes de nuestra sociedad son reguladas por el derecho, y cuando éste mantiene una postura o posición de "no intervención", esto implica que "las mujeres simplemente no son tan importantes para que sean dignas de regulación legal". El aislamiento de la esfera de las mujeres transmite un mensaje importante: "En nuestra sociedad, el derecho es para los negocios y otros asuntos importantes. El hecho de que el derecho en general tenga tan poca conexión con las preocupaciones cotidianas de la mujer refleja y subraya su insignificancia". De esta forma, una vez más el derecho fracasa en su intención de ser verdaderamente racional, objetivo y universal.

14. Véase C. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (New Haven, Yale University Press, 1979), pp. 144-146.

15 Véase M. J. Frug, "Securing Job Equality for Women: Labor Market Hostility to Working Mothers" (en *Boston University Law Review,* 55, 1979).

16 Véase Taub y Schneider, "Women's Subordination and the Role of Law", en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), p. 151; Kathryn Powers, "Sex, Segregation, and the Ambivalent Directions of Sex Discrimination Law" (en *Wisconsin Law Review,* 55, 1979).

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 150



Debería hacerse una distinción entre esta descripción de parte de la ideología y el cuadro más complejo de ideas y de la realidad. La historia de las políticas de *laissez-faire* en relación con la vida doméstica es considerablemente más compleja de lo que esta descripción sugiere. El derecho ha regulado la vida familiar durante siglos, directa e indirectamente. Las normas han reforzado también la dicotomía entre el hogar "privado" y el mercado "público", y lo han hecho de manera particularmente destructiva para las mujeres[17].

### 3.2. El derecho como orden patriarcal

La segunda categoría de las críticas feministas del derecho acepta la afirmación descriptiva de que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, pero rechaza la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, de lo objetivo sobre lo subjetivo, etc. Estas feministas identifican el derecho como parte de la estructura de dominación masculina, caracterizan lo racional, objetivo, etc., como "patriarcal", y acusan al derecho de ser, por esto, ideológicamente opresivo hacia las mujeres. Dicen que el sistema legal tiene una "masculinidad penetrante". "Toda la estructura del derecho –su organización jerárquica, su estructura procesal litigiosa y adversarial y su regular inclinación en favor de la racionalidad por encima de todos los otros valores– lo define como una institución fundamentalmente patriarcal"[18].

Janet Rifkin afirmó que el derecho es un "paradigma de masculinidad" y "el símbolo fundamental de la autoridad masculina en la sociedad patriarcal"[19]. Catherine MacKinnon coincide con la idea de que el derecho es masculino. La objetividad es una norma masculina, además de constituir la imagen que el derecho proyecta de sí mismo. Por esta razón, el derecho "no sólo refleja una sociedad en la que los hombres dominan a las mujeres sino que las dominan de modo masculino"[20].

17 Véase F. Olsen, ob. cit., pp. 1501-1507; F. Olsen, "The Myth of State Intervention in the Family" (en *University of Michigan Journal af Law Reform,* 18, p. 835, 1985).

18 D. Polan, "Toward a Theory of Law and Patriarchy", en D. Kairys (ed.), *The Politics of Law,* 1ª ed. (Nueva York, Pantheon Books, 1982), pp. 294, 300, 302.

19 J. Rifkin, "Toward a Theory ofLaw and Patriarchy" (en *Harvard Women's Law Journal, 3, 1980,* pp. 83, 84, 87, 88, 92.

20 C. MacKinnon, "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence" (en *Signs: Journal of Women in Culture and Society,* VIII, 1983), pp. 635 y 645.

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 151



Esta concepción del derecho conduce a una visión mucho menos optimista sobre las posibilidades de reforma legal. MacKinnon escribe que "el derecho refuerza más las distribuciones de poder existentes cuanto más cercanamente se adhiere a su propio ideal supremo de justicia". Diane Polan advierte que en la medida en que las mujeres articulen su pensamiento en términos de "igualdad de derechos" e "igualdad de oportunidades" y limiten su lucha al litigio judicial y al *lobby,* otorgan aprobación tácita al orden social existente y "abandonan la batalla" por lograr más desafíos radicales a la sociedad. El litigio judicial y las propuestas legislativas sólo pueden ser efectivos, afirma Polan, "cuando son emprendidos en un contexto de cambios económicos, sociales y culturales más amplios". Rifkin va más allá en la cuestión. Sostiene que el litigio judicial "no puede conducir a cambios sociales porque, al sostener y confiar en el paradigma del derecho, el paradigma patriarcal se mantiene y se refuerza". Para eliminar el patriarcado, es necesario "desafiar y transformar" el "paradigma del poder masculino en el derecho".

### 3.3. Teoría jurídica crítica

La tercera categoría de las críticas feministas del derecho rechaza la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, de lo objetivo sobre lo subjetivo, etc., y niega que aquél sea o pueda ser racional, objetivo, abstracto y universal. Las feministas que adhieren a esta tercera categoría –denominada "teoría jurídica crítica feminista"– están en parte de acuerdo y en parte en desacuerdo con las dos primeras categorías de críticas.

Estas feministas no menosprecian los beneficios obtenidos a través de reformas legales feministas en nombre de los derechos de las mujeres, pero resultan poco convencidas por la creencia de que la teoría jurídica abstracta cumple algún rol en la obtención de estos beneficios. El razonamiento jurídico y las batallas judiciales no son tajantemente distinguibles del razonamiento moral y político y de las batallas morales y políticas.

De igual modo, las feministas que adhieren a la teoría jurídica crítica coinciden con las feministas que definen el derecho como "patriarcal" en la afirmación de que el derecho es con frecuencia opresivo para las mujeres. Sin embargo, están en desacuerdo en que el derecho sea masculino: el derecho no tiene una esencia o naturaleza inmutable, es una forma de actividad humana,

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 152



una práctica llevada a cabo por gente. Las personas que lo practican son predominantemente hombres, y muchos de ellos ofrecen descripciones sobre su actividad que no son ni podrían ser verdaderas. Si bien es verdad que el derecho ha sido dominado por los hombres, los rasgos asociados a las mujeres sólo han sido oscurecidos, no eliminados. El derecho no es masculino. El derecho no es racional, objetivo, abstracto y universal. Es tan irracional, subjetivo, concreto y particular como racional, objetivo, abstracto y universal.

El derecho en conjunto no se corresponde completamente con ninguno de los lados de los dualismos. El derecho no es universal, racional y objetivo y, conforme a lo que creemos, jamás podrá serlo.

La afirmación de que el derecho es universal se basa en la creencia de que consiste en unas pocas normas o principios generales, y que éstos proporcionan fundamentos básicos para resolver casos particulares. Pero en lugar de esto, el derecho está en realidad formado por la acumulación de gran cantidad de normas específicas y algunos principios muy generales. Las normas son demasiado específicas, precisas y contextuales para considerarlas universales. La existencia de estas normas es lo que da al derecho el grado de "predecibilidad" que posee, pero son demasiado particulares: cada norma cubre muy pocos casos para hacer que el derecho sea *universal.* Por ejemplo, en la actualidad hay una norma que establece que los Estados pueden sancionar leyes sobre estupro diferenciadas según el género o el sexo para reducir la incidencia de los embarazos de las adolescentes, y hay otra norma que establece que la emancipación por mayoría de edad no puede estar basada en el género o en el sexo. En el caso "Michael M. versus Sonoma County"[21], la Corte Suprema [de Estados Unidos] aceptó la validez de una norma sobre estupro que establecía diferencias según el sexo que, de acuerdo con la Corte Suprema de California, fue sancionada para reducir la incidencia de embarazos de adolescentes. En el caso "Stanton versus Stanton"[22], la Corte Suprema declaró que una ley del Estado de Utah –que establecía que el padre debía mantener a su hijo hasta los veintiún años pero podía dejar de mantener a su hija a los dieciocho años– era inconstitucional. Lo que quiero decir no es que estas dos normas estén en conflicto ni que las soluciones de los casos no puedan conciliarse. Más bien, cada una de ellas se aplica a muy pocas circunstancias

21 450 U.S. 464 (1981).

22 421 U.S. 7 (1975).

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 153



para proporcionar una respuesta universal a la cuestión de cuándo pueden los Estados sancionar leyes basadas en el género.

Los principios o estándares, por otra parte, son demasiado vagos e indeterminados para resolver casos. En cualquier caso interesante que se disputa pueden encontrarse al menos dos principios amplios y generales, diferentes entre sí, que podrían aplicarse y conducir a resultados distintos. Por ejemplo, el principio de "no intervención" en la familia a menudo ofrecerá un resultado, mientras que el principio de protección de los menores ofrecerá el resultado opuesto. Así como las normas se aplican a muy pocos casos, los principios se aplican a demasiados. El sistema legal fluctúa en su fundamento entre normas y principios, pero su aspiración de ser universal jamás se ha concretado. El derecho no es más abstracto y universal que personalizado y contextual.

El derecho tampoco es racional. Los esfuerzos de las feministas por desarrollar una elaboración racional de derechos igualitarios para los seres humanos destinada a lograr derechos para las mujeres no han funcionado y no funcionarán. Los conflictos clásicos entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados, entre derechos naturales y derechos positivos y entre "derechos considerados como garantía de seguridad" y "derechos considerados como garantía de libertad" transforman el análisis jurídico en un instrumento incapaz de resolver ningún conflicto significativo[23]. Más específicamente, si una solución protege la libertad de acción del actor, el resultado opuesto protege la seguridad del demandado. Si una solución protege la igualdad formal de tratamiento de la mujer, su derecho a la igualdad sustancial requeriría un resultado diferente. Ésta es la razón por la cual, por ejemplo, las feministas se dividen en posiciones opuestas en el caso "California Federal versus Guerra"[24]. Algunas feministas afirman que la igualdad formal requiere que el derecho trate el embarazo del mismo modo que a cualquier otra incapacidad temporal, mientras que otras feministas sostienen que la igualdad sustancial requiere que las mujeres puedan dar nacimiento a sus hijos sin perder sus

23. Véase F. Olsen, "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis" (en *Texas Law Review,* 63, 391, 1984); J. Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence frorn Bentham to Hohfeld" (en *Wisconsin Law Review,* 975, 1982); D. Kennedy, "The Structure of Blackstone's Commentaries" (Buffalo Law Review, 205, 1979); O. W. Holrnes, "Privilege, Malice, and Intent" (en *Harvard Law Review,* 1, 1894).

24. 107 S.Ct. 683 (1987).

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 154



trabajos –aunque no se justificara ninguna otra ausencia temporal en el trabajo–. En consecuencia, algunas feministas afirman que las mujeres deberían insistir sobre la igualdad formal y rechazar cualquier forma de licencia especial por maternidad; mientras que otras feministas argumentan que las mujeres que trabajan necesitan una adecuada licencia por maternidad, aunque no se otorgue ninguna licencia similar a los hombres o a otras personas que no están embarazadas. El derecho no proporciona ningún fundamento *racional* para elegir qué derecho reconocer y proteger en cada caso particular. El análisis jurídico no puede resolver estos conflictos y no hace más que reexpresarlos en forma distinta y, en todo caso, más oscura.

Finalmente, el derecho no es objetivo. La idea de que el derecho es objetivo es refutada por el gradual reconocimiento de que las cuestiones políticas aparecen en todas partes. Cada vez que se hace una elección, cada decisión legal, que no sea tan obvia o tan simple que no genere controversia, se basa en razones políticas, que por definición no pueden ser objetivas. En este sentido, es simplemente un error decir que el derecho es o podría ser racional, universal y objetivo. El derecho no coincide con un único lado de los dualismos.

Algunas veces la teoría legal dominante reconoce que el derecho no es universal, racional y objetivo. La ideología dominante reconoce los comúnmente llamados "rasgos femeninos" –y de hecho los celebra– pero sólo en la periferia o en su propia "esfera separada". Por ejemplo, el derecho de familia puede ser subjetivo, con textual y personalizado, pero se supone que el derecho comercial es universal, racional y objetivo. Igualmente, se supone que los principios generales del derecho son universales, racionales y objetivos, aunque puede haber excepciones minoritarias y doctrinas que permitan alguna influencia de lo subjetivo, concreto y particular. Para las feministas es importante corregir esta percepción equívoca, disolver los guetos del derecho y mostrar que no se puede excluir lo particular, irracional y subjetivo de ningún ámbito del derecho.

Una forma a través de la cual la ideología dominante hace que el derecho aparezca como universal, racional y objetivo es expulsando hacia la periferia del derecho aquellas áreas supuestamente teñidas por principios inasibles y discrecionales –áreas como el derecho de familia, las normas que rigen las relaciones entre administrador de una herencia y beneficiario y en general las relaciones entre representante y representado–. Se presentan los problemas centrales y las áreas más importantes del derecho como universales, racionales

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 155



y objetivos. Podemos mostrar, sin embargo, que aunque se las deje de lado, áreas tales como el derecho de familia o las normas sobre administración de bienes ajenos, representación y mandato, influyen sobre el resto del derecho, incluyendo aquellos ámbitos que se suponía eran el bastión de lo que se conoce como "principios masculinos del derecho". Por ejemplo, la ideología del mercado depende de la ideología de la familia, y el derecho comercial sólo puede entenderse adecuadamente si se reconoce la interrelación entre éste y el derecho de familia[25].

Otra técnica por la cual la ideología dominante hace aparecer el derecho como universal, racional y objetivo es separando cada área entre, por un lado, una serie de normas básicas o un "centro" masculino que sería universal, racional y objetivo y, por otro lado, una periferia de excepciones, que pueden contener elementos irracionales y subjetivos. Por ejemplo, el derecho contractual es atemperado por excepciones subjetivas, variables o altruistas, como los principios sobre responsabilidad precontractual. El núcleo básico del derecho contractual –se dice– sigue siendo universal, racional y objetivo. Las feministas pueden romper con esta imagen al mostrar que el conflicto entre la "norma" individualista y la "excepción" altruista reaparece con cada doctrina. Cada doctrina es una elección o un compromiso entre clases de impulsos individualistas o altruistas. Este análisis feminista también problematiza sobre cuál debe ser la regla y cuál la excepción. No es posible separar las áreas del derecho entre un centro y una periferia: los rasgos asociados con la mujer no pueden ser excluidos del derecho[26].

## IV. Conclusión

Como he dicho, las estrategias feministas para poner en cuestión la teoría jurídica son análogas a las estrategias feministas para poner en cuestión el

25. Véase F. Olsen, ob. cit.; ver también D. Kennedy, "The Political Significance of the Structure ofthe Law School Curriculum" (en *Seton Hall Law Review,* 1, 1983); D. Kennedy, "The Rise and Fall of Classical Legal Thought" (mimeo, 1975).

26. Véase M. J. Frug, "Rereading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook" (en *American University Law Review,* 1065, 1985); C. Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine" (en *Yale Law Journal,* 997, 1985); D. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" (en *Harvard Law Review,* 89, 1685, 1976); R. Unger, "The Critical Legal Studies Movement" (en *Harvard Law Review,* 96, 561, pp. 618- 648, 1983).

5 12 Frances Olsen:Layout 1 25/11/09 20:06 Page 156



dominio masculino en general. La postura que rechaza la "sexualización" tiene repercusiones sobre la postura que defiende la "reforma legal", la que rechaza la jerarquización con la del "derecho como patriarcado", y la postura de la "androginia" coincide con la "teoría jurídica crítica". Pero no pretendo decir que la relación sea algo más que eso –una analogía o un eco–. Las series de categorías no son idénticas, y ninguna estrategia de uno de los conjuntos requiere o conlleva necesariamente estrategias del otro conjunto.

Primero, no existe relación necesaria entre la actitud de una persona con relación a la sexualización de los dualismos y su actitud frente a la identificación del derecho con lo racional, objetivo y universal. Además, alguien puede aceptar la jerarquización para algunos propósitos determinados –por ejemplo, podría creer que es mejor para el derecho ser racional, objetivo y universal– y sin embargo rechazar la jerarquización en general. Algunas feministas están de acuerdo con la "androginia" pero igualmente sostienen que el derecho es patriarcal. De igual manera, uno puede apoyar la teoría jurídica crítica feminista y aun creer tanto que las mujeres son inherente o racionalmente superiores a los hombres (segunda estrategia feminista) como que las mujeres deberían esforzarse por ser racionales, activas y demás (primera estrategia feminista).

Mi apoyo a la posición "andrógina" no requeriría necesariamente mi apoyo a la teoría jurídica crítica –y viceversa–, pero ambas están relacionadas con mis valores y visión del universo y ambas dan forma a mi actividad política. Nada en ninguna de estas teorías aportará respuestas fáciles a preguntas concretas tales como "¿se beneficiarían las mujeres realmente con más intervención estatal en el derecho de familia?" o "¿podrían las normas sobre violación proteger a las mujeres adolescentes sin oprimirlas ni degradarlas?". Lo que espero es que, mejorando las teorías sobre las que operamos, podamos comprender mejor lo que está en juego en cuestiones como éstas. Deseo que, al reconocer la imposibilidad de respuestas fáciles y lógicas, podamos liberarnos para pensar sobre estas cuestiones de una manera más constructiva e imaginativa. Es imposible separar el derecho de la política, de la moral y del resto de las actividades humanas: por el contrario, es una parte integral del entramado de la vida social.

## UNIDAD I: TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO: GÉNERO Y DERECHO.

2) Tamar Pitch. Sexo y Género de y en el Derecho: El Feminismo Jurídico. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), pág. 435-459.

# SEXO Y GÉNERO DE Y EN EL DERECHO: EL FEMINISMO JURÍDICO*

Sex and Gender of and in Law: Legal Feminism

Tamar PITCH

Università di Camerino (Italia)

**RESUMEN**

En este trabajo se repasan algunos de los temas sobre los que el feminismo jurídico ha trabajado, así como el estado en que se halla la discusión en estos momentos, sobre todo en el feminismo italiano. Es el caso de las relaciones familiares, la procreación y el aborto, la violencia contra las mujeres y las políticas de seguridad, la prostitución, el trabajo para el mercado, los límites a la ciudadanía y la confluencia entre el feminismo y las reivindicaciones de las identidades culturales. Con el presupuesto de que el feminismo jurídico no significa sólo "estudiar a las mujeres" sino que implica una perspectiva imprescindible para analizar cualquier tema, la autora también repasa las relaciones entre el feminismo, el derecho y el género.

**Palabras clave:** derecho, género, feminismo jurídico.

**ABSTRACT**

This author reviews some of the issues on which legal feminism has worked as well as the current status of the discussion, especially in Italian feminism. This is the case of family relationships, procreation and abortion, violence against women and security policies, prostitution, work in the labour market, the limits to citizenship and the confluence of feminism and the claims of cultural identities. With the assumption that legal feminism does not mean only "studies on women" but involves a crucial perspective to discuss any subject, the author also reviews the relationship between feminism, law and gender.

**Key words:** law, gender, legal feminism.

## PRIMERA PARTE: DEFINICIONES Y TEORÍAS

Para empezar, deberemos aclarar qué entendemos por derecho, género y feminismo. Ninguna de las tres palabras puede darse por descontada. Toda definición responde a una opción teórica, pero no toda opción teórica es posible. Hay que

* Traducción de Mariano Maresca.

tener en cuenta la historia de las distintas disciplinas, del sentido común, de las otras teorías. Empezaré por el término feminismo, porque con el feminismo es como la perspectiva de género ha entrado a formar parte del instrumental teórico y metodológico y de la investigación empírica.

## Feminismo

El feminismo (o mejor, los feminismos) es en primer lugar un movimiento político. Me refiero aquí al movimiento político de las mujeres que empezó en la segunda mitad del siglo pasado en Estados Unidos y en Europa occidental (es decir, en la Europa de este lado del muro de Berlín). Se le llama también la "segunda oleada", porque movimientos políticos feministas habían existido ya en la segunda mitad del siglo XIX.

Este movimiento emerge, pues, en países donde la emancipación femenina, desde el punto de vista jurídico, ya ha tenido lugar: las mujeres son titulares de los mismos derechos que los hombres, el principio de igualdad se supone que orienta las políticas públicas, las antiguas discriminaciones han sido abolidas (casi) del todo. En los años sesenta del siglo XX entra en la escuela y luego en la universidad una gran masa de mujeres jóvenes: éstas se dan cuenta de que la igualdad es como mucho formal y que de ellas se espera, a pesar de la educación recibida, que sigan siendo esposas y madres. La cuestión es, por tanto, cultural, no sólo social, económica y jurídica.

Hay ya muchas historias de aquel movimiento, en Italia y en otros sitios. Lo que aquí importa recordar es que este movimiento, desde el principio, rechaza una igualdad entendida como asimilación a los modelos masculinos y empieza en cambio a analizar críticamente no sólo cómo el principio de igualdad ha sido entendido por las políticas, sino el principio de igualdad mismo. No se trata sólo de obtener el reconocimiento pleno de los derechos de los que, formalmente, ya se es titular, sino de interrogar a la lógica misma de los derechos, a su lenguaje, al sujeto al que son atribuidos. No se trata de la paridad en el mundo dado, sino de reconstruir un mundo que reconozca la existencia de dos sujetos.

En Italia, los partidos de izquierda y la UDI (Unión de Mujeres Italianas) habían apostado hasta entonces por el acceso de las mujeres al trabajo para el mercado, según la lógica de que la autonomía se conseguiría principalmente al ser perceptoras de un salario propio y, más aún, participantes en las luchas sindicales y políticas. El nuevo feminismo toma un camino distinto, o mejor, más caminos: desde la exigencia del reconocimiento del trabajo doméstico y de cuidado como trabajo productivo, a la crítica terminante de la política y del pensamiento como parciales, en cuanto producidos por y para un único sujeto, el macho. El primer paso de este movimiento escandaloso para la época es, en efecto, el de separarse de los lugares mixtos (de hombres y mujeres) de la política tradicional. El segundo es el de inventar una política distinta, la autoconciencia. En los pequeños grupos de mujeres se "parte de sí", se reconsidera lo "político" a través de "lo personal",

se deconstruye la imagen que la cultura y la sociedad han dado de las mujeres, y por tanto partiendo y a través de sí mismas. Se busca, en suma, "darse por sí mismas el propio sentido", y al mismo tiempo dar nuevos nombres y por tanto nuevos significados a todo lo que nos rodea.

Si el presupuesto es que estamos inmersas en un mundo masculino, no sólo —y mucho menos sobre todo— porque dominado por los varones, sino en cuanto construido y pensado en masculino, la libertad de las mujeres depende en gran parte de la capacidad de pensar de manera autónoma, pero esto no puede hacerlo una sola mujer, y tampoco es cuestión sólo de "pensamiento". El nuevo feminismo se encuentra en la condición de "talar el árbol en el que está sentado" o, desde el punto de vista sociológico, deconstruir la institución del género. Para deconstruir una institución es preciso verla antes, darse cuenta de su existencia, y luego actuar tanto práctica como teóricamente para derribar sus "muros" (normas, actitudes, modelos culturales).

Desde el primer momento el movimiento feminista atiende al mismo tiempo a la teoría y la práctica: la práctica (política) está inspirada por el pensamiento y retroactúa sobre este. Por esto, y también porque estas mujeres jóvenes están precisamente "emancipadas", o sea, son instruidas y curiosas, el feminismo se enfrenta de inmediato a la cultura recibida: no sólo la del sentido común, sino la transmitida en las distintas disciplinas y ciencias. El derecho, los derechos, la cultura jurídica son de los primeros en ser asediados. Tradicionalmente este había sido, en efecto, el terreno privilegiado de las luchas precedentes, a partir de la conquista del voto, que fue la primera. Y sin embargo donde estas mujeres, titulares ya de los mismos derechos que los hombres, se han dado cuenta de que o bien el derecho no basta o de que, más radicalmente, también el derecho y los derechos están construidos por y para los varones.

Aquí podemos, por tanto, situar la emergencia irresistible de la cuestión y de la dimensión del género en las diversas disciplinas y en particular, por lo que aquí nos interesa, en el derecho y en las disciplinas asociadas a él. Durante más de cien años los movimientos de las mujeres han luchado por la igualdad en el derecho y por la extensión de los derechos —conquistados una y otros, más en unos sitios y menos en otros—, ahora nos preguntamos si el derecho y los derechos no sólo no son suficientes para afirmar plenamente la libertad femenina, sino también, y más radicalmente, si el derecho y los derechos son, por su historia y por la lógica que les subyace, estructuralmente incapaces de comprender y dar cuenta de los dos sexos. Nos preguntamos, en suma, por un lado por la eficacia del derecho y los derechos respecto de las expectativas que ciertos actores sociales, como las mujeres, depositan en los cambios normativos, y por otro por el "poder" que el derecho y los derechos tienen de convertir y traducir estas expectativas en un lenguaje y en unos procedimientos que acaban por traicionarlas o en cualquier caso desatenderlas.

Podemos decir, por tanto, que el feminismo no es una teoría: porque no existe un solo feminismo y porque ninguna de las definiciones teóricas corrientes se adaptan al mismo. Hay muchas y distintas elaboraciones que se autoidentifican

como feministas: aún en su diversidad, interactúan entre sí, construyendo un espacio reconocible y reconocido que da un horizonte de sentido a través del cual no sólo hablamos nosotras, sino que hablamos con otros. Este horizonte no está acabado ni definido: el sentido cambia continuamente a medida de los discursos que lo reproducen y que él mismo produce. Lo que distingue al feminismo es su vocación interdisciplinar, o sea, la vocación de forzar los paradigmas disciplinares tradicionales, de no dejarse contener en ellos y de volverlos confusos e inciertos.

Si el horizonte de sentido que connota al feminismo es indefinido, infundado, no por esto deja de tener sus límites: su reconocibilidad es una función de las prácticas, de las políticas, de modo que el feminismo no es separable de las políticas que lo producen y que él produce. Lo cual no ayuda a identificar *un* feminismo y mucho menos *el* feminismo, vista la heterogeneidad de las prácticas políticas en que está implicado, pero precisamente por esto, sí nos dice que el feminismo es práctica política autorreflexiva. Y en este sentido, constitutiva de sujetos.

La fertilidad del feminismo respecto de los estudios de y sobre el derecho es reconducible precisamente a estas características: el forzamiento y el exceso frente a los confines disciplinares, el incesante ir y venir entre preguntas y respuestas, la continua deconstrucción de las respuestas, entendiendo por respuestas no sólo las teóricas sino también las políticas e institucionales y entendiendo por deconstrucción la relevancia cognitiva de un hacer práctico.

## Género

¿Qué es el género? Se han dado definiciones distintas de esta categoría (véase Piccone Stella y Saraceno, 1996).

El género tiene muchas de las características de una institución social: clasifica, regula, disciplina, comporta modelos cognitivos y, finalmente, al clasificar diferencia lo que está dentro de lo que está fuera. Además, cuando mejor funciona, como todas las instituciones sociales, es invisible. En la mayoría de las sociedades y por muchísimo tiempo, el género clasifica a los seres humanos en dos grandes grupos, los varones y las mujeres, a los que son atribuidas características (normas, valores, actitudes, modelos cognitivos) distintas. Estas características no son las mismas en las diferentes sociedades ni en el curso del tiempo, pero lo que permanece es la clasificación en dos grandes grupos distintos entre sí.

Entre las características destacadas y más duraderas está la asimetría entre los dos géneros: el masculino está construido como superior al femenino. O mejor: el femenino se construye como "lo otro" del masculino. Si, como en nuestra cultura, el masculino está asociado a la cultura, el femenino está asociado a la naturaleza; la razón cae de la parte del masculino, la emoción de la parte del femenino, y así sucesivamente, siendo los atributos del género masculino superiores a los del femenino. Todas las sociedades conocidas están clasificadas así: lo cual lleva consigo la exclusión y la marginación de todos aquellos para los que es particularmente difícil identificarse con una de las dos clasificaciones. Pero también

implica, obviamente, disciplinamiento de todos y todas según las características consideradas válidas para los dos géneros.

Decía que, como todas las instituciones sociales, también el género, cuando funciona, es prácticamente invisible. O sea, es una clasificación que viene considerada natural, en el sentido exacto de estar determinada por la biología. Para "ver" el género debe ocurrir algo, algún cambio social y cultural, una cierta fractura en el tejido cultural, de la que resulta que al menos alguna de las características obvias, naturales, no son tales. Esto ha pasado muchas veces en la historia. En los años sesenta del siglo pasado, dentro de las conmociones sociales y culturales de aquellos años, las mujeres jóvenes, instruidas que participan en ellas, "ven" el género, y su condición subalterna, en formas nuevas respecto del pasado, y ponen en marcha una "revuelta" que, como ya dije, no es sólo contra los estamentos jerárquicos y de poder instituidos por la asimetría de género, sino también y al mismo tiempo contra el modo de pensar el género, y el femenino en especial, partiendo de cómo se piensan ellas mismas. No piden paridad con los hombres en el mundo dado, sino un mundo distinto; no, como se decía entonces, la mitad de la tarta, sino una tarta completamente nueva.

La crítica y el examen de los saberes a la luz del género es parte integrante de este proyecto, por el simple hecho de que todos los saberes están construidos desde el punto de vista masculino y son, por eso mismo, parciales e incorrectos, justamente porque se pretenden y se piensan al revés, es decir, como neutrales.

Mucho más compleja es la cuestión de la relación entre "sexo" y "género", normalmente entendidos como el equivalente de "naturaleza" y "cultura", de manera que el "sexo" sería algo preexistente al género, que lo plasmaría. Pero todo esto que nosotros experimentamos es ya cultura, o algo culturalmente construido y definido, precisamente por el lenguaje: lo cual no quiere decir que no exista la "naturaleza", sino que es bastante problemático trazar sus límites respecto de la cultura (Butler, 1999).

La categoría "mujeres", por tanto, así como la de "hombres", para el feminismo es más bien una cuestión política en vez de "natural" e incluso social: las mujeres y los hombres forman dos grandes grupos sociales solamente cuando el hecho de compartir algunas dimensiones sociales y culturales se hace explícito y es objeto de atención pública, política. Ya que, se entienda lo que se entienda por "mujeres" y "hombres", las diferencias internas a estos dos "grupos" son al menos tan relevantes como las diferencias entre los "grupos".

## Derecho

Vivimos inmersos/as en un universo de normas. Cada aspecto de nuestra vida está disciplinado y organizado por normas, a partir del lenguaje. No todas las normas, sin embargo, son normas jurídicas. Convencionalmente, definimos como jurídicas las normas que prevén una sanción para su violación. Aún así, sin embargo, el campo del derecho es muy amplio, va mucho más allá de lo que en

el sentido común se considera como tal. A los efectos que nos interesan aquí, es decir, el reconocimiento de cómo la asunción del género ha incidido en el estudio sociológico del derecho, restringiremos el campo de observación a las leyes emanadas del estado o de otros entes públicos autorizados a hacerlo (también, por tanto, los entes internacionales y supranacionales), a la jurisprudencia y a la doctrina.

*La literatura sobre el derecho.*— Mucho han escrito las feministas no sólo sobre derecho y derechos, sino también, obviamente, sobre la literatura correspondiente, en particular la historia, la filosofía y la sociología del derecho.

Las distinciones entre las disciplinas contribuyen a limitar los campos de investigación y tienen su historia y sus razones científicas. Pero hay muchos más cruces e intercambios entre ellos de los que dicen las definiciones. Y el feminismo, entendido como pensamiento, tiene una vocación interdisciplinar. Así, las reflexiones críticas de las filósofas son asumidas por las sociólogas, y viceversa. Es igualmente importante subrayar que estas reflexiones no nacen solamente del estudio, sino que por el contrario son fruto de luchas políticas y sociales, tanto pasadas como actuales.

Después de todo, se decía, el derecho y los derechos han sido durante más de un siglo los terrenos privilegiados de las batallas de las mujeres (y no sólo): paridad, igualdad, fueron buscadas en primer lugar mediante el derecho y los derechos.

Las reflexiones críticas feministas se nutren tanto de las conquistas como de las derrotas obtenidas en estas batallas. Y cambian decididamente la óptica abordando, tanto en el plano teórico como en el de la investigación, la cuestión del género del derecho, del género en el derecho, del sujeto al que son atribuidos los derechos. Por eso estas reflexiones no respetan los límites disciplinares tradicionales, pretendiendo en cambio, como por lo demás ha ocurrido y ocurre en otros campos de estudio, refundar toda la literatura sobre el derecho y los derechos.

*El género del derecho y el género en el derecho.*— El derecho y los derechos, como cualquier otra dimensión de lo social, están atravesados por el género. A su vez, derecho y derechos construyen, disciplinándolo, el género de diversos modos al decir lo que es propio y legítimo del hombre y de la mujer, así como de las relaciones entre ellos. Esto tiene lugar a diversos niveles, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y también en la constitución (en Italia, por ejemplo, frente al artículo 3, que aunque de forma inadecuada sanciona la igualdad frente a la ley independientemente del sexo, está por ejemplo el artículo 37, que subordina la paridad en el trabajo al carácter prioritario del trabajo doméstico y de cuidado de las mujeres, apelando a su "esencial función familiar"[1]). El derecho y los derechos son por tanto sexuados, y las modalidades de su sexualización, por

1. Naturalmente, sobre la constitución italiana y las mujeres existe una amplísima literatura. Un libro bastante útil es Gigante (ed.), 2007. A propósito del artículo 37 y en general sobre cuestiones constitucionales relativas al cuerpo femenino, cfr. Ronchetti, 2007.

un lado responden a los modos de organización social dominantes, y por otro no solo los legitiman y contribuyen a perpetuarlos, sino que son uno de los factores que los producen.

Puesto que vivimos en un mundo dominado por lo masculino —o mejor, por lo que es considerado como atributo de lo masculino y asociado a los hombres de carne y hueso—, derecho y derechos reflejan, reproducen y legitiman ese dominio, bajo la ficción de la neutralidad e imparcialidad. Al mismo tiempo, como ya señalaba Marx cuando interpretaba el derecho y los derechos modernos como legitimación del dominio de la burguesía, esta ficción no deja de tener consecuencias, pues contribuye a promover y sostener reivindicaciones y luchas para su realización: o sea, cuando se toman en serio, las promesas (en este caso, de igualdad y justicia) pueden ser un potente motor de transformación, como de hecho lo han sido.

Sin embargo, la lucha de las mujeres en el nivel y a través del derecho y los derechos ha puesto a la luz precisamente la naturaleza profunda y estructuralmente masculina de ambos, y la no conciencia de ello distorsiona los análisis, a menudo frustra las (aparentes) conquistas y/o tiene consecuencias perversas (o sea, contrarias a las expectativas).

*Esfera privada y esfera pública.*— Para explicar mejor los términos del problema abordado por la crítica feminista del derecho y de los derechos conviene decir algo a propósito de la relación entre público y privado.

La cuestión relativa a la definición de la esfera privada es terreno de conflicto, no sólo y no tanto desde el punto de vista de las disciplinas (ciencia jurídica, filosofía, historia, teología, por citar sólo algunas de ellas) y los distintos enfoques propios de estas, que con ese término delimitan ámbitos distintos de fenómenos, sino también y sobre todo desde el punto de vista político y social. Podríamos decir incluso que buena parte de los conflictos en nuestras sociedades se libran hoy en torno a la negociación y la interpretación de lo que debe o no debe ser "privado". Los actores de estos conflictos son muchos y distintos, de la misma forma que son muchos los vocabularios con que estos conflictos son explicitados, o por el contrario ocultados, y en cualquier caso tematizados. El destino, en efecto, de lo que es o debe ser sustraído a lo privado, o al contrario, devuelto al mismo, es distinto según los actores en liza y los vocabularios de que se sirven.

Para ilustrar el sentido y la naturaleza de estos conflictos, podemos partir de la identificación de tres significados del término "privado" (me sirvo aquí de la enriquecedora lectura ofrecida por Leticia Gianformaggio, 1995, de los términos público y privado, a partir precisamente de las definiciones de Berlin). El primero corresponde a la esfera de acción que el filósofo liberal Isaiah Berlin considera tutelada por la libertad negativa: es privado lo que es personal, lo que debe ser protegido de la interferencia del gobierno y del Estado: aquello de lo que uno tiene el derecho de excluir a los demás. En una palabra, es la esfera de la llamada *privacy*. El segundo significado es aparentemente cercano del primero: privado como sustraído a la mirada pública, secreto, no visible. Lo diferencia del primer significado el hecho de que esta sustracción a la mirada pública puede no ser voluntaria.

El tercer significado entiende en cambio lo privado como esfera de la privación, como lo que resulta "privado" de algo.

Junto a estos tres significados de "privado" podemos encontrar tres significados de "público". En el primer caso, público designa una esfera de interacción y comunicación intersubjetiva en la que por definición se expone y a su vez se mira lo que no debe permanecer secreto (lo que es abierto y accesible). Contiguo a este significado es el de público como "política", en el sentido de plena ciudadanía como participación en las deliberaciones de un público heterogéneo. En el tercer caso, en cambio, público significa esfera de lo político, entendido como subsistema funcional especializado.

En el lenguaje común, en el de la política y en el de los actores sociales, los tres significados de privado y público se confunden a menudo. Así, por ejemplo, reprivatización puede significar restitución a los individuos, considerada legítima, de ámbitos de acción libre de la interferencia de otros, o por el contrario indebida sustracción de temas y problemas del debate y de la intervención colectiva, o igualmente "despolitizacion", expolio de los aspectos que se refieren a modos (y por tanto responsabilidades) generales de organización social.

La misma posibilidad de descubrir estos tres significados de privado y público es a su vez un producto de la puesta en cuestión política, antes que científica, de la construcción social que se remonta a la progresiva separación entre ámbito del trabajo para el mercado y ámbito de la familia, tematizada primero por el contractualismo y luego por la Ilustración como terreno de la construcción de la ciudadanía política y civil.

Las luchas de las mujeres del siglo XX fueron las primeras en sacar a la luz la contigüidad entre *privacy* y privación o, por decirlo de otra manera, en mostrar cómo el ámbito de autonomía de algunos implicaba y se sostenía sobre restricciones del ámbito de autonomía de otros, o peor, sobre el arbitrio potestativo de algunos sobre otras/os autorizado jurídicamente, además de social y culturalmente, mediante los límites impuestos a la expansión y la tutela de los derechos en esta esfera. Hay, en suma, una contextualidad más que sospechosa entre la afirmación y la consolidación del derecho y de los derechos modernos referentes a la esfera pública y el desarrollo contemporáneo de una normativa familiar que sanciona, remacha y en parte agrava la situación subalterna de las mujeres en la familia. A quien lea el retraso en el acceso y en el mismo escaso uso actual de los llamados derechos de la ciudadanía por parte de las mujeres como consecuencia de su persistente "encapsulamiento familiar" (por ejemplo, Zincone, 1992), se le puede hacer notar que ese encapsulamiento, por lo menos desde el punto de vista jurídico, se hace más rápido y detallado precisamente en el mismo periodo en que esos derechos son teorizados (y luego afirmados con los códigos postrevolucionarios) y su universalidad viene proclamada por ser "naturales", debidos a todos en cuanto "hombres".

Muchas teóricas feministas han rastreado incluso en los clásicos del contractualismo una concepción del individuo al que los derechos le corresponden por naturaleza, moldeada ésta sobre la experiencia y los intereses de varones blan-

cos, adultos y propietarios, y por tanto de tal naturaleza que quien quiera gozar plenamente de esos derechos no pueda dejar de encontrarse en esa posición. Se comparta o no esta lectura, es precisamente en el paso del *ancièn régime* a los estados nacionales modernos cuando la progresiva separación del ámbito familiar de la esfera del mercado y de la política es construida y regulada de tal modo que el primero se constituye como lugar del ejercicio, libre de interferencias, libre del poder y de la autoridad del marido/padre sobre la mujer y los hijos y la segunda como la escena de la actividad de los libres compradores y vendedores de fuerza de trabajo y complementariamente de la titularidad y del ejercicio de los derechos civiles gozados con motivo de aquella actividad.

Por lo demás, señalaba recientemente Chiara Sarraceno la paradoja de políticas del trabajo y de políticas sociales y familiares que trabajan con una concepción del individuo "autónomo e independiente" como el que actúa en el mercado de trabajo libre de obligaciones familiares, cuando la posibilidad de moverse en el mercado de trabajo depende del trabajo doméstico y de cuidado, del trabajo reproductivo de alguien que, por el contrario, es definida como "dependiente". Retomando los tres significados de privado y público identificados al principio, podremos caracterizar buena parte de las luchas de las mujeres en el siglo pasado como tendentes a ampliar el ámbito legítimo de intervención colectiva, del gobierno y del Estado, es decir, a extender la tutela del derecho y de los derechos hasta llegar a comprender la esfera de lo privado-familiar. Esto implicó la redefinición de la familia y una concepción distinta del estatuto de los miembros de la misma y de las relaciones entre ellos, contenida, al menos por lo que se refiere a Italia, en la reforma del derecho de familia de 1975. En estas luchas, privado tiene el significado de *privación*. Junto a éste aparece, sin embargo, el significado de ámbito de *autonomía personal.* Este significado adquiere particular relevancia, en Italia, en la batalla por la interrupción voluntaria del embarazo. En ella se entrecruzan, de manera a menudo contradictoria y hasta el punto de dar lugar a reivindicaciones y posicionamientos políticos distintos, los tres significados de privado que he señalado. El aborto es lo que debe seguir siendo privado, en el sentido de secreto y sustraído al debate público, a la política. Esto afecta a cada una de las mujeres en cuanto mujer y a la relación entre las mujeres en cuanto mujeres y los hombres en cuanto hombres. El secretismo es aquí privación, soledad, vulnerabilidad frente al arbitrio, sobreexposición al chantaje, restricción de la libertad personal, aceptación de una definición de la propia identidad hecha por otros.

Al mismo tiempo, las mujeres plantean un problema de responsabilidad política en el primer sentido: además de libre, el aborto debe ser "gratuito y asistido". Pero al rediseñar los límites entre ámbito legítimo y necesario de la intervención pública y esfera personal, ponen igualmente en juego una concepción de la autonomía individual que tiene como contexto de explicación y de ejercicio lo "publico" en el segundo sentido, o sea, en el sentido de esfera de comunicación e interacción intersubjetiva, de política como participación en las deliberaciones de un público heterogéneo. La extensión de la intervención del gobierno y del Estado no es ya

(ni sólo) vista como lo que es necesario para combatir la "privación", sino también como lo que corre el riesgo de colonizar, secuestrar, disciplinar, mediante procesos de redefinición de tipo administrativo y medicalizante, lo que se quiere que siga siendo personal y al mismo tiempo político.

Observamos, pues, cómo la plena aunque formal titularidad de los derechos lograda produce una crítica del derecho y los derechos, o sea, de lo público en el primer sentido, en nombre de la extensión de una efectiva autonomía personal, o sea, de un concepto redefinido de lo privado.

Tal autonomía, para las mujeres, no puede sustanciarse sino en el reconocimiento también jurídico de la plena soberanía sobre el propio cuerpo y sobre el propio potencial de fertilidad. Sobre esta concepción de la autonomía femenina volveré más adelante.

## SEGUNDA PARTE: TEMAS

En esta parte describiré cómo han sido abordados por el feminismo jurídico algunos de los temas de los que más se ha ocupado.

Pero antes hay que decir que el feminismo jurídico tiene ambiciones generales, o sea, no significa "estudiar a las mujeres" o sus problemas e intereses, aunque obviamente estos hayan sido objeto de especial atención. La perspectiva feminista es necesaria y fundamental para analizar cualquier tema, puesto que el mundo está atravesado por el género y organizado por él.

Dicho esto, es superfluo insistir en que "género" no quiere decir "mujeres"...

Pero en esta presentación privilegiaré los estudios feministas que han analizado algunas de las cuestiones tradicionalmente asociadas a las mujeres y algunos de los problemas que, interesando al universo femenino, han sido desatendidos tanto por el derecho como por la literatura jurídica. Con ello debería quedar claro hasta qué punto son parciales y erróneos todos los estudios que no tienen en cuenta el género, y no son conscientes de ello.

### Familia, relaciones parentales y genitoriales

La familia fue inmediatamente objeto de estudio y análisis crítico, no sólo por parte de las sociólogas, sino también de las historiadoras, las politólogas, las filósofas del derecho y, naturalmente, las juristas positivas (cfr. Marella, 2007, 2008ª).

Es ya un clásico el libro de Susan Moller Okin (1999), que investiga cómo en la época burguesa se formó una "esfera privada" en contraposición a una "esfera pública". En la primera quedaban relegadas las mujeres, privadas de los derechos de que en cambio son titulares los hombres en cuanto "ciudadanos".

La llamada esfera privada, de la que forma parte la familia, no sólo es construida de forma separada de la esfera pública, sino generalmente protegida de la mirada externa y de la intrusión del Estado y sus instituciones. Esto ha traído

consigo, durante mucho tiempo y en ciertos aspectos todavía, un poder por parte del cabeza de familia, un poder que se ejercita de manera arbitraria y a veces violenta. La paridad entre los sexos sancionada por la Constitución italiana de 1946 fue incorporada por el derecho de familia sólo con la reforma de 1975, en la que desaparece la patria potestad y se establece la (casi) completa paridad entre cónyuges y entre progenitores.

Creo que entre las contribuciones más importantes por parte feminista a este tema está la crítica a las reformas del derecho de familia que, casi en todo occidente, en unos sitios antes y en otros después, han sancionado precisamente la paridad no sólo entre los cónyuges, sino también entre los progenitores (véase, por ejemplo, Fineman 1995; Smart, Sevenhujsen, 1989; Weitzman, 1985). La paridad es acusada de neutralizar la diferencia de género, o de esconder una asimetría de poder que se revela en toda su realidad sobre todo en el momento de la ruptura matrimonial. En el plano económico, las madres que tienen la tutela, especialmente de hijos pequeños, se encuentran a menudo en grandes dificultades, tanto que la separación y el divorcio son para las mujeres uno de los motivos de la pobreza. Y eso tiene que ver, de un lado, con la virtual desaparición de la culpa separación y el divorcio, que, junto a la paridad formal, penalizan de hecho a las mujeres, a las que a menudo no se les atribuye una asignación de mantenimiento, y por otro con lo que Barbagli (1992) llamó "el patrimonio invisible", que incluso en régimen de comunidad de bienes no es redistribuido equitativamente. El patrimonio invisible es el acumulado por el marido/padre que, mientras dura el matrimonio, disfruta y se beneficia del trabajo doméstico y de cuidado de la esposa/madre para él y para los hijos; ese trabajo está frecuentemente en la base del mayor éxito económico del marido respecto de la mujer, éxito que permanece indiviso y propiedad del marido/padre y no viene compensado por la asignación de mantenimiento para los hijos menores.

Pero la neutralización del género en las relaciones familiares ha dado lugar a otra consecuencia perversa, a la reivindicación por parte de los padres separados (y luego a las leyes sobre el tema) de la custodia compartida como estándar. En efecto, las investigaciones muestran, que la custodia compartida se resuelve frecuentemente en un control renovado por parte del padre separado sobre la vida de la ex esposa. Generalmente, las responsabilidades no son igualmente compartidas, porque los hijos pequeños siguen viviendo con la madre. La custodia compartida permite al progenitor no conviviente (normalmente el padre) entrometerse en la vida cotidiana del progenitor conviviente (normalmente la madre), no pagar por el mantenimiento de los hijos, y (eventualmente) no ceder al progenitor conviviente la casa conyugal. Esta institución, saludada como una respuesta al derecho de los hijos a seguir teniendo dos padres después de la separación, es precisamente uno de los resultados de la neutralización del género, de la paridad formal.

La persistente división sexual del trabajo doméstico y de cuidado, fundamentalmente desempeñado por las mujeres, la carencia de servicios sociales, el todavía desigual acceso al trabajo y a las posibilidades de carrera de las mujeres respecto de los hombres, hacen realmente que la paridad genitorial se resuelva

a menudo en un daño para las mujeres, especialmente, como decíamos, para las que tienen hijos pequeños.

Pero la cuestión afecta también a la lógica de los derechos. En efecto, es sobre la base de los derechos de los hijos a "tener dos padres", así como de los derechos de los padres, equiparados a las madres, como se argumentan y se justifican estas innovaciones jurídicas. Esto muestra, por una parte, la vocación antagonista de los derechos mismos, que frecuentemente se revelan inadecuados para la tutela de las relaciones de interdependencia, y por otra una imparable deriva de su uso, apto ya para connotar cualquier reivindicación.

## Procreación, aborto

Los temas relativos a la procreación están obviamente entre los más estudiados, al ser el potencial de fertilidad femenino lo que está en la base de un disciplinamiento del cuerpo de las mujeres (y por tanto de su vida) bastante más intenso que el del cuerpo masculino. Se puede incluso hablar de una verdadera y auténtica ausencia de la garantía de *habeas corpus* para las mujeres, mientras no se les reconozca la plena responsabilidad en orden a la procreación. Lo que significa además que no puede existir igualdad entre hombres y mujeres hasta que no se de ese reconocimiento. Traducido en normas, y por lo que se refiere a Italia, esto quiere decir, por ejemplo, que la abolición de la Ley 40 sobre la procreación médicamente asistida —dedicada toda ella a tutelar inéditos derechos del concebido— viola el derecho a la salud de la mujer, además de limitar gravemente sus posibilidades de elección respecto de la procreación misma. Pero implica también una revisión de la Ley 194 sobre la interrupción voluntaria del embarazo, al menos en la parte relativa a la posibilidad de objeción de conciencia por parte de médicos y cirujanos, posibilidad de la que se abusa hasta el punto de impedir el recurso adecuado a la interrupción misma.

Sobre la cuestión del aborto, en los años setenta del siglo pasado (al igual que en la de la violencia sexual en los años ochenta y noventa) el movimiento de las mujeres en Italia ha crecido, ha discutido y se ha diversificado y dividido (para una bibliografía italiana exhaustiva, cfr. D'Elia, 2008).

Aquí quiero recordar solamente que la Ley 194, la ley que en Italia disciplina la interrupción voluntaria del embarazo, es contradictoria en los principios y ambigua respecto de los modos de implementación. Las ambigüedades y las contradicciones de la Ley 194 pueden ser, y de hecho lo son, utilizadas para recurrentes campañas antiabortistas que ponen de manifiesto su precariedad y hacen evidente que las mujeres no tienen y no deben tener pleno dominio sobre su propio potencial de fertilidad.

El clima político y cultural, entre otras cosas, ha cambiado mucho respecto de los años setenta. La particular coyuntura de aquellos años permitió una convergencia entre diversas corrientes culturales y políticas en la construcción del aborto *clandestino* como *problema social*. En parte, se puede imputar a las consecuencias

de la ley misma (cuya utilización puso de relieve cómo quienes interrumpían el embarazo no eran sólo ni sobre todo mujeres en graves dificultades económicas y sociales y carentes de recursos culturales, sino mujeres "normales" que a menudo ya tienen hijos y no están precisamente ayunas de información sobre la contracepción) la transformación de la cuestión del aborto de problema social en problema ético. Hoy, en efecto, no es del aborto clandestino de lo que se discute públicamente (aunque este haya vuelto a escena por la vía del recurso que hacen al mismo migrantes carentes de información y de apoyos), sino del aborto en cuanto tal. Y el aborto se ha transformado en un acta de acusación contra las mujeres: son egoístas y trepas. La transformación de las mujeres, en cierto imaginario respaldado también por los *media*, de débiles y oprimidas en marimachos egoístas y omnipotentes, dueñas de la vida y de la muerte, ha producido dos nuevas víctimas: los embriones y los hombres. La escisión entre mujer y embrión ha tenido como consecuencia la construcción de la célula fecundada como "víctima", preludio de su reconocimiento como "persona", incluso jurídica. El giro puerocéntrico, o sea, la tendencia a poner en el centro a los niños, sus necesidades, intereses y derechos, dibuja una escena antagónica en la que se enfrentan dos sujetos: las mujeres y los embriones, las primeras poderosas, los segundos a su merced, y por tanto víctimas potenciales de aquellas.

En cuanto a los hombres, muchos sostienen hoy que se debe tener en cuenta también su opinión y su voluntad cuando se permite abortar a una mujer, e indicios en este sentido hay en muchos proyectos de ley modificativos de la Ley 194 que duermen en el Parlamento. El razonamiento es este: puesto que mujeres y hombres han alcanzado ya la plena paridad, no se entiende por qué los segundos deben ser excluidos de decisiones como las referentes al embarazo[2].

Paridad y puerocentrismo convergen, pues, en una renovada puesta bajo tutela de la maternidad, y más en general en intentos de limitar ulteriormente la libertad femenina de decidir en lo referente al propio potencial de fertilidad.

Estos intentos resultan bastante evidentes en el debate que tuvo lugar sobre la disciplina jurídica de las Técnicas de Reproducción Asistida (T.R.A.), un debate caracterizado, también y sobre todo en Italia, por la intención expresa de restaurar el orden puesto en crisis por la contracepción, la legalización del aborto, la multiplicación de las formas familiares y el crecimiento de las libertades femeninas. Muy en segundo plano quedan, por el contrario, las cuestiones relativas a la tutela de la salud de mujeres y embriones/fetos. Es más, la ley italiana presenta perfiles concretos de inconstitucionalidad precisamente en lo relativo a la tutela del derecho a la salud de las mujeres, violado por la prescripción de la formación de sólo tres embriones por cada intento de fecundación y la consiguiente implantación de los tres en el útero de la mujer.

2. Sobre la disciplina del cuerpo femenino en la Constitución, cfr. Ronchetti, 2007.

Es un intento en gran parte conseguido, si examinamos las leyes ya aprobadas por muchos países europeos. Son leyes en gran medida prohibicionistas y criminalizadoras (excepción hecha de la legislación española y, en parte, la inglesa).

En lo que gran parte de esas legislaciones concuerdan es en la prohibición de acceso a las T.R.A. a las mujeres solteras y la prohibición de la maternidad de sustitución. Ambas prohibiciones están motivadas en el mejor interés del futuro niño. En realidad, lo que las caracteriza (y la ley italiana, con la prohibición de la llamada fecundación heteróloga mucho más) es el intento de volver a imponer el modelo de familia tradicional a una realidad plural y diversificada[3].

Omito los efectos perversos de estas prohibiciones (por ejemplo, el turismo de procreación, mucho más costoso y complicado de lo que fue en su tiempo el turismo abortivo, y el mercado negro del esperma, ambos muy arriesgados para la salud de las mujeres y de los eventuales hijos —a este respecto, Rodotà habla oportunamente de una nueva "ciudadanía censitaria"). Lo que sí querría en cambio poner de relieve es la limitación de libertades en gran parte ya adquiridas por las mujeres, y el marco ideológico que la propone y la justifica.

Estas leyes, y el debate que las acompaña, dicen que no se puede ni se debe nacer sin padre. Por el contrario, se puede, si no nacer, sí vivir sin madre: la prohibición de la maternidad de sustitución es tal sólo para las mujeres (en particular, las que no pueden llevar adelante un embarazo, aun en el caso de que sí puedan producir óvulos). Los hombres, en efecto, no quedan afectados por esa prohibición, como enseñan algunos casos famosos, entre ellos el caso bíblico de Abraham y Agar. Con las leyes vigentes hoy en Italia, es suficiente que una parturienta no reconozca el hijo en el nacimiento y en cambio lo reconozca el padre biológico para que este último se convierta en el padre legal y social sin excesivos problemas (lo cual ha conducido a ese particular tipo de turismo de procreación que consiste en buscar madres de sustitución en países como Ucrania o, para quien se lo puede permitir, en USA).

Poner en el centro de la escena de la reproducción al padre, en el caso de las T.R.A., como en el aborto, subvierte una disimetría entre los sexos, una disparidad "natural", que no puede sino limitar fuertemente la libertad femenina: la relación necesaria para los fines reproductivos no es la de una mujer con un hombre, sino la de un hombre con una mujer. Es el hombre quien, para reproducirse, necesita establecer algún tipo de relación significativa y duradera con una mujer, y no al contrario. Se puede señalar a este respecto que la estigmatización de la maternidad soltera se vuelve hoy mucho más fuerte, cuando ya no es desgracia o destino infame, sino una elección posible.

3. Sobre la tristemente célebre ley 40, que en Italia disciplina precisamente la materia relativa a la fecundación medicamente asistida, existe ya una amplia literatura.

## Lo penal: violación, acoso sexual, violencia contra las mujeres, políticas de seguridad

La cuestión criminal está sexuada en masculino: desde que existen estadísticas criminales, las mujeres son siempre una pequeña minoría de la población detenida, de la población arrestada, de la población acusada de delitos. La criminología oficial no se ha preguntado sobre nada de esto, salvo marginalmente, para decir que o las mujeres son controladas de otra manera, o que son menos propensas a la violencia y al crimen, o que si son procesadas por delitos se las trata con mayor indulgencia, o que cometen ilícitos menos visibles, y así sucesivamente. Entre otras cosas, han quedado desmentidas algunas hipótesis formuladas en los años setenta del pasado siglo por sociólogas americanas, según las cuales la entrada masiva de las mujeres en el mercado de trabajo y/o su introyección de modelos "masculinos" orientados a la emancipación mediante el trabajo, ofreciendo al mismo tiempo mayores oportunidades de delinquir, habrían traído consigo una equiparación entre la criminalización masculina y la femenina.

Quiero decir que sólo recientemente se ha planteado la cuestión inversa, o sea, por qué son los varones los que se ven más involucrados en la justicia penal. Por lo general, las mujeres han sido tratadas como una excepción, lo cual no puede sino distorsionar todo el análisis de la cuestión criminal, así como de la naturaleza y las modalidades dominantes de control social. También aquí la separación entre esfera privada y esfera pública ha actuado como velo, ha impedido no sólo ver las violencias y los abusos perpetrados en la llamada esfera privada, sino también las diferencias y las semejanzas del control social que se ejerce en las dos esferas, la sustancial complementariedad entre las modalidades de disciplina y control de las mujeres en la familia y las públicas e institucionales, lo que habría ofrecido motivos de reflexión capitales para comprender la preponderancia de la criminalización masculina respecto de la femenina.

Pero la reflexión feminista sobre lo penal se ha dedicado en gran parte, por un lado, a la investigación sobre los modos de exclusión de ofensas y violencias sobre las mujeres del ámbito de lo que es penalmente perseguible, o los modos de la indulgencia penal y judicial con que las mujeres son tratadas; y por otro, a preguntarse sobre sí mismas, sobre cómo y cuándo las mujeres deben o pueden servirse de lo penal.

En Italia, ambas cuestiones han sido abordadas a propósito de la violencia sexual, cuyo tipo penal fue renovado en 1996, después de casi diez años de lucha por parte del movimiento de las mujeres (para una historia, cfr. Pitch, 2003).

El análisis de este delito, de cómo viene perseguido, de las consecuencias que acarrea una definición distinta del mismo, de las ganancias y las pérdidas, para las mujeres mismas, de empeñarse en la reivindicación de una (más intensa) criminalización, todo esto ha sido el centro de una amplia sociología jurídica feminista aquí y en otras partes. Y ha sido así porque, como expliqué en otro texto (Pitch, 2003), la violación puede ser vista como un "hecho social total", entendiendo por ello que no sólo su acontecer, sino también cómo se habla de ella, cómo viene construida y

percibida, cómo se define penalmente y se persigue judicialmente, son excelentes claves de lectura para comprender y analizar las modalidades dominantes de las relaciones entre los sexos en las distintas sociedades y a lo largo del tiempo.

No por casualidad Catherine McKinnon, jurista y exponente del feminismo estadounidense, toma la violación como paradigma de la heterosexualidad y más en general de un dominio masculino y de una sumisión femenina erotizados. Paradigma que transfiere (con Andrea Dworkin) a la pornografía, cuestión esta última también muy debatida, por lo general (y en un sentido reduccionista, véase Verza, 2006) dentro de una discusión sobre la libertad de expresión.

McKinnon, como ya dije, es la primera en "descubrir" el acoso sexual en el lugar de trabajo, objeto ya, también a nivel europeo, de una intensa legislación (para Italia, cfr. la investigación pionera de Ventimiglia, 1991).

La violencia doméstica, o intrafamiliar, o del compañero o ex-compañero, ha sido indagada por una vastísima literatura criminológica y sociológico-jurídica (para Italia, cfr. Por ejemplo Creazzo, 2003; Romito, 2000; Ventimiglia, 1996), que pone de relieve tanto su invisibilidad como su difusión, además de las consecuencias sobre las víctimas, la dificultad de denunciarla y perseguirla, los problemas de una legislación que sitúa en el centro lo penal para gestionarla y reducirla (véase el número monográfico de *Studi sulla questione criminale*, 3, 2008).

La cuestión, en cambio, de la seguridad ciudadana da pie a otras reflexiones. Ésta, en efecto, se acoge a la retórica de la necesidad de defender a los "débiles", y a las mujeres en primer lugar, de amenazas externas, en Italia típicamente identificadas en los últimos años con los emigrantes extranjeros. A esta retórica no son extrañas las batallas de las mujeres contra la violencia sexual y el acoso sexual, y en general su recurso a lo penal, contribuyendo así a relegitimarlo (Pitch, Ventimiglia, 2001).

Pero nunca como en este caso resulta evidente cómo la "protección de nuestras mujeres" sirve de justificación de un control y de una esterilización del territorio, además de un endurecimiento de la represión penal de la ilegalidad (sobre todo) extranjera (Pitch, 2009), que a las mujeres en absoluto les conviene, contribuyendo de hecho a esconder una vez más que los abusos y la violencia contra ellas ocurren normalmente en el ámbito de lo privado y son obra de conocidos y familiares. En general, el énfasis sobre la seguridad ciudadana, entendida como minimización de los riesgos de la criminalidad callejera, cubre la ausencia de políticas sociales y culturales dirigidas a la creación de una confianza generalizada y capaz de poner a cada uno en condiciones de "correr riesgos". Una vez más, la asunción de la perspectiva de género se revela esencial para explicar y comprender la naturaleza y las consecuencias de políticas penales y de control social dirigidas a "todos": sin esa explicación y comprensión no sólo están mancas, sino también equivocadas.

## Un no-delito

En el feminismo se ha discutido muchísimo sobre la cuestión de la prostitución. En Italia, prostituirse no es delito: pero son delitos la "explotación" (que puede

entenderse también en el caso de dos prostitutas que comparten apartamento, una puede ser considerada explotadora de la otra), la "seducción", la "trata". Pero la prostitución es objeto de varios tipos de represión y persecución, localmente y a nivel nacional, hoy mucho más, al ser la prostitución de calle (la única que suscita "alarma social") predominantemente extranjera y por tanto asumida como un problema de "seguridad". Si en el discurso político dominante la cuestión de las políticas parece confinada en el recinto tradicional prohibicionismo-antiprohibicionismo, con recurrentes invocaciones a la reapertura de remozadas casas cerradas o señalamiento de "zonas", y acompañada de la construcción de las prostitutas como "víctimas" (de la trata a la "explotación") a salvar y redimir, en el feminismo el tema divide de la misma manera y con la misma intensidad que la pornografía. ¿Son las prostitutas meras *sex-workers* cuya voz es necesario escuchar, además de respetar su trabajo, deseablemente sometido a tasación, o la prostitución es el símbolo supremo de la mercantilización del cuerpo y de las mentes femeninas, algo por tanto a combatir como tal, incluso multando y vejando a los clientes, salvando, naturalmente, a las prostitutas de la represión y la cárcel?

## Trabajo para el mercado

Paridad, igualdad de oportunidades, principio de no discriminación, acciones positivas. Son todos temas, argumentos, cuestiones con las que la sociología del derecho feminista que se ocupó y se ocupa del mercado de trabajo y del trabajo para el mercado tiene que enfrentarse, tanto en el plano teórico como en el de las políticas. Es evidente que el trabajo para el mercado y las correspondientes políticas jurídicas están íntimamente conectadas con la familia y los sistemas de *welfare*, así como con la legislación que les afecta.

Tradicionalmente, como muchas veces ha puesto de relieve Chiara Sarraceno, los sistemas de *welfare*, sobre todo los menos universalizados, se apoyan en una continuidad familia-mercado cuyo perno es el rol femenino, encargado de desarrollar las tareas de conexión entre ambos y de suplir las necesidades no satisfechas por la una o el otro, o incluso de convertir los recursos procedentes del mercado y del *welfare* en respuestas a las necesidades de la familia. La ficción del trabajador independientemente y autónomo, el adulto *wage earner*, sobre el que descansaba toda la construcción, permitía esconder la centralidad de la familia y el rol en la misma de la esposa-madre, de la que este trabajador dependía de hecho, y del trabajo no pagado desarrollado por ella. La entrada de mujeres jóvenes en el mercado de trabajo externo a la familia no cambió mucho las cosas. Y todas las distintas políticas ensayadas, paridad, igualdad de oportunidades, *affirmative action*, han tenido consecuencias contradictorias, chocando con lo que la jurista Minow llamó el dilema de la diferencia.

En todo caso, el contexto diseñado por las políticas de la Unión Europea es el más relevante para leer cambios, ganancias y contradicciones (cfr. Niccolai, 2006; Marella, 2005).

Hoy la situación es distinta, al estar profundamente cambiado el mercado de trabajo y en crisis los sistemas de *welfare*. Las cuestiones relativas a la globalización, a las transformaciones del mercado de trabajo, a las migraciones, a la debilidad de los distintos estados nacionales, a la crisis mundial y a la recesión han sido y son objeto de debates y reflexiones. Para algunas, flexibilidad y precariedad son oportunidades para las mujeres, para la mayoría son agravantes de una pobreza femenina que crece por todas partes.

Pero hablar hoy de trabajo, y especialmente de trabajo femenino, sin hablar de los y las emigrantes, de las políticas y la legislación relativas a ellos, es imposible, sea porque ellos desempeñan gran parte del trabajo doméstico y de cuidado tradicionalmente confiado a las mujeres, sea porque su presencia incide de manera bastante significativa en la configuración del mercado de trabajo mismo, o sea, en fin, porque modifican la estructura demográfica italiana y europea y por tanto repercuten también sobre otros servicios públicos, como la escuela y la sanidad.

Lo cual abre otra cuestión bastante discutida en el feminismo jurídico, filosófico, político, en Europa y en Estados Unidos: la relación con las otras "culturas".

## Nosotras y las otras

¿Qué relación hay entre diferencias culturales, desigualdades socioeconómicas y diferencia sexual? ¿Cómo debería intervenir un derecho inspirado en el principio de igualdad? ¿Qué implica el derecho al "respeto de la propia cultura"?

Estos temas han estado en el centro de un encendido debate a finales del siglo pasado en los países de lengua y tradición inglesa —Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia—, dos de ellos estructuralmente producidos por flujos de inmigración, el tercero caracterizado por una inmigración no reciente, en su mayoría procedente de las excolonias. Un debate que, en el ámbito filosófico-jurídico y politológico, ha visto enfrentarse a los llamados *liberals* y a los llamados *communitarians* a propósito de la cuestión de las políticas "multiculturalistas".

Muy genéricamente, se consideran multiculturalistas las políticas que apoyan y promueven la existencia y la continuidad de las diversas "culturas" minoritarias presentes en el mismo territorio nacional, sobre la base del principio de que los seres humanos tienen no tanto o no sólo derecho, sino más bien necesidad de que sus tradiciones culturales se perpetúen y sean respetadas.

En Europa, se considera multiculturalista la política en relación con la emigración del Reino Unido, y asimilacionista la francesa.

En un libro recientemente traducido al italiano (diez años después de su aparición en inglés) y muy discutido, el multiculturalismo es considerado nocivo para las mujeres por Susan Moller Okin (2007). ¿Qué mujeres? Aquí se abre una cuestión diferente, la de las relaciones entre las mujeres y de las diferencias entre ellas. El feminismo de los años sesenta y setenta del siglo XX lo produjeron en sus inicios mujeres blancas, de clase media, instruidas, occidentales y, según las

críticas de otras mujeres (negras, no occidentales o de clases subalternas), reflejó profusamente valores y modelos culturales que no tenían en cuenta otras experiencias y valores, terminando así por dominarlos y colonizarlos.

Las mujeres de que habla Okin son las pertenecientes a las comunidades a que van dirigidas las políticas multiculturalistas: las "culturas" a preservar y perpetuar mediante políticas que otorgan derechos a los grupos antes que a los individuos son a menudo, sostiene Okin, culturas opresivas para las mujeres, mejor dicho culturas que se basan precisamente en el dominio sobre las mujeres, que de esta forma se verían a sí mismas prisioneras e imposibilitadas para salir de ellas. El llamado "derecho de salida", que prevén muchas de las que sostienen el multiculturalismo, es un derecho por lo menos imposible de exigir, sostiene Okin, puesto que las mujeres que podrían disfrutar de él se encontrarían, si lo ejercitaran, carentes de recursos tanto económicos como sociales y culturales.

Es un hecho que en las sociedades europeas los conflictos más espinosos entre personas pertenecientes a culturas distintas se centran en cuestiones que se refieren a las mujeres y más en general a la familia y su correspondiente derecho. Velo islámico y mutilaciones genitales son los ejemplos paradigmáticos, sobre todo cuando se trata del derecho al reagrupamiento familiar. Sobre todos estos problemas el feminismo, incluido el jurídico, está dividido (cfr. Facchi 2001; los ensayos contenidos en *Ragion Pratica*, 2004). En Francia, la ley que prohíbe llevar "símbolos vistosos" de la propia religión —una ley promulgada para impedir a las chicas musulmanas llevar el velo en la escuela pública— fue saludada por algunas como medida que permite contrastar la subalternidad femenina, tanto práctica como simbólica, de estas mismas mujeres, y por otras tanto como violación del derecho a la libertad religiosa y de expresión o como medida que cierra el paso a la escuela pública de muchas chicas cuyos progenitores (y ellas mismas) no quieren renunciar al velo.

A propósito de las mutilaciones genitales femeninas, la discusión se ha centrado en la oportunidad de promulgar una ley *ad hoc* que las prohíba allí donde el derecho penal ya castiga lesiones y lesiones graves: una ley *ad hoc*, dicen quienes la defienden, ayudaría a las madres que quisieran sustraer a sus hijas a esta práctica y pondría ante las familias de emigrantes una norma clara. Muchas, sin embargo, rechazan una ley *ad hoc*, bien por discriminatoria y tendencialmente racista, bien porque temen que promovería el aumento de los casos de mutilaciones clandestinas.

En Italia, el enfrentamiento salió a la luz, hace pocos años, con motivo de la propuesta de un médico somalí residente en Florencia de sustituir la mutilación por un rito alternativo consistente en un pequeño pinchazo en los genitales femeninos que sería como un fórmula intermedia que respetaría las exigencias de pertenencia cultural y evitaría lesiones graves. La oposición al rito alternativo, sobre la base de que simboliza la subordinación femenina, vino no sólo de muchos italianos e italianas, sino también de algunas ONGs de inmigrantes somalíes. El rito fue sin embargo eficazmente apoyado por otros y otras, no sólo por las razones con las que fue presentado, sino también porque su prohibición, se decía, resulta incomprensible y racista frente a las múltiples mutilaciones corporales absoluta-

mente lícitas en occidente, algunas de las cuales seguramente más lesivas que un pinchazo con un alfiler.

En este, como en otros casos, se ha invocado, para condenarlo firmemente, un sedicente "relativismo cultural" que permite a otros y a otras lo que está prohibido para nosotros, contaminando nuestra propia "cultura" y minando los valores sobre los que ésta reposaría.

No es este el lugar para debatir profundamente este tema (véase en cambio Pitch, 2004), bastante más complejo y abigarrado que la "vulgata" habitual, que tiende más bien a afirmar la superioridad y la intrínseca Verdad de "nuestros" valores y modelos culturales (lo que en antropología se llama "etnocentrismo"). Hay que afirmar, por el contrario, que toda "cultura" es, por naturaleza, híbrida y "contaminada", a menudo contradictoria, y cambia a través de las experiencias concretas de sus "portadores" y "portadoras".

La llamada "cultura occidental", por otra parte, produjo tanto la tradición de los derechos fundamentales como distintas especies de totalitarismos, con genocidios incluidos, en Europa y por todo el mundo, algunos de los cuales fueron justificados precisamente sobre la base de "nuestros" valores, incluidos los derechos y la democracia. Y en cualquier caso la tradición de los derechos no es sólo una entre las distintas tradiciones que podemos encontrar en la llamada cultura occidental; es también, a fin de cuentas, una cultura ampliamente minoritaria, como es fácil observar, por ejemplo, analizando de cerca muchas de las legislaciones europeas en relación con la emigración.

## Una ciudadanía incompleta

Cien años de luchas femeninas a través del derecho han producido un patrimonio del que no se puede sino partir. La reflexión feminista ha puesto a la luz problemas, paradojas, consecuencias inesperadas de las mismas conquistas y ha indicado la vía de un debilitamiento del derecho en las estrategias políticas de las mujeres. Haciendo esto, ha producido una rica literatura teórico-política sobre el derecho y los derechos, su historia, su estatuto lógico y filosófico, su impacto social. Sobre todo, ha señalado los límites de la ciudadanía como titularidad de derechos: una reflexión tanto más actual hoy en la medida en que el concepto de ciudadanía adquiere mayor carácter central en la teoría y en la práctica política y cuando, al mismo tiempo, la ciudadanía tradicional, típica de los estados nación, es puesta en crisis por los procesos de globalización e internacionalización.

La cuestión fundamental respecto del carácter incompleto de la ciudadanía femenina, tradicionalmente entendida, tiene que ver con aquella limitación de la autonomía femenina que deriva del no reconocimiento a las mujeres de la soberanía sobre el propio cuerpo que sin embargo sí se reconoce a los hombres.

Entiendo por autonomía un proyecto que tiene como finalidad la ampliación de la esfera de autodeterminación de un individuo concreto. Esto significa que no trabajo con la tradicional (y liberal) acepción de autonomía según la cual esta es

un atributo del sujeto racional, carente de vínculos (y por tanto de sexo y cuerpo) o capaz de hacer abstracción de ellos, ponerlos entre paréntesis. Me alineo, pues, con el punto de vista de una libertad femenina que defino (genéricamente) como el ámbito más o menos amplio de capacidad de autoproyectarse y autodefinirse a disposición de las mujeres. Estas capacidades, entendidas en el sentido del economista Amartya Sern, tienen que ver con quién se es, o sea, también con el propio cuerpo y con el propio sexo, y con quién se quiere ser, teniendo en cuenta lo que se es. En este sentido, la libertad de las mujeres ha estado tradicional e históricamente limitada por el hecho de que el cuerpo femenino ha sido, y es, objeto de una regulación tanto social como jurídica tendente a sustraer su control a las mujeres mismas, en razón de su potencial de fertilidad.

Esta regulación se ha expresado y se expresa de variadísimas formas, hasta el punto de configurar el cuerpo femenino, a diferencia del masculino, como lugar público, en el sentido de expuesto al escrutinio de la colectividad, configurado como una serie de capacidades y potencialidades objetivables, separables de quien las posee y, consiguientemente, apropiables por la colectividad misma.

Si las cosas están así, entonces la ciudadanía, entendida como plena posibilidad de desarrollo y uso de las propias capacidades fundamentales, está incompleta y limitada para las mujeres.

Ciertamente, la cuestión de la reproducción tiene aspectos sociales y públicos fundamentales, tanto porque desde un punto de vista colectivo encuentra sus condiciones de posibilidad en los recursos sociales, económicos y culturales, además de normativos, de un determinado contexto, como por tener profundas consecuencias sobre este.

En estos treinta últimos años se pueden observar dos tendencias de política jurídica. De un lado, con la libertad de contracepción y la legalización del aborto hay un tendencial reconocimiento de la responsabilidad femenina en esta materia, responsabilidad no sólo respecto de los eventuales hijos y *partner*, sino también de la sociedad en general. También han existido esfuerzos, aunque insuficientes, para garantizar recursos para el ejercicio de esta responsabilidad (me refiero, por ejemplo, a la extensión del permiso pagado por maternidad a las trabajadoras autónomas, a los permisos por enfermedad de los hijos, etcétera).

Existe, de otro lado, la tendencia contraria, a menudo presente en las mismas normas "liberalizadoras", o en el modo en que estas impactan con el contexto social o cultural o en el modo en que son interpretadas, y sobre todo en el debate cultural y político sobre las nuevas líneas de política jurídica, además de en el escaso apoyo a las madres solteras. El modelo todavía dominante sobre el que se construyen las políticas sociales (o lo que queda de ellas) es el de la familia nuclear, mejor si es casada, respecto a la cual todas las otras formas familiares son en cierto sentido patológicas y han de someterse a vigilancia.

Las consecuencias para la libertad femenina son graves. El no reconocimiento de una plena responsabilidad femenina en orden a la reproducción mantiene a las mujeres en una situación de restricción de posibilidades y opciones respecto de la situación masculina. En este sentido, la ciudadanía femenina está incompleta,

sometida a límites que se pretenden legitimados con razones unas veces biológicas, otras éticas, o psicológicas o sociales. Las mujeres, por su potencial de fertilidad, conocen una vigilancia y un disciplinamiento añadidos que las mantiene en una condición de sujetos a medias, como si, justamente, no se pudiese confiar en su sentido de la responsabilidad, como si fuese demasiado arriesgado confiar a esta mitad de la humanidad el modo en que esa misma humanidad se reproduce. Y digo "esta mitad", porque el problema no parece ser tanto el de negociar la reproducción entre hombres y mujeres, como el de confiar la disciplina y el control del mismo a los hombres.

Hasta qué punto esta desconfianza, además de éticamente insostenible, está socialmente injustificada, lo prueba, entre otras cosas, no sólo la mejora de las condiciones sociales y económicas de los países en los que hay mayor libertad femenina en relación con las decisiones reproductivas, sino también los progresos hechos en aquellos contextos de subdesarrollo en los que se ha insistido en el suministro de recursos culturales, sociales y jurídicos a las mujeres, incluidos, incluso con carácter fundamental, los relativos al control de la reproducción.

Hacen falta, por tanto, políticas sociales y jurídicas que reconozcan y apoyen la responsabilidad femenina en materia de reproducción, tanto para dar cumplimiento al artículo 3 de nuestra Constitución (no basta la igualdad formal, que por sí sola produce efectos perversos, y para la sustancial ese reconocimiento y apoyo son indispensables) como para un proyecto de sociedad más ordenada y próspera, exactamente al contrario de las visiones dominantes que atribuyen a las mujeres no controladas por el orden masculino la producción de caos y desorden.

## CONCLUSIONES

En el centro de gran parte de los análisis y las reflexiones a que nos hemos referido está el gran tema de la igualdad, de su significado, de su interpretación por parte de las políticas jurídicas y la jurisprudencia, de su relación con las diferencias de cultura, las desigualdades y la diferencia sexual.

Leticia Gianformaggio (1995) ha dado la que considero la lectura más clara del principio de igualdad, contestando a las críticas de muchos feminismos.

Igualdad y diferencia, dice Gianformaggio, son términos relativos, comparativos, recíprocos: se es igual o distinto (en el sentido descriptivo de los dos términos) de alguien según un cierto criterio considerado relevante en esa situación y en ese momento. El principio de igualdad es un principio normativo, es decir, que impone la consideración de dos sujetos como iguales, siempre según un cierto criterio y en relación con una determinada situación.

Igualdad y diferencia/s, por tanto, no se excluyen, sino que por el contrario se implican mutuamente, tanto en el plano descriptivo como en el normativo.

Su análisis crítico de los diversos significados que la igualdad jurídica ha asumido y puede asumir, la impugnación de la subdivisión (y a veces contraposición) en igualdad formal e igualdad sustancial planteada por muchos juristas, y de la

deriva antiigualitaria de la llamada "política de las diferencias" (en realidad, una "política de las identidades" asumidas como fijas, estables y a preservar, y que implica una igualdad entre grupos más que entre individuos: es el multiculturalismo), y además la crítica de las posiciones contrarias a la universalidad de los derechos fundamentales en nombre de su asimilación al imperialismo cultural. A este análisis, sin embargo, todavía le cuesta trabajo entrar en la literatura jurídica feminista. También es verdad, por otra parte, que esta literatura, estimulada por las batallas del movimiento, debió tomar nota demasiadas veces de una interpretación del principio de igualdad que se tradujo en políticas asimilacionistas, en políticas de tutela, en políticas identitarias.

Por tanto, es esta interpretación la que debe ser interpelada, tanto en el plano político como en el sociológico: para poder seguir haciéndolo, sin embargo, es fundamental el desplazamiento del punto de vista mediante la asunción de la perspectiva de género.

Aquí hace falta otra consideración. El feminismo italiano se distingue por haber introducido una noción de diferencia sexual que se separa tanto de la de género, comúnmente usada desde hace tiempo por el feminismo americano y, por lo que se refiere a los campos de estudio, por la sociología, como de la homónima *sexual difference*, usada por el feminismo americano llamado "cultural", para el que *sexual difference* indica una serie de características y actitudes considerados propios.

Diferencia sexual, en el vocabulario feminista italiano, quiere por el contrario indicar solamente la "divergencia originaria de los dos sexos", o sea, la necesidad de abandonar la idea del sujeto único y unitario, protagonista del pensamiento de la modernidad. Acusada frecuentemente de esencialismo, en realidad esta noción no implica ninguna connotación sustantiva de los sujetos sexuados, ni en el sentido del género ni en el de la *sexual difference*. En los casos en que puede convivir con la noción de género, entendido como institución social, es por el contrario incompatible con la de *sexual difference*, si esta última pretende precisamente fundamentar diferencias de actitud y de comportamiento en algo intrínseco a lo masculino y a lo femenino.

Al introducir la necesidad de tener presente y dar cuenta de una duplicidad originaria, la noción italiana de diferencia sexual se sitúa más bien en el plano filosófico que en el sociológico, permitiendo poner en cuestión la idea común de igualdad como "mismidad", duplicación infinita de un sujeto siempre igual a sí mismo.

En el plano sociológico, la noción de diferencia sexual permite igualmente tomar distancia del género, verlo y analizarlo en su complejidad y pluralidad de manifestaciones.

En el plano político, permite sostener una política de las mujeres atenta a las diferencias y desigualdades entre ellas, no esencialista y no meramente reivindicativa: permite, en efecto, "pensar lo impensado", o sea, la existencia y la construcción de subjetividades encarnadas en cuerpos de mujeres.

## BIBLIOGRAFÍA

Barbagli M., 1993, "Comunione o separazione dei beni? I rapporti matrimoniali fra i coniugi in Italia", *Polis*, VII, 1

Butler J., 1996, *Corpi che contano. I limiti discorsivi del "sesso"*, Milano, Feltrinelli.

Creazzo G., 2003, *Mi prendo e mi porto via*, Milano, Franco Angeli.

D'Elia C., 2008, *L'aborto e la responsabilità*, Roma, Ediesse.

Facchi A., 2001, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma Bari, Laterza.

Fineman M. A., 1995, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, London, Routledge.

Gianformaggio L., 1995, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli.

Gianformaggio L., 2005, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino.

Gigante M. ( a cura di), 2007, *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica.

Marella M. R, 2008, "Le donne. L'interruzione delle sorti umane e progressive e i guadagni per il diritto", en AA.VV., *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffré.

Marella M. R., 2005, "The Family Economy vs. the Labour Market (or Housework as a Legal Issue)", en J.Conaghan, K. Rittich (a cura di), *Labour Law, Work and the Family. Critical and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press.

Marella M. R., 2007, "L'evoluzione dei rapporti uomo-donna nel diritto europeo. Misure antidiscriminatorie e modelli di famiglia", en AA.VV., *Rapporto uomo donna. Ricerca sugli aspetti storici e sociali*, Roma-Bari, Laterza.

Marella M. R., 2008, "Radicalism, Resistance, and the Structures of Family Law", en *Unbound (Harvard journal of the legal left)*, vol. 4, 70.

Marella M. R., "Bocca di Rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata", *Pòlemos*, 2.

Mc Kinnon C., 1989, *Toward a Feminist Theory of the State, Cambridge*, Harvard University Press.

McKinnon C., 1979, *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press.

McKinnon C., 1983, "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward a Feminist Jurisprudence", en *Signs*, n.8.

McKinnon C., 1987, *Feminism Unmodified*, Cambridge, Harvard University Press.

Minow M., 1990, *Making All the Difference*, Ithaca, Cornell University Press.

Moller O. S., 2007, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, Raffaello Cortina.

Niccolai S., 2006, "I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea", *Politica del diritto*, 4, dicembre.

Pateman C., 19959, *El contrato sexual*, Anthropos. Barcelona

Piccone Stella, S., Saraceno C. (a cura di), 1996, *Genere. La costruzione sociale del maschile e del femminile*, Bologna, Il Mulino.

Pitch T., 2003, *Un derecho para dos,* Madrid, Trotta.

Pitch T., Ventimiglia C., 2001, *Che genere di sicurezza. Donne e uomini in città*, Milano, Franco Angeli.

Pitch T., 2009, *La sociedad de la prevención*, Buenos Aires, Ad Hoc (*Pervasive Prevention. A feminist reading of the rise of the security society in the XXI century*, 2010, London, Ashgate).

*Ragion Pratica*, 2004, "Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo", 23, dicembre.

Rodotà S., 2006, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli.

Romito P., 2000, *Violenze alle donne e risposte delle istituzioni*, Milano, Franco Angeli
Ronchetti L., 2007, "Donne, corpo e diritto", in Gigante M. (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica .
Saraceno C., 1992, *Continuities and Changes in the Gender Structure of the Welfare State: The Italian Case*, Ponencia presentada en el Congreso sobre Comparative Studies of Welfare State Development, Bremen, 3-6 settembre.
Smart C., Sevenhujsen S. (a cura di), 1989, *Child Custody and the Politics of Gender*, London, Routledge.
Ventimiglia C., 1992, *Donna delle mie brame*, Milano, Franco Angeli.
Ventimiglia C., 1996, *Nelle segrete stanze. Violenze alle donne tra silenzi e testimonianze*, Milano, Franco Angeli.
Verza A., 2006, *Il dominio pornografico*, Napoli, Liguori.
Weitzman L., 1985, *The Divorce Revolution*, New York, The Free Press.
Zincone, 1992, *Da sudditi a cittadini*, Bologna, Il Mulino.

## UNIDAD I: TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO: GÉNERO Y DERECHO.

3) FACIO MONTEJO, Alda (1992). “Cuando el género suena cambios trae”. Una metodología para el análisis de género en el fenómeno legal.1a. ed. San José, C.R.: ILANUD, pág. 62-114.

# CUANDO EL GÉNERO SUENA CAMBIOS TRAE

## (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)

Alda Facio Montejo

305

F139c Facio Montejo,:Alda

Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal) / Alda Facio Montejo. - - 1a. ed. - - San José, C.R.: ILANUD, 1992

156p.

ISBN - 9977 - 25 . 029 - 4

1. METODOLOGÍA. 2. TEORÍA DEL GÉNERO.

I. Título.

Diseño de portada: Valeria Varas

ILANUD

Apdo. postal10071-1000

San José, Costa Rica

La publicación de este documenta ha sido pasible gracias al financiamiento otorgado por el Proyecto USAID/597-0002/598/064201 del Proyecto Regional para la Administración de Justicia

*A todas las mujeres centroamericanas violadas por sus padres, golpeadas por sus compañeros, hostigadas por sus colegas, invisibilizadas por la historia, empobrecidas, desnutridas y enfermas, que se levantan todos los días a realizar una sobrecarga de trabajo y responsabilidades con la energía que sale del amor hacia el género humano. Esta energía es la esperanza de la humanidad.*

# PRESENTACIÓN

*"Entiendo que muchas mujeres hoy en día trabajan por obtener una mayor tajada de la torta, pero yo no lo voy a hacer... porque prefiero trabajar para cambiar la receta"*[1]

He trabajado de cerca con mi más que querida Alda Facio en estos días en que ha escrito el libro "Cuando el género suena cambios trae" (metodología para el análisis de género del fenómeno jurídico). He leído varias veces los borradores y he visto a esta incansable feminista trabajar una y otra vez cada párrafo hasta lograr depurar lo más posible su propuesta.

Esta obra es un aporte invaluable para todas aquellas feministas que de una u otra manera siempre nos preguntamos desde nuestra perspectiva de mujeres el porqué de las cosas y aún más valioso, para las que tenemos formación de abogadas y hemos sufrido en cabeza propia la cuadratura del pensamiento legal, para las que cargamos con el dogma de los "derechos y obligaciones" como letanías incuestionables del quehacer jurídico, para las que hemos sido entrenadas a creer que es suficiente que el principio de igualdad esté escrito, enumerado y consagrado en nuestras Constituciones Políticas.

La autora ha logrado escribir esta metodología en forma clara, lo cual no deja de ser una agradable sorpresa pues en general los textos legales están escritos "en difícil". Los muchos ejemplos que ella proporciona, permiten a la lectora o lector remitirse a la realidad, a lo concreto e ir entendiendo en forma sencilla cada una de las ideas fundamentales. El documento se divide en dos partes: 1) el Marco de Referencia y 2) las Implicaciones Metodológicas. A su vez, la primera parte se subdivide en a) Marco de Referencia General: sexo y género como categoría social y b) Marco de Referencia Específico: concepto amplio del Derecho. La segunda parte contiene los seis pasos que se han de contemplar a la hora de intentar un análisis de género, no sin antes haber comprendido y asimilado la importancia de lo que se explica en el Marco de Referencia. Dicho en otras palabras, antes de identificar cada uno de los pasos "anti-sexistas " en el análisis de una norma, ley, texto, etc., hay que entender lo que significa la perspectiva de género como punto de partida para la comprensión de la realidad misma y replantearse el concepto del Derecho como un fenómeno en el que interactúan distintos componentes.

Hay muchas maneras de leer y utilizar este libro.

---

[1] Kramarae C. I Treichler P.A. Feminist Dictionary Londres, Pandora.3, 1985

Probablemente, para muchas personas será un escrito hereje y lo leerán sin detenerse, casi sin respirar, para luego ir a expiar su culpa con la lectura de algún Código que les permita recuperar su compostura legal y su cuestionado pensamiento androcéntrico.

Otras, sin embargo lo leerán ávidamente una y otra vez tratando de memorizar (entrenamiento típico de las escuelas de Derecho) todos los pasos que propone la autora como si fuera cuestión de aprenderse un procedimiento legal y aplicarlo para obtener algún resultado que no hayan logrado obtener de otra manera. Hemos visto mucho de estos "resultados" que hablan de la mujer pero que no han sido construidos con perspectiva de género: muchas leyes enmendadas y redactadas cuyo estandarte es la igualdad, como si para las mujeres la meta fundamental fuera lograr simplemente que las leyes nos coloquen a la altura del parámetro masculino y no que las leyes partan de la comprensión del sistema sexo y género para que reflejen nuestra realidad de mujeres subordinadas, oprimidas y discriminadas con necesidades propias.

Por último, habrá quienes sientan que esta Metodología les quita un peso de encima al permitirles "entrar" en el mundo del Derecho por una puerta totalmente diferente. Será permitido, como a Alicia en el País de las Maravillas, curiosear, cuestionar, buscar y hasta desordenar lo establecido. Y este es quizás uno de los aspectos más importantes que subyace en el documento escrito por Alda: es un llamado para que desarrollemos creatividad legal con perspectiva de género, es decir que esta metodología no es más que la clave que nos permite abrir la puerta si logramos descifrar la combinación, si somos conscientes de que la perspectiva de género va mucho más allá de la simple inclusión de la mujer en las leyes, en las investigaciones, en los discursos, en la doctrina. No se trata únicamente de que logremos comernos un pedazo más grande del pastel (que haya más leyes "a favor de la mujer", más mujeres abogadas, juezas, diputadas, más estudios que hablen del sector femenino de la población), sino realmente de lo que debernos ocuparnos para lograr verdaderos cambios, es de cambiar la receta, o sea, de buscar e incluir otros ingredientes hasta ahora ausentes (la perspectiva de género, los métodos no sexistas de investigación), de manera que seamos parte de todos los pedazos del pastel y no nos conformemos únicamente con una repartición más "igualitaria" de un pastel preparado con una receta androcéntrica.

¡Abogadas feministas!: las invito a leer y a utilizar este Libro/Metodología, las invito a escribir tros documentos que nos permitan redescubrir el Derecho y apropiarnos de él. Si avanzamos juntas en la práctica y desarrollamos teoría con perspectiva de género, tendremos en nuestras manos los dos instrumentos necesarios para transformar y dinamizar el hasta ahora llamado "ordenamiento jurídico".

*Rosalía Camacho.*

# ÍNDICE

PUNTO DE PARTIDA..... 7

INTRODUCCIÓN..... 11

Método o metodología..... 12

Pasos..... 13

MARCO DE REFERENCIA

Bloque A: Marco teórico general..... 13

Bloque B: Marco de referencia especifico Concepto amplio del Derecho..... 62

a) Influencia del componente político-cultural en el componente formal normativo..... 67

b) Influencia del componente formal normativo en el componente político-cultural..... 68

c) Influencia del componente formal-normativo en el componente estructural..... 70

ch) Influencia del componente estructural en el componente formal-normativo..... 71

d) Influencia del componente político-cultural en el componente estructural..... 72

e) Influencia del componente estructural en el componente político-cultural..... 74

LOS SEIS PASOS DE UNA METODOLOGÍA..... 75

## PUNTO DE PARTIDA:

A lo largo de los últimos tres o cuatro años, me ha tocado apoyar al movimiento feminista centroamericano desde el campo de lo legal, específicamente trabajando en la formulación de propuestas de nuevas leyes y en la derogatoria de las tantas que nos discriminan.

Hace un tiempo, una amiga y abogada estadounidense, Rhonda Copelon, al ver el trabajo con el que he colaborado en esta región, me preguntó qué metodología usaba para el análisis de los textos y las propuestas de leyes. Yo le contesté que no tenía un método específico, que me guiaba por mi intuición y por el conocimiento que he adquirido a través de los años de lo que significa la discriminación legal, pero ella me contestó que obviamente yo sí respondía a una metodología, sólo que no la había conscientizado. Lo que sigue es un esfuerzo de conscientización. Más importante aún es, como cualquier trabajo de teorización, el producto de un esfuerzo colectivo.

Y es un esfuerzo colectivo en varios sentidos. Todo empezó en un pequeño apartamento en El Salvador en donde todas las noches discutíamos Mireya Suárez, mi amiga y mentora panameña-brasileña y yo, sobre el feminismo, la filosofía, la vida, el amor y el Derecho. Mireya me "voló el coco" y empecé a ver el Derecho con otros ojos. Algunos años después conocí a Sandra Harding en un curso sobre epistemología feminista y fui su traductora al español en Guatemala. La estructura de género que sostiene el Derecho y cómo el Derecho a su vez mantiene esta estructura, se me hizo obvio con sus planteamientos. Algún tiempo después tuve la "genialidad" de escoger a Rosalía Camacho como mi colaboradora en el Proyecto Mujer y Justicia Penal del

Ilanud donde ambas laboramos-. Sin Rosalía este libro nunca hubiera sido escrito. Ella no sólo ha revisado y revisado de nuevo cada una de sus cinco versiones, sino que me ha apoyado en todos los sentidos y ha sido la-que ha insistido en que se publicara. Se puede decir que ella es la "madre" de varios de los conceptos que aquí se esgrimen y la madrina de todo el libro. Gracias Chalía.

Otro es el hecho de que los primeros borradores de este documento fueron discutidos en varias reuniones y seminarios con activistas -y juristas feministas, por lo que incorpora las sugerencias que me hicieron en su momento. Y, aunque no puedo nombrar a todas las mujeres a quienes les debo el diseño definitivo de esta metodología, no puedo dejar de mencionar a Candelaria Navas de El Salvador, Eugenia Salazar de Costa Rica, Milú Vargas de Nicaragua, Ester Prieto de Paraguay y Gladys Acosta del Perú. Gracias mujeres por sus sugerencias y aliento.

Además, como esta metodología le sirvió a varias organizaciones de mujeres en su a veces contradictorio trabajo de cambiar las leyes al tiempo que se utilizan para el cambio social, pude darme cuenta de los conceptos que no estaban claros y tratar de precisarlos. Ojalá lo haya logrado. Pero, más que nada, es un esfuerzo colectivo porque sin el trabajo apasionado, esperanzador y también agotador, que están haciendo tantas mujeres en nuestra región por crear una nueva sociedad, esta metodología no tendría sentido.

También es un esfuerzo colectivo porque sin el apoyo de dos mujeres importantísimas en mi vida nunca hubiera tenido ni el valor para creerme capaz de escribir un libro, ni la estabilidad emocional para sentarme a hacerlo. Gracias Leda Trejos, gracias Paca Cruz.

Pero antes de transcribir este esfuerzo, deseo tomar prestadas unas palabras-de mi amiga la jurista peruana Gladys Acosta, porque reflejan perfectamente lo que siento/pienso: "*Antes de comenzar quisiera explicitar - que la presente reflexión tiene como punto de partida una actitud militante respecto a la causa feminista y por lo mismo, no pretende neutralidad."*[2]

---

[2] ACOSTA VARGAS, Gladys, Derechos de las Mujeres. Tres Ensayos. Documentos de Trabajo No. 2, Ediciones Flora Tristán, Lima, Perú, oct. 1990, p. 55.

Y, aunque esta obra va dirigida a hombres y mujeres, no- pretende neutralidad porque mi intención no es convencerlos/as de que mi posición es objetiva e imparcial. Todo lo contrario, desde mi experiencia y desde mi conciencia, deseo mostrar una forma de ver el mundo que es parcial, arriesgándome a que por esto se me acuse de subjetiva. Los hombres siempre han escrito pensando desde y para ellos sin que nadie los acuse de parciales y subjetivos, pero cuando una mujer lo hace desde su perspectiva por las razones que ya explique, tanto hombres como mujeres 10 sienten insuficiente, emocional y subjetivo o peor aún, "específico". Creo que es tiempo de que las mujeres y los hombres aprendamos a leer y escuchar planteamientos y reflexiones que parten desde las mujeres, sin que por ello sean entendidos como juicios totalmente desprovistos de objetividad (en la medida en que ésta es posible) o como análisis demasiado "específicos" para ser estudiados por ejemplo, en cursos "generales" como Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho, etc. Quiero enfatizar aquí que no sólo los estudios sobre las mujeres son "específicos", sino que también lo son los de los hombres (a pesar de que los de ellos se presentan como universales", "humanos", etc.). Es mi convicción que la objetividad consiste en conscientizarse del yo en un esfuerzo por excluirlo y no en partir de que el o la autora o investigadora no debe estar presente en lo escrito o investigado. La diferencia con este planteamiento y el tradicional patriarcal es que, mientras que en éste se parte de que la perspectiva masculina es inmediatamente objetiva y absoluta porque el yo masculino es tan presente que pasa inadvertido, el primero parte de que el conocimiento sólo es posible desde alguien.

Deseo aclarar que aunque esta metodología puede ser utilizada, con las adaptaciones del caso, para des-cubrir la invisibilización y/o marginalización de hombres pertenecientes a grupos discriminados, he optado por presentarla "desde las mujeres" porque pienso que eliminando la discriminación, opresión y subordinación de las mujeres de todos los grupos o clases discriminadas, se elimina necesariamente, no sólo una de las formas más antiguas y básicas de opresión de unos seres hacia otros, sino todas las formas de discriminación que hasta hoy hemos identificado, precisamente porque las mujeres pertenecemos a todos los sectores o grupos sociales. Como lo

explicaré más adelante, si bien es cierto que los hombres han sufrido discriminaciones por su pertenencia a una clase, etnia, y/o preferencia sexual, etc., oprimida. NINGÚN hombre ha sufrido la discriminación por pertenecer al sexo masculino mientras que TODAS las mujeres la sufrimos por pertenecer al sexo femenino (además de que la mayoría de las mujeres sufrimos también la discriminación por clase, etnia, y/o preferencia sexual, etc.). Pero la razón primordial de hablar "desde las mujeres" es porque yo soy mujer y por lo tanto, aunque nací dentro de una clase privilegiada, he experimentado la discriminación sexual y la violencia hacia mi sexo en carne propia.

También antes de comenzar, quisiera aclarar que he tenido muchas dificultades con el lenguaje. Para no caer en las formas de sexismo que se describen más adelante, he tratado de buscar términos genéricos (o sea comunes a todos los seres humanos) cuando así lo amerita y términos complementarios cuando estoy refiriéndome a situaciones complementarias. Esto no ha sido siempre posible porque el idioma castellano es sexista.[3] No he querido usar el término "hombre" para referirme a la persona humana de sexo masculino porque de tanto que se ha usado para la humanidad toda, su utilización no siempre es clara. Por eso he optado por el término compuesto hombre/varón, para que no quepa ninguna duda de que me refiero al ser humano de sexo masculino. Espero que en un futuro no muy lejano existan más palabras para describir la realidad desde una perspectiva no sexista.

[3] Ver el interesantísimo análisis del lenguaje que hace la lingüista Yadira Calvo en su libro ”A la mujer por la palabra”, EUNA, Heredia. Costa Rica. 1990.

# INTRODUCCIÓN

## ¿MÉTODO O METODOLOGÍA?

No es mi intención proponer nuevos métodos de análisis feministas ni iniciar una polémica sobre lo que se debe entender por métodos de investigación o análisis. No he descubierto un nuevo método para analizar un texto legal. Utilizo los mismos métodos que utiliza cualquier jurista, a saber, estudio el texto en su conjunto, analizo los principios que fundamentan la normativa, examino la evolución histórica y los antecedentes, leo lo que otros juristas tienen que decir, etc. Lo que sí hago diferente a los analistas androcéntricos, es que le doy importancia a lo que las mujeres Llenen que decir sobre el hecho en cuestión, hago un análisis crítico de cómo los juristas androcéntricos han conceptualizado el fenómeno jurídico y le doy importancia a hechos que la inmensa mayoría de juristas no han considerado relevantes.

Aunque no existe consenso al respecto, entiendo que una metodología es una teoría y análisis de cómo se debe proceder al hacer un estudio o una investigación. Y precisamente ese es el fin de este documento: plasmar una teoría de cómo debe procederse al emplear los mismos métodos que emplean analistas tradicionales para llegar a conclusiones/soluciones no sexistas ni androcéntricas. Esto, por supuesto, parte de un marco teórico que permite teorizar sobre cómo se debe proceder frente a un hecho o a un texto, para analizarlo de acuerdo con un método. Esto es lo que es una metodología: un análisis de la forma en que se investiga, para teorizar sobre cómo se debería proceder en una investigación.[4]

[4] Ver libro editado por la Dra. Sandra Harding. FEMINISM AND METHODOLOGY, Indiana Universtty Press, USA, 1987.

En síntesis, no pretendo presentarles un nuevo método de análisis, sino una teoría sobre cómo se debe proceder con los mismos métodos para llegar a soluciones no sexistas. Esto implica, como que anteriormente, que parto de un marco de referencia o marco teórico y utilizo los métodos que empleamos todas las personas que hacemos investigaciones y/o análisis de textos.

Pero, debido a que la perspectiva de género es relativamente poco conocida en nuestro medio y aún cuando es conocida, muchas/os la utilizan como sinónimo de mujer, he optado por extenderme en el marco de referencia, lo cual puede llevar a algunas(os) lectoras(es) a creer que esta metodología es muy complicada. En realidad no lo es, involucra solamente unos cuantos pasos que no son para nada difíciles una vez que se ha tomado conciencia de lo que comprende el sexismo. Por ello, antes de entrar al marco de referencia, me permito listar los pasos:

## PASOS

Aunque a continuación se enumeran los seis pasos de esta metodología, quiero recalcar que no siempre tiene que llevarse a cabo cada uno de ellos. ni tienen que realizarse en el orden que aquí se propone:

**PASO 1:** Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal.

**PASO 2:** Identificar las distintas formas en que se manifiesta el sexismo en el texto, tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad, el doble parámetro, el familismo, etc.

**PASO 3:** Identificar cuál es la mujer que en forma visible o invisible está en el texto: si es la mujer blanca, la mujer casada, la mujer pobre, etc., es decir, cuál es la mujer que se está contemplando como paradigma de ser humano y des-de ahí, analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc.

**PASO 4:** Identificar cuál es la concepción de mujer que sirve de sustento al texto, es decir, si es sólo la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre, etc.

**PASO 5:** Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal.

**PASO 6:** Ampliar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizaría. Este es también el primer paso, porque para interesarse en esta metodología primero hay que tomar conciencia del sexismo.

## MARCO DE REFERENCIA

Por razones didácticas he dividido el marco teórico en dos grandes bloques:

A) marco teórico general:

B) marco teórico constituido por una concepción ampliada del fenómeno jurídico:

### BLOQUE A

#### MARCO TEÓRICO GENERAL

Para facilitar la comprensión del mareé teórico que he utilizado para el análisis de textos legales, lo divido en 5 puntos estrechamente ligados entre si.

**PRIMER PUNTO:** Sobre la existencia probada de las condiciones desventajosas y posición inferior que posee la mujer con respecto al hombre en todas nuestras sociedades.

En esta metodología parto de que las condiciones de vida que poseen las mujeres, como la pobreza, el mal-trato, el incesto, la violación y el hostigamiento sexual, la excesiva carga de trabajo, la imposibilidad de acceder a la toma de decisiones, la falta de acceso a las tecnologías modernas, etc., son una realidad probada y

comprobada en innumerables estudios hechos por las Naciones Unidas, gobiernos, universidades y grupos de mujeres.

Por ello no pretendo documentar aquí esta realidad: en parte por la naturaleza de esta propuesta pero especialmente porque no quiero caer en la trampa patriarcal de que cada vez que las mujeres tratamos de profundizar y teorizar sobre nuestra condición y posición en esta sociedad se nos pide que empecemos con la demostración de que realmente existe esta discriminación opresión y subordinación de TODAS las mujeres de la clase, etnia habilidad preferencia sexual edad nacionalidad que sea -exigencia con la cual muchas tratamos de cumplir constantemente- para luego acusarnos de no "entender" o no "teorizar" sobre las causas de esta opresión.

Por esta razón tampoco pienso documentar con citas de juristas, filósofos, historiadores u otros académicos cada vez que afirmo que son sexistas. Para ello están sus propios escritos que son bien conocidos por todas las personas que han pasado por una educación formal ya que el conocimiento androcéntrico, a diferencia del feminista y reproduce constantemente. A aquellas personas que no me crean cuando afirmo que la grandísima mayoría de los pensadores son explícita o implícitamente sexistas las/os invito a leer, con los lentes del género bien puestos, lo que cualquiera de ellos ha dicho sobre la mujer, el sexismo, la discriminación sexual y hasta sobre la igualdad de los sexos, para que corroboren por ustedes mismas/os el poco respeto que la gran mayoría demuestra por nuestro "ser" femenino, y por ende, la poca importancia que le han dado a nuestra discriminación y opresión. Algunos porque la trivializan, considerándola mucho menos seria que la discriminación racial o de clase, otros porque ni siquiera la toman en cuenta entre las múltiples formas de violación a los derechos humanos.

Es precisamente porque nos hemos dedicado más a "probar" y "describir" las condiciones de las mujeres, que existen tantos estudios plenos de cifras y estadísticas que las demuestran (aunque desafortunadamente la mayoría de la gente ni siquiera lee esta documentación porque como afirmé anteriormente, consideran que la opresión de las mujeres es secundaria, poco importante), mientras que existe poca teoría desde las mujeres latinoamericanas, que explique el porqué de la posición inferior de la mujer con

respecto al hombre o más importante aún, que señale caminos nuevos y no patriarcales para lograr una sociedad más justa.

Claro que las razones por las cuales nos hemos dedicado más a describir las condiciones de las mujeres también se debe a las políticas de las agencias financiadoras, de nuestras universidades y centros de trabajo. En los países desarrollados las mujeres académicas tienen más tiempo para invertir en teorizar, además de que gozan de más facilidades para conseguir información, estadísticas y financiación para dedicarse uno o dos años a escribir. En nuestros países en vías de devolución (tanto al FMI como a estadios de mayor subdesarrollo), es muy difícil que una agencia financiadora nos brinde el dinero necesario para poder dedicarnos a investigar y teorizar. Más difícil es aún, contar con la información necesaria para documentar una opinión ya que, por ejemplo, para leer sentencias de años anteriores, no podemos sentarnos frente a la computadora y pedírsela a la Biblioteca del Congreso o a la Corte Suprema de Justicia, sino que tenemos que ir a buscar los expedientes en un archivo, lo cual nos puede llevar semanas o hasta meses. Tampoco tenemos estadísticas sobre la frecuencia de las violaciones, el incesto, etc. Por eso constantemente estamos "adaptando" las teorías que desarrollan nuestras hermanas del mundo desarrollado sobre las condiciones dela mujer y el feminismo. Es de esperar que las feministas del primer mundo algún día tengan suficiente poder y conciencia como para entender que en nuestros países las mujeres, además de necesitar comida, necesitamos conocer nuestra realidad desde nosotras mismas.

Es así que mucha de la literatura latinoamericana sobre las mujeres se refiere a su condición y a cómo mejorarla, existiendo una especie de consenso en el sentido de que, la solución es destinar más recursos a los proyectos que tienen como objetivo convertir a las mujeres en productoras económicas. Muchos estudios resaltan minuciosamente las condiciones particulares de las mujeres del campo, de las del sector informal urbano, de las mujeres más pobres, de las adolescentes madres, pero

pocos analizan los aspectos estructurales y la posición que ocupan las mujeres en nuestras sociedades patriarcales, que es la que mantiene esas condiciones.[5]

Estoy plenamente convencida de que sin cambios estructurales que transformen esa posición de las mujeres en nuestras sociedades, no se pueden mejorar sus condiciones de manera permanente. Esto no implica que no considere importante que se conozcan esas condiciones para tratar de mejorarlas, mientras se hacen los cambios necesarios en las estructuras de género: lo que quiero enfatizar es que mi interés en este documento es hacer un análisis crítico sobre la posición de las mujeres, más que describir sus condiciones.

Mi objetivo al diseñar esta metodología es convencer a la mayor cantidad posible de personas de que el Derecho, a pesar de ser un obstáculo para el desarrollo humano de la personalidad femenina, puede ser un instrumento de cambios estructurales, culturales y personales, lo cual necesariamente llevará, a largo plazo, a un mejoramiento en las condiciones en que vivimos las mujeres. Pero como lo que pretendo es convencerlas/os de cambiar la posición de las mujeres y no demostrar su posición, tampoco me voy a extender en esa demostración.

Sin embargo, el hecho de que exista mucha literatura sobre las condiciones de las mujeres y relativamente poca sobre su posición, no quiere decir que en los últimos años no se hayan realizado una serie de estudios y análisis sobre ésta, que van desde los estudios de leyes que descaradamente discriminan a las mujeres, hasta el análisis del rol del heterosexismo en la violencia doméstica.

Por estas razones, para aquellos/as que todavía no están convencidos/as de que no sólo las condiciones de la mujeres (es decir, el estado material en el cual nos encontramos), son mucho más desventajosas que las de los hombres, sino que además las mujeres estamos ubicadas, social cultural política y económicamente en una

---

[5] Para un análisis más profundo sobre este punto, léase de Kate Young, "Reflexiones sobre como enfrentar las necesidades de las mujeres." en el bellísimo libro de Flora Tristán Ediciones: UNA NUEVA LECTURA: GÉNERO EN DESARROLLO.

posición relativamente inferior a la de los hombres los/as remito a esos estudios plenos de curas y estadísticas que lo demuestran.[6]

**SEGUNDO PUNTO:** Sobre la importancia de la definición que da la "CONVENCIÓN"[7] de lo que se debe entender por discriminación contra la mujer.

Esta metodología se basa en la definición de lo que se debe entender Por "discriminación" establecida en el art. 1 de la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer". que textual-mente dice:

> *"A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotara toda distinción, exclusión o re*stricción *basada en el sexo que tenga por objeto* o por *resultado menoscabar* o *anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera."*

Esta definición es triplemente importante. En primer lugar, porque según ella, una ley será discriminatoria si tiene POR RESULTADO la discriminación de la mujer aunque esa misma ley no se haya promulgado con la intención o con el objeto de discriminaría. Es más, una ley podría ser discriminatoria aunque se haya promulgado con la intención de "proteger" a la mujer o de "elevarla" a la condición del hombre. Así, una ley que trate a hombres y mujeres exactamente igual, pero que tiene RESULTADOS que menoscaban o anulan el goce o ejercicio por la mujer de sus derechos humanos, será una ley discriminatoria.

---

6 Estos documentos se pueden encontrar en cualquier centro de documentación de las "casas de mujer" que ahora existen en casi todos los centro urbanos de nuestros países, en la Tribuna de la Mujer de las Naciones Unidas, en el Centro de Documentación de ISIS Internacional con sede en Santiago de Chile, etc. Además, en muchas librerías de la región se pueden conseguir libros sobre la violencia contra la mujer o en los dos tomos de Mujeres Centroamericanas de Ana Isabel García y Enrique Gomaris y en casi todas las Universidades de la región hay bastantes estudios al respecto.

7 Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer". que utilizaré en este libro.

En segundo lugar, es importante porque esa definición que da la CONVENCION de lo que debe entender por "discriminación contra la mujer", al haber sido ratificada por un país, se convierte en lo que LEGALMENTE sé debe entender por discriminación. Así, definiciones más restrictivas de lo que es la discriminación, como por ejemplo las que sostienen las personas que consideran que sólo se debe interpretar como "discriminación" el trato desigual que se le dé a la mujer en la letra de la ley (componente formal normativo), no son legalmente aceptables.

En tercer lugar, porque claramente establece que se considerará discriminatoria toda restricción basada en el sexo que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos en las esferas POLÍTICA, ECONÓMICA, SOCIAL, CULTURAL Y CIVIL O EN CUALQUIER OTRA ESFERA. Así, según esta definición, a diferencia de lo que se suele argumentar, se considerarán discriminatorias las restricciones que sufrimos las mujeres en el campo cultural y doméstico y no sólo las discriminaciones que se dan en la llamada "esfera pública."

Se puede deducir de lo anterior que si utilizamos esta definición a la hora de litigar o de luchar por cambios en cualquier esfera podríamos derrocar el sistema patriarcal al desarticular totalmente su sistema legal y la manera tradicional de entender la igualdad entre los sexos, porque esta definición implícitamente está partiendo de otra concepción del principio de igualdad ante la ley.

Hasta ahora, la igualdad jurídica o igualdad ante la ley de hombres y mujeres, se ha reducido a creer que con otorgarle a las mujeres los mismos derechos que ya gozan los hombres y darle una protección especial en ciertos casos debido a su función reproductora de la especie, se elimina la discriminación sexual.

En otras palabras, la forma como se ha abordado la igualdad de los sexos ante la ley, parte de que la igualdad de los sexos es una equivalencia en todo lo no relacionado con la reproducción de la especie y una diferencia de la mujer con respecto al hombre en todo lo relacionado con esa única función.

Esta manera de concebir la igualdad garantiza que seremos tratadas como seres humanos plenos sólo en el tanto y en el cuanto seamos semejantes a los hombres/

varones, y que seremos tratadas desigualmente en todo lo que nos diferencia de los hombres/varones.

Es decir, el mandato legal de trato igualitario ante la ley se ha interpretado como el tratar a iguales como iguales y a diferentes como desiguales. Así, en lo relacionado con los derechos civiles, políticos, etc., las mujeres reciben el mismo trato diseñado para los hombres/ varones. En lo relacionado con derechos económicos, de trabajo, familia, etc.: las mujeres reciben un trato desigual por ser biológicamente diferentes del modelo de ser humano que es el hombre/varón. Ambos tratos se consideran justificados por ese principio de tratar a iguales como iguales y a diferentes como desiguales.

Pero resulta que el sexo, que es lo que distingue a las mujeres de los hombres y a los hombres de las mujeres, es precisamente eso, una distinción, porque los sexos se definen como tales precisamente por su diferencia mutua y no por la diferencia de la mujer con respecto al hombre. Es así que la teoría jurídica ha creado una verdadera imposibilidad de igualdad entre hombres y mujeres; ha hecho que el concepto de igualdad jurídica presuponga semejanza o desigualdad y como el concepto de sexo presupone diferencia mutua, la igualdad sexual es imposible.

Los valores que fundamentan esta concepción de igualdad, garantizan entonces, que sólo los varones pueden ser tratados como seres humanos plenos porque fue a éste a quién se tomó como paradigma de lo humano. Esta concepción de la igualdad ante la ley responde a un patrón masculino porque el referente siempre es el sexo masculino.

Bajo este patrón las leyes se consideran neutrales, genéricas, iguales para ambos sexos; cuando nuestro ser corresponde al ser masculino y cuando nuestro ser no corresponde con el ser masculino, se dictan leyes "especiales". Pero en ambos casos el referente es el sexo masculino. Es el hombre/varón el que sirve de modelo para las leyes, sean estas "neutrales" o de "protección especial".

Por eso es que en esta metodología y según la definición de discriminación antes citada, la igualdad jurídica entre hombres y mujeres no se reduce a un problema de semejanzas o diferencias entre los sexos. Propongo, por el contrario, que las mujeres no seamos definidas ni se nos otorguen o nieguen derechos en relación a nuestra

correspondencia con el hombre/varón; que no caigamos bajo el patrón de la semejanza o la diferencia que define nuestra humanidad (y por ende los derechos que podamos o no gozar) de conformidad con la distancia que medie entre nosotras y el hombre/varón, sino que estemos conscientes de que tenemos necesidades e intereses que pueden o no coincidir con los de los hombres/varones pero que en cualquier caso, son necesidades e intereses tan específicos a nuestro sexo y nuestra humanidad, como los intereses y necesidades del sexo masculino son específicos a su sexo y humanidad.

En síntesis, lo que la definición de la "CEDAW" nos da es una concepción nueva de la igualdad entre los sexos, que se fundamenta en que mujeres y hombres somos igualmente diferentes. La definición no dice que se debe tratar a la mujer igual que al hombre para eliminar la discriminación. Todo lo contrario, dice que es discriminatorio TODO trato que tenga por RESULTADO la desigualdad, lo que quiere decir que si a una mujer se le da un trato idéntico al del hombre y ese trato la deja en una posición inferior, ese trato en sí es discriminatorio aunque su objetivo haya sido la igualdad.

Vemos así que esta definición de la discriminación hace evidente que la aspiración debe ser la igualdad de los sexos en el goce de los derechos humanos que cada cual necesite, no el que a cada sexo se le dé un tratamiento exactamente igual. Esto presupone que los hombres y las mujeres pueden tener, y de hecho así es, distintas necesidades, pero no presupone que debido a esas diferencias, las masculinas deban ser identificadas como las necesidades de los seres humanos y las de las mujeres como las necesidades específicas de las mujeres. Es decir, que los hombres son tan diferentes y tan semejantes a nosotras las mujeres, como nosotras somos diferentes y semejantes a ellos. Ninguno de los sexos debería ser el parámetro o paradigma de lo humano porque ambos, mujeres y hombres, somos igualmente humanos.

Sin embargo, este nuevo concepto de igualdad también presupone que no se obvie el hecho de que por siglos, las necesidades e intereses de los hombres varones han sido las únicas escuchadas, y por ende, satisfechas en mayor medida que las de las mujeres, por lo que para lograr la igualdad y eliminar la discriminación que existe contra la mujer, se requieren medidas correctivas de toda índole, incluidas las legislativas.

**TERCER PUNTO:** Sobre la importancia del lenguaje.

Para la comprensión de esta metodología es importante que estemos claras/os sobre algunos conceptos que son básicos. Por ello, he optado por incluir algunas definiciones que me he permitido elaborar o transcribir en relación a conceptos que se manejan dentro del movimiento feminista y a alguna que otra palabra que me invento, en el afán de que haya la menor cantidad de malentendidos y porque me encanta ejercer el poder de la palabra Es así que este punto va específicamente dirigido a aquellas personas que se inician en el apasionante camino de la creación de un mundo nuevo, más bello y armonioso que da la inmersión en la filosofía feminista. Para aquellas que ya están muy familiarizadas con estos conceptos, les sugiero que pasen al próximo punto.

El poder de definir es el poder de conformar la cultura, es el poder de establecer lo que es y lo que no es, es el poder de escoger los valores que guiarán a una determinada sociedad. En los últimos siglos, las mujeres no hemos ejercido esta forma de poder. Prueba de ello son las "reales" o no, academias de la lengua, que hasta hace muy poco tiempo han estado integradas exclusivamente por varones; prueba de ello es nuestro propio lenguaje que determina que la voz hombre sirve para denominar tanto al varón de la especie como a la especie toda, y prueba de ello es la definición que da el diccionario ideológico de la lengua española "JULIO CASARES" de la Real Academia Española, del término PATRIARCADO como "el gobierno o autoridad del patriarca" punto, dejando en un silencio invisible a las personas sobre las cuales se ejerce ese gobierno o autoridad y distorsionando la realidad, al formularla de manera que da la impresión de que fue una forma de gobierno en un pasado lejano. Esa definición no hace referencia al hecho de que aunque ya no se llamen patriarcas, todavía hoy en día los hombres siguen ejerciendo ese gobierno sobre las mujeres, las niñas y los niños, los ancianos y las ancianas.

Se evidencia así que esa definición además de distorsionadota de la realidad actual, es parcial- toma en cuenta sólo a quienes ejercen el gobierno o autoridad- porque además de que invisibiliza a las personas sobre las cuales se ejerce esa

autoridad, no explica que es un sistema tan imponente, omnipresente y está tan arraigado en nuestra forma de percibir el mundo, que pasa inadvertido. Para la mayoría de las personas es un sistema "natural" que se basa en factores biológicos y por ende, inmutables e incuestionables. Desafortunadamente, este tipo de definiciones que parten desde la perspectiva masculina únicamente, abundan en nuestros diccionarios. Las aceptamos precisamente porque en este tipo de sociedad, los hombres y las mujeres estamos acostumbrados/as a la no existencia de las mujeres. Si el lenguaje es una de las principales formas de comunicación, porque por medio de él se transmiten de generación en generación los hábitos culturales, no es de extrañar que las mujeres estemos desaparecidas de todo el quehacer humano ya que el mismo lenguaje que utilizamos para comunicar esos hábitos culturales, se encarga de ocultarnos tras el género masculino.

Además, el lenguaje no sólo comunica sino que conforma esos hábitos. Como sólo los hombres/varones han tenido el poder de definir las cosas, todo lo que está definido lo está desde su perspectiva únicamente. Si sólo los hombres han tenido el poder de definir, sólo ellos han conformado la cultura y por ende, esta cultura es masculina. En otras palabras, las mujeres como seres humanos plenos, no existimos en esta cultura. No podemos contentarnos con incorporarnos a esta cultura ya definida por y para el hombre, porque en ella nunca podremos existir plenamente ni como mujeres ni como "seres humanos neutrales en términos de género" cosa que pretenden ingenuamente algunas mujeres.

Es indispensable poder nombrar aquello que nos oprime para que nuestras conciencias empiecen a aprehender el fenómeno y también, para que podamos comunicarlo de unas a otras y de generación en generación. Si sólo los hombres han ejercido el poder de definir y sólo ellos han conformado esta sociedad, no es descabellado afirmar que sólo ellos han decidido qué valores son los que deben guiamos a todos y a todas. De hecho, no es difícil comprobar que esta cultura tiene un desequilibrado énfasis en lo masculino que perjudica tanto a mujeres como a hombres, pero más a las mujeres.

Considero que una de las múltiples formas pacíficas de ir adquiriendo poder es regalándonos el don de la palabra; permitiéndonos nombrar lo que pensamos y sentimos; dándonos la oportunidad de definir desde nuestra perspectiva lo que ya ha sido definido desde la perspectiva masculina; perdiéndole el miedo a ciertas palabras que se utilizan para mantenernos sumisas tales como feminista, lesbiana, solterona, etc., y lanzándonos de lleno a conformar una nueva ética, un nuevo concepto de lo humano que incluya también lo femenino. En fin, creándonos una nueva sociedad.

Para iniciarnos en esta nueva aventura de conformar una cultura más equilibrada, es necesario que nos aboquemos a desarrollar una definición de patriarcado más ajustada a la realidad. Es importante que entendamos qué es y cómo es esta sociedad que queremos cambiar. Para empezar, tenemos que desarrollar una definición que incluya también la realidad de las personas sobre quienes se ejerce ese "gobierno o autoridad". Los adjetivos patriarcalmente aceptados que se le pueden agregar al término sociedad, tales como capitalista, desarrollada, tecnológica, subdesarrollada, socialista, comunista, de clases, etc., no son suficientes para describir un modelo de dominación que mantiene subordinadas a las mujeres por el sólo hecho de ser mujeres y que se sustenta en el control por parte de los hombres de los aspectos más importantes de la cultura, la ideología, la economía, el Derecho en su sentido más amplio, etc. Como ninguno de estos tipos de sociedad nos ayuda a explicarnos la división sexual del trabajo y la apropiación de los hijos por parte de los padres/varones formalizada a través de la patria potestad, el sometimiento de las mujeres y su reducción a madres, como tampoco nos describe la lógica patriarcal, tan racional y aparente-mente sin contradicciones, que le da algunos derechos a todas las mujeres y cierto poder a algunas mujeres al tiempo que cada vez aumenta el discurso de la igualdad, tendremos que desarrollar nuestra propia definición de PATRIARCADO. Pero antes veamos qué es el sexismo.

El sexismo es la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino,- creencia que resulta en -una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior. Estos privilegios descansan en mantener al sexo femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función "natural", y única.

*'El sexismo abarca todos los ámbitos de la vida y las relaciones humanas, de modo que es imposible hacer una relación, no exhaustiva, sino ni tan siquiera aproximada de sus formas de expresión y puntos de incidencia,... En palabras del sociólogo Martin Sagrera: "Ni el esclavo ni la mujer hubieran podido ser mantenidos, siquiera sea por la fuerza, en el estado abyecto en que fueron sumidos si no hubieran sido convencidos poco a poco de su inferioridad Y esta falta de conciencia de clase hizo que fueran ellos mismos los peores enemigos de su propia regeneración".*[8]

Yo agregaría que a la mujer mas que falta de con ciencia de clase le hace falta "conciencia de genero porque aunque sobre género me extenderé más adelante, la historia nos ha demostrado que generalmente los análisis y transformaciones de clase son ciegas al género, mientras que la perspectiva de género lleva implícita, no sólo la variable clase, sino todas las variables imaginables, precisamente porque las mujeres pertenecemos a todas las clases, edades, razas, etnias, creencias, opciones sexuales, etc., y tenemos todas las discapacidades visibles y no visibles que puede tener un ser humano. Además, si bien es cierto que tanto los hombres como las mujeres hemos sufrido discriminaciones según nuestra clase, etnia, preferencia sexual, etc., NINGÚN hombre ha sido discriminado a causa de su sexo mientras que TODAS las mujeres lo somos.

Como ya casi no se oyen manifestaciones abiertamente sexistas como las de Rousseau, Aristóteles, y tantos otros "grandes hombres" que sostenían que la mujer era un ser inferior, muchas personas creen que ya no existe el sexismo en el pensamiento y en la ciencia occidental. Sin embargo, el sexismo sigue muy presente aún en aquellos filósofos que hablan de la intrínseca igualdad entre los sexos porque su parámetro de lo humano sigue siendo el sexo masculino.

Si no, cómo explicar que la sistemática violación sexual de las mujeres por parte de los hombres (sistemática porque una conducta tan generalizada y frecuente no puede catalogarse como "casual"), sea considerada por el Derecho Penal un asunto "privado" en la mayoría de los países de nuestra región y no sea considerada una

---

[8] Ver definición de sexismo en el DICCIONARIO IDEOLÓGICO FEMINISTA de Victoria Sau, Barcelona, ICARIA Ediciones, 1981.

violación de los Derechos Humanos, a no ser que la violación sea perpetuada por un agente del Estado mientras la mujer está en custodia.

Es así que pareciera que los prejuicios en torno al sexo como uno de los aspectos sociales que explican la criminalidad y la conducta violenta del hombre hacia la mujer, no han sido superados todavía. Son demasiados los autores y autoras que afirman que la violencia doméstica se debe a la crisis económica, a la guerra, las frustraciones de la vida moderna, etc. En el fondo, esto es aceptar que los hombres son "naturalmente" violentos porque estas explicaciones no nos informan de por qué la violencia se dirige del hombre hacia la mujer y no viceversa, como si sólo los hombres padecieran la crisis, la guerra etc., como si sólo ellos vivieran en este mundo contaminado por químicos, ruido y malas vibraciones.

Creer que los hombres son violentos por naturaleza, no implica necesariamente que se crea que son superiores a las mujeres; pero creer que los hombres son violentos por naturaleza, castigarlos cuando demuestran su violencia hacia otros hombres y no cuando lo hacen hacia las mujeres, silo es. Es creer que hay un sexo, el femenino, que está ahí para "servir" de desahogo de frustraciones al sexo masculino. Creer que hay un sexo que fue puesto en este mundo para servir al otro, es sexismo.

El **androcentrismo** es una de las formas más generalizadas de sexismo que será analizada más ampliamente en el paso 2 de esta propuesta metodológica. Por ahora digamos que consiste en ver el mundo desde lo masculino tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano. A veces esta forma de sexismo degenera en **misoginia**, que como su raíz latina lo indica, es el odio o desprecio a lo femenino, o en **ginopia**: la imposibilidad de ver lo femenino o imposibilidad de aceptar la existencia autónoma de personas del sexo femenino. Estas dos formas extremas de sexismo son mucho más comunes de lo que a primera vista se desprende, porque las mujeres estamos tan acostumbradas a que se nos desprecie o invisibilice, que no nos damos cuenta de las muy variadas formas en que se nos niega la pertenencia al género humano o peor aún, de cómo se nos niega la existencia misma.

En el lenguaje cotidiano, a estas formas de ver el mundo o actitudes frente a él se les llama **machismo.** *"En la realidad concreta el machismo* lo *constituyen aquellos*

*actos, físicos o verbales, por medio de los cuales se manifiesta deforma vulgar y poco apropiada el sexismo subyacente en la estructura social."*[9] Coincido con Victoria Sau con respecto a que el **machista** generalmente actúa como tal sin ser capaz de "explicar" o dar cuenta de la razón interna de sus actos, sino que se limita a poner en práctica aquello que el sexismo de la cultura a la que pertenece por nacionalidad, condición social, etnia, preferencia sexual, religión, etc., le brinda.

*"En términos psicológicos podríamos decir que el **sexismo** es consciente y el **machismo** inconsciente. De ahí que un machista no sea forzosamente un sexista (algunos dejan de ser machis tas cuando conocen lo que es el sexismo), mientras que un sexista puede no tener rasgos aparentes de **machismo**."*[10]

Un claro ejemplo de la actitud sutilmente machista que no necesariamente implica que quien la tiene es sexista, la encontramos en aquellos compañeros de trabajo caballerosos que algunas hemos conocido en nuestras vidas y que todas hemos visto en las telenovelas, que te abren la puerta, te escuchan con interés, te dejan saber que aprecian tu inteligencia, pero una se da cuenta que aprecian más nuestro silencio. Insisten en que no creen que la mujer sea inferior al hombre. "Sólo diferente." Se les cae la quijada cuando ven pasar a una de esas "mujeronas" coquetas que cuidan de su cuerpo, su cabello y sus kilos y tienen una esposa "agraciada" que cuidaba muy bien de ellos y de sus hijos/as, hasta que encontró un magnifico trabajo y ahora ambos se reparten por igual el trabajo doméstico y él va a las reuniones de escuela, aun cuando ella no anda de viaje.

Un ejemplo de un sexista que no tiene rasgos aparentes de machista es aquel hombre que admira tu trabajo e inteligencia, te pide consejos y respeta tu opinión, jamás te acosa sexualmente, manifiesta creer en la igualdad de los sexos, "apoya" a su mujer en el trabajo de la casa y el cuido de los hijos/as, etc., sólo que cuando ambos tienen una reunión de trabajo en la noche, la de él es a la que no se puede faltar: cuando alguno de los/as hijos/as se enferma, es a la mamá a la que llaman, o cuando

---

9 Ídem p. 171

10 Idem.

se habla de política - y más si lucha por algún grupo discriminado o oprimido o pertenece a alguna etnia, clase, o grupo discriminado- te trata de convencer que esa discriminación es mucho más grave que ~ que sufren las mujeres, dándote ejemplos de mujeres de clase, etnia u 0tr9 grupo dominante que explotan y oprimen a los hombres de su grupo o del grupo por el que él lucha.

Los hombres que pertenecen a esta segunda cate-gorja son los más peligrosos y por ende de los que más debemos cuidarnos, porque ante un machista como el del primer ejemplo, las mujeres tenemos más recelo. Pero, ante un hombre solidario en apariencia como el del segundo ejemplo, las mujeres bajamos la guardia, exponiéndonos a distintas formas de violencia y terminando por apoyar proyectos que nos oprimen (los proyectos que implícitamente parten de que la discriminación contra la mujer es secundaria o de que se elimina con eliminar otras discriminaciones, generalmente descansan de alguna manera en las estructuras que mantienen la opresión de las mujeres. Ejemplo de esto son la grandísima mayoría de los proyectos relacionados con los Derechos Humanos, que parten de una visión androcéntrica de la utopía y se fundamentan en concepciones de "derechos" y "libertades" plasmadas en distintas Declaraciones de Derechos Humanos que no contemplan las necesidades e intereses de las mujeres. Así, se habla de la problemática de los pueblos indios en forma neutral en términos de género, como si éstos fueran compuestos sólo por indios de sexo masculino o como si dentro de los pueblos indios no se diera la discriminación contra la mujer india).

Es muy importante que entendamos que las mujeres compartimos el machismo cuando no estamos conscientes de las estructuras de género y por ende interiorizamos los valores sexistas de nuestra sociedad. También es muy frecuente que las mujeres seamos sexistas porque conscientemente creemos que la discriminación contra la mujer es un mal menor. Pero por más machista o sexista que sea una mujer, nunca se beneficia tanto de esa práctica como el hombre/varón, de manera que jamás una señora, jueza, o abogada puede ser "más machista que cualquier hombre". Cuando afirmamos esto, probablemente seamos nosotras las que estamos cayendo en actitudes machistas al juzgarla más severamente que a un hombre machista o al no

comprender que en una sociedad patriarcal, una mujer a veces cree no tener o efectivamente no tiene más remedio que comportarse en forma machista.

**Patriarcado es** un término que se utiliza de distintas maneras, para definir la ideología y estructuras institucionales que mantienen la opresión de las mujeres. Es un sistema que se origina en la familia dominada por el padre, estructura reproducida en todo el orden social y mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil, orientadas hacia la promoción del consenso en torno a un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determinan que el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder como las reinas y primeras ministras, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder como lo es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas.

Las instituciones por medio de las cuales el patriarcado se mantiene en sus distintas manifestaciones históricas, son múltiples y muy variadas pero tienen en común el hecho de que contribuyen al mantenimiento de las estructuras de género que oprimen a todas las mujeres. Entre es tas instituciones están: la familia patriarcal, la maternidad forzada, la educación androcéntrica, la heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, la historia robada, el trabajo sexuado, el derecho monosexista, la ciencia ginope, etc.

Es característico de este sistema, que una o varias mujeres tengan poder o al menos sobresalgan en determinadas áreas del quehacer humano, con el fin de hacer creer al resto de las mujeres que es posible y deseable alcanzar las posiciones logradas por los hombres/ varones y para que cada una de nosotras piense que si no logramos un ascenso, una diputación, una mención de honor, una publicación de un libro, etc., es porque no estamos capacitadas, o porque no nos esforzamos, o porque somos tontas o simplemente porque no queremos. SI hacemos un análisis de las mujeres que han ejercido el poder político, por ejemplo, veremos que muchas son bastante más inteligentes y capaces que los hombres que las rodean en puestos semejantes, pero generalmente no son ni más capacitadas, ni más inteligentes que otras mujeres que viven en el anonimato. Es más, existen cantidades de mujeres mucho más inteligentes

y capacitadas que la gran mayoría de nuestros políticos, y sin embargo, esas mujeres no han podido (o no han querido por razones éticas) escalar hasta llegar a los puestos de dirigencia, mientras que demasiados hombres mediocres sí. Debemos también tomar en cuenta que las mujeres a las que se les permite ejercer el poder en forma patriarcal, pagan un precio muy alto: no sólo tienen que esforzarse el doble para lograr un poder a medias, sino que deben hacerlo sin solidarizarse con sus congéneres: las otras mujeres. Además, deben ejercer el poder como lo determina el sistema patriarcal: SOBRE las otras personas y no PARA las personas, violentando así todo su "ser" femenino que ya sea cultural, fisiológico, o históricamente impuesto ha sido definido como el género que cuida y da la vida, no el género que domina, destruye y guerrea.

El patriarcado obliga a las mujeres que detentan el poder a utilizarlo de la misma manera que los hombres, porque de esta manera se asegura que la gran mayoría de las mujeres no sientan que otra mujer representa sus intereses, porque se inhibe todo sentimiento de sororidad, fomentándose más bien, la competencia por un hombre. En realidad, la mayoría de las mujeres a quienes la historia patriarcal reconoce, no han hecho mucho por cambiar la condición de la mujer y por ello, mucho se ha cuestionado si el brindar mejores oportunidades a la mujer de participar en la toma de decisiones tendría consecuencias beneficiosas para ésta. Cuando las mujeres buscan el poder para utilizarlo en beneficio de las otras mujeres, reciben pronto el castigo que va desde el ridículo, el olvido y el menosprecio, hasta la pena de muerte. Y cuando no se ha podido silenciar a alguna mujer que ha sobresalido en la esfera pública por sus propios méritos y ha utilizado el poder en forma distinta a la que prescribe el patriarcado, se habla de su vida intima, sentimental y de sus problemas sexuales y no de su aporte al conocimiento o al mejoramiento del género femenino.

Otra razón de por qué las mujeres no apoyamos a las que se lanzan en la búsqueda del poder, se debe a que generalmente los sectores dominados tienden a rechazar a aquellas/os de su mismo grupo que se comportan como los dominadores. Así, las mujeres no valoramos en otra mujer, precisamente las características que posiblemente nos ayudarían a combatir la dependencia. Una mujer que defienda sus ideas asertivamente generalmente es tildada de "marimacha" o "mandona", mientras

que un hombre que haga lo mismo es apreciado por sus "agallas". su "conocimiento del mundo", su "calidad de líder", etc.

Además, todas las mujeres somos socializadas para valorar más el cuidar/nutrir/dar afecto (nurture), a otras personas que el tomar decisiones a nombre de otras. A todas las mujeres, desde muy pequeñas, se nos estimula a desarrollar nuestras habilidades en las actividades que se relacionan con cuidar y dar de comer a las personas. Desafortunadamente, la política patriarcal no es una actividad que involucre o necesite de esas habilidades. Por ello no es de extrañar que (aparte de que al patriarcado no le interesa que las mujeres tengan poder y que ha llegado hasta a matar a las que lo buscan), las que tenemos conciencia de mujer, no luchemos con más energía por alcanzar puestos de dirigencia política. Sin embargo, entre más mujeres tengan acceso a la toma de decisiones, menos patriarcal se irá haciendo la política y más mujeres harán política. Cuando las mujeres se sientan a gusto con la política, cuando puedan hacer política sabiéndose mujeres y pudiéndose solidarizar con otras mujeres, es porque habrá sido superado el patriarcado.

Pero en 1992 el patriarcado es el único tipo de sociedad que existe en el mundo; hay patriarcados capitalistas, socialistas, tercermundistas y colonialistas; patriarcados donde se respetan más y donde se respetan menos los derechos de los hombres; patriarcados donde no se toleran las diferencias y patriarcados en donde los hombres de las minorías viven tranquilos, pero en todos, las mujeres nos encontramos invisibles de su historia y excluidas del poder. *"No estamos en el gabinete, ni en los puestos de confianza, ni en la dirección de partidos políticos, ni si quiera en la dirección de aquellos gremios y sindicatos donde somos la mayoría. A pesar de los avances de las últimas décadas, tampoco tenemos igual acceso a la educación, al mercado laboral, ni el poder de decidir sobre nuestra reproducción. En suma, somos siempre ciudadanas de segunda categoría".*[11]

Por medio de las instituciones patriarcales se hace la **socialización patriarcal,** que es el proceso por el cual las personas de sexo femenino desde pequeñitas, van

[11] Virginia Vargas. Tomado de Revista "VIVA", Perú, setiembre-octubre/86.

interiorizando los valores y actitudes que se les atribuyen, descartando toda emoción o deseo atribuido al otro sexo y aprendiendo el rol asignado para convertirse en personas de género femenino, es decir en "mujeres", al tiempo que aquellos de sexo masculino desde pequeñitos, sufren el proceso que los hará personas de género masculino, es decir "hombres".

Vemos así que el **género** no es sinónimo de sexo aunque muchas personas utilicen ambas palabras indistintamente. Menos aún es el género sinónimo de "mujer". Es imprescindible que se entienda que los hombres también responden a un género de manera que, cuando se dice que hay que incorporar al género en una determinada actividad o estudio no se está hablando de incorporar a la mujer, aunque el resultado de incorporar la visión de género sea visibilizar a la mujer al hacer visibles las relaciones de poder entre los sexos. Incorporar la visión o perspectiva de género en las actividades humanas y los análisis que se hagan de las mismas no es tan sencillo como "agregar" a las mujeres. Es mucho más complejo que eso y por ello lo voy a discutir en el siguiente punto. Por ahora, sigamos con otras definiciones.

En cuanto al **feminismo**, dada la forma en que el patriarcado se mantiene y ejerce el poder, no es de extrañar que los diccionarios patriarcales lo definan como una doctrina social que concede a la mujer igual capacidad y los mismos derechos que a los hombres, pues de esta manera desvirtúan lo que realmente es.

El feminismo lucha precisamente contra esa forma androcéntrica de ve¡ el mundo, que considera que el hombre es el modelo de ser humano y que por ende, la suprema mejora de la mujer es elevarla a la categoría de hombre (que desde el punto de vista patriarcal es sinónimo de elevarla a la categoría de ser humano).

El feminismo sostiene que las mujeres de todas las clases, razas, etnias, edades, discapacidades, creencias, opciones sexuales, etc., son discriminadas, subordinadas y oprimidas en razón de su sexo: que tienen experiencias, vivencias y necesidades que no son tomadas en cuenta ni satisfechas y que para eliminar esa discriminación y subordinación y para satisfacer sus necesidades, se requieren cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social entre los sexos.

El feminismo es además un movimiento social y político y también una teoría que parte de la toma de conciencia de las mujeres como colectivo humano oprimido, explotado y dominado por el colectivo de hombres en el patriarcado baj9 sus distintas fases históricas, conciencia que nos lleva a luchar por la liberación de nuestro sexo a través de las transformaciones de la sociedad que se requieran. De esta manera, el feminismo no se circunscribe a luchar por los "derechos de las mujeres", sino a cuestionar profundamente y desde una perspectiva nueva, todas las estructuras de poder, incluyendo (pero no reducidas a ésta), las de género.

Y, aunque hay varias corrientes dentro del feminismo, se puede afirmar que existen ciertas creencias o principios dentro de esta teoría / práctica / conciencia que trascienden las diferencias, entre las cuales puedo incluir sin miedo a que alguna feminista me contradiga, las siguientes:

1) que todas las personas valemos como seres humanos IGUALMENTE plenos y por ende somos IGUALMENTE diferentes e IGUALMENTE semejantes entre nosotros/as

2) que todas las formas de discriminación y opresión son IGUALMENTE oprobiosas, descansan las unas en las otras y se nutren mutuamente:

3) que la armonía y la felicidad son más importantes que la producción, el poder y la propiedad;

4) que lo personal es político.

Estas cuatro creencias o principios son muy importantes para entender el sexismo. En relación al primero, si realmente entendemos que las mujeres y los hombres somos IGUALMENTE diferentes no vamos a pensar que el fenómeno del embarazo, el parto, la menstruación, el climaterio, etc., son fenómenos que hacen que la mujer se comporte diversamente del hombre/modelo de lo humano y que por ende el problema es de la mujer por ser diferente al modelo, sino que vamos a entender que el problema es de una sociedad que no parte de que a veces, las mujeres y los hombres tenemos necesidades distintas y que estas necesidades son igualmente válidas. Así por ejemplo, podremos entender que el problema no es de que la trabajadora fuera del hogar quede

embarazada, sino que el problema reside en que el trabajo remunerado está pensado desde y estructurado para personas que no quedan embarazadas.

En cuanto al segundo principio, si realmente entendemos que todas las formas de opresión y discriminación son IGUALMENTE denigrantes y deshumanizantes, vamos a entender que no basta con eliminar la opresión de clase, por ejemplo, para lograr una sociedad justa. Esto es más difícil de entender de lo que pareciera, pues debido al poco valor que estas sociedades patriarcales le dan a las mujeres, la opresión de ésta no es considerada tan nefasta como otras. Tan es así que ningún país del mundo ha sido denunciado por prácticas inhumanas contra las mujeres, como lo es por ejemplo, la clitoridectomía, mientras que sí se han denunciado prácticas inhumanas contra razas o etnias, grupos religiosos, credos políticos, etc. Es más, muchas prácticas inhumanas contra las mujeres han sido toleradas por las Naciones Unidas en aras de un respeto por las diferencias culturales, respeto que no sienten cuando de racismo se trata, por ejemplo, talvez porque el racismo afecta negativamente a muchos hombres mientras que el sexismo brinda privilegios a la mayoría de ellos.

Aquí quisiera dar un ejemplo de lo que quiero decir cuando afirmo que aunque las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, directa e indirectamente hayan manifestado que todas las formas de opresión son igualmente oprobiosas. en el fondo el sexismo no es entendido realmente como una forma de opresión tan nefasta como otras:

En el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Cuba en setiembre de 1990, en relación al tema de la violencia familiar contra mujeres y niños (as), se explicitó que había que tener conciencia de que "...el complejo problema de la violencia en el hogar se entiende de diversas formas en las distintas culturas de los diversos países y, por tanto, al tratarlo a nivel internacional debe prestarse especial atención al contexto cultural de cada uno de los países...".[12] Me pregunto si se pide tener esta conciencia de las diversidades culturales cuando de otras violaciones a los derechos humanos se trata.

[12] 8va. Decisión adoptada por el VIII congreso sobre la violencia en el hogar.

¿Se imaginan ustedes al Secretario General de las Naciones Unidas solicitando la comprensión de los Estados miembros en relación a la distinta manera en que el gobierno de Sudáfrica entendía el racismo?

Con respecto al tercer principio, las teorías feministas parten de que la armonía y la felicidad son más importantes que la producción, el poder y la propiedad porque consideran que las personas somos parte de una red humana de la cual todas dependemos. De manera que lo que le pase a una afecta a la otra. De esta manera así como la oprimida es deshumanizada, el opresor también pierde su pertenencia a la humanidad en el tanto y en el cuanto oprima a otra vida. Por otro lado, si sabemos que las mujeres somos dueñas de sólo el 1% de la propiedad inmobiliaria del mundo, no es de extrañar que para el feminismo la propiedad no sea un valor prioritario y se la entienda como generadora de desigualdad, que a su vez genera resentimiento y protestas, que a su vez justifican un mayor control por quienes detentan el poder que descansa en la propiedad. Además, a las feministas nos parece absurdo que se sacrifique tanta armonía, felicidad, gozo y tranquilidad del alma en nombre de la producción y la eficiencia para que, al final de cuentas, no se tenga ni felicidad ni eficiencia. Talvez si no se sacrificara la felicidad, los seres humanos seriamos más productivos y eficientes.

Siempre en relación a este tercer principio, el feminismo se opone al poder SOBRE las personas y propone, en vez, el poder DE las personas sin intermediarias. Esto último pareciera no ser una propuesta exclusivamente feminista, ya que muchas teorías o doctrinas abogan por el poder para el pueblo. Lo nuevo en esto es que para las feministas, ese "poder para el pueblo" incluye un análisis del "poder" y del "pueblo" que no se limita a incluir a las mujeres dentro del concepto de "pueblo" sino que, más importante aún, reconceptualiza desde una perspectiva de género el significado mismo de “pueblo” sino que más importante aún, reconceptualiza desde una perspectiva de género el significado mismo de “pueblo, analizando las relaciones de poder que se dan allí y en todas las instituciones de patriarcado de éstas entre sí, para entender cómo es que se establecen y mantienen las jerarquías y estructuras de poder y cómo éstas también generan resentimientos y protestas, que a su vez se utilizan de nuevo para justificar un mayor control. Este análisis del poder es un área en la que existe mucho

consenso dentro de los distintos feminismos latinoamericanos, aunque tal vez no tanto en feminismos de otras regiones. La idea de que la dominación de un grupo por otro en cualquier nivel o esfera de la sociedad (por ejemplo en la privacidad del hogar), genera y mantiene prácticas de dominación en otros niveles o esferas de la sociedad (por ejemplo en la empresa o relaciones internacionales) es tan básica al feminismo, que incluso la definición que se hace del sistema que nos oprime, el Patriarcado, parte de que la estructura familiar con dominio del padre SOBRE el resto de la familia, es la que se reproduce en todos los niveles de la sociedad. En realidad que la estructura de la familia es el modelo de la sociedad no lo decimos sólo las feministas, pues las mismas Constituciones Políticas de todos nuestros países establecen algo semejante a lo que dice la C.P. de Nicaragua: "Art. 70. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado." La diferencia está en que las feministas cuestionamos las relaciones de poder dentro de la familia que luego se reproducen en la sociedad, mientras que la mayoría de los analistas parten de que la familia es un ente neutral que sirve de sustento a una sociedad, que puede o no ser autoritaria.

Si las personas crecen y viven en un ambiente en donde se considera "normal" o "natural" que una persona (la mamá) esté subordinada a otra (el papá), es muy posible que de adultas les parezca normal o natural que un grupo (los y las indias), estén subordinadas/os a otro grupo (los ladinos). Así, las feministas consideramos que es imposible que una sociedad que es autoritaria a nivel de las personas, pueda ser democrática a nivel político y por esto el feminismo se opone a todas las formas de dominación y opresión y no sólo a las de los hombres sobre las mujeres. Y esto nos lleva al cuarto principio: la creencia feminista de que lo personal es político.

Este cuarto principio es precisamente lo que amplía el análisis sobre el poder y el control social, porque significa que los valores democráticos o democratizantes deben vivirse tanto en la esfera pública como en la privada. *"De esta manera el feminismo critica la tendencia a ofrecer una serie de valores que deben guiar las interacciones en lo personal o lo privado, y otra serie de valores que deben guiar las interacciones en el mundo público de la política y el poder. La empatía, la compasión, y los valores orientados hacia la persona son los que deben ser valorados y afirmados no sólo en la*

*familia y el hogar sino también en el diseño de políticas, en la diplomacia y en la forma en que se practica la política".*[13] Es más, el feminismo cuestiona esa división entre lo privado y lo público y agrega que además, lo político también es personal.

Que lo personal es político también se refiere a que la discriminación, opresión y violencia que sufrimos las mujeres, no son un problema individual que concierne únicamente a las personas involucradas. Quiere decir que todo lo que me pasa a mí y a la otra y a la otra, aunque nos pase en la intimidad, responde a un sistema y a unas estructuras de poder, y por lo tanto son fenómenos políticos y no naturales a los cuales hay que darles respuestas políticas y no sólo individuales. Así, si yo me someto a la violencia y no la denuncio ni la critico, estoy comportándome no sólo como lo espera y desea la política patriarcal, sino que esa es la respuesta para la cual todo el aparato estatal está estructurado. Si yo no me someto, denuncio y me organizo contra esa violencia, estoy poniendo de manifiesto que el aparato estatal, al no poder darme respuesta, no es capaz de defender mis derechos humanos, ni los de cada individua que se encuentre en mi posición. Esto obligará al Estado a buscar otras respuestas y a estructurarse de otro modo o de lo contrario perderá credibilidad. Esto es política.

Pero más importante aún es que esta creencia de que lo personal es político obliga a integrar el discurso con la práctica y la práctica con el discurso. Esto quiere decir que se hace teoría de la práctica misma y se practica esa teoría. Por supuesto que esto no es 100% verdad, ya que es imposible vivir cabalmente todos estos bellísimos valores cuando una ha sido socializada y ha interiorizado los valores contrarios del patriarcado. Sin embargo, no se puede negar que la mayoría de las feministas hemos estructurado organizaciones mucho menos jerarquizadas, en donde al menos se trata de no discriminar ni excluir a ninguna persona y estamos tratando de construir (aunque no siempre lo logramos) relaciones personales más democráticas con nuestras parejas, hijos/as, amigas/os, personas que trabajan para nosotras, etc.

Para concluir con esta explicación sobre el feminismo podemos decir que es un conjunto de valores, creencias y experiencias que conforman una manera de ver el

---

[13] Kay HARRIS, Moving Into The New Millennium en CRIMINOLOGY AS PEACEMAKING, compilado por Pepinsky y Quinney, Indiana University Press, 1991, p. 88.

mundo o cosmología, que se contrapone a la forma androcéntrica en que se mira el mundo dentro de los distintos modelos de patriarcado y que esta forma de ver el mundo parte además de estos otros dos principios: 1 - que el género es una categoría social como lo es la raza, la clase, etc., que atraviesa y es atravesada por todas las otras categorías sociales y que como categoría social tiene su base material en un fenómeno natural que es el sexo, cuya desaparición no depende de la desaparición de las diferencias sexuales así como la desaparición del racismo no depende de la eliminación de las distintas etnias; 2- que la perspectiva de género desde las mujeres permite aproximarse a la realidad para los efectos de esta metodología, o sea, permite ver al fenómeno legal de una forma más objetiva, porque parte de la experiencia de la subordinación, visión que va desde la marginalidad hacia el centro y que por lo tanto incluye la realidad de los opresores vista desde otra óptica, mientras que la perspectiva tradicional patriarcal - aun aquella que parte desde la marginalidad- simplemente no ve la realidad de las mujeres y al no hacerlo, lógicamente no incluye el análisis de las relaciones de poder entre los sexos, lo cual deja por fuera un importante componente de las estructuras de poder.

Estos dos principios adicionales en que descansa el feminismo nos demuestran que no se trata de agregar el componente mujer a los análisis androcéntricos, sean estos tradicionales, liberales o marxistas, sino de incluir la categoría género en TODOS los análisis aunque el objeto de estudio sean sólo hombres, menores, ancianos, la política internacional, los derechos humanos, etc. Esto nos lleva al siguiente punto:

**CUARTO PUNTO:** Sobre la importancia y significado de trabajar con una perspectiva de género.

En un principio, en Centroamérica existió alguna resistencia a utilizar el concepto "género". Esto se debe en parte a la confusión que plantea el término en español, debido a que en este idioma el término se usa no sólo para clasificar el tipo o especie a la que pertenecen seres y cosas, sino también para designar la manera, modo o la forma de ser de algo. "Así tenemos "género humano" y "género animal", "género femenino" y" género masculino", y también "género literario" o "género musical" y

hablamos de "género de vida o de "género de conversación". Ahora bien, quienes introducen la nueva acepción de género en las ciencias sociales y posteriormente en los estudios sobre las mujeres, son anglo-parlantes para quienes "género" tiene un sentido más preciso.. En inglés su acepción generalizada es la de género sexual.

Con "gender" se denominan las dos formas, femenina y masculina, en que biológicamente se configuran las personas, la mayoría de los animales y muchas plantas ".[14]

Por eso, cuando los/as angloparlantes oyen "gender" inmediatamente saben que se está hablando del género sexual, mientras que para nosotras/os hispanohablantes cuando oímos "género", estamos oyendo "clase" o "tipo" y eso nos confunde, porque es justo admitir que suena muy raro oír que ha y que hacer análisis con perspectiva de "tipo" o "especie".

Otra confusión que se crea con el término "género" se da cuando se usa **"genérico"** para hacer referencia a algo que es "perteneciente al género o de género", porque resulta que "genérico" también quiere decir "común a muchas especies, que no tiene marca de fábrica, neutro". Es en esta segunda acepción que se usa siempre en el derecho, cuando se dice que una ley es genérica. Una "ley genérica" es aquella que no tiene preferencia ni va dirigida a ningún grupo en especial, sino que va dirigida a todos y todas en forma neutral. Pero resulta que algunas feministas usan el término "genérico" para hacer referencia a una situación que no es contraria pero si diferente, por ejemplo, "hacer un análisis genérico" la "jerarquía genérica", la "situación genérica" de los sexos, etc., cuando están haciendo referencia a análisis con perspectiva de género, a la jerarquización por género o de género, o a la situación que se relaciona con el género de los sexos.

Para evitar estas confusiones y debido a que en el derecho, como dije antes, se usa genérico en el sentido de neutro, imparcial, sin marca, yo utilizo el término **genérico** en ese sentido y uso género-sensitivo, **perspectiva de género, o** simplemente **de**

[14] Tomado de la reproducción de un extracto de la "Entrevista a Marta Lamas" por Víctor Jacobo, originalmente publicada en la Revista de la Dirección de Difusión Cultural, CASA DEL TIEMPO, mayo-junio 1987, UNAM. México.

**género,** cuando quiero hacer referencia a aspectos, situaciones o hechos relacionados con el concepto de género en el sentido que lo usamos las feministas.

En realidad, el género en el sentido de "gender" o género sexual, hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, que hacen aparecer a los sexos como diametralmente opuestos. Es así que a partir de una exagerada importancia que se da a las diferencias biológicas reales, se construyen roles para cada sexo. Peor aún, las características con que se define a uno y otro sexo gozan de distinto valor y legitiman la subordinación del sexo femenino, subordinación que no es dada por la naturaleza. Es decir, mientras que el concepto de "sexo" podría afirmarse que es fisiológico, el de género es una construcción social. Esta distinción es muy importante ya que nos permite entender que no hay nada de natural en los roles y características sexuales y que por lo tanto pueden ser transformados.

Uno de los primeros científicos reconocidos por la sociedad patriarcal en hacer esta distinción entre el sexo y el género fue Robert Stoller. Lo menciono, porque sus investigaciones en torno a varios casos de niñas y niños que habían sido asignados al sexo al que no pertenecían genética, anatómica y/o hormonalmente, clarifican la diferencia entre sexo y género. Uno de los casos que él estudió fue el de un niño al que por un accidente en el momento de realizarle la circuncisión se le amputó el pene. Los médicos y su familia consideraron que dadas las circunstancias, era preferible que el niño fuera una "mujer" y no un hombre mutilado y así decidieron socializarlo como niña, identidad sexual con la cual ni el niño, ni las personas alrededor de él que no conocían su identidad sexual original, tuvieron ningún problema. Cuando este ser que biológicamente era un niño pero socialmente una niña llegó a la pubertad, se le hizo un tratamiento médico para mantenerlo con su identidad sexual escogida. Ahora es una mujer en todos los sentidos. Cierto que no puede engendrar, pero hay muchas mujeres que nacieron con genitales femeninos y tampoco pueden tener hijos/as.

Este y otros casos hicieron suponer a Stoller que lo determinante en la identidad sexual no es el sexo biológico, sino el hecho de ser socializado/a, desde el nacimiento o antes, como perteneciente a uno u otro sexo, y concluyó que la asignación del rol es más determinante en la consolidación de la identidad sexual, que la carga genética,

hormonal y biológica. A esa identidad que se fundamenta en la asignación del rol con base generalmente pero no siempre en el sexo biológico, él la llamó identidad de género, para diferenciarla de la identidad sexual basada únicamente en el sexo biológico.

Esa es la acepción de género que utilizamos las feministas, para insistir en la cualidad fundamentalmente social de las distinciones basadas en el sexo y para enfatizar que las únicas diferencias "naturales" (aunque esto es cuestionable porque lo que se entiende por "natural" también es cultural) entre el sexo femenino y el sexo masculino, son las sexuales. Las diferencias existentes entre hombres y mujeres son las que se derivan de sus identidades de género, que no son para nada naturales sino que han sido construidas a través de la historia.

"La *estructuración del género llega a convertirse en un hecho social de tanta fuerza que hasta se piensa que es "natural". Por eso resulta importante darse cuenta que, si bien las diferencias sexuales son una base sobre la que se asienta una determinada división sexual del trabajo y por lo tanto, cierta distribución de papeles sociales, esta distribución no es "natural". Ciertas capacidades y habilidades son construidas y promovidas socioculturalmente. Esto es evidente en el caso de las mujeres y la maternidad. Como las mujeres han sido quienes tradicionalmente han gestado, han parido y son las que se han ocupado de la crianza de los niños básicamente por la posibilidad de amamantarlos, lo cual ha supuesto menor movilidad y la necesidad de permanecer en la casa, entonces la asociación de la maternidad con las tareas domésticas aparece como "natural". No se trata de negar dicha asociación, ni las poderosas razones que la hicieron inevitable en un momento histórico, pero de ahí a considerar el trabajo doméstico como el trabajo "natural" de las mujeres, hay mucho trecho. No por tener la capacidad de tener hijos las mujeres nacen sabiendo aplanchar y coser...*

*Plantear el problema del sexismo y del poder patriarcal en términos de género, permite entender que el problema de las mujeres en la sociedad no es un problema de*

*biología, sino un problema social y que el feminismo, aunque parte de las mujeres; no es una lucha de y para ellas, sino de toda la sociedad. ".*[15]

Aunque últimamente muchas personas hablan de trabajar con perspectiva de género y hasta existe un mandato de las Naciones Unidas para que todas sus agencias incorporen esta visión en sus respectivos quehaceres, no es un término que se comprenda fácilmente, ni que sea aceptado sin resistencia, debido precisamente a que estamos habituadas/os a la visión androcéntrica que nos dificulta ver más allá de ella. Es decir, como estamos formados y formadas creyendo que la visión de mundo androcéntrica es la única visión, esto de ver el mundo desde otra perspectiva no es tarea fácil.

Sin embargo, el que sea difícil no lo hace imposible, y una vez que realmente se logra mirar a través del prisma del género, nunca más se quiere ver el monótono mundo del monosexismo.

Es necesario comprender que la idea de incluir la perspectiva de género en todo el quehacer humano parte del convencimiento de que la posición absolutamente subordinada que ocupa la mujer en cada sector social con respecto a los hombres/varones de ese mismo sector social, y relativamente subordinada a todos los hombres/varones, no se debe a que "por naturaleza" es inferior, ni se debe a que ha tenido menos oportunidades o menos educación aunque esas carencias contribuyen a su subordinación , sino a que la sociedad está basada en una estructura de género que mantiene a las mujeres de cualquier sector o clase, subordinadas a los hombres/varones de su mismo sector o clase y relativamente, con menos poder que todos los hombres/varones.

*Así,* hacer un análisis de un texto o contexto desde la perspectiva de género significa primero que nada, tener conciencia de que las mujeres POR SU SEXO, ocupan un lugar subordinado en nuestra sociedad y que el hombre/varón POR SU SEXO, ocupa un lugar privilegiado. Esa pertenencia a un grupo subordinado o a uno privilegiado, es socialmente importante y debe en todo momento tomarse en cuenta. Es

[15] Ídem

decir, que la pertenencia a un sexo es una categoría social que debe formar parte de cualquier análisis de lo social porque, aunque (a grosso modo) es la naturaleza la que dictamina a qué sexo se pertenece, es la sociedad (siempre y en todo momento) la que dictamina qué características y cuánto poder deben y pueden tener uno y otro sexo.

Aquí quiero agregar que tener conciencia de que las mujeres y los hombres, POR SU SEXO, ocupan lugares de menor o mayor poder no es ni más ni menos que tener una conciencia feminista.[16]

Con la conciencia de que el sexo es una categoría socialmente relevante hablamos de que hacer un análisis de género es hacer un análisis que toma la variable sexo como central, explicitando en todo momento desde cuál sexo se hace dicho análisis y cuáles son los efectos o circunstancias en uno y otro y las relaciones entre ellos.

En el caso que nos ocupa, nos interesa hacer un análisis de género desde la experiencia de las mujeres. Esto significa hacer un análisis desde la perspectiva de un ser subordinado, o sea, desde la perspectiva de un ser que ocupa un lugar de menor poder y de menor privilegio que un hombre/varón de su misma clase, raza, etnia, opción sexual, edad, capacidad, creencia, etc., y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres/varones de todas las clases, razas, etnias, etc., sin dejar de lado el análisis de la situación del sexo dominante y las relaciones entre ambos sexos. Parafraseando a Natalie Davies, nuestro propósito es descubrir el alcance de los roles sexuales y del simbolismo sexual en los distintos componentes del fenómeno jurídico, para encontrar qué significado tienen y cómo funcionan para mantener el orden social o para promover su cambio. [17]

Tradicionalmente se han hecho investigaciones, estudios y análisis desde la perspectiva del hombre/varón occidental, blanco, cristiano, heterosexual, sin discapacidades visibles, los cuales se presentan como si no tuvieran ninguna perspectiva, como si fueran totalmente objetivos, neutrales y universalmente válidos,

---

[16] Aunque muchas mujeres latinoamericanas tienen esa conciencia y niegan ser feministas por el sentido peyorativo que le han dado los medios de comunicación al término.

[17] Natalie Zemon Davis, “Women´s History in Transition: The European Case”, Feminist Studies, 3 (Invierno de 1975-76), p. 90.

como si la posición que ocupa ese ser privilegiado fuese el parámetro de lo humano. Esta manera de presentar y hacer las investigaciones no sólo es parcial al sexo masculino, sino que deja por fuera a todos aquellos hombres que pertenecen a grupos discriminados o marginados. Por otro lado, los análisis tradicionales que si toman en cuenta la variable clase, raza u otra pero no toman en cuenta la variable sexo, parten de que la clase o raza del hombre/varón es la que es determinante o que al hablar de los hombres pobres, por ejemplo, se está hablando de las mujeres pobres. De esta manera, aunque estos estudios sean menos parciales que aquellos que no toman en cuenta estas variables, adolecen de la exclusión de más de la mitad del género humano. Pero más terrible aún, adolecen de falta de objetividad porque presentan sus conclusiones como válidas para la humanidad toda (esta es la forma de sexismo que se conoce como sobregeneralización).

Desde la perspectiva de los dominantes sin conciencia de género,[18] las subordinadas hemos quedado excluidas, invisibilizadas,"neutralizadas", porque la realidad de los dominantes se ha tomado como la única. Tomar la realidad del hombre/varón dominante como la única realidad, es establecer un parámetro de lo humano y simultáneamente establecer que todos y todas las demás constituimos "lo otro". Por eso los estudios tradicionales son parciales, específicos y subjetivos: presentan sólo una parte de la realidad como si fuera la totalidad, o como si fuera representativa de ésta.

Es cierto que algo se ha escrito e investigado sobre la mujer, pero la realidad de las subordinadas, cuando se toma en cuenta, que no siempre, nunca se ha tomado como parámetro de lo humano sino como la realidad de "el otro", tanto así que en el entendimiento convencional, la mujer es sinónimo de "lo otro", "lo específico" lo "no universal".

Peor aún, generalmente cuando se toma en cuenta a las mujeres, se toman en cuenta solamente tres tipos de mujeres: 1- mujeres alibí o mujeres coartada - mujeres

[18] Aquí es importante aclarar que la perspectiva de los dominantes no es patrimonio sólo de los dominantes, muchas personas subordinadas marginadas y oprimidas ven su mundo desde la perspectiva dominante porque es la única que conocen concientemente.

que se han comportado como hombres y han logrado sobresalir en el campo masculino a pesar de ser mujeres y no por ser mujeres-, 2- mujeres madres -mujeres que son tomadas en cuenta sólo en tanto que madres- o, 3- mujeres víctimas -mujeres que no son sujetas de su propia historia sino que son objeto de todo tipo de vejámenes. Aunque ciertamente es un avance el que al menos se tomen en cuenta estos aspectos de la realidad humana femenina, las mujeres no somos sólo eso, somos humanas, sujetas de la historia y constructoras de cultura tanto como el hombre/varón.

Cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de las mujeres, se hace un análisis más completo que cuando se parte de la no perspectiva de los hombres/varones. Para comenzar, partir de lo que en el entendimiento convencional se considera "el otro", necesariamente implica reconocer quién es el parámetro para ese entendimiento convencional. Por eso, cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer (análisis feminista), se está haciendo un análisis con la conciencia de que esa perspectiva es la perspectiva del ser subordinado por excelencia. *Y* cuando se hace un análisis desde un ser subordinado, no se puede menos que tomar en cuenta la posición y perspectiva del ser dominante, de] ser "parámetro" del cual el ser subordinado es "el otro".

Por ello se afirma que el análisis de género desde la perspectiva de las mujeres es más objetivo que el análisis tradicional[19] no es igual a hacer un análisis de la mujer (aunque muchas personas hacen análisis de la mujer y lo presentan como un análisis de género porque confunden mujer con género). Hacer un análisis desde la perspectiva de las mujeres como seres subordinados (es decir desde la perspectiva de género desde las mujeres), implica necesariamente hacer un análisis de esa subordinación y de quiénes se benefician de la misma, por lo que no se puede excluir al sexo dominante: es él quien se beneficia de su subordinación, es él quien se ha proclamado como "parámetro" de lo humano. Si esta situación no se incluye, si no se incluye el análisis del poder entre los sexos, no se puede entender la realidad de la subordinación de la mujer ni se puede decir que se ha hecho un análisis de género porque éste lleva

[19] La perspectiva tradicional ni siquiera tiene nombre ya que no es consciente de que tiene una perspectiva.

implícito el análisis del poder. Hablar de la mujer sin tomar en cuenta las estructuras de género no explica su ubicación dentro del sistema sexo/género, por lo que no se puede entender la realidad.

De la misma manera, desde la experiencia del ser dominante, si no se toman en cuenta los "servicios" que los seres dominados le brindan y las situaciones que lo mantienen en esa posición privilegiada, tampoco se puede entender cabalmente su realidad. Por ello, para entender la realidad de los hombres también es necesario hacer un análisis de género, que los ubique dentro del sistema sexo/género, ya que ellos también son definidos por su pertenencia al género masculino. Claro está que al ser miembros de un grupo privilegiado cuyos privilegios se han aceptado como dados por la naturaleza, los hombres no están tan dispuestos a hacer este tipo de análisis que los pone en evidencia y los obliga a una de dos posiciones: 1- o aceptan que tienen privilegios basados en una construcción injusta de la sociedad y por ende tienen que soltarlos si creen en la justicia, o 2- le niegan toda validez a este tipo de análisis para poder seguir disfrutando de sus privilegios. No hay posiciones intermedias.

Si bien es cierto que hay hombres (y mujeres) que están dispuestos a aceptar la validez de los análisis de género, para estudiar situaciones concretas relacionadas con el sexo femenino (pero no para los estudios o actividades "generales" que se dirigen a todo el "pueblo", como podrían ser las cuestiones relacionadas con la política internacional, la historia universal, los derechos humanos, el derecho constitucional, la teoría del estado, etc.), esta aceptación de la validez del análisis de género es una aceptación sólo en apariencia. Si la analizamos con cuidado, veremos que quienes así piensan se ubican perfectamente en la segunda categoría de gente, es decir, entre quienes le restan toda validez al análisis de género porque si se entiende qué es el género y qué implica un análisis de género, se entiende que todo el quehacer humano está imbuido de significantes de género y construido sobre las estructuras de género, aunque el tema a investigar sea el primer alunizaje.

Lo que ha sucedido es que los análisis tradicionales de las actividades que consideramos "no especificas de las mujeres" ,es decir, de las actividades "importantes" de la "generalidad de los seres humanos" invisibilizan las estructuras de género, lo cual

permite que no sean cuestionadas. Así, esa situación de privilegio masculino y esas ventajas que todo hombre posee por pertenecer al sexo masculino se vuelven parte de la naturaleza y por ende, no susceptibles de análisis (y lo que es peor, no susceptibles de ser transformadas lo cual es muy conveniente para el sexo masculino).

Aún más, el análisis de género al cuestionar lo masculino como parámetro de lo humano, simultáneamente cuestiona la dicotomía entre el ser "parámetro" y el ser "el otro" y por eso no deja de lado el que las mujeres pertenecemos a clases, razas, etnias, preferencias sexuales, etc. distintas porque, así como no hay un hombre parámetro, tampoco hay una mujer "parámetro" y una mujer "la otra". Por eso se afirma que cuando se hace un análisis de género se tiene claro que las variables raza, clase, edad, etc., lo atraviesan y modifican. Hacer un análisis de género no es hacer un análisis tomando en cuenta la categoría social "sexo", para luego agregarle un análisis de clase, raza, etc. Implica mucho más. Implica romper con las dicotomías de nuestra manera de pensar el mundo en blanco o negro, racional o afectivo, bueno o malo, yo y "lo otro", etc. Implica un análisis más rico y siempre posible de ser enriquecido con otras perspectivas.

Talvez aquí convendría dar un ejemplo para aclarar esto de que el género es atravesado por otras variables. Tomemos a una mujer negra. Podríamos creer que esa mujer sufre dos formas de discriminación: la discriminación por pertenecer a una raza discriminada y por pertenecer a un sexo discriminado. Pero no habremos comprendido la complejidad de su opresión si nos contentamos con sumar esas distintas formas de opresión. No sólo la mujer negra sufre por ser mujer y por ser negra, sino que es oprimida por ser MUJER NEGRA que no es lo mismo que ser mujer occidental/rosada y que es distinto de ser hombre negro. Vemos así que el género y la raza se dan contenido y significado mutuamente.

También es importante distinguir entre “agregarle" a un análisis el "componente mujer" y hacer "un análisis de género". En el primer caso no se cuestiona el androcentrismo del análisis, dejando casi intactas las estructuras de género que mantienen a las mujeres subordinadas, mientras que en el segundo se amplia el panorama, cuestionando e¡ mismo paradigma del estudio y analizando las distintas

maneras en que se manifiesta el sexismo.[20] Por eso tampoco es lo mismo tener "conciencia de mujer que tener conciencia de género, ya que como dije anteriormente, el tener conciencia de genero implica tener conciencia de las relaciones de poder entre los sexos atravesadas por las variables raza, clase, opción sexual, edad, discapacidad visible, etc. Implica también entender que vivimos bajo un sistema de sexo/género con dominación masculina (o en otras palabras, un "patriarcado ") que no puede ser eliminado por un esfuerzo individual, sino que debe ser cambiado en sus propias estructuras a la vez que por medio de la conscientización.[21]

Por ello, la labor de "conscientización en género" o lo que es lo mismo, la toma de conciencia de las diferentes opresiones de las mujeres de las distintas razas, clases, opciones sexuales, etnias, edades, discapacidades etc., es una labor básica para comprender que no basta con ser mujer para entender el sexismo (aunque es más fácil entenderlo si se es mujer). Por eso esta impostergable conscientización es a la vez el primer y último paso de esta metodología. Sin esta conscientización la eliminación del sexismo es imposible.

Contradictoriamente pero entendible en una sociedad patriarcal, la perspectiva tradicional- que al fin de cuentas es la perspectiva de los dominantes- aunque quede invisibilizada, excluida o neutralizada la realidad de las subordinadas y por ende falseada también la realidad de los dominantes, es entendida como objetiva, científica, universal. Mientras que los estudios desde la perspectiva de la mujer como ser subordinado son percibid os como parciales a la mujer y por ende, como menos científicos, objetivos y/o importantes, a pesar de que desde esta perspectiva, como se explicó anteriormente, el hombre/varón está siempre presente.

Talvez esta manera de percibir los estudios que tienen perspectiva dé género se deba a que desde la perspectiva feminista, los privilegios de sexo del hombre/ varón están explícitamente expuestos. Como no estamos habituadas/os a esa claridad, es

---

20 Ver más adelante el apartado sobre las distintas formas en que se manifiesta el sexismo en los análisis e investigaciones.

21 Para profundizar en la teoría sexo/género ver: Candelaria Navas, CONCEPTUALIZACIÓN DE “GÉNERO”, Cuadernos de Investigación No. 58, CSUCA, San Salvador, abril 1990.

lógico que nos incomode. Y es que estamos tan acostumbradas/os a ver el mundo desde la perspectiva masculina únicamente, que cuando nos lo presentan desde la perspectiva de un ser dominado, especialmente si ese ser dominado es del sexo femenino, nos parece que es una percepción "específica" y por ende no válida para el género humano, aunque sea "específica" de más de la mitad del género humano y lo sea mucho menos que los estudios tradicionales;

Como se menciona anteriormente, el análisis de género no es un análisis que sólo se pueda hacer desde la perspectiva de la mujer o sólo se utilice para estudiar a las mujeres. Todas las situaciones humanas deberían ser analizadas desde la perspectiva de género, desde la familia hasta la guerra y las relaciones internacionales.

Sí, como lo insinué antes, hasta las relaciones internacionales tienen que ver con el sistema sexo/género y por ende, deben ser analizadas desde una perspectiva de género como lo demuestra Cynthia Enloe en su libro BANANAS. BEACHES AND BASES.

*"Hasta ahora, el análisis feminista (de género) ha tenido poco impacto en la política internacional. Tanto quienes analizan la política internacional como quienes la hacen, se han mostrado muy seguros en su poco aprecio por las ideas feministas. Son muy pocos los analistas profesionales de las relaciones internacionales que toman seriamente en cuenta las experiencias de las mujeres. Las experiencias de las mujeres -de la guerra, del matrimonio, del comercio, de los viajes, del trabajo de fábrica-, se presentan en la sección "de interés humano". El papel que juegan las mujeres en la creación y mantenimiento de la política internacional, ha sido tratada como si fuera "natural" y por lo tanto no merecedora de ser investigada. Es así que la dependencia de la política internacional en el control de los hombres sobre las mujeres no ha sido examinada. Esto ha tenido como resultado que quienes ejercen el poder en las relaciones internacionales no se han responsabilizado de los efectos de esas relaciones en la vida de las mujeres."*[22]

[22] Cinthia Enloe. “BANANAS, BEACHES AND BASES”, Making Feminist Sense of International Politics”. University of California Press, Los Ángeles 1990, p. 5-6.

Por eso, quienes buscan unas relaciones internacionales más justas entre los países desarrollados y los que están ahora en vías de devolución, deberían hacer análisis de género de estas relaciones, para entender cómo y en qué medida descansan en el control de los hombres sobre las mujeres, porque talvez si los hombres estuvieran dispuestos a desprenderse de tanto control y poder sobre otros seres, podríamos lograr relaciones más justas entre países también. Talvez si lográramos hacer análisis de situaciones que no invisibilicen relaciones de poder, lograríamos entender mejor cómo funciona el control y el poder. Mientras se mantengan firmes las estructuras de género, jamás se lograrán eliminar completamente las otras formas de dominación porque éstas descansan en aquéllas.

En otras palabras, los hombres deberían hacer análisis de género explicitando siempre su posición privilegiada en esta sociedad con respecto a la mujer, en vez de hablar "desde ninguna parte" y en nombre del género humano, dejando incuestionadas las relaciones de poder entre los sexos porque esto, a la larga, también los perjudica. En síntesis, tanto hombres como mujeres deberían optar por incluir la categoría género> como central a cualquier análisis, porque esta categoría permite una visión más apegada a la realidad y por lo tanto más objetiva y científica. Es mi convicción que entre más se conozca la realidad, más fácil es transformarla de manera que sólo quienes se aferran a sus privilegios de clase, etnia, nacionalidad, sexo, preferencia sexual, etc., tienen interés en que no se utilice la perspectiva de género.

La filósofa Sandra Harding crítica esa manera “sin perspectiva” supuestamente objetiva con la que los cientistas sociales nos presentan la realidad. Afirma que lo que ha sucedido, es que la ciencia social tradicional sólo se ha planteado aquellas preguntas sobre la vida social que son problemáticas, desde la experiencia social de los hombres (blancos, occidentales, heterosexuales). *"Inconscientemente ha seguido una "lógica de descubrimiento" que podríamos formular de la siguiente manera: hacer sólo aquellas preguntas sobre la vida natural y social que los hombres quieren que sean contestadas. ¿Cómo podremos "nosotros los humanos" alcanzar mayor autonomía? ¿Cuál es la política legal apropiada hacia los violadores y las mujeres violadas que deje intactos los parámetros comunes de la conducta sexual masculina? Por otro lado, muchos fenómenos que parecen problemáticos desde la perspectiva de los hombres no*

*parecen del todo problemáticos desde la perspectiva de las experiencias de las mujeres (por ejemplo, los dos problemas anteriores no surgen de las experiencias de las mujeres). Por otro lado, las mujeres experimentan muchos fenómenos que ellas consideran que sí necesitan explicación: ¿Por qué encuentran los hombres el trabajo doméstico y el tra*bajo *con niñas/os tan desagradable? ¿Por qué las oportunidades de vida de las mujeres tienden a ser tan limitadas exactamente en los momentos que la historia tradicional caracteriza como los más progresivos? ¿Por qué es tan difícil detectar los ideales de femineidad de la mujer negra en los estudios sobre familias negras? ¿Por qué esta la sexualidad masculina tan definida en términos de poder? ¿Por qué se considera que arriesgar la vida constituye un acto humano distintivo, pero el dar a luz se considera algo simplemente natural? La reflexión sobre cómo un fenómeno social llega a definirse como problema que demanda explicación, nos revela fácilmente en primer lugar, que no existe un problema sin una persona (o grupos de ellas) que lo posean: un problema siempre es un problema para alguien. El reconocimiento de este hecho y de sus implicaciones para la estructura de la empresa científica, provoca inmediatamente conflicto entre el enfoque feminista (de género) de investigación y la comprensión tradicional".*[23]

Además la Dra. Harding agrega que el reconocimiento de la importancia de utilizar la perspectiva de género desde las mujeres (utilizar las experiencias de las mujeres) como recurso para el análisis social, no tiene implicaciones sólo para la estructura de la empresa científica sino más importante aún, también para la educación, los medios de comunicación, los laboratorios, las agencias de financiamiento, los bancos, etc. *"Por razones de justicia social,* las *mujeres deben tener una participación igualitaria en el diseño y administración de* las *instituciones donde se produce y distribuye el conocimiento: no es justo que se excluya a las mujeres del beneficio que obtienen los hombres por participar en este tipo de empresas. Pero las mujeres también deben participar en estos proyectos porque, de no hacerlo, sólo se podrá producir una comprensión parcial y distorsionada sobre nosotras/os mismas/os y sobre el mundo que*

[23] Sandra Harding, Op. Cit. p. 6.

*nos rodea, en una cultura que sistemáticamente silencia y menos precia las voces de las mujeres."*[24]

Un ejemplo dramático y muy concreto de los distintos resultados que dan estas visiones o perspectivas distintas (la perspectiva de género desde las mujeres y la tradicional de los hombres), la podemos encontrar en las regulaciones y leyes sobre el aborto. Para los hombres, el problema del aborto es un pr6blemaabstracto de protección a una vida abstracta, porque NUNCA tendrán que enfrentar un aborto desde su propio cuerpo. Para las mujeres en cambio, el problema del aborto es un problema concreto que millones de mujeres han debido enfrentar no sólo en un plano intelectual sino en su propio cuerpo. Para ellas es un problema ético-práctico entre la vida en abstracto y la calidad de vida en concreto de dos seres: el de la madre y el de la vida en potencia que está en su vientre y talvez hasta la vida de las/os demás hijas/os.

En nuestras sociedades se ha enfrentado el problema del aborto desde la perspectiva del hombre/varón únicamente. Es decir, se presenta como un problema ético-abstracto cuya preocupación básica es la protección a la vida intrauterina. Desde esta perspectiva es que se ha legislado sin tomar en cuenta la vida de la mujer, no la calidad de vida de los seres involucrados, aunque cada mujer que acude a un aborto clandestino o se lo practica ella misma, pueda morir en cualquier momento. Claro que en parte esto se debe a que desde la perspectiva tradicional, la mujer que decide someterse a un aborto se pone en riesgo voluntariamente, por lo que la vida de la mujer no entra en la esfera de protección. Pero desde la perspectiva de género, sabemos que las mujeres enfrentan un aborto cuando no les queda otro remedio y lo enfrentan sabiendo que pueden morir. Desde esta perspectiva, se entiende que no sirve penalizar el aborto para "proteger" la vida intrauterina porque penalizado o no, la realidad es que miles de mujeres en todo el mundo acuden a esta trágica solución a un problema concreto.

Con esté ejemplo no estoy diciendo que desde la perspectiva de género la solución única es despenalizar el aborto. Lo que quiero ejemplificar es que el problema

[24] Ídem, p. 7

del aborto, desde la perspectiva de la mujer, como perteneciente a un género subordinado, es un problema mucho más complejo que la preocupación por la vida intrauterina. Tiene mucho más implicaciones. Si este problema se analizara desde esta perspectiva en vez de sólo analizarse desde la perspectiva tradicional, que hasta ahora sólo se pronuncia por la vida en abstracto, talvez ya habríamos encontrado una solución a las miles de muertes de mujeres en abortos clandestinos y a la consecuente desprotección de esa vida intrauterina que tanto se desea proteger.

Si el problema del aborto se analizara desde una perspectiva de género, se tendría que analizar no sólo el valor "vida" en abstracto, sino al mismo tiempo *"los costos de los pañales y la leche, la imposibilidad de encontrar empleo estando embarazada, la falta de guarderías y la soledad con que miles de mujeres enfrentan la maternidad",*[25] los métodos anticonceptivos, la violación marital, los y las niñas en la calle y tantos otros factores más.

**QUINTO PUNTO:** Sobre la importancia de conscientizarse acerca del androcentrismo en el fenómeno jurídico.

No hay nada mejor que leer la opinión de un androcentrista, en este caso la de un jurista, para conscientizarse del androcentrismo en el Derecho:

> "La *mujer tiene la certeza de cuál es su hijo, el padre no la tiene nunca Y el patriarcado nace de la declaración masculina según la cual dicho estado de cosas debe terminar: si nosotros dejamos subsistir tal estado de cosas, la mujer estará eternamente en posición de superioridad, por consiguiente, se lo prohibimos. Y a esta prohibición nosotros la llamamos DERECHO".*[26] Sin duda, yo también.

En este punto, parto de la definición ampliada del fenómeno jurídico que hago en el bloque "B" de este marco teórico. Por ello, es indispensable decir brevemente que el

---

[25] Ver artículo de Berta Hiriart. "Pacifismo y despenalización del aborto" en la revista MUJER/FEMPRESS No. 114 de abril de 1991.

[26] BORNEMAN: Le patriacat, citado por Victoria Sau en el DICCIONARIO IDEOLÓGICO FEMINISTA, p. 207.

fenómeno jurídico no se reduce a las leyes formalmente generadas (componente formal-sustantivo), sino que se compone también de las leyes que se forman a través de la administración e interpretación de esas leyes formalmente generadas (componente estructural) y también de las leyes que se forman a través de las costumbres, tradiciones, políticas, así como del conocimiento y uso que le dé la gente a las leyes formalmente promulgadas o formalmente interpretadas (componente político-cultural).

Aunque podría decirse que el movimiento de mujeres en América Latina se ha mantenido alejado del análisis del Derecho- en general, las mujeres no lo hemos visto como un instrumento de liberación- estamos empezando a ver en el Derecho un instrumento de cambio, pero hemos caído en el error de creer que el problema legal de las mujeres se circunscribe a su falta de conocimiento sobre sus propios derechos y a la discriminatoria interpretación y aplicación de un conjunto de leyes que es neutral en términos de género, que es igualitario a los géneros. Debido a esta concepción, las estrategias de las organizaciones de mujeres se han encaminado a dar a conocer a las mujeres los derechos o a denunciar la aplicación discriminatoria de las leyes en alguna sentencia o decisión administrativa, pero poco se ha hecho por analizar el contenido sustantivo del Derecho. Con esto no estoy diciendo que no sean valiosas las estrategias que hasta ahora se han utilizado, simplemente creo que TAMBIÉN se debe poner atención al componente formal-sustantivo del Derecho, mientras se siguen las estrategias en los componentes político-cultural y estructural.

El androcentrismo que permea todas nuestras instituciones ha redundado en que todas las disposiciones legales tengan como parámetro, modelo o prototipo al macho de la especie humana, de la misma manera en que el estudio de la anatomía toma como modelo al cuerpo masculino y de la misma manera en que el concepto de ser humano se reduce al concepto de hombre. Es por esta razón que las leyes, aunque no lo digan explícitamente, en su inmensa mayoría parten de los hombres y son para los hombres o responden a su idea de lo que somos y necesitamos las mujeres. En un patriarcado androcéntrico no es de extrañar que el legislador, el jurista y el juez tengan en mente al hombre/varón cuan-do elaboran, promulgan, utilizan y aplican las leyes o cuando elaboran las teorías, doctrinas y principios que sirven de fundamento a su interpretación

y aplicación. Por ello, no debemos caer en el error de creer que existen leyes neutrales, que se dirigen igualmente a hombres como a mujeres y que tienen iguales efectos en hombres y mujeres.

Si bien es cierto que las mujeres conocemos menos nuestros derechos, y que aún conociéndolos no tenemos el mismo acceso a la administración de justicia, también lo es que las leyes en sí son androcéntricas y por ende nunca han reflejado nuestras necesidades, potencialidades, ni características. Los problemas legales que tenemos las mujeres no se deben solamente a que los funcionarios judiciales y policías nos discriminan a la hora de aplicar las leyes genéricas (en el sentido de neutrales en términos de género). Se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado y a la falta de una doctrina jurídica desde las experiencias de las mujeres. Pero sobretodo se debe a que esas leyes genéricas, al igual que todo lo genérico en una sociedad patriarcal, en realidad si tienen género y ese género es el masculino.

Con esto no estoy diciendo que en un lejano pasado todos los patriarcas se sentaron en un círculo a discutir las leyes que los beneficiarían o a imaginarse leyes que nos perjudicarían a todas las mujeres, y que desde entonces las leyes son patriarcales y androcéntricas. La parcialidad a favor de los hombres que reflejan las leyes es producto del androcentrismo de todo el sistema jurídico, que a su vez es producto de una tradición milenaria que dictaminaba que sólo los hombres podían ser ciudadanos y por ende, sólo ellos podían dictar y aplicar las leyes que regularían la vida en sociedad. Esta exclusión de la mujer de los órganos que crean y aplican la ley, garantizó que las necesidades sentidas por el hombre/varón serían fundamentales y principales en todo el quehacer jurídico, al tiempo que desatendió las necesidades de las mujeres. Cuando afirmo que el Derecho fue y sigue siendo androcéntrico, no estoy afirmando que siempre lo es conscientemente y esto debe quedar muy claro. Pero sí es preocupante que todavía hoy día tan pocas mujeres penetren esos órganos, lo cual nos lleva a pensar que es muy probable que el Derecho siga siendo androcéntrico por mucho tiempo más.

Y aunque el movimiento feminista latinoamericano ha logrado recientemente que se promulguen una serie de leyes o que se creen nuevas instituciones legales para la mujer, como la ley para la Protección de Víctimas y Testigos del Crimen, en Puerto Rico, o las comisarías de mujeres en Brasil y Perú, o el recurso civil para tramitar la violencia doméstica en Argentina, todavía no hemos logrado que la mayoría de la gente comprenda que si antes no existían estas instituciones era porque el hombre/varón nunca las había necesitado y no porque el maltrato, la violación o el hostigamiento sexual sean un fenómeno nuevo. Todavía no hemos entendido que el Derecho es producto de las necesidades, potencialidades y características del hombre, no de las de la mujer y por ende, no las refleja. El hecho de que casi todas las constituciones garanticen la igualdad de todos los ciudadanos, el que las mujeres votemos en casi todos los países y el que ahora algunas legislaciones reconozcan las más identificadas opresiones que sufrimos las mujeres, no significa que el Derecho está dejando de ser androcéntrico, significa que las mujeres hemos logrado que se nos reconozcan, formalmente, algunos de los derechos definidos por y para los hombres y significa que las opresiones que sólo sufrimos las mujeres, de tanto denunciarías, ya forman parte del imaginario popular, aunque todavía se perciban como males inferiores. Pero el Derecho en su conjunto, sigue igual con pequeñas y esperanzadoras excepciones.

Aunque es importante que conozcamos nuestros derechos, que exijamos que se incorporen nuestras necesidades dentro del Derecho y que se entienda que al no satisfacer las necesidades a las mujeres, se les violan sus derechos humanos, es más urgente crear una doctrina jurídica que fundamente la creación de nuevas leyes e instituciones legales.

Creo que sin una doctrina jurídica que parta desde las mujeres, es imposible interpretar y aplicar no discriminatoriamente, aún las leyes que nos han enseñado son de aplicación universal y genérica. Sin una doctrina jurídica desde las mujeres, es imposible sustentar los argumentos jurídicos que tengan una real relación con la persona concreta mujer, que vive inmersa en una realidad muy distinta a la de los hombres y en una realidad aún más distinta de la que parte el Derecho cuando nos toma en cuenta, que no es siempre.

Ser mujer es un estado personal al cual el Derecho, aún hoy en día, le atribuye poca importancia. En tiempos pasados la mujer era para el Derecho una especie de débil mental o menor de edad perenne, a la cual había que "proteger" sometiéndola de por vida a la voluntad de su padre, marido e hijo. Luego, cuando la mujer logró la mayoría de edad, el Derecho, especialmente la legislación, la declaró formalmente igual al hombre y desde ahí se dice que esa igualdad es neutral en términos de género.

Muy por el contrario de lo que se afirma en el campo jurídico, la pertenencia a uno u otro sexo es relevante, ya que es una categoría social que determina el menor o mayor poder que se pueda tener en una sociedad. Es decir, el sexo debería entenderse como una categoría social porque las relaciones entre los sexos, al igual que las relaciones entre las clases, etnias, etc., son relaciones socialmente construidas y no dadas por la naturaleza. Y en el caso de las relaciones entre los sexos, hay uno que tiene mucho más poder y privilegios que otro, lo cual no puede ser indiferente para el fenómeno jurídico, ya que es precisamente en este campo en donde se regulan las relaciones de poder.

Por ejemplo, las mujeres conformamos una categoría social que no solamente ha sido despojada de su poder, sino que ha sido "desaparecida" del mundo de lo jurídico. Esa invisibilidad de la categoría social a la que pertenecemos las personas de sexo femenino, no se debe a razones de "naturaleza" sino a la jerarquización entre los sexos, en la cual el sexo masculino se ha erigido como el representante del género humano. Esto es doblemente significativo, porque al invisibilizar a la mujer se desvaloriza la importancia de la categoría social "sexo" para la comprensión de lo jurídico. Es un círculo vicioso porque al invalidar al sexo como categoría social relevante para lo jurídico, se hace imposible visibilizar a la mujer, ya que el hombre es percibido como representante de lo humano dentro de lo jurídico, sin que se sienta la "falta" del sexo femenino. En síntesis, estoy convencida de que el fenómeno jurídico, como cualquier fenómeno social, debe ser analizado tomando en cuenta el sexo al que pertenecemos los seres humanos si verdaderamente queremos entender nuestra condición y su relación con él.

Pero si reconocemos que la opresión de las mujeres no es similar a la opresión de otros grupos, fácilmente podemos darnos cuenta de que, el problema de la opresión del sexo femenino no se resuelve simplemente con extenderle los derechos que antes disfrutaba sólo el varón. Después de siglos en que se ha considerado que sólo unos hombres eran iguales, sólo unos hombres eran ciudadanos y por ende tenían derecho a decidir el destino de todo el pueblo, no vamos a ser iguales, ni vamos a ser igualmente libres solamente porque ahora esa igualdad y esa libertad se ha extendido a todos los hombres, aunque creamos que estamos incluidas en la voz hombre cuando de estos y otros derechos humanos se trate. Las reglas de la participación política y del disfrute de los otros derechos civiles y políticos, se hicieron cuando a las mujeres nos eran vedados esos derechos. Es obvio pues, que no se tomaron en cuenta nuestras limitaciones culturalmente impuestas cuando se establecieron. Si las reglas implícitas o explicitas de la participación no fueron transformadas cuando se declaró que las mujeres podían ser ciudadanas y ejercer y gozar de los derechos políticos y civiles, no es posible que las mujeres las disfrutemos ni ejerzamos en igualdad de condiciones ni con igualdad de oportunidades.

Si reconocemos que tampoco se elimina el problema de la mujer con solamente transformar la estructura de clase, como silos problemas de la mujer fueran los mismos que los de sus esposos o padres proletarios, como si las posibilidades de la mujer fueran las mismas que las de sus hermanos varones de clase media, o como si las mujeres con maridos y padres burgueses no compartieran con las mujeres marginadas el incesto, la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, y la objetización de su ser, etc.; si reconocemos que aún pudiendo eliminar la discriminación por razón de credo religioso, político u otro, o logrando eliminar el racismo, etnocentrismo, etc., no lograríamos eliminar la opresión de la mujer -- aunque sí mejoraría su condición en razón de clase, raza o etnia-; si reconocemos que la opresión de la mujer obedece a otros intereses, nos daremos cuenta que no podemos conformarnos con que se nos declare jurídicamente igual a los hombres y por ende, se nos ex-tiendan todos sus derechos, ya sean los reconocidos en una sociedad capitalista, desarrollada, en vías de devolución, subdesarollada o de la índole que sea.

Esta última afirmación no significa que las mujeres no tengamos diferencias entre nosotras y que no tengamos que dar la batalla por eliminar, según el caso, el racismo, el imperialismo, el colonialismo, la guerra, la contaminación ambiental, la intolerancia religiosa, los prejuicios y la discriminación contra las personas discapacitadas, contra los gays y las lesbianas, contra los pobres, etc; significa simplemente que las mujeres que pertenecemos a algún grupo discriminado o a algún grupo que lucha por la liberación de los pueblos, la justicia y la paz, tenemos también que luchar por la eliminación de la discriminación sexual dentro de esa lucha o grupo discriminado y también fuera del grupo, por la destrucción del patriarcado. Es más duro, pero es una necesidad.

Cuando afirmamos que no lograremos eliminar la discriminación en el campo jurídico contra la mujer, es decir, una verdadera igualdad jurídica entre los sexos con el simple hecho de que ahora se nos extiendan todos los derechos que antes sólo gozaban los hombres, estamos afirmando que el derecho es androcéntrico y que no nos puede jamás servir igual que le puede servir a los hombres de una determinada época, clase, raza, etnia, etc.

Si reconocemos que las mujeres y los hombres vivimos en condiciones distintas y desiguales (lo cual ha sido demostrado suficientemente, como ya dije, por organismos como las Naciones Unidas), es obvio que tendremos necesidades diferentes y por ende, una ley que parte de que somos iguales, que nos trata como si estuviéramos en igualdad de condiciones, no puede menos que tener efectos discriminatorios. Siempre habrá desigualdad cuando dos seres formados de acuerdo a una concepción de género que los hace desiguales, se enfrenten con una legislación "unisex" que se pretende neutral en términos de género. Pero sí además de esto, esa pretendida neutralidad no es tal sino que es parcial hacia el sexo masculino porque es androcéntrica, el género que no fue utilizado como el modelo o paradigma de ese Derecho; es el género que va a salir perdiendo.

Además, si reconocemos que una ley que se pretende neutral pero que tiene efectos discriminatorios es una ley discriminatoria en sí, como bien lo define la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

mujer", podemos afirmar que para sostener que una ley es discriminatoria no es necesario que la discriminación esté en la letra de la ley. Es discriminatoria si tiene efectos discriminatorios. Es más, una ley que privilegie a un grupo marginado históricamente jamás puede considerarse discriminatoria, porque sus efectos en la sociedad no serian discriminatorios. Para decidir si una ley es discriminatoria, hay que analizar sus efectos, no sólo su redacción.

Por ejemplo, es parcialmente cierto lo que afirmaron unas abogadas en relación a un Proyecto de Ley sobre la Igualdad de la Mujer que presentó el Poder Ejecutivo en Costa Rica, cuando dijeron que: *"la Constitución Política al referirse a los requisitos para ser Diputado o Munícipe, no establece ninguna diferencia ni ninguna discriminación en relación con la mujer, ya que para concursar para cualquiera de esos puestos únicamente se requiere ser ciudadano en ejercicio y cumplir con las otras calidades que sin distinción de sexo, deben satisfacer los candidatos* ".[27] Lo anterior es cierto en cuanto a que no establece ninguna diferencia entre hombres y mujeres, pero no lo es en cuanto a que no establece ninguna discriminación contra la mujer, porque los efectos de esta disposición son y han sido discriminatorios para la mujer costarricense desde que obtuvo el derecho al voto en 1949. Desde esa fecha, las mujeres hemos ocupado en promedio sólo un 6% de las curules de la Asamblea Legislativa, sólo el 11% en los puestos de regidores (el 64% de ellos como suplentes), sólo el 10% de los síndicos y ha habido administraciones en las que no se nombra una sola ministra.[28]

Afirmar que esta bajísima representatividad no es discriminatoria contra la mujer es un absurdo, sobre todo si al mismo tiempo se afirma que los hombres y las mujeres son igualmente capaces. Frente a estos porcentajes sólo hay dos posiciones que se pueden lógicamente sostener: la primera sería la que mantendría que las mujeres no tienen la misma capacidad que los hombres para ejercer este tipo de cargos y que está

---

[27] Tomado de la opinión sobre el Proyecto de Ley que envió la Comisión de Asuntos de la Mujer del colegio de Abogados a la comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa..

[28] Cifras tomadas de un estudio que hizo el CENTRO NACIONAL PÁRA EL DESARROLLO DE LA MUJER Y LA FAMILIA en 1989.

diferencia es biológica, y la segunda, la que sostendría que la política en sí es androcéntrica y que los procesos para escoger y elegir a los candidatos y a los dirigentes son discriminatorios contra la mujer.

Si como lo establecen todas las Constituciones de los países centroamericanos las mujeres y los hombres somos iguales ante la ley, frente a esos porcentajes es verdaderamente absurdo afirmar que sería discriminatorio contra el hombre establecer porcentajes fijados por ley, para obligar a los partidos a presentar candidatas mujeres. Bajo esta lógica androcéntrica no es discriminatorio mantener una cuota implícita de 6% de mujeres diputadas, mientras que si es discriminatorio establecer explícitamente que debe haber una correspondencia entre el porcentaje de mujeres electoras y el porcentaje de mujeres candidatas. Bajo esta misma lógica es contrario a la dignidad de las mujeres que explícitamente se apliquen cuotas para acabar con la casi invisibilidad de la mujer en la esfera política pero no es contrario a la dignidad de la mujer mantener una cuota implícita que no le permite más que un 6% de las curules.

Este ejemplo nos permite comprender con la "CONVENCIÓN", que una ley es discriminatoria aunque su redacción no incluya una discriminación. El considerar que sólo hay discriminación legal cuando está en la redacción de la ley, es decir cuando está en el componente formal sustantivo del Derecho, es tener un concepto muy restringido del Derecho. Si por el contrario, ampliamos el concepto del Derecho para incluir los otros dos componentes, podremos decir que hay discriminación cuando esa redacción aparentemente neutral, es susceptible de ser interpretada y aplicada en forma discriminatoria o cuando es conocida por la población en general en forma discriminatoria. Sobre el ejemplo dado anteriormente, en Costa Rica en el componente sustancial del Derecho, existe una ley que establece los requisitos para ser diputado sin hacer diferencias entre hombres y mujeres, pero esa ley es interpretada por los dirigentes políticos y aceptada por todo el pueblo, con un agregado que establece que NO se permitirá que las mujeres ocupemos más del 6% de los puestos en la Asamblea Legislativa. Este addendum a la ley no se encuentra redactado explícitamente en el componente formal-sustantivo del Derecho, pero no por esto deja de ser una ley que está muy presente en el componente político-cultural y que además se cumple y es obedecida por todos los ciudadanos y las ciudadanas.

Podemos ver entonces que aunque en el componente formal-sustantivo del sistema jurídico costarricense, existe un conjunto de artículos que establecen que las mujeres y los hombres tienen iguales derechos a ser electas/os, existe una ley no escrita en el componente político-cultural, que establece una cuota del 6% para las mujeres en la Asamblea Legislativa y es esta segunda ley, aunque no escrita, la que más se respeta y obedece. Para poder derogar esa ley no escrita, habría que formular el derecho a ser electa/o de manera que tome en cuenta esa ley no escrita y formalmente prohíba la cuota de 94% que actualmente tienen los hombres/varones. Pero, como los análisis de estos derechos generalmente no se hacen con perspectiva de género ni tomando en cuenta el componente político-cultural del sistema legal, estas cuotas tan altas para los hombres y tan bajas para las mujeres, han quedado invisibilizadas y por ende, intocadas.

Cuando hemos tratado de aumentar la cuota de participación femenina, como sucedió con el Proyecto de Ley de Igualdad Real de la Mujer en Costa Rica, los y las analistas, enfocando su estudio solamente en una sección del componente formal-sustantivo, declararon que no es constitucional establecer cuotas de participación femenina, porque van en contra de la igualdad constitucional, aunque la CIDAW que también es parte del componente formal-sustantivo, establece claramente en su artículo 4 que "la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención...". Vemos así que para estos analistas, las cuotas de participación sólo son inconstitucionales cuando están explicitadas en favor de la mujer; cuando están implícitas a favor del hombre, son perfectamente constitucionales.

Que el Derecho no es neutral en términos de género es fácilmente comprobable, lo difícil es que esto se comprenda real y profundamente. Considero que debido a nuestra forma androcéntrica de concebir el mundo, hay que hacer un esfuerzo grande para detectar el sexismo en las leyes que aparentemente son neutrales. Además da miedo y pereza tener que cuestionarlo todo, absolutamente todo lo culturalmente creado y como si fuera poco, tener que cuestionar también lo que se nos ha dicho son hechos "naturales". Pero tenemos que hacer ese esfuerzo si queremos entender lo que

nos oprime. Además, es importante que entendamos que esto no es un problema abstracto que nada tiene que ver con nuestra cotidianidad. Todo lo contrario, está reflejado en todo el quehacer humano y sin duda en el Derecho en todas sus manifestaciones, tanto en el contenido mismo de las leyes y los principios que las informan, como en la estructura y funcionamiento de las oficinas que administran justicia y en nuestras actitudes y conocimientos respecto de ese Derecho.

Para entender en toda su amplitud esta idea de que el género masculino ha sido utilizado como el modelo o paradigma del sujeto de derechos, podríamos analizar los contenidos de las distintas ramas del Derecho y ahí encontraríamos cantidad de pruebas de ese androcentrismo. También podríamos analizar los derechos y principios fundamentales que se han considerado como una gran conquista para todos y todas, desde los diferentes componentes del sistema jurídico y hacer un análisis/denuncia de todas las leyes no escritas pero que siguen vigentes, ya no en el componente formal-sustantivo pero sí en el componente político-cultural. Además, es necesario analizar los procedimientos que se establecen para la denuncia y defensa de los derechos con el fin de evaluar si realmente son igualitarios; el conocimiento y actitudes de la población con respecto a esos contenidos y esos procedimientos, como se explica más detalladamente en la metodología.

## BLOQUE B:

### MARCO DE REFERENCIA ESPECÍFICO: CONCEPTO AMPLIO DEL DERECHO

Generalmente la definición del fenómeno jurídico suele hacerse al inicio de cualquier estudio o análisis del Derecho. Aquí también me voy a regalar el don de la palabra y voy a hacer mi propia definición del fenómeno jurídico, porque, al Igual que en la definición del patriarcado, las definiciones que he encontrado dejan por fuera un importante componente del fenómeno cual es el aspecto político-cultural; componente que asume gran relevancia, si tomamos en cuenta que una de las manifestaciones más típicas de la vida social es precisamente el Derecho.

Algunos tratadistas se limitan a concebir el Derecho como un sistema de normas, cuyos destinatarios son los y las miembros de una determinada sociedad (Derecho = norma agendi). En esta concepción del Derecho siempre se hacen diferencias entre las distintas reglas socialmente establecidas para aclarar cuáles son las reglas a las que se les llama Derecho (por ejemplo, reglas del uso, morales, religiosas, políticas, etc.). Desgraciadamente, esta concepción de que el Derecho se reduce a las normas o leyes escritas es la más generalizada entre las mujeres y de esta manera, al nunca haber participado en su elaboración, las mujeres las sienten demasiado ajenas. Actitud que conviene perfectamente al patriarcado.

Otros tratadistas (generalmente los iuspublicistas) encuentran que el fenómeno jurídico va más allá de la norma agendi y que por lo tanto, a ese concepto se le debe añadir la noción de Derecho como ordenamiento, organización o institución. Así, el Derecho ya no es sólo el conjunto de normas sino también las instituciones que las crean, las aplican y las tutelan. En otras palabras según estos autores, el Derecho tiene dos componentes fundamentales, el sustantivo y el estructural.

Nosotras hemos encontrado con Margaret Schuler;[29] que el derecho posee más que esos dos componentes, que el fenómeno jurídico abarca también las actitudes y el conocimiento que de los otros componentes tenga la gente. El condicionamiento respecto de la ley influye en cómo es administrada. Si no se conocen los derechos, no se exigen. Del contenido que cada comunidad le da a los principios y valores tales como libertad, igualdad, solidaridad, honestidad, etc., dependerá mucho lo que se entienda por "igualdad de los cónyuges", o por "igual salario por trabajo igual", o por "libertad de trabajo", etc.

En esta nueva concepción del Derecho, también me permito darle un sentido un poco diferente al componente estructural del que hablan los iuspublicistas. Así, el componente estructural no es sólo las instituciones que crean, interpretan y aplican la ley en sí, sino que además es el contenido que esas instituciones le dan a esas leyes formalmente creadas al crearlas, combinarlas, seleccionarías, aplicarlas e interpretarlas,

[29] Ver el libro compilado por ella: PODER Y DERECHO de la OEF Internacional, 1815 II. Strect, N.W., Eleventh Floor, Wash. D.C. 20006.

creando generalmente otras leyes que no quedan escritas como tales, pero que se pueden sustraer de toda la actividad de la creación y administración de justicia. Es decir, los con-tenidos que se le dan a las leyes del componente formal normativo al crearlas, combinarlas, aplicarlas e interpretarlas, se convierten a su vez en leyes tan efectivas y vigentes como las de ese componente, sólo que no se encuentran escritas en ese componente formal normativo sino que se encuentran no escritas en el componente estructural.

Por otro lado, el componente político-cultural no es el conocimiento en sí que tenga la gente del Derecho, sino los contenidos (convertidos en leyes no escritas), que la gente le da a las leyes y aplicación de las mismas por medio de las tradiciones, las costumbres, el conocimiento y uso que de ellas hagan. Es decir, en cada uno de los tres componentes vamos a encontrar leyes. En el componente formal-normativo, para que las leyes existan y sean reconocidas como tales, tienen que estar escritas y formalmente promulgadas. En otro, el componente estructural, las leyes existen aunque no estén reconocidas como tales cuando emanan del contenido que les den las instituciones que formalmente han sido establecidas para crear, aplicar o interpretar las leyes. En el tercero, las leyes no dependen para su vigencia, eficacia o efectividad del que sean formalmente promulgadas por una Asamblea Legislativa o interpretadas por una Corte formalmente creada, sino que son aquellas que la gente cree que existen y por tanto obedecen. El que una ley se encuentre en el componente político-cultural y no en el formal-sustantivo no la hace menos ley. Es más, en algunos casos puede ser igualmente eficaz y/o efectiva produciendo contradicciones, o en otros casos, puede ser hasta más efectiva o eficaz que las leyes escritas del componente formal normativo.

Enfocado de esta manera, el fenómeno jurídico o sistema legal es más comprensivo y asume evidentemente, una naturaleza mucho más variada, democrática y compleja y por ende, más difícil de analizar y entender, pero sin la cual definitivamente no se puede comprender, como trataré de explicar más adelante. Pero más importante aún es el hecho que, enfocado de esta manera, un derecho no es tal si Sólo está contemplado en el componente formal-normativo, o si está contemplado sin hacer referencia a una restricción en el componente político cultural, o si no puede ser exigido por la manera en que se interpreta en el componente estructural. Así, por

ejemplo, el derecho de las mujeres a ser electas será un verdadero derecho cuando esté contemplado en el componente formal-normativo, de manera tal que no se interprete que las cuotas que dan más participación a las mujeres son inconstitucionales en el componente estructural y que a la vez, derogue las cuotas altísimas de participación de los hombres.

Es así entonces que el fenómeno jurídico desde esta nueva concepción, está formado por tres componentes:

1.- El componente formal-normativo (sustantivo);

2.- El componente estructural, y

3.- El componente político-cultural.

Estos componentes están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y/o definido por el otro al tiempo que influye, limita y/o define al otro a tal grado, que no se puede conocer el contenido y efectos que pueda tener una determinada ley, un principio legal o una doctrina jurídica, sino se toman en cuenta estos tres componentes.

De esta manera, repito, el componente formal-normativo de la ley sería sinónimo de lo que muchos/as tratadistas llaman la norma agendi, es decir la ley formalmente promulgada o al menos formalmente generada ya sea como ley constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas. decretos, reglamentos, convenciones colectivas, etc.

El componente estructural de la ley sería el contenido (en forma de leyes no escritas) que los/as legisladores/as, las cortes, las oficinas administrativas, la policía, y todos los y las funcionarías que administran justicia le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al crear, seleccionar, combinar, aplicar e interpretarlos. En este sentido podemos hablar de que en el componente estructural existen leyes no escritas formalmente, no promulgadas por ninguna asamblea legislativa, ni generadas formalmente en una negociación, pero que son tomadas en cuenta por quienes administran justicia.

Un ejemplo de esto último es la ley no escrita, aunque muy aplicada por los/as jueces/zas de familia en Costa Rica, que determina que la mal llamada "guarda y crianza" de las/os hijas/os sólo podrá quedar en manos de la madre o del padre en caso de separación o divorcio, pero que en ningún caso puede ser compartida. En el componente formal-normativo en este caso, no existe una disposición en el Código de Familia que prohíba que la madre y el padre, una vez separados o divorciados compartan la guarda y crianza, pero tanto se ha denegado la posibilidad de compartirla a quienes lo han solicitado, que se ha creado una ley no escrita que lo prohíbe y cuya aplicación está por encima de la norma escrita en el componente formal.

El componente político-cultural de la ley es el contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que la gente tenga de la ley, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes; de las que en la vida diaria siguen vigentes aunque hayan sido derogadas y de las relaciones entre las leyes escritas y las no escritas. Todo esto va creando leyes no escritas que la mayoría acata. O sea, que también en este componente político cultural existen leyes no escritas, leyes que no están formalmente promulgadas pero que además de ser obedecidas por la mayoría, son formalmente reforzadas. En algunos casos, son hasta más efectivas que las que se encuentran en blanco y negro en nuestros códigos.

Un claro ejemplo de la relación estrecha que se da entre los distintos componentes la podemos encontrar en Costa Rica, el cual posiblemente es aplicable a todo el Continente Latinoamericano. Se trata de la ley no escrita, ya no formalmente promulgada -fue derogada- que determina que el hombre/varón como 'jefe de familia" tiene derecho a "corregir" a su esposa.[30] Esta ley, aunque ya no es vigente, es obedecida por la mayoría de los/as costarricenses quienes todavía creen que el hombre/ varón como 'jefe de familia" tiene derecho a "corregir" a su "mujer". Además, la creencia de que el hombre/varón es el 'jefe" los/as lleva a considerar que por serlo tiene ciertos derechos que las/os otras/os miembras/os de la familia no comparten, dentro de los cuales se encuentra el de manifestar su frustración, desagrado o cólera en forma

[30] Ver arts. 447 y 502 del Código General del Estado de Costa Rica emitido el 30 de julio de 1841.

agresiva. Esta creencia se mantiene en la mente de la mayoría de los y las costarricenses, aunque en el componente formal normativo exista el artículo 2 del Código de Familia, formalmente promulgado, que establece la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges,[31] por lo que ninguno es "el jefe": pero además se mantiene por-que el derecho a "corregir" a la esposa es un derecho vigente aunque el código que lo contenía haya sido derogado.

Vemos así que la ley no escrita, no formalmente promulgada o ya no vigente (es decir, la que se encuentra en el componente político cultural), es a veces más obedecida que la formalmente promulgada que se encuentra en el componente formal normativo en un tangible Código de Familia. En este ejemplo, el componente estructural también juega un papel importante al reforzar formalmente esa ley no escrita del componente político cultural cuando, por ejemplo, los funcionarios continúan haciendo censos en el que se pregunta por el 'jefe de familia" sin que quepa la posibilidad de contestar que la familia es bicéfala, jefeada por los cónyuges por tener ambos iguales obligaciones y derechos.

Estos tres componentes, como dije anteriormente se relacionan estrechamente entre sí, más aún de lo que a primera vista se sugiere. Veamos:

a).- INFLUENCIA DEL COMPONENTE POLÍTICO CULTURAL EN EL COMPONENTE FORMAL NORMATIVO:

Querámoslo o no, estemos conscientes o no, el componente político cultural determina el contenido del componente formal-normativo de la ley de múltiples maneras, entre las cuales puedo enumerar las siguientes:

1) quienes hacen las leyes son personas de carne y hueso que están impregnadas de actitudes, juicios y preconceptos con respecto a las personas a quienes van

[31] **Considero que la igualdad que pretende establecer este artículo, no se cumple precisamente porque no toma en cuenta la existencia de esa ley no escrita que establece todo lo contrario: que esposo y esposa no son iguales porque el marido es el "jefe de familia". Si dentro dc un grupo human, un apersona es "jefe", es obvio que las otras no pueden tener los mismos derechos.**

dirigidas, especialmente cuando esas personas pertenecen al sexo femenino, a una raza/etnia discriminada, a un grupo minoritario, etc.;

2> las tradiciones y costumbres valoradas por un pueblo en un determinado período histórico, constituyen una especie de marco límite mucho más allá del cual los y las legisladoras no se atreven a legislar, talvez por miedo a perder popularidad o privilegios, por presiones políticas, por sus propias creencias, etc.;

3) las costumbres y tradiciones son interpretadas por los y las legisladoras de acuerdo a muchísimos factores tales como: los intereses que protegen, la clase, raza o credo al que pertenecen, la doctrina jurídica a la que se adhieren, sus valores y actitudes, etc.;

4) la doctrina jurídica que esté mas valorada o de moda en un determinado momento tiene una gran influencia en cuáles leyes se promulgan y cuáles no y la forma, contenido y redacción que tendrán;

5) el conocimiento y uso que la gente corriente y común haga de las leyes existentes irá demostrando a los legisladores qué leyes deben ser modificadas, cuáles derogadas, qué nuevas leyes se requieren y cómo deben ser redactadas para ser aceptadas;

6) las presiones políticas y económicas de los grupos socialmente más fuertes, también determinan qué leyes se promulgan y cuáles se derogan.

b). -INFLUENCIA DEL COMPONENTE FORMAL NORMATIVO EN EL COMPONENTE POLÍTICO CULTURAL:

A su vez el componente formal normativo influye, limita y hasta puede:

1) conformar las actitudes y conductas que la gente ordinaria adopte porque la ley, al establecer reglas, institucionaliza no solamente las conductas que serán aceptables para el resto de la sociedad y cuál comportamiento es un comportamiento legítimo o ilegítimo, quién es criminal y quién es un/a buen/a ciudadano/a, etc., sino que mucho más sutilmente va creando formas de pensar que establecen lo que será considerado por el común de la gente, racional o irracional, objetivo, científico y universal versus

subjetivo. acientífico y particular. Talvez más peligroso aún, hasta puede determinar qué será considerado "natural" y qué no.

"Deseo enfatizar que la ley como discurso, ocupa un espacio entre lo "real" y lo "ideal" que es un continuo. La ley refleja y al mismo tiempo actúa sobre la sociedad. Es constitutiva y derivativa de los cambios políticos y sociales. La ley opera como un lenguaje político porque al mismo tiempo que establece la libertad, la coarta. La sociedad es diferente cuando cambian sus leyes y las leyes cambian cuando cambia la sociedad..." [32]

Aquí es importante que reflexionemos sobre lo mucho que se ha escrito acerca de la imposibilidad de cambiar actitudes y conductas por medio de la promulgación de una ley, especialmente en relación al "machismo". Recordemos cuántas veces el movimiento feminista se ha tropezado con el argumento de que el "machismo" es una actitud "cultural" que sólo se puede ir cambiando lentamente a través de la educación y no por medio de leyes. Argumento que es doblemente erróneo. Primero, no es cierto que el sexismo sea solamente una "actitud" cultural, porque como he venido diciendo es también un sistema con estructuras de poder bien concretas y establecidas. *Y* segundo, es erróneo porque está históricamente comprobado que la ley sí puede y de hecho lo ha logrado, cambiar costumbres, mores, folkways o valores.

Los conquistadores de todos los tiempos han modificado y hasta totalmente transformado, costumbres y valores de los pueblos conquistados por medio de la promulgación de leyes, especialmente porque tienen el respaldo del aparato represivo del Estado para sancionar las conductas no deseadas por los conquistadores.

2) definir las tradiciones y costumbres porque la ley puede reforzarlas, institucionalizando por medio de códigos, decretos, reglamentos, etc., conductas

---

[32] Traducción libne de la autora de este documento de un trozo del libro de Zillah R. Eisenstein, THE FEMALE BODY AND THE LAW, Univ. of California Press, 1988, p. 46, que en inglés dice: "I wish to emphasize that law as discourse occupies a space between the "real" and "ideal" that is a continuum. Law reflects and impacts on the world. It is constitutive of and derivative of social and political change. Law operates as a political language because it establishes and curtails choices and action. The world is different when the law changes, and laws change because the wrold is different…"

tradicionalmente aceptadas o puede modificarlas o hacerlas desaparecer totalmente, al institucionalizar conductas diferentes a las tradicionalmente aceptadas.

3) promover la creación de doctrina jurídica porque ésta es necesaria para fundamentar las leyes que se quieran promulgar. Recordemos que no siempre las leyes responden a una doctrina jurídica sino que muchas veces, ésta se desarrolla una vez que la propuesta de ley ha sido diseñada.

4) facilitar u obstaculizar la comprensión de las leyes por parte del común de la gente. Es obvio que la forma en que una ley está redactada influye en el conocimiento y uso que la gente haga de ella. Si una ley está en un lenguaje que nadie entiende, es muy posible que no sea utilizada de la manera en que fue previsto se interpretaría y aplicaría o también, es muy posible que no será utilizada precisamente como lo previeron quienes la redactaron. Una ley ambigua se presta para que cada persona, cada generación, cada grupo social, la interprete de acuerdo a sus intereses, pero es obvio que la ambigüedad favorecerá a los grupos socialmente más poderosos. Por ello la forma en que esté redactada una ley, es decir, su componente formal normativo, afectará profundamente su componente político-cultural. Es más, cuando se quiere cambiar una ley no escrita del componente político-cultural, es necesario derogaría explícitamente por medio de una ley en el componente formal normativo.

Por ejemplo, si se desea eliminar la creencia que el marido es el “jefe de familia" (es decir, derogar la ley no escrita del componente político-cultural que establece que el marido es el “jefe de familia"), se debe redactar una ley en el componente formal normativo que explícitamente diga que el marido NO es el jefe de familia y no una ley que simplemente diga que ambos cónyuges son iguales ante la ley.

c).-INFLUENCIA DEL COMPONENTE FORMAL NORMATIVO EN EL COMPONENTE ESTRUCTURAL:

También el componente formal normativo influye, limita y define al estructural de distintas maneras:

1) supuestamente, no se pueden interpretar ni aplicar leyes que no han sido creadas o ya han sido derogadas de manera que, generalmente, por más bien intencionadas que sean las personas que administran justicia, si no tienen el respaldo de leyes formalmente promulgadas, es poco lo que pueden hacer para eliminar la discriminación. También es cierto que personas prejuiciadas se pueden escudar en el hecho de que no hay una ley formalmente promulgada.

2) existen procedimientos y/o prácticas procesales y administrativas formalmente promulgadas en el componente formal normativo. que consisten en dotar a la persona que de una u otra manera debe interpretar y aplicar la ley del poder de llenar los vacíos de la misma por medio de la analogía con otra u otras leyes formalmente promulgadas. De esta manera el componente formal normativo incluye en el contenido que se le darán a las leyes en el componente estructural.

3) la ley al establecer reglas, institucionaliza una forma de pensar y esa forma de pensar no sólo es adoptada por el común de la gente sino también por quienes administran justicia, de manera que también los y las juezas, policías y otros(as) funcionarios(as) que seleccionan, combinan interpretan y aplican las leyes, lo hacen de conformidad' con una manera de pensar y concebir el mundo que está en una gran medida determinada por las mismas leyes.

ch).-INFLUENCIA DEL COMPONENTE ESTRUCIURAL EN EL COMPONENTE FORMAL NORMATIVO:

El componente estructural influye, limita y define el contenido del componente formal normativo de la ley porque:

1) la interpretación o aplicación de una manera específica y en forma reiterativa que se haga de una ley, le va dando un significado a esa ley que podría ser mas amplio o más restringido de lo que el o la legisladora quiso al promulgaría.

2) si nunca o no muy frecuentemente se aplica una ley o un determinado aspecto de una ley, ello también influye en el componente sustantivo al restarle vigencia o efectividad a la misma.

3) la imposibilidad de solucionar un determinado conflicto o la imposibilidad material de aplicar una de-terminada ley, que a veces experimentan quienes tienen que administrar justicia, determina no sólo el contenido que se le irá dando a esa ley, sino que influye y hasta determina que se promulguen o deroguen ciertas leyes.

4) aunque desafortunadamente no siempre, el poco o gran acceso que tenga el común de la gente a la administración de justicia en un determinado país, también influye en cómo se redacta la ley.

5) el conocimiento sobre las actitudes y conductas de las personas que administran justicia también determina la redacción de una ley, aunque en demasiados pocos casos.

d).- INFLUENCIA DEL COMPONENTE POLÍTICO CULTURAL EN EL COMPONENTE ESTRUCTURAL:

A su vez, el componente estructural es influido, limitado y definido por el componente político cultural, por razones similares a la influencia que ejerce el político cultural en el formal normativo, a saber:

1) quienes hacen, combinan, aplican e interpretan las leyes son personas de carne y hueso que están impregnadas de actitudes, juicios y preconceptos sobre las personas, sus conductas y sus necesidades, especialmente cuando esas personas pertenecen al sexo femenino, a una raza/etnia discriminada, a un grupo minoritario, etc.; y estos preconceptos no siempre son dejados de lado a la hora de administrar justicia.

2) las tradiciones y costumbres valoradas por un pueblo en un determinado periodo histórico, las presiones políticas, las creencias religiosas, etc., influyen o determinan según su caso, la forma en que se administra justicia, haciendo que quienes interpretan y aplican la ley lo hagan de conformidad con su propia jerarquía de valores y la de la sociedad que los/as circunda;

3) además, esas costumbres y tradiciones son interpretadas por los y las juezas de acuerdo a muchísimos factores tales como los intereses que protegen, la

clase, raza o credo al que pertenecen, la doctrina jurídica a la que se adhieren, sus valores y actitudes, etc.;

4) la doctrina jurídica que esté mas valorada o de moda en un determinado momento tiene una gran influencia en cuáles leyes se aplican y la forma en que se combinan e interpretan;

5) el conocimiento y uso que la gente corriente y común haga de las leyes existentes, así como el sentido y combinación que hagan los abogados y abogadas van dándole una especie de "popularidad" a cierta combinación de leyes, a ciertas interpretaciones, etc.;

6) las presiones políticas y económicas de los grupos socialmente más fuertes o de los países más poderosos, también determinan cuáles y cómo se interpretan las leyes.

7) una ley que no sea conocida por el común de la gente no podría nunca ser llenada de contenido por el componente estructural, al no existir la oportunidad de aplicarla o interpretarla.

Si el común de la gente no considera que el problema relacionado con esa ley no conocida es un problema legal, es probable que quienes administren justicia tampoco lo considerarán un problema legal. Por ejemplo, un derecho que generalmente no es exigido a las oficinas que administran justicia o una violación a un derecho que nunca es denunciada, hará que la ley que sanciona ese derecho nunca sea interpretada ni aplicada, aún en el caso excepcional de que sea exigida su aplicación. De esta manera, aunque ese derecho esté enunciado en el componente formal normativo, no tiene contenido y por lo tanto no es un verdadero derecho ni es una verdadera ley, sino que es solamente 'eso, un enunciado.

Por ejemplo, en algunos países de Centroamérica está sancionada la conducta violenta dentro del hogar, pero cuando una mujer se atreve a denunciarla, los funcionarios no le hacen caso porque desconocen esa ley; desconocimiento que es producto de lo poco que se denuncia esa conducta.

e).- INFLUENCIA DEL COMPONENTE ESTRUCTURAL EN EL COMPONENTE POLÍTICO CULTURAL:

También el componente cultural es influido, limitado y definido por el estructural porque:

1) la forma en que la ley es administrada, aplicada e interpretada será lo que la mayoría de la gente considere que es el verdadero contenido de la ley y por ende, será la ley que respetarán.

2) el conocimiento y actitudes que la gente tenga frente a la ley son influidas por las actitudes y conductas de quienes administran justicia, porque en gran medida éstas determinarán si la gente cree en y utiliza una determinada ley.

3) el acceso que tenga la gente a la administración de justicia determina en una gran medida las actitudes que puedan tener frente a una determinada ley.

4) el acceso que tenga la gente a la administración de justicia influye en la doctrina jurídica que se va creando o se va poniendo de moda, porque la doctrina que se cita o sirve de fundamento a las sentencias etc., no es la misma en un país en donde hay un gran acceso a la administración de justicia que en otro donde no la hay.

Estos puntos que he enumerado con relación a la mutua definición entre los componentes, son sólo unos de los muchos que se pueden pensar. Estoy consciente de que cada uno da para toda una reflexión critica sobre el fenómeno jurídico, lo cual nos puede desviar del objetivo del presente documento. Por ello, quiero enfatizar que en este caso lo importante es que una vez que se tiene claro que el Derecho posee estos tres componentes, se tendrá conciencia de que el análisis, por ejemplo, de una ley o un proyecto de ley que sólo se hace desde su componente formal normativo, es un análisis parcial que no dará un conocimiento suficientemente objetivo como para poder medir sus alcances, efectos y beneficios. También se habrá comprendido que al hacer un análisis de la doctrina jurídica (componente político cultural), es necesario ver cómo ésta se ha traducido en leyes (componente formal normativo) o cómo es interpretada y aplicada por quienes administran justicia (componente estructural). Pero mucho más importante aún, es tener claro cuál es el objetivo que se busca (en nuestro caso es eliminar la subordinación de la mujer y no convertirnos en especialistas en la

técnica jurídica), porque con esa claridad los pasos a seguir serán un poco diferentes y se profundizará más en una u otra actividad de acuerdo a los intereses del grupo.

Esta conceptualización ampliada del fenómeno jurídico es especialmente importante para las mujeres, porque incluye el mundo "privado" de las leyes no formalmente promulgadas por el Estado, que es el mundo al cual hemos sido relegadas las mujeres. El hacer de lo cultural un componente del fenómeno jurídico, nos permite a las mujeres desarticular el discurso jurídico, ver sus mistificaciones y hacer propuestas que nos permitan un día gozar de un verdadero trato humano. Considero que comprender lo jurídico desde sus tres componentes es un proceso de conscientización más que un proceso de aprendizaje porque implica, además de entender las relaciones entre los componentes, valorar lo que significan para la eliminación de la discriminación que existe contra cl sexo femenino.

Hasta aquí he desarrollado los dos grandes bloques que componen el marco teórico, del cual parto al utilizar los métodos tradicionales para hacer el análisis de un texto legal. A continuación, describo en detalle los seis pasos de esta metodología.

## LOS SEIS PASOS DE UNA METODOLOGÍA

**PASO 1:** Tomar conciencia a partir de la experiencia personal, de la subordinación del género femenino al masculino.

La conscientización es indispensable para comprender la generalización y profundidad de la discriminación y subordinación de la mujer, porque permite que las mujeres nos demos cuenta que nuestra experiencia individual y personal de sumisión, es en realidad una experiencia colectiva y política de opresión. Esto se logra enfocándonos en nuestras experiencias concretas y específicas, para luego hacer las generalizaciones y abstracciones necesarias que nos permitan teorizar sobre la experiencia colectiva de subordinación. El proceso de conscientización implica la desarticulación del discurso masculino, para rearticular el significado de nuestra

experiencia como seres activamente involucradas en la construcción o deconstrucción de la sociedad.

El proceso de conscientización nos hace sospechar de todas las estructuras y de todas las instituciones patriarcalmente construidas e impuestas. Esta sospecha nos hace dudar de la pretendida neutralidad de esas instituciones, porque vamos comprendiendo poco a poco, que en realidad no son "neutrales" ni objetivas sino que al contrario son androcéntricas, dicotómicas y muchas veces hasta misóginas.

La toma de conciencia feminista crea un nuevo conocimiento que emerge del compartir, honesta y sororalmente nuestras experiencias con otras mujeres. Esto nos permite comprender nuestras diferencias e identificar lo que es común a todas y a partir de ahí, hacer la teoría necesaria para comprender nuestra realidad y trazar las estrategias para transformarla, tratando de no caer en nuevas formas de explotación y opresión. "Los grupos de conscientización feministas empiezan por la experiencia personal y concreta, integran esta experiencia en una teoría, dándole en este proceso, otro significado y otra forma a la teoría basada en la experiencia y a la experiencia basada en la teoría. Así la teoría expresa y nace de la experiencia pero también la experiencia es modificada, validada y reinterpretada por la teoría".[33]

Este proceso obviamente amplía las percepciones y las perspectivas, ya que al cuestionar al "hombre/varón" como parámetro de lo humano, en el peor de los casos esa perspectiva se estará ampliando a dos: "hombre/varón" como parámetro del humano de sexo masculino y mujer" como parámetro de la humana de sexo femenino, pero si el proceso es intenso y honesto, llevará a una ampliación mucho mayor, al negar que exista un "hombre" o una mujer" que pueda ser el parámetro de uno y otro sexo. Esa mayor ampliación nos llevará a comprender que existen tantas perspectivas como clases o grupos de individuos/as pueda haber y que todas son igualmente diferentes e igualmente valiosas, aunque no todas las perspectivas puedan ser igualmente objetivas.

---

[33] Sehneider, Elizabeth; citada por Katheline T. Bartlet en "Feminist Legal Methods"; Harvard Law R*eview,* Volume l03, February 1990. number 4, pág. 864

Por supuesto, los hombres/varones también pueden hacer este proceso conscientizándose de sus privilegios, de los servicios que reciben de las mujeres y del "precio" que pagan por éstos, no sólo ellos sino también, las mujeres y el planeta.

Algunas mujeres, especialmente las profesionales, tienen dificultades para asumirse como personas discriminadas. Alegan que nunca han sufrido la discriminación, que sus esposos las apoyan en todo, que han escalado hasta donde han querido en su vida laboral, que sus "padre y madre" las trataron exactamente igual que a sus hermanos varones, que ellas tratan a sus hijos igual que a sus hijas, etc. Aunque esto es difícil de creer, es posible que alguna que otra mujer haya podido llegar a la vida adulta sin sufrir algunas de las consecuencias de la discriminación sexual, pero es imposible que una mujer que vive dentro de una sociedad patriarcal se pueda librar del poco valor que esta sociedad le da al ser femenino, lo cual tiene consecuencias, aunque talvez no conscientes, en su autoestima, su sentido del yo, su forma de ver el mundo, etc. Menos aún puede una mujer abstraer-se de la violencia generalizada y sistemática contra la mujer, que la hace ser siempre una víctima en potencia, que la hace desconocer su historia, que le niega ser sujeta de su cultura.

**PASO 2:** Se trata de profundizar en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, identificando y cuestionando los elementos de la doctrina jurídica, de los principios y fundamentos legales y de las investigaciones que fundamentan esos principios y esas doctrinas, que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres.

Es necesario profundizar en la concepción de lo que es el sexismo porque, como he venido diciendo a lo largo de este documento, éste es tan amplio y extendido, que se manifiesta de muy distintas maneras. Por ejemplo, Margrit Eichler[34] identifica siete de esas manifestaciones, comúnmente encontradas en las investigaciones: 1-el androcentrismo, 2- la sobregeneralización y/o sobrespecificación, 3- la insensibilidad al

[34] EICHLER, Margrit, NON SEXIST RESEARCH METHODS, Allen & Unwin, Inc., Winchester, MA, USA, 1988.

género, 4- el doble parámetro, 5- el deber ser de cada sexo, 6- el dicotomismo sexual y 7- el familismo.

En este paso no me referiré al familismo, forma de sexismo que parte de que mujer y familia son sinónimos y que por ende sus necesidades e intereses son los mismos, porque considero que es una expresión del sexismo tan generalizada en el campo jurídico que debe ser analizada por aparte en el PASO 4.

Aquí también es necesario explicar que dividir en distintas expresiones lo que en realidad es un sólo fenómeno, el sexismo, se hace para facilitar la comprensión del mismo, pero en ningún momento se podrá entender que son fenómenos totalmente distinguibles. Las formas de sexismo están muy relacionadas entre sí, tanto que en algunos casos no se puede especificar si se trata de una u otra forma. Sin embargo dividir el sexismo en estas distintas formas permite analizarlo más adecuadamente. Veamos:

**1. - El androcentrismo es talvez** la más generalizada de estas manifestaciones. Se da cuando un estudio, análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente presentando la experiencia masculina como central a la experiencia humana y por ende la única relevante haciéndose el estudio de la población femenina cuando se hace, únicamente en relación a las necesidades experiencias y/o preocupaciones del sexo dominante masculino. Dos formas extremas de androcentrismo son la misoginia y la ginopia. La primera consiste en el repudio a lo femenino y la segunda en la imposibilidad de ver lo femenino o invisibilización de la experiencia femenina.

La historia es una disciplina que típicamente cae en esta forma de sexismo cuando por ejemplo, se describen las conquistas como una forma de conseguir mujeres y esclavos Si las mujeres son las que se consiguen, obviamente los actores son los hombres y las mujeres son los objetos.

La leyes formalmente promulgadas son otro ejemplo típico del sexismo en su forma androcéntrica, cuando -parten de las necesidades y experiencias del sexo,,masculino o cuando se promulgan leyes "protectoras para la mujer que parten de

las necesidades que tienen los hombres' de que la mujer se mantenga en su rol estereotipado.

Obviamente, esta forma de sexismo no se soluciona con agregar un capítulo o un artículo sobre la mujer, ni se soluciona con presentar el punto de vista de una mujer alibi o mujer coartada, ni tampoco con enumerar los terribles sufrimientos que padecieron las mujeres ante determinado hecho. Tampoco se soluciona eliminando esas "protecciones". sin reemplazarlas por acciones correctivas que partan de las verdaderas necesidades de las mujeres.

Se soluciona cuando se analizan los hechos desde una perspectiva de género, es decir cuando se analizan cuáles son las implicaciones y efectos del hecho en cada sexo. Si nos preguntamos qué experiencia han tenido y qué resistencias han opuesto las mujeres y los hombres ante ese hecho o hechos similares y qué relación existe entre ambas experiencias, entonces, las soluciones se presentan tomando en cuenta las necesidades y experiencias de ambos sexos.

Para identificar el androcentrismo talvez sirve hacerse las siguientes preguntas: ¿Quién es el prototipo, paradigma o modelo de ese texto? ¿De quién son las necesidades que se pretenden llenar? ¿Se le da igual importancia a la experiencia femenina que a la masculina? ¿Cuántas páginas o renglones le dedican a la experiencia femenina en relación a la masculina? ¿Qué valores promueve esa ley o qué valores sostiene el o la autora? ¿Quién es el o la autora? ¿ Está presente o invisible? ¿Presenta sus opiniones como universales? ¿Neutrales? ¿No le dice a sus lectores a qué clase, raza, etnia, sexo, preferencia sexual, creencia religiosa, política o filosófica pertenece o se adhiere?

Nos debemos hacer estas y otras preguntas porque los textos androcéntricos aunque escritos desde la perspectiva del sexo masculino[35] y generalmente de los hombres/varones de las clases dominantes de raza blanca, heterosexuales, cristianos y sin discapacidades visibles, son presentados como si fueran escritos desde ninguna

[35] Aquí conviene aclarar que muchas mujeres también caen en androcentrismo cuando escriben desde la perspectiva masculina. Es decir, no basta ser mujer para estar librada de esta forma de sexismo.

perspectiva, neutrales en términos de clase, sexo y raza, etc., y UNIVERSALES, OBJETIVOS Y CIENTÍFICOS. Muy por el contrario, los textos feministas no androcéntricos generalmente explicitan su perspectiva desde el inicio, pero aunque no la explicitaran, pronto veríamos que estamos frente a una perspectiva diferente. Esto es así precisamente por el androcentrismo, que nos ha condicionado a percibir lo androcéntrico como lo "universal", lo genérico y objetivo, mientras que una perspectiva diferente a la de los dominantes es percibida como parcial o específica.

Pero lo que es peor aún es que lo que se percibe como "lo otro" o lo "específico, lo no genérico, lo no universal", se infravalora por carecer precisamente de las características de universalidad y objetividad que sólo asociamos con lo androcéntrico.

Esta característica patriarcal de tomar al varón como modelo de lo humano, fue denunciada por "Karen Horney cuando se atrevió a criticar el androcentrismo de Freud en los años treinta". Anne Davin en "Women and History" dice: "Se ha *estudiado a la población femenina únicamente en relación a las necesidades y preocupaciones de la clase dominante masculina, como parte del marco decorativo o como objeto de una legislación paternalista ilustrada... Las actividades de los hombres constituyen lo esencial del drama. Nancy O'Sullivan, autora de uno de los escasos libros que se han escrito sobre el papel de las mujeres en el descubrimiento, conquista y colonización de América, queda perpleja ante el silencio de los cronistas de Indias con respecto a las mujeres, las cuales aparecen en sus crónicas aquí y allá esporádicamente y sólo cuando los hechos ya no permiten alejarlas del relato. A pesar del olvido en que generalmente las tienen los cronistas, aún puede sacarse entre líneas, leyendo cuidadosamente sus relaciones, un testimonio, irrecusable, de su decisiva intervención*".[36]

El androcentrismo no sólo existe en las investigaciones científicas, en las teorías sicológicas, en el lenguaje y en la historia. El androcentrismo nos rodea cotidianamente. Nos asalta en el cine y en la televisión y más aún, en los comerciales y ras noticias; el androcentrismo existe en el imaginario popular, en la apreciación de lo bello, en la

[36] Un “Diccionario Ideológico Feminista" Icaria ED., Barcelona, 1981, p. 32.

manera de sentir y en nuestra relación con lo divino. Para nadie es una novedad la afirmación que todas las materias que aprendemos en la escuela son androcéntricas, a pesar de que por ser legalmente obligatoria, el Estado tiene un deber más directo en proveer una educación que permita el desarrollo de las potencialidades sin discriminación racial, religiosa, por sexo u otra. Sin embargo, investigaciones recientes han revelado no solamente que más del 80% de los personajes que aparecen en los libros de texto son masculinos,[37] sino que los estereotipos sexuales se mantienen en ellos a pesar de que se han hecho esfuerzos por eliminarlos. En las escuelas, colegios y universidades, así como en los hogares, generalmente se lee lo que han escrito los hombres y hasta nuestras ideas y sensaciones, al tener que ser expresados en un lenguaje que parte de que el hombre es el paradigma de ser humano, no pueden menos que ser androcéntricas. El siguiente párrafo puede servir para ejemplificar lo anterior:

En el libro de texto del Ministerio de Educación "Nacho Costarricense 6" aparece el siguiente ejercicio cuyo objetivo es completar el sujeto en varias oraciones:

| **SUJETO** | **PREDICADO** |
|---|---|
| -? - | Canto una canción |
| - ? - | Sembró una mata |

La respuesta que ofrece este libro de texto a los niños y niñas es: "No hay duda que has puesto YO en la primera y ÉL en la segunda" (obviamente, a los y las autoras de este ejercicio no se les ocurrió la alternativa, gramaticalmente correcta también: ELLA).

No se les ocurrió, porque si la gramática exige que se hable en masculino aún si se está haciendo referencia a un grupo compuesto por un millón de mujeres y un recién nacido varón, con mucha mayor razón se va a hablar en masculino si se está haciendo referencia a niños y niñas por igual. Como la voz "hombre" sirve tanto para definir al varón de la especie toda, el varón es sinónimo de la especie mientras que la mujer es,

[37] En la serie del Ministerio de Educación de C.R. "HACIA LA LUZ". que se hizo post-decenio de la mujer, el 75.5% dc los personajes son masculinos.

cuando mucho, "el otro", pero en la mayoría de los casos se reduce a conformar parte de la naturaleza a quien el hombre debe dominar.

Varias lingüistas feministas han llamado la atención sobre el fenómeno de los términos "marcados", que se refieren a una relación asimétrica entre dos categorías que son opuestamente complementarias la una de la otra, dentro de una categoría más general. *"Por ejemplo, los términos "hombre" y "mujer" sirven para contrastar los miembros masculinos y femeninos de la categoría más grande de "seres humanos" y como tales se nos presentan como opuestos complementarios. Al mismo tiempo, el término "hombre" como ya lo sabemos, puede ser usado en un sentido más general para contrastar a la especie humana como un todo, de cualquier otra categoría. Así, los términos "hombre" y "mujer" también designan categorías que están en una relación jerárquica, debido a que uno de los términos puede ser utilizado para hacer referencia a la clase más amplia como un todo, en efecto, subsumiendo lo que es el término opuesto a un nivel más bajo de contraste. En este tipo de oposiciones, el término mas general es el "no marcado" del par, mientras que el otro, el que tiene un sentido o una definición más restringida, es el "marcado".*[38] Así, en la frase "las flores fueron cortadas por ellos", se puede estar haciendo referencia a unas flores que fueron cortadas tanto por un grupo de sólo hombres como por un grupo de hombres y mujeres, mientras que la frase "las flores fueron cortadas por ellas" sólo hace referencia a unas flores que fueron cortadas por un grupo de mujeres. Más adelante veremos como en relación a los derechos subjetivos o humanos, el uso del término "hombre" para designar tanto al varón como a la especie toda, ha traído confusiones y nos ha limitado a las mujeres en el uso y goce de los mismos.

Las mujeres vivimos inmersas en esta sociedad patriarcal androcéntrica, de manera que nosotras también pensamos y sentimos androcéntricamente. Por eso no nos extrañan teorías sobre la evolución del ser humano como las que parten únicamente del varón de la especie, que sostiene un Desmond Morris en EL MONO DESNUDO, por citar un "best seller" de los años 60. Según este antropólogo la razón

[38] LANGLAND, Elizabeth. A FEMINIST PERSPECTIVE IN THE ACADEMY: THE DIFFERENCE IT MAKES, University of Chicago Press, Chicago, 1983. p. 110.

de que los seres humanos caminemos erectos se debe a que los hombres necesitaban sus brazos para lanzar piedras y otros objetos contra los animales que pretendían cazar. Este mismo antropólogo en este mismo libro sostiene que desde siempre hubo una división sexual del trabajo en la que los hombres cazaban y las mujeres recolectaban y cuidaban de la prole. Si únicamente los hombres cazaban, sólo ellos necesitaban sus brazos para lanzar piedras y otros objetos y sólo ellos se vieron entonces, en la necesidad de caminar erectos. Esta teoría que nos es presentada como una teoría sobre la forma de caminar de todos los seres humanos, no explica por qué las mujeres también caminamos erectas y sin embargo, á primera leída, ni nosotras mismas nos sentimos excluidas de su teoría.

Existe un ejercicio muy simple para detectar si una teoría o un resultado de una investigación etc., ha caído en androcentrismo. Consiste en invertir la teoría haciéndola ginocéntrica. Así en el ejemplo citado anteriormente sobre el por qué el ser humano camina erecto leeríamos:' "Cuando nuestros ancestros descendieron de los árboles, tuvieron que caminar erectos porque necesitaban sus brazos para recoger los frutos y cargar a sus pequeños mientras los amamantaban". Es fácil reconocer el ginocentrismo ¿no es así? Pero si una teoría suena parcial o ridícula cuando se invierte de esa manera, también es parcial y ridícula en su forma original sólo que no nos choca porque estamos acostumbradas/os a la invisibilidad. Estamos acostumbradas/os a leer y escuchar explicaciones de lo humano que nos dejan totalmente por fuera, mientras que nos sentimos incómodas/os cuando se olvida al varón. Y esto es así precisamente por esta característica del patriarcado que toma como modelo de lo humano al varón de la especie. Por ello, cuando el varón falta, tanto hombres como mujeres sentimos que falta lo humano.

Sin embargo, esta manera de pensar y sentir está cambiando y seguirá cambiando por la fuerza de la evidencia. Parafraseando a Freud, podríamos afirmar que el hombre ha sufrido tres grandes humillaciones en los tiempo modernos. La primera fue la de Galileo, quien demostró que la Tierra no es el centro del sistema solar sino el Sol; la segunda es la de Darwin, quien demostró que el hombre no había sido creado directamente por las manos de un Creador sino que era un producto de la evolución, descendiente de los monos; y la tercera es la de las feministas, quienes estamos

demostrando que el hombre/varón no es el modelo de lo humano sino sólo una de sus variantes.

Podríamos afirmar que si un texto no explicita su perspectiva, es una señal de que muy posiblemente el texto sea androcéntrico. Pero aún cuando lo explicite, es importante que nos hagamos las preguntas, porque hay investigaciones que al inicio explicitan que el objeto de estudio es "los seres humanos de ambos sexos pertenecientes a determinado grupo, pero una lectura desde una perspectiva de genero pronto descubre que aunque la intención fue de estudiar a ambos sexos "neutralmente", la realidad fue que se estudió a ambos pero desde la perspectiva del sexo masculino, tomándolo como paradigma y/o cayendo en otras formas de sexismo como el doble parámetro o el dicotomismo sexual.

2.- La **sobregeneralización** ocurre cuando un estudio analiza solamente la conducta del sexo masculino y presenta los resultados de ese estudio como válidos para ambos sexos. Esta práctica se ha llevado a cabo sistemáticamente por los científicos, deformando ramas de la ciencia tan importantes como la Historia, la Antropología, la Sociología, la Medicina, la criminología, etc. Esta forma de sexismo se da, por ejemplo, cuando se analizan las necesidades de un grupo de trabajadores del sexo masculino y se presentan como válidas para toda la clase trabajadora.

También se da cuando en criminología se estudia el comportamiento de bandas juveniles compuestas por varones únicamente o las que son mixtas, pero sólo se toma en cuenta la realidad de los hombres/varones y luego se presenta el estudio como una investigación sobre "bandas juveniles".

Una explicación de cómo el lenguaje ayuda en esta forma de sexismo, que consiste en presentar los resultados de investigaciones realizadas sobre varones como válidos para la generalidad de los seres humanos, aunque en realidad se refieren sólo a los varones, lo encontramos en el siguiente párrafo:

> *"Mas de* doscientos años *después de Rousseau, el ganador del premio Pulitzer, Ernest Becker, también parecía sólo referirse al varón cuando dijo que la autoestima es la motivación predominante en el hombre. En la segunda edición de THE BIRTH*

*AND DEATH OF MEANING, publicado en 1971, Becker usa los términos "hombre", "él", "el individuo", cuando está explicando la importancia de la autoestima, y los utiliza de tal manera que da la impresión que se está refiriendo tanto a hombres como a mujeres. Pero, cuando hace referencia a los "símbolos peculiares" que "el individuo" se forma en su mente para sentirse bien consigo mismo, la/el lector(a) empieza a entender que ese individuo sin género -neutral- del cual está hablando Becker, es de hecho, muy macho. Esos "símbolos peculiares" nos dice Becker, incluyen no solamente "el dinero que él acumuló, la película que él dirigió, el libro que él publicó, sino también LA MUJER QUE ÉL SEDUJO". En ningún momento se pregunta Becker qué le puede haber pasado por la mente a esa mujer seducida y menos aún cómo le afectó en su autoestima esa seducción. Desde el punto de vista de Becker, aparentemente lo que ella pueda sentir no es importante, ella es reducida a un "símbolo peculiar" que existe sólo en la mente del hombre para hacerlo sentirse bien consigo mismo".*[39]

Vemos así como los pronombres masculinos, los cuales según la gramática patriarcal también incluyen a lo femenino, en realidad no incluyen a la mujer sino todo lo contrario, la desaparecen, Como dice la escritora mexicana, Elena Urrutia, lo masculino precede, incluye y OCULTA lo femenino. Esto ha sido denunciado ya por feministas de todas las lenguas y de todos los continentes, porque es un enfoque que distorsiona la realidad, lo cual perjudica tanto a mujeres como a hombres, aunque más a las mujeres.

La **sobreespecificidad** es la otra cara de la moneda de esta forma de sexismo y consiste en presentar como especifico de un sexo, ciertas necesidades, actitudes e intereses que en realidad son de ambos. Por ejemplo, se habla de la importancia de la presencia de la madre durante el desarrollo de las/os hijas/os en vez de hablar de la importancia de la presencia de la madre y del padre en ese desarrollo.

---

[39] Donovan & Tschirhart, WOMEN & SELF-ESTEEM. Penguin Books, N.Y. 1984, p. 4 (Traducción de A. Facio).

La **sobregeneralización** también se da cuando un estudio se presenta de tal manera que es imposible o muy difícil saber si se trata de uno u otro sexo. Por ejemplo, se habla de la evolución de los "derechos humanos" sin tomar en cuenta que muchos de ellos fueron promulgados o conceptualizados cuando sólo podían ser gozados por el sexo masculino, lo que hace muy difícil saber si todos son igualmente válidos para ambos sexos, o si para la mujer la historia de los "derechos humanos" re-presenta realmente una "evolución".

El lenguaje que se utiliza en las leyes formalmente promulgadas es generalmente otro ejemplo de sobre-generalización, ya que se utiliza el masculino para "supuestamente" referirse a ambos sexos, haciendo casi Imposible saber cuándo está excluida la mujer sino se recurre a los análisis que aquí planteamos.

Esta forma de sexismo se soluciona especificando el sexo que se utilizó como modelo del estudio o de la ley, o utilizando un lenguaje que incluya a ambos sexos cuando realmente ambos están incluidos. Aquí es importante hacer énfasis en que esta forma de sexismo no se soluciona con usar términos genéricos y nada más. Se requiere que en el contenido también esté presente el género femenino. Por ejemplo, el haber denominado "Derechos Humanos" a los siempre llamados "Derechos del Hombre", no eliminó el hecho real de que su contenido sigue siendo androcéntrico.

Esta forma de sexismo es muy frecuente en textos legales más recientes en los que ya no se habla en masculino (para no caer en sobrespecificidad o sobregeneralización según el caso), sino que se habla en términos genéricos (es decir, en términos supuestamente inclusivos de ambos sexos) de tal forma que se imposibiliza el cono-cimiento de si existen diferencias entre los sexos con respecto al uso de un derecho o al quebrantamiento de una ley, etc. Se parte de que los hombres/varones y las mujeres son iguales y están incluidos en ese término genérico, pero resulta que en realidad era mejor que hubiesen seguido hablando en términos masculinos porque el paradigma es el hombre. Por ejemplo, se presentan tasas y porcentajes de "personas privadas de libertad" y no se especifica su sexo haciendo creer que se hace referencia a ambos sexos y haciendo imposible saber las diferencias entre ambos, diferencias que

generalmente son recalcadas en otros contextos y que además son bien importantes para el desarrollo de políticas penitenciarias congruentes para ambos sexos.

Con respecto a estas formas de sexismo, algunas de las preguntas que debemos hacemos son: ¿Está el texto escrito en masculino cuando en realidad sé está refiriendo a ambos sexos? Muchas personas creen que como gramaticalmente el masculino incluye al femenino, esto sucede también en nuestras mentes, pero lo cierto es que en el imaginario el masculino no incluye a lo femenino y por ende, hablar o escribir en masculino es ya una forma de sexismo porque excluye a lo femenino. Además, las reglas gramaticales son también leyes que podemos cuestionar y revisar para identificar su sexismo. Por otro lado, es prácticamente imposible que no se caiga en otras formas de sexismo cuando se habla en masculino. O, ¿se presenta un "derecho" de la mujer cuando en realidad es un "derecho" de la especie humana? ¿Se está presentando el texto como una investigación o una legislación igualmente válida para ambos sexos cuando sólo se estudió o sólo se tomaron en cuenta las conductas y actitudes de uno de los sexos? Y tantas preguntas más que hay que hacerse según el caso.

3. - La **insensibilidad al género** se presenta cuando se ignora la variable sexo como una variable social-mente importante o válida. Este es el caso de casi todos los estudios que se hacen sobre los efectos de determinadas leyes o políticas, cuando se olvida que los sexos tienen género y que los efectos son distintos en cada sexo si se toman en cuenta los roles sexuales, la valoración de cada género, la utilización del tiempo y el espacio diferenciada para cada sexo, el menor poder del sexo femenino, etc. Cuando no se toma la variable género es imposible identificar cuáles son los problemas que no se vieron para uno u otro sexo, porque sencillamente la información no está presente.

En algunos casos la insensibilidad al género puede ser más bien la forma exagerada de androcentrismo que llamamos ginopia, porque generalmente cuando se ignora la variable sexo como socialmente importante, implícitamente se está tomando al hombre/ varón como modelo de lo humano e invisibilizando totalmente a la mujer. Pero también puede suceder que la insensibilidad al género no sea una forma de androcentrismo sino simplemente la ignorancia de la variable, como por ejemplo cuando

al tratar de mejorar la situación de la mujer rural, no se toma en cuenta su doble o hasta triple jornada laboral, su muy probable baja autoestima, su menor ingestión de proteínas, etc., y se promueven proyectos para elevar su nivel económico que lo que hacen es elevar sus jornadas de trabajo, disminuyendo visiblemente su salud al disminuir sus horas de sueño.

En materia legislativa se da mucho esta forma de sexismo cuando se ignora la existencia de las mujeres en la promulgación de leyes supuestamente "genéricas", pero también se da cuando se promulgan leyes que sí toman en cuenta a la mujer y hasta cuando le otorgan un derecho. Pensemos por ejemplo, en propuestas legislativas que aumentan las licencias por maternidad sin tomar otra serie de medidas, para no afectar negativamente el acceso de la mujer al mercado laboral. Este tipo de medidas es insensibles al género, porque aunque la legislación está otorgando un derecho muy necesitado por las mujeres, al no tomar en cuenta la estructuración de género que tiene el mercado laboral también le está causando un perjuicio al dificultarle el acceso a un empleo.

De nuevo, esta forma de sexismo se soluciona incluyendo la variable género en todo el quehacer humano, teniendo presentes los roles desempeñados por cada sexo, la valoración que cada sexo recibe, la autoestima, las horas trabajadas para dar cuenta de los efectos en cada sexo de una ley, una investigación o una política. Si se es sensible al género pero simplemente no existe información adecuada, lo correcto es señalar que no se tiene esa información para al menos no confundir los efectos en un determinado sexo.

Con respecto a la insensibilidad al género la pregunta que hay que hacerse es si se ha tomado en cuenta el hecho de que las mujeres somos menos valoradas, trabajamos más, estamos peor alimentadas, no tenemos propiedades, no somos consideradas "racionales" etc. Generalmente, si no se han tomado en cuenta las desigualdades entre los sexos, es porque no se consideró la variable género como relevante y generalmente, aunque no siempre, esto es porque se considera que el sexo masculino es el representante de la humanidad y por ende, su experiencia, intereses y necesidades son las mismas que las experiencias, intereses y necesidades de las

mujeres o, peor aún, que las experiencias, intereses y necesidades de las mujeres no son suficientemente importantes como para tomarlas en cuenta.

4. - El problema del **doble parámetro** es similar a lo que muchas/os conocemos como la doble moral. Se da cuando una misma conducta, una situación idéntica y/o características humanas, son valoradas o evaluadas con distintos parámetros o distintos instrumentos para uno y otro sexo, fundamentadas precisamente en el dicotomismo sexual y en el deber ser de cada sexo. Esta forma de sexismo la encontramos muy a menudo en Costa Rica, donde el adulterio en el componente formal normativo es causal de divorcio para ambos cónyuges y sin embargo, en distintas sentencias de divorcio por esa causal un mismo hecho, la infidelidad, es evaluado distintamente si es cometido por el cónyuge de sexo masculino que si es cometido por la del sexo femenino.

Un ejemplo triste y cómico a la vez del doble parámetro, lo encontramos en el siguiente texto que fue reproducido en el No. 3 de la primera revista feminista de Costa Rica, "Ventana":[40]

| ***Él trabaja*** | ***Ella trabaja*** |
|---|---|
| *Él tiene una foto*<br>*de su familia en el escritorio* | *Ella tiene una foto*<br>*de su familia en el escritorio.* |
| *¡Ah! Un padre de familia sólido consciente de sus responsabilidades* | *Mmmm. ¡Su familia estará antes que su carrera!* |
| *Su escritorio está desordenado*<br>*¡Es un hombre tan ocupado!* | *Su escritorio está desordenado*<br>*¡Ay! Ella es desorganizada y dispersa* |
| *Él habla con sus colegas.*<br>*Él debe estar discutiendo un último acuerdo.* | *Ella habla con sus colegas.*<br>*Ella sigue en puros copuchaos.* |
| *Él no está en su puesto.*<br>*Debe estar en una reunión.* | *Ella no está en su puesto.*<br>*¡De nuevo en el baño!* |

[40] En una nota al pie de página de esta reproducción se informa que el texto fue tomado del Boletín No. 12 del Círculo de Estudios de la Mujer. Desafortunadamente no se incluyó el país de origen de este Boletín, ni tampoco el nombre de la o las autoras, por lo que no puedo darles el crédito que se merecen.

| | |
|---|---|
| | *Ella no está en su oficina.* |
| *No está en su oficina.* | *Se arrancó a hacer compras.* |
| *Se reúne con los delegados.* | |
| | *Ella almuerza con el Gerente* |
| *Él almuerza con el Gerente* | *General.* |
| *General.* | *¡Seguro que son amantes!* |
| *¡Seguro que lo van a ascender!* | |
| | *El gerente le llamó la atención.* |
| *El gerente le llamó la atención.* | *Ella se pondrá histérica.* |
| *El mejorará su rendimiento.* | |
| | *La trataron injustamente.* |
| *Lo trataron injustamente.* | *¿Se puso a llorar?* |
| *¿Se enojó?* | |
| | *Ella se casa.* |
| *Él se casa.* | *Pronto estará embarazada y se* |
| *Va a estar más tranquilo.* | *irá.* |
| *Tiene un bebé.* | *Tiene un bebé.* |
| *Necesitará un aumento de* | *Va a costar más cara a la* |
| *sueldo.* | *empresa.* |
| *Él parte en misión.* | *Ella parte en misión.* |
| *Es bueno para su carrera.* | *¿Qué dirá su marido?* |
| *Él pidió un traslado.* | *Ella pidió un traslado.* |
| *Él sabe reconocer una buena* | *¡Jamás se puede contar con las* |
| *ocasión.* | *mujeres!* |

Tomado de Boletín No. 12. Círculo de estudios de la mujer.

Claro que el doble parámetro no es tan obvio en los textos legales, pero silo podemos descubrir a través de una lectura cuidadosa con los lentes del género bien puestos. Por ejemplo, un caso menos obvio de esta forma de sexismo la encontramos en los textos que se refieren al "jefe de hogar". Si nos ponemos los lentes del género, veremos que el tratamiento que se le da a cada uno de los sexos en estos casos responde a un doble patrón, porque si una mujer casada vive con su cónyuge, automáticamente es la compañera o esposa del "jefe de familia". Si no vive con un compañero, puede ser que sea considerada la "jefe de familia" aunque no en todos los casos. En cambio, si un hombre vive con su compañera o esposa es automáticamente considerado el "jefe de familia" y si vive sin una compañera o esposa, es también el

"jefe de familia". Es así que a un mismo hecho: vivir con un/a compañero/a, da un status diferente a cada sexo.

En este caso, la solución requiere de la eliminación del doble patrón sustituyéndolo por un análisis que tome en cuenta las reales diferencias entre los sexos, sin que por ello se discrimine o perjudique a ninguno. Aquí conviene también investigar si se está partiendo de estereotipos con respecto a los roles que debe desempeñar cada sexo y/o si se está partiendo de que los sexos son dicotómicamente opuestos, sin tomar en cuenta sus grandes similitudes.

5.- Como su nombre lo indica, el sexismo que se manifiesta en el establecimiento de un **deber ser para cada sexo,** consiste en partir de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro. Por ejemplo, se considera "normal" que un adolescente afirme su identidad mostrando un comportamiento abiertamente agresivo hacia su padre, al tiempo que se considera "anormal" que una adolescente afirme la suya mostrando un comportamiento similar hacia su madre. Vemos que se espera que el varón sea agresivo en la afirmación de su yo, mientras que de ella se espera que no lo afirme del todo.

Esta forma de sexismo se manifiesta muchísimo en los estudios que analizan los efectos que provoca en los y las hijas, el hecho de que la madre trabaje fuera de la casa. Como es obvio, estos estudios parten de que el "rol" natural de la mujer es estar en la casa con los y las hijas y aunque no estamos negando que ese fenómeno afecta a los y las niñas, el problema reside en que la realidad es distorsionada porque deja por fuera el impacto que también tiene en ellos, el hecho de que el padre no se ocupe directamente de su bienestar físico y mental.

Pero veamos un ejemplo del sexismo que se manifiesta en un deber ser para cada sexo, que está en el componente formal normativo. Me refiero a un principio que se encuentra prácticamente en todos los códigos centroamericanos, en las regulaciones de la familia: Art. 35 del Código de Familia costarricense: "El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios." Todavía más obvio es el art. 10 del Código Civil de Guatemala: "El marido

debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar, de acuerdo con sus posibilidades económicas. La mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar los hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos." (¡Qué maravilla tener el "derecho" de dirigir los quehaceres domésticos!). Este es además un claro ejemplo de manipulación a través de la ley, pues nos venden como un derecho algo que es indiscutiblemente una obligación. Si fuera un derecho, ¿por qué los hombres/varones están tan anuentes a renunciar a él sin que las mujeres se lo hayamos pedido y no sueltan otros derechos por los cuales nos hemos venido organizando las mujeres desde hace siglos? (La pone a una a pensar, ¿verdad?)

6. - El dicotomismo sexual consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes. Podría ser considerado como una forma extrema del doble patrón. Consiste en tratar a mujeres y hombres como si fueran absolutamente diferentes, en vez de tratarlos como dos grupos que tienen muchas semejanzas y algunas diferencias. Un claro ejemplo de esta forma de sexismo lo encontramos en el libro "Criminología" escrito en 1987, por don Alfonso Reyes Echandía, reconocido criminólogo:

> *"La misma sicología se ha ocupado del estudio de este fenómeno (el fenómeno de la diversa conformación sexual del ser humano) y ha determinado incluso las facetas de la personalidad que más sensiblemente muestran esta diversa estructura personalística; así, afirmase que en tanto que el hombre se siente impulsado a la actividad, la mujer busca la seguridad; mientras que el hombre tiene una tendencia a la abstracción, la mujer se inclina al concretismo; a tiempo que aquel busca el prestigio, ésta prefiere el bienestar: en la medida en que aquel adopta una actitud sadista, ésta muestra una tendencia masoquista; si el hombre utiliza los juicios de forma, la mujer suele emplear los de valor; en tanto que aquel posee un conocimiento lógico, en ésta predomina el conocimiento intuitivo."*

Algunas personas podrían considerar que este tipo de afirmaciones no son sexistas, ya que simplemente se están manifestando diferencias entre los hombres y las mujeres, sin que se diga nada sobre la inferioridad de las mujeres o superioridad de los hombres. Pero resulta que ésta es precisamente una de las formas más peligrosas del sexismo, porque además de que se externa una opinión simplista sobre la diferente conformación personalística de los sexos como un dato científicamente comprobado, se presenta a los sexos como diametralmente opuestos, cada cual con atributos opuestos diferentemente valorados. Es obvio que en este ejemplo el autor valora más al sexo masculino, ya que le asigna a los hombres los atributos que son más valorados en nuestras sociedades patriarcales: la actividad, la capacidad de abstracción, el conocimiento lógico, etc.

Sólo desde una visión masculina sexista se puede afirmar que las mujeres, quienes realizamos todo el trabajo doméstico y dormimos mucho menos que los varones, no somos "activas" sino que "buscamos la seguridad". Sólo desde una posición misógina se puede afirmar categóricamente que la mujer adopta una posición masoquista en contraposición a la actitud sadista del hombre.

Entender el dicotomismo sexual es especialmente importante para las personas que trabajamos de una u otra forma con el fenómeno jurídico, porque éste responde perfectamente al lado masculino del dualismo. Nótese que así como se cree que son los hombres los racionales, -los objetivos, los científicos, cuyas experiencias son las que se perciben como "universales", también el Derecho es considerado racional, objetivo y científico y es percibido como "universal". Sin embargo, así como los hombres no son siempre racionales, objetivos y sus experiencias no son siempre universales, tampoco lo es el Derecho. Y aunque muchas personas aceptan que el Derecho no siempre tiene esas características, generalmente consideran que al menos, debe TENDER a ser racional, objetivo, universal. Talvez la reflexión que debemos hacer es la siguiente: si para que el fenómeno jurídico refleje mejor las aspiraciones y necesidades de todas las personas, ¿no sería preferible que se identificara también con el lado femenino del dicotomismo sexual, o mejor aún, que pudiera trascender ese dualismo artificialmente establecido y se acepte como un fenómeno, que como cualquier otro

creado por los seres humanos, se puede ubicar dentro de un continuo entre lo racional y lo irracional, lo subjetivo y lo objetivo, lo particular y lo universal?

> El doble parámetro, el dicotomismo sexual y el deber ser de cada sexo, son manifestaciones del sexismo que se relacionan estrechamente con lo que las feministas hemos llamado el proceso de socialización patriarcal, en el que se le atribuyen características contrapuestas a cada sexo (dicotomismo sexual) y se las jerarquiza, considerándose superiores los que están del lado masculino (doble patrón) y se forman expectativas de conducta para cada sexo basadas en ese dualismo (deber ser).

Con respecto al doble parámetro, el deber ser de cada sexo y el dicotomismo sexual, son muchas las preguntas que se deben hacer porque no siempre es fácil detectar estas formas de sexismo: ¿Usa el texto términos no complementarios para referirse a situaciones complementarias? Por ejemplo, usa, los términos "marido y mujer" , "varón y hembra", etc.[41] ¿Usa términos genéricos para referirse a los hombres de un grupo y específicos para referirse a las mujeres? ¿Usa la voz activa para referirse a los hombres y pasiva para las mujeres? ¿Usa conceptos que son asimétricos? Por ejemplo: madre desnaturalizada vs. padre desnaturalizado, hombre honesto vs. mujer honesta. ¿Usa conceptos cargados de valores diferentes para referirse a diferencias socioculturalmente establecidas entre los sexos? Por ejemplo, habla de la "independencia" 'masculina y de la "dependencia" femenina. ¿Evalúa la misma conducta en ambos sexos, en forma diferente para cada sexo? Por ejemplo, si un hombre corrompe a una mujer es sancionado por la ley penal pero no a la inversa. ¿Se describen las características de cada uno de los sexos en forma muy distinta? Por ejemplo, en un caso de robo de un automóvil realizado por un hombre y una mujer, se describe a la mujer como una mala madre mientras que no se dice nada sobre la forma en que el hombre ejerce su paternidad.

Estas formas de sexismo son muy generalizadas e internalizadas, de manera que hay que ponerles especial atención. Las preguntas que se pueden hacer en relación a

[41] Sobre sexismo en el lenguaje ver libro de Yadira Calvo; Op. Cit.

ellas son demasiadas como para transcribirías todas en este documento. Transcribí unas cuantas para dar una idea de cómo se debe tratar de identificar estas formas de sexismo. ¡Espero que cada lector /a le agregue unas cuantas!

**PASO 3:** Identificar cuál es la mujer que la ley está contemplando como "el otro" del paradigma de ser humano que es el hombre y analizar sus efectos en las mujeres de distintos sectores. razas, orientaciones sexuales, discapacidades visibles, edades, etc.

Sabemos que las mujeres no somos iguales entre nosotras. Unas tenemos más o menos poder que otras por pertenecer a clases, razas, etnias, edades, orientación sexual, credos, habilidades, o por ser más o menos privilegiadas. Por ello no podemos conformarnos con un análisis de género de una ley o un principio, que nada más se pregunte sobre la pretendida neutralidad de estas normas en términos de sexo, sino que es necesario que se pregunte dónde está la mujer, cómo le afecta a la mujer, etc. Sabemos que el género es una categoría que atraviesa todas las otras categorías sociales y que a su vez es atravesado por ellas.

Además, así como hemos luchado porque el hombre/varón no represente a la humanidad toda, no podemos permitir que un determinado tipo de mujer represente a todas las mujeres.

Esa conciencia de que las mujeres también somos desiguales entre nosotras, nos lleva a hacernos las siguientes preguntas frente a un texto legal: ¿Cuál mujer excluye este texto? ¿A cuál mujer privilegia? ¿Cómo afecta este texto a una mujer con una discapacidad visible, a una mujer que es la única “jefe de hogar", a una india, a una viuda, a una adolescente, etc.? Recordemos que hay derechos que se le otorgan a unas mujeres que producen discriminación a otras.

**PASO 4:** Buscar cual es la concepción de "mujer" que sirve de sustento al texto para encontrar soluciones prácticas a la exclusión, los problemas y

necesidades de las mujeres que no impliquen la institucionalización de la desigualdad.

A primera vista este Paso parece ser el mismo que el anterior, pero no es así. En el anterior se pretende identificar a cuál mujer-persona (de entre las mujeres-personas de distintas clases, etnias, edades, preferencias sexuales, religiones, nacionalidades, estados civiles, situación de refugio, etc.), es a la que va dirigida el texto o cuál es la que está implícita en el texto aunque esté invisibilizada o marginalizada. En este Paso se trata de descubrir la concepción de mujer que se utiliza en el texto, porque ya sabemos que el derecho ha legislado mucho para la mujer-madre, la mujer-reproductora, la mujer-objeto sexual, pero hay muy poco sobre la mujer-persona.

Muchas mujeres tienen miedo a que se legisle en favor de la mujer-persona, porque se han confundido las "protecciones" a la mujer-madre o mujer-reproductora o a la mujer-familia, con protecciones o leyes para la mujer-persona. La identificación de la mujer-persona humana con la mujer-familia es precisamente una de las manifestaciones del sexismo, como vimos el paso 2: "el familismo." Aunque si bien es real que no natural el que la mujer esté más ligada a la familia que el varón, esto no implica que la mujer no tenga necesidades como persona humana, que no son idénticas a las necesidades de la familia ni tampoco son idénticas a las necesidades del varón, aunque sí muy semejantes. Familia y mujer no son sinónimos, hombre y mujer son igualmente humanos e igualmente diferentes.

Por ello es necesario tener claridad con respecto, por un lado, a la diferencia ideológica que existe entre medidas correctivas que parten de que la mujer ha sufrido exclusión, discriminación y desigualdad y que por ende debe gozar de ciertos privilegios legales que compensen la desigualdad social, con medidas protectoras que parten de que la mujer es biológicamente diferente al hombre y que debido a esa diferencia, debe ser tratada como un ser inferior. También hay que tener claridad con respecto al tratamiento que el Derecho da a las reales diferencias biológicas entre hombres y mujeres, para no confundir la necesidad de un trato diferente a cada sexo con la limitación de los derechos humanos de las mujeres, por el hecho de que somos nosotras las reproductoras biológicas de la especie humana.

Es decir, hay que tener claridad sobre la diferencia ideológica entre legislar para "proteger" a un ser débil o distinto/inferior al paradigma de ser humano que es el hombre/varón, y legislar para satisfacer necesidades que sólo sentimos las mujeres como miembras plenas de un grupo más grande que es el género humano. En el primer caso de este segundo planteamiento, la legislación es androcéntrica porque parte de que el modelo de ser humano es el hombre mientras que la mujer es "la diferente", "el otro" que necesita una protección especial (definida por ellos). En el segundo caso, la legislación tiene perspectiva de género porque reconoce que las mujeres y los hombres/varones pueden tener necesidades diferentes, pero no privilegia las necesidades de uno sobre las necesidades de la otra, ni toma como parámetro de las necesidades humanas las necesidades de los hombres/varones, porque parte de que las mujeres y los hombres/varones son IGUALMENTE diferentes. En este caso ningún sexo es el paradigma de lo humano sino que se está partiendo de que ambos son uno de los dos sexos que se dan en el género humano y que ninguno puede representar al género todo.

Talvez aquí valdría la pena dar un ejemplo, ya que el concepto de que los hombres/varones y las mujeres somos igualmente diferentes y por ende ambos tenemos por igual diferentes necesidades, es algo que se sale del entendimiento convencional.

A partir de la necesidad que tienen los hombres/ varones de protegerse contra imputaciones de paternidad, debido a que por su sexo no pueden tener entera certeza de ser los padres biológicos de una criatura, existen en casi todos los códigos una serie de artículos que regulan esta materia. Esta necesidad no la tenemos las mujeres y sin embargo a esas regulaciones no se les llama "protecciones especiales a los hombres/varones mientras que los artículos que regulan por ejemplo las licencias por maternidad, son llamadas "de las protecciones especiales a las mujeres trabajadoras". ¿Por qué? Porque las necesidades de los hombres/varones son percibidas, tanto por hombres/varones como por mujeres como necesidades de la especie toda, mientras que las necesidades de las mujeres son percibidas como necesidades específicas de ese "sector".

Si el derecho no fuera androcéntrico, si no tomara al hombre/varón como parámetro de lo humano, reconocería estas distintas necesidades de los sexos y las regularía de manera que ninguno de los dos viera sus derechos humanos limitados o violados.

Pero como sabemos que el sexismo existe, debemos tener dudas razonables ante las protecciones y derechos que la legislación nos brinde. Por ello debemos:

a) Ante un texto que "supuestamente" otorga un derecho a la mujer o le prohíbe hacer alguna cosa, preguntarnos:

¿Cuáles son las razones objetivas para otorgar ese derecho sólo a las mujeres? ¿En realidad no lo necesitan también los hombres/varones? ¿Se está identificando mujer con familia (dentro de este concepto con mujer-madre o mujer-reproductora de la especie)? Es decir, ¿es un verdadero derecho de la mujer o es un derecho de la familia? ¿quién conviene realmente que se especifique el sexo del sujeto a quien va dirigido ese "derecho"? ¿Habrá un derecho no explicitado para alguien que está implícito en el derecho que se le otorga a la mujer? ¿Quién es el sujeto del derecho no explicitado? Si el sexo está explicitado preguntarse si esa "protección" o ese derecho está justificado, si beneficia verdaderamente a la mujer, es decir, si responde a una necesidad sentida por ella. Si la respuesta es afirmativa, hay que hacerse otra pregunta: ¿Cómo se lograría este mismo beneficio sin esta "protección"?

En caso de prohibiciones, hay que hacerse las mismas preguntas: ¿Están justificadas?. ¿Perjudican a la mujer?, etc. Si están justificadas pero perjudican a la mujer, habría que preguntarse si no hay otra manera de lograr el mismo fin sin discriminar a la mujer (ejemplo: art. 21 del anteproyecto de código de familia de El Salvador). También hay que preguntarse si ese tratamiento diferente esta pensado desde la realidad de la mujer como persona ose está identificando a la mujer como ser reproductor de la especie y nada más. o como madre y nada más, o como futura esposa responsable de los y las niñas, etc.

b) Ante un texto que se refiere a "ambos sexos" o a "los seres humanos" o a "el HOMBRE" en términos (supuestamente) genéricos, buscar y reflexionar sobre:

Si el texto cae en familismo: si se conceptualiza al hombre/varón como totalmente ajeno a la familia o sólo como el proveedor material; si se especifica el sexo de la jefa de familia sólo cuando ésta es una mujer pero cuando es un hombre lo deja en (supuestamente) términos genéricos. Hay que preguntarse también, si el sujeto de derechos u obligaciones que contempla esa ley podría ser un hombre/varón o una mujer y si en ambos casos los efectos serían los mismos: quién gana con el hecho de que no se explicite el sexo del sujeto de derechos u obligaciones.

c) Ante un texto que le impone obligaciones sólo a los hombres, hay que preguntarse:

¿Cuál es la razón de imponérselas sólo a los hombres/varones? ¿Serán obligaciones que implican un gran poder sobre quienes se tiene esa "obligación"? ¿Cuál es el concepto de hombre y cuál es el concepto de mujer que fundamenta la diferencia? etc.

**PASO 5:** Analizar el texto tomando en cuenta los otros dos componentes. Es decir, si es un proyecto ley (componente formal normativo), analizar el contenido y efectos que tendrá en los componentes político-cultural y estructural. Si es una doctrina jurídica, (componente político-cultural) ver cómo o si se ha infiltrado en el componente formal normativo y qué influencia tiene en el estructural, etc. O si es un contexto legal, es decir, si se está partiendo de una realidad concreta de una mujer o un grupo de mujeres, preguntarse cuáles son sus problemas, intereses y necesidades legales y luego ver si éstas se encuentran reflejadas en los componentes.

En este paso usaré como ejemplo un proyecto de ley que en estos momentos se está discutiendo en El Salvador, el anteproyecto de Código de Familia, para mostrar cómo esta metodología sirve para su análisis. El fin de analizar un proyecto de ley es identificar sus sesgos androcéntricos, para proponer otra redacción con el objetivo de que no se convierta en otra ley más que discrimine a las mujeres. Esto conlleva dos tareas:

Tarea No. 1- Tomaremos en cuenta todos los aspectos de los componentes para tener una idea del contenido que la gente y las cortes le darán a esa redacción en particular. Para ello nos haremos algunas de las siguientes preguntas pudiendo empezar por la que nos sea mas fácil de contestar. Si habiendo contestado sólo algunas de éstas nos damos cuenta que es parcial al género masculino no es necesario contestarnos todas las preguntas. PerO si no encontramos sesgos sexistas, Sí es necesario hacernos éstas y más preguntas hasta estar totalmente convencidas de que la redacción no tendrá POR RESULTADO la discriminación de la mujer. Recordemos que hemos partido de que el sexismo existe y que está en todo el quehacer humano, de manera que nuestra tarea es identificarlo para eliminarlo en la medida de lo posible.

En el componente político-cultural:

a) Con relación a quiénes redactaron la ley:

1- ¿Quién o quiénes la redactaron? 2-¿Cuántas mujeres participaron? 3-¿Había mujeres (u hombres/varones) comprometidas con la eliminación de la discriminación contra la mujer? 4-¿Qué piensan los hombres/varones que redactaron la ley sobre la desigualdad entre hombres/varones y mujeres? 5-¿Qué objetivos tenían para querer cambiar el estado actual? 6-¿Qué cosa o a quiénes querían proteger? 7-¿Qué privilegios se mantienen, cuáles se modifican, cuáles están siendo eliminados? etc.

b) En relación a la doctrina jurídica que podría servir para sustentaría o frenarla: 1-¿Qué se ha escrito sobre la conducta que esa ley pretende regular? 2-¿Qué dice la doctrina jurídica que está de moda? 3-¿Hay contradicciones entre las distintas ideas expuestas? etc.

c) En relación a las leyes no formalmente promulgadas que se puedan encontrar en el componente cultural: 1 -¿Cómo es la actitud de la mayoría de la gente con respecto a la conducta que se pretende regular? 2-¿Cómo se diferencian los hombres/varones y las mujeres al respecto? 3-¿Se sabe realmente lo que las mujeres piensan en relación con esta conducta o solamente se ha escuchado y registrado la voz masculina? 4-¿Sobre cuáles mitos descansa la conducta? 5-¿Existen reglas sociales. religiosas, tradicionales. que regulan esta conducta? 6-¿Hace la propuesta de ley referencia a esas reglas sociales, religiosas. tradicionales, etc.?

En el componente estructural:

d) En relación a quienes van a interpretar y aplicar la ley en cuestión nos preguntaremos: 1-¿Quiénes son? 2-¿Cómo se han comportado en el pasado con respecto a la conducta que se pretende regular? 3-¿Qué actitudes tienen frente al sexismo, por ejemplo, consideran que el sexismo afecta la forma en que se administra justicia o creen que es un fenómeno aislado? 4-¿Qué procedimientos existen para la interpretación de esa ley? 5-¿Qué condiciones materiales hay para su vigencia y efectividad? 6-Si no las hay, ¿conviene esa redacción?

e) En relación al acceso que tengan las mujeres a la administración de justicia, nos preguntaremos: 1 -¿Prevee la redacción de este artículo o ley las dificultades que enfrentan las mujeres frente a la administración de justicia? 2-¿Toma en cuenta el poco valor que se le da a la palabra de la mujer, la dificultad que tiene para expresarse, el poco acceso a aportar "evidencia contundente", su baja autoestima con respectó a la del hombre/varón, etc.? 3-¿Toma en cuenta el que las mujeres no tienen las mismas facilidades que tienen los hombres para llegar a los centros de población, para acercarse a los policías, para hablar de igual a igual con un funcionario?

4-¿Toma en cuenta las consecuencias que pueda sufrir la mujer en el caso de que pueda acceder a la administración de justicia?

En el propio componente formal normativo:

1) En cuanto a la redacción en si del artículo o ley, nos preguntaremos: 1 -¿Es verdaderamente un derecho lo que se esta otorgando? 2-Si es un derecho, ¿por qué sólo se le otorga a la mujer? 3-¿Qué estereotipos se refuerzan con este "derecho"? 4-¿Quién es el modelo o paradigma del sujeto de obligaciones y derechos que otorga esta ley? 5-¿Contempla esta ley las diferencias entre hombres/varones y mujeres; entre mujeres? 6-¿Qué otras leyes regulan esta misma conducta o conducta similar? ¿Hay contradicciones? 7-¿Está confundiendo esta ley a la mujer con la familia? ~ la mujer con la madre? 8-¿Es verdaderamente neutral en términos de género?

***EJEMPLO:***

Veamos un ejemplo concreto para explicar el método que yo utilizo para analizar una ley o un articulo de una ley:

Tomemos el siguiente articulo del anteproyecto de Código de Familia de El Salvador:

Artículo 40. - Los cónyuges tienen iguales derechos y deberes y por la comunidad de vida que entre ellos se establece, deben vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia y tratarse con respeto, tolerancia y consideración.

La redacción literal de este artículo es su componente formal normativo. A primera vista nos parece muy bueno pues establece la igualdad de derechos y deberes. Sin embargo en este componente hay que buscar las palabras que puedan tener diferentes significados para diferentes personas. Por ejemplo, "igualdad" es un concepto abstracto que debe ser llenado de contenido. Esto es un trabajo ideológico que harán las cortes, la policía. los bancos, las oficinas administrativas, etc. cuando les toque interpretar o aplicar este artículo ante un determinado problema o petición.

Es en este momento en donde nos debemos hacer la primera pregunta: ¿Será esta redacción "neutral en términos de género"? Es decir, ¿afectará esta ley a hombres y mujeres por igual?

Para contestamos esta pregunta es importante analizar los otros dos componentes de este artículo.

¿Cuál será su componente estructural, es decir, el contenido que las cortes, la procuraduría, la policía, los bancos, etc. le darán a este articulo? A primera vista pareciera que no lo podemos saber porque todavía no es ley de la República de El Salvador. Sin embargo podemos tener una idea de como será aplicado e interpretado si vemos que este articulo no establece un principio nuevo sino que es el desarrollo lógico del artículo 3 de la Constitución Política de la República de El Salvador que establece que todas las personas son

iguales ante la ley y que para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basan en diferencias de nacionalidad. raza, SEXO, o religión (mayúsculas de la autora).

Aquí nos hacemos de nuevo la pregunta: ¿Es neutral en términos de género la redacción de este principio constitucional? Es obvio que no ya que las estadísticas demuestran que las mujeres sufrimos discriminación en todos los campos por lo que podemos concluir que la redacción de este principio favorece al sexo masculino. Es decir, este principio, aunque tiene por objeto la no discriminación en razón de sexo, tiene POR RESULTADO la discriminación de la mujer.

También nos preguntaremos: ¿Cómo han interpretado y aplicado las cortes, la policía y todas las oficinas administrativas esta "Igualdad" y esta prohibición a hacer restricciones que se basan en diferencias de SEXO? Por las mismas razones esgrimidas en el párrafo anterior, sabemos que se han aplicado de manera androcéntrica, tratando a la mujer igual al hombre/varón -parámetro de lo humano- en el tanto y en el cuanto la mujer ES igual al hombre/varón, pero discriminándola en el tanto y en el cuanto la mujer presente diferencias con respecto a ese parámetro de lo humano: el hombre/varón.

Cuando nos hemos contestado estas preguntas podemos hacérnoslas de nuevo al analizar el componente político cultural de este articulo.

¿Cuál es ese componente? El componente político-cultural será el contenido que las y los salvadoreños en general le dan al principio de igualdad entre los sexos, así como lo que dice la doctrina sobre la igualdad de los cónyuges. Y por supuesto, las actitudes que tengan los y las salvadoreñas frente a la igualdad de los cónyuges y el empleo que le darán una vez que tengan conocimiento de la redacción de este articulo o el empleo que no le darán cuando no tengan cono-cimiento del articulo y sigan creyendo que el marido es el jefe de familia.

Así que aquí nos volvemos a hacer la pregunta: ¿Es neutral en términos de género el contenido que los salvadoreños y las salvadoreñas le dan al principio de igualdad'? ¿Es neutral en términos de género la doctrina que habla de la igualdad de los cónyuges. Pareciera que no vemos algunos elementos que muestran un claro sesgo androcéntrico.

El Dr. Gerardo Tejos, reconocido jurista costarricense y asesor del equipo salvadoreño que redacto el anteproyecto afirmo en una conferencia en el acto de CORELESAL de entrega del anteproyecto lo siguiente:

"Por ahora me interesa destacar la desaparición en el anteproyecto de la odiosa discriminación de que es objeto el cónyuge declarado culpable en el juicio de divorcio. Como es sabido en la legislación vigente de El Salvador únicamente el cónyuge inocente recobra la aptitud nupcial. El esposo culpable no puede contraer nupcias durante los tres años posteriores a la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio. Esta norma de derecho vigente viola claramente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por El Salvador, cuyo artículo 17, párrafo segundo, reconoce el derecho del hombre/varón y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas tías leyes internas) no afecten el principio de no discriminación establecido en el Art. 1 de la Convención Americana.

Pues bien, en el anteproyecto, en el Art. 120, los cónyuges recobran la libertad nupcial, hayan sido o no declarados culpables." Y sigue el autor citando una sentencia de la Corte Europea que consideró violatoria a los derechos humanos una prohibición similar en Suiza. Luego elogia el anteproyecto por considerarlo un hermoso esfuerzo para cumplir con las convenciones y tratados en materia de derechos humanos.

Aquí es importante que nos hagamos la pregunta: ¿Quién es el parámetro o modelo de esa "libertad nupcial"? ¿Quién es el

beneficiario? Si leemos el art. 21 del anteproyecto tendremos muy claro el panorama:

Articulo 21.- La mujer cuyo matrimonio ha sido disuelto o anulado, no podrá casarse antes de haber transcurrido trescientos días contados a partir de la disolución o de la declaratoria de nulidad, salvo que hubiere dado a luz antes de vencerse dicho plazo, que compruebe que no está embarazada o que el divorcio hubiere sido decretado por separación.

El autor ni siquiera hace una breve mención de este art. 21 para defender su necesidad, por las razones androcéntricas que sean. Pareciera que para este autor, el que a la mujer se le prohíba contraer nuevas nupcias hasta transcurridos trescientos días contados a partir de la disolución o de la declaratoria de nulidad, con ciertas salvedades, no constituye una violación a los derechos humanos porque sólo se le prohíbe a la mujer (que aparentemente no es suficientemente humana como para gozar del derecho humano a la libertad nupcial). Si la libertad nupcial que pretende el art. 120 no se ve limitada o afectada por ese art. 21. es porque no se está pensando en la mujer cuando se habla de "libertad nupcial".

Esta prohibición del art. 21 podría pensarse que no es tan importante ya que no serán tantas las mujeres que no puedan contraer nuevas nupcias debido a esa prohibición. Su importancia radica en que nos da una luz de quién es el paradigma del sujeto de derechos que este anteproyecto de ley establece y obviamente el paradigma es el sujeto de sexo masculino.

Estos dos artículos también nos dan una luz con respecto al contenido que los redactores de este anteproyecto le dieron al principio de igualdad de los cónyuges y pareciera que la igualdad en que están pensando es aquella en que la mujer será tratada como igual al hombre/varón en todo lo que se le parezca pero en el momento que la mujer presente diferencias con respecto al hombre/varón -parámetro de

lo humano- será tratada desigualmente, con menos derechos y privilegios. Es decir, el derecho familiar formalmente promulgado dará a las mujeres un trato igual al hombre/varón mientras no se presenten diferencias entre los sexos. pero cuando éstas surjan, la mujer verá limitados sus derechos precisamente por ser diferente al parámetro de lo humano: el hombre/varón de la especie.

Aquí es obvio que el paradigma fue el hombre/varón y lo peor del caso es que ni se menciona que en este campo hay diferencias. Implícitamente se parte de que las mujeres podemos gozar de esos derechos en el tanto y en el cuanto "calcemos" dentro del prototipo.[42] Cuando nuestro sexo o nuestro género nos diferencien, el derecho nos tratará desigualmente. Es obvio que para los y las redactoras, las mujeres y los hombres no somos igualmente diferentes, con derecho a ser tratados / as diferentemente que no desigualmente por el derecho cuando asilo amerite. En este caso en particular, talvez sise amerita un tratamiento diferente debido a la capacidad reproductiva de la mujer pero en ningún modo ese trato diferente tiene que implicar una limitación de un derecho humano. Siempre hay soluciones no sexistas si se buscan.

Volviendo al método. y a las preguntas que nos hemos hecho, pareciera que del análisis de la doctrina y las actitudes de los y las salvadoreños en el componente cultural, así como la interpretación que le han dado quienes administran justicia, la igualdad entre hombres y mujeres en El Salvador, como en cualquier país del mundo, sólo existe en el componente formal normativo, cuando existe. Esto nos lleva a preguntarnos cómo redactar este principio para que no institucionalice la desigualdad al tiempo que la toma en cuenta. Cerrar los Ojos a las diferencias reales que existen entre los sexos y a las desigualdades también reales que existen entre los géneros, es talvez tan discriminatorio como legislar discriminando abiertamente a la mujer. Encontrar la

[42] Ver artículo de Rosalía Camacho: SOBRE EL CONCEPTO DE IGUALDAD EN LA LEY. Revista Portavoz No.22, ILSA, Bogotá, 1990.

forma de legislar partiendo de que las mujeres y los hombres somos IGUALMENTE diferentes es un gran reto que debe ser asumido colectivamente y ese es precisamente el último paso del método que yo he desarrollado con la ayuda de muchas mujeres. Pero veamos primero cuál es la segunda tarea en este paso 5.

Tarea No.2: Una vez que nos hemos contestado las preguntas que arriba se formulan y todavía otras que usted lector/a puede agregar, veremos si es posible redactar la ley para el componente formal normativo de manera que afecte al componente cultural en la forma deseada, es decir de manera que cambie la forma de pensar androcéntrica y de manera que derogue las leyes no escritas que se encuentran en los componentes cultural y estructural. Nos cuidaremos de que la redacción no se preste a interpretaciones no deseadas y velaremos porque la redacción de la ley tome en cuenta los otros aspectos del componente estructural con el objetivo de que no sea letra muerta.

Así, por ejemplo, si queremos promover la igualdad de los cónyuges, tenemos que tener presentes aspectos del componente cultural tales como las actitudes de los y las legisladoras que posiblemente sean sexistas y/o androcéntricas, tenemos que tener presente que: a) un gran porcentaje de la población salvadoreña, según un estudio de Martín-Baró,[43] no cree en la igualdad de los cónyuges, b) que existen otros artículos y otras leyes que contradicen esa igualdad, c) que social y económicamente los cónyuges no están en un plano de igualdad, ch) que los hombres/varones tienen más libertad de tránsito y por ende tienen más acceso a la administración de justicia, d) que es más fácil que un funcionario judicial o policial le crea a un hombre/varón que a una mujer, e) que generalmente los hombres/varones tienen más acceso a pruebas documentales, etc.

Una vez que se tienen claros los aspectos culturales y estructurales, y se tiene conciencia de la influencia de la redacción de una ley sobre las actitudes y de cómo una ley puede conformar la forma de pensar de la gente, se puede buscar cuál es la mejor redacción que deba tener una ley para lograr una real igualdad de los cónyuges de

[43] Ver conferencia pronunciada por Ignacio Martín-Baró "La familia, puerto y cárcel para la mujer salvadoreña", en el seminario taller "Mujeres en El Salvador, Perspectivas para la Acción", organizado por el PNUD y UNICEF el 7 de junio de 1988.

manera que al tiempo que institucionaliza esa igualdad, lo haga de manera que tome en cuenta las desigualdades reales en el componente cultural.

Por otro lado si se sabe que en El Salvador, por ejemplo, existe el problema del poco acceso a la administración de justicia por parte de la mayoría de las mujeres y se puede suponer que la mayoría de los y las juezas tienen actitudes sexistas, se tendrá que buscar una redacción que tome en cuenta estos factores, buscando la manera de hacer más accesible la justicia y tratando de obviar de la mejor manera posible los posibles preconceptos y prejuicios de los y las juezas. Como lo señalé arriba, esta tarea debe ser asumida en forma colectivamente como se explicará seguidamente en el paso 6.

Pero en este paso lo que más me interesa enfatizar es que es indispensable que las personas que han tomado conciencia de la subordinación de las mujeres y que han profundizado en el análisis de los textos legales para identificar los sesgos androcéntricos, dicotómicos, etc., sean las mismas que redacten las propuestas y modificaciones a esos textos, aunque después tengan que buscar la colaboración de un o una jurista que pueda traducir 10 deseado en un lenguaje suficientemente jurídico como para ser aceptado por los y las técnicas de las asambleas legislativas.

Como he venido diciendo, no se puede redactar una ley que no tenga por resultado la discriminación de las mujeres si no se ha tomado conciencia de la extensión y profundidad de su subordinación. Estoy consciente de que muchas mujeres se sienten intimidadas ante la tarea de redactar una ley porque piensan que no tienen la capacidad para ello. La solución a este miedo esta precisamente en tomar conciencia de que no habrá nadie mejor capacitada/o para entender qué se necesita para eliminar la discriminación que la persona que la ha vivido en carne propia, la ha conscientizado y luego, colectivizado. Además como dije anteriormente, una vez que se tiene claro cuáles son las necesidades que se desean cubrir, cómo es el derecho que se quiere disfrutar, o cuál es la conducta que se desea modificar, se puede contar con la asesoría de personas que han sido entrenadas en el discurso jurídico. Lo importante es que esas personas sean vistas y se vean a sí mismas como asesoras y no como las dueñas de un conocimiento esotérico.

**PASO 6:** Colectivizar el análisis, no sólo para que sea enriquecido por mujeres (y hombres conscientes) de distintos sectores a la vez que se hace educación legal popular, sino más importante aún, para continuar el proceso de conscientización que es, como lo he venido diciendo, el paso previo a cualquier análisis de un texto legal, ya que sin la toma de conciencia de que las mujeres por nuestro sexo, somos subordinadas y discriminadas, ni siquiera se puede iniciar un cuestionamiento de un sistema legal desde una perspectiva de género.

Colectivizar el análisis con distintos grupos de mujeres (y hombres solidarios y CONSCIENTES DE SUS PRIVILEGIOS) le dará al texto una mayor garantía de no ser excluyente de un sector, grupo o clase de mujeres. Este paso se puede realizar tanto en un seminario taller formalmente organizado o informalmente alrededor de una taza de café. También se puede hacer manteniendo una actitud atenta a lo que expresan mujeres de grupos o clases distintas a la mujer (u hombre solidario) o grupo que primero hizo el análisis.

Con respecto a los hombres/varones que puedan ser solidarios hay que tener mucho cuidado. Muchas veces ellos tienen, al igual que el derecho, una actitud pro mujer sólo aparente pero en el fondo siguen considerándose a sí mismos el paradigma de lo humano o creyendo que los privilegio8 que gozan son "naturales". Por ejemplo, muchos hombres/varones manifiestan orgullosamente que ellos "apoyan" en todo a su compañera de vida y que se sienten felices de que ella se "realice" en su oficio o carrera y como persona humana que es pero una investigación ni tan siquiera profunda de su comportamiento en el hogar muestra que ese "apoyo" no implica el que ese hombre asuma por igual el trabajo doméstico y el cuido de los y las hijas; que esté al tanto de las distintas necesidades emocionales y sexuales de ella, o que se haya dado verdadera cuenta de los privilegios y servicios que recibe de parte de otras mujeres por pertenecer a un sexo supravalorado.

Para finalizar, quisiera agregar que como la ampliación de las perspectivas y la teorización de la experiencia es un proceso de conscientización, este es el primer y

último paso de cualquier metodología feminista. Es el primero por las razones ya señaladas y es el último, porque los análisis que en cierta medida son teoría, son a su vez experiencias que deben ser articuladas en otros grupos fuera del que los vivió, para de nuevo recomenzar el proceso de colectivizar las experiencias y teorizar sobre las mismas, para con esa teoría revalorar y modificar las experiencias anteriores.

Lógicamente, planteado de esta manera, el proceso nunca terminaría, de manera que se le puede poner fin cuando estratégicamente se piense que, tratándose de un proyecto de ley, ya tiene suficiente apoyo popular o, si se trata de una investigación u otro estudio, excluye al menor número de seres.

Pero más importante que saber si el proyecto está terminado o no, es tomar conciencia de que lo que más interesa es el proceso en sí y no el fin. Al contrario de lo que se piensa en el patriarcado en el que el fin justifica los medios, en la manera feminista de concebir el mundo el proceso es más importante que el fin. Por ello, a lo que debemos prestar atención es si en el trabajo de analizar y revisar leyes, de formular nuevas o de botar otras a la basura, estamos creciendo como seres humanos, aprendiendo a sororizarnos con nuestras hermanas de todas las clases, etnias, preferencias sexuales, etc., sintiendo con la madre naturaleza y más difícil aún, queriéndonos a nosotras mismas, cuidando de nosotras como cuidamos de nuestros seres queridos, dándonos espacio, tiempo y permiso para sentir placer y reírnos de nuestras deficiencias. De poco nos servirían unos fabulosos proyectos de ley si para redactarlos tuvieron que enfermarse muchas mujeres. De poco nos serviría tomar conciencia de nuestras opresiones si con ello no ganamos la capacidad de ser felices. La meta no es un mundo eficiente al estilo patriarcal, sino un mundo armonioso al estilo natural (que seguramente sería más eficiente).

BUENA SUERTE y espero que este documento sea enriquecido y rearticulado hasta que no excluya a nadie y que en ese proceso, la pasen muy pero muy bien.

# BIBLIOGRAFÍA


ACOSTA VARGAS, Gladys. "Derechos de las Mujeres, Tres Ensayos". Documentos de Trabajo No. 2, Ediciones Flora Tristán, Lima, Perú, oct. 1990.

BARLETT, Katheline. "Feminist Legal Methods", Boston, USA, Harvard Law Review, Volume 103, número 4, February 1990.

CALVO, Yadira "A la mujer por la palabra". EUNA, Heredia, Costa Rica, 1990.

CALVO, Yadira. "Mitos y realidades de la democracia en Costa Rica". San José, Costa Rica, DEI / CEPAS, 1990.

CAMACHÓ, Rosalía." Sobre el concepto de igualdad en la ley". Bogota, Colombia, ILSA' Rev. Portavoz N° 22, 1990

CENTRO FLORA TRISTÁN. "Una nueva lectura: género en desarrollo". Lima, Perú, Flora Tristán Ediciones, 1991.

CENTRO NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LA MUJER Y LA FAMILIA. "Sistematización de estadísticas sobre divorcio en Costa Rica". San José, Costa Rica, 1989.

CENTRO NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LA MUJER Y LA FAMILIA. "Situación de la mujer costarricense". San José, Costa Rica, 1989.

DONOVAN & TSCHIRHART, "Women & self-esteem". New York, USA, Penguin Books, 1984.

EICHLER, Margrit. "Nonsexist research methods", Winchester, USA, Alíen & Unwin, Inc., 1988.

EINSENSTEIN, Zillah R. "The famale body and the law". Los Angeles, USA, University of California Press, 1988.

ENLOE, Cinthia. "Bananas, beaches and bases. Making feminist sense of international politics". Los Angeles, USA, University of California Press, 1990.

GARCIA, Ana Isabel y GOMARIS, Enrique " Mujeres centroamericanas". San José, Costa Rica, FLACSO/ CSUCA/UNIVERSIDAD PARA LA PAZ, 1989.

HARDING, Sandra. "Feminism and methodology". Indiana University Press, USA, 1987.

HARDING, Sandra. Whose science, whose knowledge? New York, USA, Cornelí University Press, 1991.

HIRIART, Berta. "Pacifismo y despenalización del aborto". Revista MUJER/FEMPRESS, Santiago, Chile, N° 114 de abril de 1991.

LANGLAND, Elizabeth. "A feminist perspective on the academy: the difference it makes". Chicago, USA, University of Chicago Press, Chicago, 1983.

LERNER, Gerda. "'I"he creation of patriarchy". New York, USA,Oxford University Press, 1987.

MACKINNON, Catharine A. "Feminism Unmodified". Boston, USA, Harvard University Press, 1987.

MARTIN-BARO, Ignacio. " La familia, puerto y cárcel para la mujer salvadoreña". Conferencia dictada en el seminario taller "Mujeres en El Salvador, Perspectivas para la acción" organizado por el PNUD y UNICEF, San Salvador. El Salvador, 7 de junio de 1988.

NACIONES UNIDAS. "Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer". San José, Costa Rica, Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, 1989.

NACIONES UNIDAS. 8va Decisión adoptada por el VIII Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en relación a la violencia en el hogar. La Habana, Cuba, 1990.

NAVAS, Candelaria. Conceptualización de "género". San José, Costa Rica, CSUCA, Cuaderno de investigación N° 58, abril 1990.

PEPINSKY Y QUINNEY (compiladores). "Criminology as peacemaking", Indiana, USA, Indiana University Press, 1991.

REVISTA DE LA DIRECCIÓN DE DIFUSIÓN CULTURAL. Casa del tiempo, México, UNAM, mayo-junio 1987.

REVISTA VENTANA número 3, San José, Costa Rica, 1984.

REVISTA "VIVA". Lima, Perú, setiembre octubre, 86.

SAU, Victoria. "Un diccionario ideológico feminista". Barcelona, ICARIA Ediciones, 1981.

SCHULER, Margaret (compiladora). "Poder y derecho". Washington, USA, OEF Internacional, 1987. Impreso en los Talleres Gráficos de Lit. León S.A.. Tel: 22-21-52

SAU, Victoria. "Un diccionario ideológico feminista". Barcelona, ICARIA Ediciones, 1981.

SCHULER, Margaret (compiladora). "Poder y derecho". Washington, USA, OEF Internacional, 1987.

Impreso en los Talleres Gráficos de
Lit. León S.A. Tel: 22-21-52

Alda Facio, ante todo feminista y también abogada, amante de la naturaleza, de la danza, del estudio... ha parido esta obra, hija de muchos años de trabajo, reflexión y discusión por, con y para las mujeres. Fruto de su alma de mujer, este libro es una contribución invaluable al movimiento de mujeres latinoamericanas que desde sus vejadas e ignoradas trincheras de *paz,* luchan día a día, de acuerdo con Alda:

«... por que se comprenda que no existe la igualdad jurídica cuando no existe la igualdad política, ni económica, ni social. comprender eso significa que finalmente se ha entendido que no es posible hablar de igualdad o libertad si estos derechos no son compartidos por todas y todos..."

*«... por una distribución equitativa del poder...porque hasta el varón mas humilde, el varón que nunca ha soñado con ocupar él mismo un curul, no quiere que su compañera le deje de servir la sopa para irse a la reunión del partido, del comité o del barrio.*

*No se trata de que las mujeres no estemos preparadas para la función pública, se trata de que no dejemos de preparar la comida.*

*No es que no estemos capacitadas y aptas para la política, es que ellos no quieren capacitarse para los oficios domésticos..."*

*"... porque estamos conscientes de que el tomar al varón como medida de todas las cosas, es algo tan arraigado en nuestra forma de ver el mundo que no podrá cambiarse fácilmente. Por ello mientras continuamos en nuestra lucha por alcanzar una sociedad justa, defenderemos todo tipo de leyes que nos garanticen un poco más de poder, un poco mas de dignidad. Leyes que nos acerquen al verdadero sentido del principio de igualdad humana, que no significa que no hay diferencias entre los seres humanos, sino que todos somos igualmente diferentes."*

*ILANUD*

Proyecto Mujer y Justicia Penal

## UNIDAD I: TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO: GÉNERO Y DERECHO.

4) Ferrjoli, Luigi. Igualdad y Diferencia. En: Igualdad y Diferencia de Género. Colección Miradas 2. Luigi Ferrajoli y Miguel Carbonell. Consejo Nacional para prevenir la discriminación, México, pág. 7-33.

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 7

# Igualdad y diferencia*

LUIGI FERRAJOLI

## Cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia

Tengo la impresión de que la mayor parte de las críticas dirigidas durante estos años a la idea de igualdad por el pensamiento feminista de la diferencia parten de una contraposición entre *igualdad* y *diferencia* que se apoya en la ambigüedad del primero de estos términos; y de que, además, lo que contestan no es el *valor* de la igualdad, sino el *concepto* de "igualdad jurídica" tal como fue construido por la tradición liberal en los orígenes del Estado moderno. Es tan cierto, que estas críticas, por lo general, no proponen el abandono o la descalificación del principio de igualdad y del universalismo de los derechos, sino una refundación y una redefinición de uno y otro que no hagan abstracción de la diferencia sexual.[1] Por consiguiente, puede ser útil

* Publicado originalmente en Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, pp. 73-96. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Agradecemos a la Editorial Trotta su generosa autorización para reproducir el texto.

[1] Por ejemplo, M. G. Campari y L. Cigarini (1989: 6-7) proyectan un "derecho femenino que producirá, como es típico del derecho, reglas y mediaciones universales, es decir, que valgan para los hombres y las mujeres", si bien a partir de la "constatación de que los sexos son dos"; de manera que "su universalidad es una forma histórica y lógicamente nueva". I. Dominijanni (1989: 75) propone un cambio de paradigma en la concepción de la igualdad que ponga en discusión la categoría de la "igualdad moderna", basada en la "amnesia de la diferencia sexual", sobre el presupuesto, no obstante, de que la oposición es "no diferencia sexual contra igualdad, sino diferencia sexual contra la noción de igualdad que acompaña al paradigma de la política moderna". Del mismo modo, M. L. Boccia sostiene una noción de "igualdad como forma de una relación en la que la diferencia no se estructura dentro de un orden jerárquico sino, por el contrario, se pone como fundamento de la reciprocidad". Dicho de forma más precisa, la idea de una "igualdad compleja [...] entre identidades no reducibles a una medida común", cuya relación con la diferencia "no es resoluble en la distinción lógica entre particular y general" y a la que se "reconducen algunas ideas guía de la práctica feminista", como "la parcialidad del sujeto que es correlativa al principio mismo de la diferencia sexual", "el vínculo de la interdependencia", "la indisponibilidad" del cuerpo y "la no prevalencia de ningún bien sobre los demás", ni siquiera el "representado por el poder político" (1989: 84).

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 8



tratar de hacer un (enésimo) análisis de los conceptos de igualdad y de diferencia para aclarar las relaciones –de negación o de implicación– que se siguen de los diversos significados que pueden asociárseles.

Con ese fin distinguiré cuatro posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias y, a partir de ellos, de la igualdad y de la diferencia. Advierto que hablaré a menudo indistintamente de "diferencia" (sexual) y de "diferencias". En efecto, asumiré la diferencia de sexo, a causa de su carácter originario e insuperable, como una diferencia paradigmática, en el sentido de que ella ofrece el arquetipo idóneo para iluminar las restantes diferencias de identidad (de lengua, etnia, religión, opiniones políticas y similares) en oposición a las desigualdades que, en cambio, no tienen nada que ver con las identidades de las personas sino únicamente con sus discriminaciones y/o con su disparidad de condiciones sociales.

El primero de los cuatro modelos de la relación entre derecho y diferencia(s) es el de la *indiferencia jurídica de las diferencias*. Según él, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora. Este es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades.

Un paradigma anarquista, que en sus formas extremas coincide con la ausencia no sólo de derecho sino de derechos, mientras que en sus formas intermedias tiene realización en las sociedades paleoliberales, singularizadas por el carácter mínimo del derecho y de los poderes del Estado y por el juego libre y desrregulado de los poderes privados. En tales sociedades el destino de las diferencias aparece confiado a las relaciones de fuerza. Y, en particular, el de la diferencia de sexo se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico *natural* de mujer y de madre.

El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por lo tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. Esto es, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como estatus privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras –la de mujer, pero también la de judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera– se asumen como estatus discriminato-

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 9



rios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones. Este es el paradigma discriminatorio de los ordenamientos jerarquizados de casta o de clase propios de las fases más arcaicas de la experiencia jurídica y todavía dominantes en el mundo jurídico premoderno. También es el paradigma que persiste en los orígenes de la modernidad, cuando la igualdad y los consecuentes derechos *universales* aparecen pensados y proclamados en las primeras constituciones liberales, únicamente con referencia al sujeto macho, blanco y propietario, al extremo de haber podido convivir hasta la actualidad con la discriminación de las mujeres en materia de derechos políticos y de muchos derechos civiles y, en Estados Unidos, con el mantenimiento de la esclavitud hasta bien avanzada la mitad del siglo XIX. Es claro que las diferencias –a comenzar por la sexual– se encuentran en este modelo pensadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa si cubiertas con el manto de un falso universalismo.

El tercer modelo es el de la *homologación jurídica de las diferencias*: Las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas, pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas en estatus privilegiados o discriminatorios resultan desplazadas, o, peor aún, reprimidas y violadas, en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general. Se trata de un modelo en algunos aspectos opuesto y en otros análogo al precedente. Opuesto, porque apunta no a la cristalización de las diferencias en desigualdades sino, por el contrario, a su anulación; análogo, por la común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad –ya sea connotada en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa– como *normal* y, al mismo tiempo, *normativa*. Es el modelo de la serialización, propio de los diversos socialismos reales y burocráticos. Es también, con las debidas diferencias, el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado del modelo precedente, lo asumieron como término normal y normativo de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él.[2] Así, la dife-

[2] Para un análisis más profundo de este modelo consúltese M. Minow (1990: 22 y 51-60). Véase también L. Gianformaggio (1993a: 220-222) quien habla de un ter-

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 10



rencia femenina no sufre discriminación en el plano jurídico, puesto que en este plano resulta desconocida, ocultada y enmascarada: las mujeres tienen los mismos derechos que los varones en cuanto son consideradas o se finge que son (como los del) varón y se asimilan a ellos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento. Pero, precisamente porque es desconocida por el derecho, aquélla resulta penalizada de hecho –lo mismo para las mujeres que se asimilan que para las que no se asimilan– por los amplios márgenes de inefectividad de la proclamada igualdad.

Existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la igual *valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

A diferencia del primero, este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Del tercero lo separa el dato de que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la autonomía en las relaciones con los demás. La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la pro-

cer sentido "ni descriptivo ni prescriptivo", sino "valorativo", en el cual "igualdad" y "diferencia" son usados respecto de la relación varón/mujer. En este tercer sentido, "igual" y "diverso" no designan propiedades relativas, transitivas y recíprocas entre términos intercambiables conforme a una "unidad de medida común" a ambos, sino "propiedades absolutas", que se refieren "siempre a una operación de medida ya realizada" y expresan "la relación de comparación entre la entidad medida y la unidad de medida". "De manera que decir que *A* es igual a *B* significa decir que *A* es conforme al modelo constituido por *B*. Y si *B* constituye el modelo no puede decirse que –él– es diverso y tampoco igual [...]. Reléase la frase de MacKinon: '¿Por qué habría que ser iguales que los hombres blancos para tener lo que ellos tienen si, para tenerlo, los hombres blancos no deben ser iguales a nadie?' ", escribe Gianformaggio. Véase de la misma autora, "Identity, Equality, Similarity and the Law" (1993b) y "Law, Justice and the State" (1993: 121-134).

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 11



pia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. Pero este igual derecho es, precisamente, una norma destinada, como todas las normas, a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.

Me parece que esta es la clave conforme a la que deben ser interpretados los párrafos primero y segundo del artículo 3 de la Constitución italiana que, en su conjunto, diseñan un modelo normativo integrado de igualdad formal y sustancial basado en la *igual dignidad* de las diferencias y, a la vez, en la garantía de su efectividad. En efecto, mientras el párrafo primero afirma la "igualdad de todos ante la ley" y la "igual dignidad social" de todos los ciudadanos "sin distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales", el segundo párrafo explicita el carácter normativo y de proyecto de tal igualdad, partiendo del reconocimiento de su virtual inefectividad en presencia de los "obstáculos" de orden económico, social y cultural que la limitan "de hecho" –como los que producen en concreto las múltiples discriminaciones de las mujeres en la vida social, sobre las que se prescribe que deben ser "removidas" mediante la introducción de las garantías adecuadas.

## "Igualdad" como norma, "diferencia" como hecho

Me parece que –excluido el primer modelo, caracterizado por la absoluta anomia y, así, por la irrelevancia en derecho y la relevancia fáctica de todas las diferencias– las ideas de igualdad contestadas por el pensamiento feminista son esencialmente dos. La primera, históricamente combatida y derrotada por el pensamiento emancipacionista, es la que subyace al segundo modelo: la igualdad como falsa universalización del sujeto masculino que también en el plano normativo excluye –no contempla, desplaza, ignora– al sujeto femenino, discriminándolo en el goce de muchos de los derechos que se dicen universales. La segunda, criticada por el pensamiento de la

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 12



diferencia y siempre presente en el sentido común, es la que está en la base del tercer modelo: la igualdad en los derechos del hombre y del ciudadano que, sin embargo, precisamente porque está basada, al igual que en el modelo precedente, sobre la asunción del sujeto masculino como parámetro, se resuelve en la asimilación jurídica de las mujeres a los varones y, por consiguiente, en una ficción de igualdad que deja de hecho sobrevivir a la desigualdad como producto del desconocimiento de la diferencia. La igualdad del primer tipo es una igualdad amputada también en el plano jurídico, relativa sólo a una parte privilegiada de seres humanos arbitrariamente confundidos con la totalidad. La del segundo tipo es una igualdad jurídica que, al no hacerse cargo de las diferencias y de su concreta relevancia en las relaciones sociales, está destinada a permanecer ampliamente inefectiva y a ser desmentida por las desigualdades concretas en las que de hecho se transmutan las diferencias.

En ambos casos la igualdad contestada se opone a las diferencias, en cuanto es entendida no como valor sino como hecho (o ficción de un hecho), no como principio normativo sino como tesis descriptiva (o presuntiva), no como deber ser sino como ser; por negarla a partir del hecho de que *existen* diferencias, o por afirmarla debido al hecho de que *no existen* (se finge, o se presume que no existen) diferencias. Los seres humanos son iguales entre sí en cuanto identificados únicamente con los sujetos varones, ciudadanos, blancos, alfabetizados y propietarios, en el primer caso, y en cuanto las mujeres, los no ciudadanos, los negros, los analfabetas y los que nada tienen sean igualados o asimilados a tales sujetos, en el segundo. Correlativamente, las diferencias resultan en un caso reconocidas no sólo de hecho sino también de derecho, mientras que en el otro aparecen ignoradas no sólo de derecho sino también de hecho.

El mérito del pensamiento feminista ha sido haber denunciado también el alcance discriminatorio de este último modelo, siempre operativo en la cultura corriente, y haber demostrado su carácter de tributario en relación con el primero. A mi juicio, esta denuncia se encuentra expresada con la máxima claridad en los escritos de Adriana Cavarero. En efecto, la crítica de la igualdad moderna desarrollada por esta autora va dirigida, precisamente, al hecho de que se predica, en el tercer modelo, sobre la base de una "ficción" y, por tanto, de un "como si" (1989: 79 y ss) (que las mujeres no existieran, que el género humano no estuviera compuesto de varones y mujeres, o que las mujeres fueran [iguales que los] hombres): es decir, de una hipótesis empírica

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 13



que niega o ignora las diferencias o que, en todo caso, hace indebida abstracción de ellas.[3] De este modo, es claro que la *igualdad*, al configurarse como un hecho, resulta una mistificación.

Esta concepción es, sin duda, la dominante en el pensamiento político clásico. En toda esta tradición, de Aristóteles a Hobbes, de Locke a gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad (o, correlativamente, de la desigualdad) ha sido siempre razonada de hecho con argumentos de tipo cognoscitivo: los hombres, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren y, además, porque se encuentran todos en la misma situación de hacerse daño unos a otros;[4] o porque, escribía Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades.[5] Es claro que semejantes tesis eran argumentos muy débiles en apoyo (del valor) de la igualdad y sirvieron del mismo modo –a veces en el mismo autor, como es el caso de Locke–[6] para sostener la tesis opuesta de la desigualdad. Incluso es probable que, precisamente, la larga persistencia de la concepción de la igualdad como *hecho* esté en el origen de la configuración de la igualdad como *asi-*

[3] De la misma autora véanse también: "Per una teoria della differenza sessuale" (1987: 43 y ss); "L'emancipazione diffidente. Considerazioni teoriche sulle pari opportunità" (1988a: 43 y ss), e "Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale" (1990: 221-241).

[4] Esta idea de Thomas Hobbes puede consultarse en *De cive* (1999: vol. I, apartado 3, p. 17); *Leviatán* (1999: cap. 13, pp. 105 y ss), y *Elementos de derecho natural y político* (1979: primera parte, cap. XIV, párrafos 2-3, pp. 201-202), donde el principio de igualdad se deriva de la igual capacidad de los hombres de hacerse daño y matarse unos a otros.

[5] John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (cap. 2, apartados 4-5, pp. 36-37), funda "la igualdad natural entre los hombres" en el hecho de que son "criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto de las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades".

[6] Véanse de John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (cap. 6, apartado 60), donde la desigualdad se afirma: "Si por causa de las deficiencias que puedan tener lugar al margen del curso ordinario de la naturaleza hay alguien que no alcanza un grado de razón en el que pueda suponérsele capaz de conocer la ley y de vivir conforme a sus reglas [...de modo que éste] nunca podrá ser un hombre libre, nunca podrá dejársele a disposición de su voluntad. Pues un hombre así no tiene conocimiento de los límites de ésta, ni tiene entendimiento, que es la guía apropiada para los actos voluntarios", y *Della guida dell'intelligenza nella recerca della verità* (1993: cap. II, p. 60), en donde se asevera: "Es de todos conocido que el ingenio humano varía de uno a otro y que algunos son por naturaleza tan superiores a los demás que no hay potencia de arte o fuerza de habilidad que pueda hacer a unos capaces de realizar lo que los otros ejecutan sin esfuerzo y fatiga; la desigualdad natural permanece incluso entre los hombres educados del mismo modo".

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 14



*milación* de las diferencias, propia del tercer modelo antes ilustrado, y de sus ambiguas coincidencias con el segundo. Pero el principio de igualdad, tal como resulta proclamado en la *Declaración de derechos* de 1789 y después en todas las cartas constitucionales admite también –a despecho de la representación simbólica de tipo masculino que está en sus antecedentes– una interpretación completamente diversa: no como tesis descriptiva, sino precisamente como principio normativo; no como aserción sino como prescripción; no en términos de ser sino en términos de deber ser. La gran innovación introducida por la *Declaración* de 1789 –incomprendida, incluso, por algunos grandes pensadores del tiempo, como Bentham,[7] que la entendió como una poco hábil traducción en forma de ley de una (falsa) tesis de filosofía política– fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica. Esto quiere decir que desde entonces la igualdad no es un hecho, sino un valor; no una aserción, sino una prescripción, establecida normativamente, según nuestro cuarto modelo, precisamente porque se reconoce (descriptivamente) que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad.

Ahora bien, me parece que las críticas dirigidas por Cavarero al concepto de igualdad tienen que ver más bien con su uso asertivo, conforme al esquema clásico, que con el normativo: la igualdad, en sus propias palabras, como producto de "un esfuerzo de abstracción de la teoría dirigido a la eliminación de cualquier diferencia" (Cavarero, 1988b). Prueba de ello es el hecho de que tales críticas consisten esencialmente en argumentos asertivos: "ningún neutro en

[7] Véase Jeremy Bentham (1840: 507), donde la *Declaración* es atacada como un "gran error", incluso como "un concentrado de errores", en el cual "se reconocen los miembros dispersos de Mably, Rousseau, Raynal, Condorcet, Diderot, Price, Priestley y otros muchos" que allí comparecen, pero no como "teorías" de autores individualmente considerados sino como un conjunto de "falsos principios sancionados por una asamblea" bajo la forma de "enunciados legales". En particular, escribe Bentham, la proclamación de los "derechos naturales e imprescriptibles del hombre" en el artículo 2 es una proposición "absolutamente falsa", fruto de "una confusión de ideas tan grande que no es posible asociarle algún sentido", dado que "no existen derechos anteriores a la institución del Estado" (1840: 511-512). Sin comprender que la *Declaración* no era, en efecto, una teoría sino, precisamente, una norma que transformaba en derechos "positivos" los derechos "naturales" hasta entonces sólo teorizados, inaugurando así el paradigma constitucional del Estado de derecho como sistema de límites y vínculos normativos impuestos también al legislador.

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 15



carne y hueso ha sido visto jamás en circulación" (1988b: 71); "en este mundo nacen y viven varones y mujeres, y no varones neutros y universales" (1990: 233). El equívoco es aún el premoderno de la igualdad como aserción, verificada o refutada por otra aserción, que estaba justamente en la base de los mismos argumentos con que Joseph de Maistre contestaba, en *Considérations sur la France* de 1797, los derechos del hombre: "La Constitución de 1795 está hecha para el *Hombre*. Pero en el mundo no hay *hombres*. He visto, en mi vida, franceses, italianos, rusos. Y sé también, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa. Pero declaro no haber encontrado en mi vida al *Hombre*; si existe, yo no lo conozco" (1841: 50).

Es claro que si hacemos semejante uso asertivo de la idea de "igualdad", el principio de igualdad resulta *contradicho* –como sucede en nuestro tercer modelo, que ignora y asimila las diferencias– por la constatación de hecho de que las personas son diferentes y que, en particular, no son neutras, sino sexuadas como varones o como mujeres.

Sin embargo, la contradicción desaparece si se reconoce que la igualdad, en el uso que de ella se hace en las normas constitucionales es, cabalmente, una norma. Y que, por consiguiente, existe asimetría entre igualdad y diferencias. "Igualdad" es término normativo: quiere decir que los *diferentes* deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. "Diferencia(s)" es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son éstas las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer igualdad a diferencias. Y si una diferencia como la sexual resulta de hecho ignorada o discriminada, ello no quiere decir que la igualdad es contradicha, sino simplemente que es *violada*.

Es lo acontecido con las *Declaraciones* del siglo XVIII, que entraron en contraste no sólo con la realidad de las relaciones sociales sino también con el derecho entonces vigente. Es bien cierto que esta antinomia fue originada, y al mismo tiempo largamente ocultada, por el hecho de que el modelo normativo de la igualdad había sido pensado con referencia exclusiva al sujeto macho, blanco, propietario y ciudadano. Es también cierto que semejante operación se basaba en una implícita e inconfesada teoría descriptiva de la igualdad y de la desigualdad que, del mismo modo que en nuestro segundo modelo, entendía como iguales, y antes aun como personas, sola-

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 16



mente a los varones blancos, propietarios, instruidos y ciudadanos, y sólo por sucesivas asimilaciones, de idéntica forma que nuestro tercer modelo, a todos los seres humanos diferentes de ellos.

Es así como, efectivamente, el modelo universalista ha podido ser desatendido durante mucho tiempo, no sólo en el plano de los hechos, sino también en el del derecho, a través de las múltiples discriminaciones a mujeres, proletarios, analfabetas y, hoy todavía, de todos los no ciudadanos, siempre excluidos de la clase de los iguales. Ello quiere decir, simplemente, que aquel modelo ha sido y continúa siendo violado, como por desgracia ha acaecido y sigue acaeciendo con muchos otros principios y derechos constitucionales. De otra parte, sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos el principio de igualdad adquiere sentido, en tanto criterio de valoración que permite reconocer y contestar, junto a la divergencia que siempre puede existir entre normas y hechos, la inefectividad de la primera respecto del tratamiento de hecho de las segundas.

## Igualdad en *droits*, identidad, diferencias, desigualdades y discriminaciones

Ahora es posible analizar la relación entre igualdad como norma y diferencia(s) como hechos a partir de los argumentos jurídico-normativos, con referencia a los cuales la igualdad se establece normativamente.

Estos argumentos no son otra cosa que derechos: "*les hommes* –dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789– *naissent et demeurent libres et égaux* en *droits*". La *igualdad jurídica* es precisamente esta igualdad *en droits*. Es la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que –en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida– son llamados "universales" o "fundamentales". También la *desigualdad jurídica*, lo digo inmediatamente, es una desigualdad en *droits*, sólo que ésta hace referencia a la titularidad de aquellos derechos subjetivos, como los derechos patrimoniales de propiedad y de crédito, que son *excludendi alios*, que pertenecen a cada uno en diversa medida y con exclusión de los demás. La igualdad jurídica es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, hasta ese metaderecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley. Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que *todos* son

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 17



igualmente titulares del mismo. De ahí se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones.

Las dimensiones de la igualdad dependen, por un lado, de la extensión de la clase de sujetos (todos) a que se refiere la igualdad; por el otro, de la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados de forma universal. Bajo ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa. El primero es el significado de la segunda y ésta crece con el incremento de aquél: en el plano intensional con el aumento de la cantidad de los derechos fundamentales y, por consiguiente, de las expectativas negativas (de ejercicio sin obstáculos de las libertades) y positivas (de satisfacción de necesidades vitales) garantizadas a todos del mismo modo mediante su sustracción a la disponibilidad del mercado y a la discrecionalidad del Estado; en el plano extensional con el desarrollo del proceso de universalización de la clase de sus titulares, hasta la coincidencia de ésta con la totalidad de los seres humanos. Así, en el esquema hobbesiano la única igualdad jurídica está en el derecho a la vida, que es el único derecho fundamental garantizado por el contrato social, mientras que, por lo demás, todas las diferencias, empezando por la sexual, quedan abandonadas a las dinámicas "naturales" y, así, destinadas a convertirse en desigualdades. En el paradigma lockiano y luego en el de las primeras constituciones liberales, la igualdad se amplía a la garantía de los derechos de libertad y de autonomía privada, pero queda por mucho tiempo subjetivamente limitada a los ciudadanos varones, alfabetizados y propietarios. En fin, en el curso de los últimos dos siglos el modelo se expande, de un lado con la multiplicación de los derechos fundamentales, ya no sólo civiles y políticos sino también sociales; del otro con la progresiva desaparición de las diferenciaciones jurídicas de estatus –por nacimiento, censo, instrucción y, sólo al final, por sexo–, excepción hecha del último privilegio de estatus, la ciudadanía, que a causa de los confines "estatistas" del derecho moderno continúa excluyendo, como un gran *apartheid* mundial, a todos los no-ciudadanos del goce de la mayor parte de los derechos fundamentales. De cualquier modo, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes.

La igualdad jurídica se detiene aquí. Al margen de la igualdad de derecho en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 18



personas son de hecho diversas unas de otras por diferencias "de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales", según la fórmula del artículo 3.1 de la Constitución italiana. También son diversas, de derecho y de hecho, en la titularidad de los derechos no fundamentales. Del mismo modo que la igualdad jurídica se define a través de los derechos fundamentales y viceversa, la desigualdad jurídica depende en su definición de la esfera de los derechos patrimoniales de los que cada uno es titular con exclusión de los demás, así como de los múltiples papeles de poder personificados o sufridos por cada uno. Y son, en fin, diversas de hecho, pero no de derecho, por las desigualdades producidas –estas últimas *antijurídicas*–, en violación del principio de igualdad, por las discriminaciones de sus diferencias.

A partir de estos presupuestos se comprende el nexo que, por la vía de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las diferencias –sean naturales o culturales– no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y, al mismo tiempo, individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades –sean económicas o sociales– son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas *identidades* de cada persona; las segundas, a formar las diversas *esferas jurídicas*. Unas son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales de libertad; las otras son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de *igualdad sustancial* que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales *sociales*. En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las diferencias; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las desigualdades.

De otra parte la igualdad, al ser un privilegio normativo, puede resultar inefectiva en diversos grados, como todas las normas, tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales, a causa de las múltiples discriminaciones con las que de hecho puede ser violada mediante lesiones fácticas de los derechos fundamentales. Precisamente, las discriminaciones son las *desigualdades antijurídicas*, puesto que consisten, a causa de la violación del principio de igual-

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 19



dad establecido por el artículo 3.1 de la Constitución italiana, en el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por él. En consecuencia, son las discriminaciones las que deben ser analizadas y reconocidas como productos ilegítimos de esos "obstáculos" de orden social y cultural que, como dice el artículo 3.2 del mismo ordenamiento, "limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos". La elaboración teórica y la realización práctica de *garantías* idóneas a "removerlas" es el problema más difícil, pero también el principal objetivo de cualquier política democrática del derecho.[8]

## Diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres

¿Cómo retroactúa este paradigma normativo de la igualdad sobre la diferencia de sexo? Ésta, seguramente primaria y paradigmática, ¿es por ello pensable, valorizable y garantizable o, por el contrario, impone una posterior revisión o cuando menos una precisión y, tal vez, la elaboración de alguna forma de *derecho de la diferencia* o de derecho *sexuado*?

Me parece que puede ser útil articular la respuesta a estas preguntas distinguiendo dos órdenes de cuestiones. El primero –ligado a la dimensión teórica de la *normatividad* del principio de igualdad– es el de la posible relevancia de la diferencia sexual sobre la estructura o sobre la naturaleza misma de los derechos fundamentales de los que se sustancia la igualdad. El segundo –ligado a la dimensión práctica de la *efectividad* del mismo principio– es el de las discriminaciones a las mujeres a las que se viola este principio y de las específicas garantías jurídicas requeridas para su remoción.

Después de lo dicho hasta ahora, me parece claro que también la valorización de la diferencia sexual se funda esencialmente en el principio normativo de la igualdad, en el sentido indicado de que consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales. De ello se sigue que nuestro paradigma, al identificar el derecho a la igualdad con el derecho a la

[8] Para un análisis más detallado de la relación entre igualdad, diferencias, desigualdades y derechos fundamentales y patrimoniales remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1998: 905-920) y a "Note critiche ed autocritiche intorno alla discusiones su *Diritto e ragione*" (1993: 505-512), en respuesta a las intervenciones de Michelangelo Bovero, M. Jori y C. Luzzati en el mismo volumen.

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 20



identidad diferente, excluye que las diferencias sean erigidas en estatus, incluso con el loable intento de conseguir una más incisiva tutela y valorización de las mismas, y confía en cambio su afirmación únicamente a los derechos de libertad, es decir, a la igualdad en su libre expresión y autodeterminación. En suma, con esta base ninguna identidad-pertenencia debe asumir la relevancia jurídica de un estatus personal diverso y específico. El paradigma normativo aquí delineado significa que las diferencias –entre varones y mujeres, al igual que entre blancos y negros o entre cristianos y musulmanes– no se afirman ni se defienden retrocediendo al paradigma premoderno de la diferenciación jurídica entre estatus, sino con la afirmación de los derechos fundamentales sobre los que se mide la igualdad y, por otro lado, con el desarrollo de sus técnicas de garantía.

Dicho esto, hemos de preguntarnos si justamente la definición aquí propuesta de igualdad en *droits* no conlleva una diferencia no sólo de hecho sino también de derecho entre mujeres y varones, ligada a la existencia de derechos fundamentales específicamente femeninos. ¿Existen derechos fundamentales de las mujeres y *sólo* de las mujeres? En el debate feminista han emergido principalmente tres: la libertad femenina, la inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en tema de aborto. No obstante, me parece que la libertad personal y la inviolabilidad del cuerpo no son derechos sólo de las mujeres. Ahora bien, estas libertades exigen, además de las garantías previstas para todos los seres humanos, formas específicas y diferenciadas de garantías ligadas, como veremos, a la especificidad de las violaciones a que están expuestas sobre todo las mujeres. Pero esto tiene que ver con la segunda de nuestras dos cuestiones, la ligada a la dimensión de la efectividad de los derechos y no la relativa a su dimensión normativa, que es la aquí analizada. Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es la autodeterminación en materia de maternidad (y, consecuentemente, de aborto), del que hay que decir enseguida que no sólo no se encuentra reconocido todavía en ninguna legislación pues, por lo general, su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de legalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de incluir la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart Mill llamaba la "soberanía"

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 21



de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo;[9] porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en última instancia, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir y criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal.[10] En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decirlo *constituyente*, de tipo *pre* o *meta*-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto.

Ahora bien, si es cierto que por todas estas razones semejante derecho debe corresponder exclusivamente a la mujer, al menos en relación con este derecho varones y mujeres no son (o mejor, visto que este derecho no ha sido todavía reconocido, no deberían ser) jurídicamente iguales. Al menos para este derecho la diferencia sexual debe traducirse en derecho desigual o, si se quiere, sexuado. Y, sin embargo, con paradoja aparente, este derecho de género no contradice sino que, al contrario, está implicado por nuestro paradigma normativo de la igualdad, y precisamente en su nombre debe ser reivindicado. En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia, sometién-

[9] "Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano" (Stuart Mill, 1970: 66).

[10] Para un análisis de todas estas razones remito a mi trabajo: "Aborto, morale e diritto penal" (1976: 397-418). Véase también *Derecho y razón*... (1998: 459-479).

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 22



dola al control penal. No puede, por tanto, configurarse un derecho a la *paternidad voluntaria* análogo y simétrico al derecho a la *maternidad voluntaria*, por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina. Allí donde la decisión de traer o no un hijo al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría, al mismo tiempo, la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas.

Por lo demás, un discurso análogo vale para todos los derechos conexos a la maternidad, como el de un periodo de baja y otras formas de tutela previstas en el derecho del trabajo, que son derechos de las mujeres en el sentido de que no pueden más que estar referidos exclusivamente a ellas, siendo sólo un enmascaramiento de esta especificidad asimilarlos, según el paradigma de la homologación, a la baja por enfermedad y decir que, como los demás derechos de los trabajadores, corresponden a todos sólo si son (o cuando resultan ser) también mujeres, además de trabajadores.

## Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia

La segunda cuestión antes apuntada, la de las múltiples discriminaciones que de hecho violan el principio normativo de la igualdad entre varones y mujeres, es mucho más importante.

En cuanto norma, en efecto, la igualdad no describe sino que prescribe, y como todas las normas está destinada a un grado más o menos elevado de inefectividad. El problema jurídico, teórico y práctico, planteado por la diferencia sexual es entonces el de la elaboración y la puesta a punto de garantías, que bien se podrían llamar *garantías sexuadas*, idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica. Es claro que tanto la identificación de tal divergencia como la de las garantías capaces de reducirla deben partir, según el esquema indicado en el artículo 3.2 de la Constitución italiana, no de las normas, sino de los hechos; no partir de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia.

La naturaleza y el grado de tales discriminaciones dependen de la diversa estructura de los diferentes derechos fundamentales y de las

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 23



correspondientes garantías. A tal fin, es necesario distinguir dos clases estructuralmente diversas de derechos fundamentales: los derechos de libertad o de autonomía, sean éstos "libertades de" (o *facultas agendi*) o "libertades frente a" (o inmunidades), a las que corresponden prohibiciones de lesión o de impedimento impuestas a otros sujetos, públicos y/o privados; y los derechos-expectativas o "derechos a", a los que corresponden obligaciones positivas de prestación o de satisfacción por parte de otros sujetos. Es evidente que las garantías de los derechos de libertad y de autonomía son las que menos se prestan a discriminaciones. En efecto, estos derechos –de la libertad de conciencia a la libertad de manifestación del pensamiento, de la libertad de asociación y de reunión a la libertad personal frente a arrestos arbitrarios, de los derechos políticos de sufragio activo a todos los derechos civiles– están igualmente garantizados, para las mujeres y para los varones, por otras tantas prohibiciones que sancionan sus violaciones como inválidas, cuando sean debidas a organismos públicos, o como ilícitas, cuando sean cometidas por particulares.[11]

Hay, sin embargo, una específica libertad *frente* a o derecho–inmunidad de cuya violación son víctimas, por lo general, las mujeres y siempre por obra de los varones: la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo por violencias o molestias de naturaleza sexual. Ya he dicho que esta libertad es un derecho fundamental no exclusivamente femenino, estando en principio reconocida y garantizada asimismo a los varones. No obstante, sus violaciones, puesto que de ellas son víctimas sobre todo las mujeres y siempre por parte de los varones, hacen de ellas un derecho prevalentemente femenino, confiriéndole el carácter de un específico *habeas corpus* de la mujer cuya tutela requeriría de garantías sexuadas concretas. Aquí me limito a señalar dos, una de carácter penal, la otra de carácter procesal, que en su conjunto servirían para tutelar y valorizar la subjetividad de la parte ofendida. En el plano penal, la violencia y la molestia sexual deberían ser configuradas como

[11] El primer caso es el de las violaciones (también) de derecho, las cuales consisten en normas jurídicas; el segundo es el de las discriminaciones (sólo) de hecho, que consisten en prácticas sociales. Sin embargo, también las discriminaciones de derecho se configuran como hechos respecto del principio normativo de igualdad, que es generalmente un principio de rango constitucional: en efecto, todo fenómeno normativo es configurable como norma en relación con los hechos que regula y como hecho en relación con las normas de grado superior por las que es regulado. Como consecuencia del proceso de emancipación femenina, y en particular de las reformas en materia de derecho de familia y de ciudadanía de los años 70 y 80, las discriminaciones de derecho casi han desaparecido y la igualdad de derecho está ampliamente realizada.

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 24



delitos cuyo elemento objetivo depende necesariamente de la valoración de la parte ofendida, la única que puede cualificar un hecho como violencia o como molestia sexual, es decir, nominarlo como tal en cuanto sea para ella subjetivamente molesto o no deseado,[12] que es una cuestión, téngase en cuenta, del todo diversa e independiente de la de la prueba del hecho señalado como violento o molesto que, obviamente, no puede sustraerse al principio general de la presunción de inocencia hasta prueba en contrario.[13] En el plano procesal, el mismo carácter de imprescindible de la valoración subjetiva de la mujer, además de la tutela de su autodeterminación, deberían asignarle un poder no fiscalizable en materia de acción penal: en tal dirección se movía la enmienda Gramaglia-Bassanini a la propuesta de ley sobre la violencia sexual que –superando la vieja contraposición entre procedibilidad de oficio y querella de parte– proponía introducir, junto a aquélla, un derecho de oposición a favor de la mujer que le permitiría impedir el proceso en los 15 días precedentes a la incriminación.[14]

[12] Esta es la opción acogida por la propuesta de ley 546, de agosto 5 de 1992, titulada "Normas para la tutela de la dignidad y libertad de la persona que trabaja frente a las molestias sexuales en los lugares de trabajo", cuyo artículo 3 define como molestias sexuales: "Todos los comportamientos no deseados con connotación sexual o cualquier otro tipo de comportamiento basado en el sexo que ofenda la dignidad de las mujeres y de los hombres en el mundo del trabajo, comprendidas las actitudes puramente verbales o escritas". Sin embargo, me parece que semejante noción, tomada del artículo 16 de la ley, sobre el castigo para delito de las molestias sexuales, es excesivamente vaga y exigiría, para estar conforme al principio de "taxatividad" y de estricta legalidad penal, una mayor, aunque no fácil, determinación semántica. Otra cuestión es la de la oportunidad de atribuir a la ley penal –y no a la regulación administrativa y, por otra parte, a la tutela civil– la disciplina y las sanciones de las simples molestias sexuales. Sobre el sentido de la valorización de lo "penal" en la movilización de las mujeres contra la violencia sexual y en la construcción colectiva de la identidad femenina, véanse de T. Pitch, "Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale" (1983: 192-214) y *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale* (1989: 84 y ss, y 193 y ss).

[13] Me parece inaceptable, y equivalente a la medieval *probatio diabolica*, la "inversión de la carga de la prueba" (no es la mujer la que "debe demostrar que ha sido molestada", sino el acusado "el que debe ocuparse de demostrar la propia inocencia") sostenida por Anna Maria Seganti en una entrevista concedida a Claudia Arletti, "L'avvocato: 'Senza prove in tribunale succede cosí' ", en *L'Unità*, 6 de abril de 1993, p. 10.

[14] La enmienda se encuentra ilustrada, en sus motivaciones y detalles técnicos, en el *Appello* publicado en *Il Manifesto* de 8 de febrero de 1989, p. 1, y con más amplitud, en respuesta a las objeciones producidas, en mi "Soluzione, non mediazione" (1989: 1 y 12).

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 25



Sin embargo, donde la discriminación de las mujeres llega al más alto grado es en la satisfacción de los derechos-expectativa o *derechos a*, como el derecho al trabajo, los derechos políticos de sufragio pasivo, los de acceso y carrera en la función pública y, más en general, todos los de distribución de recursos. Es sobre todo aquí donde se revela el alcance discriminatorio de la igualdad como homologación la cual, precisamente porque está pensada como *hecho* modelado sobre la normalidad masculina, vale sólo para las mujeres que se asimilan a los varones actuando como ellos, imitando sus estilos y opciones de vida, aceptando sus tiempos y reglas. Es aquí donde la diferencia resulta desvalorizada de hecho y discriminada con menoscabo de las mujeres por los muchos obstáculos de tipo social y cultural que las penalizan en beneficio de los varones, banalizando en la práctica el principio de igualdad. Es, pues, tomando en consideración estos obstáculos y el modo en que operan al discriminar las diferencias como deben elaborarse las garantías sexuadas.

Éstas pueden ser de dos tipos, según que la igualdad perseguida con ellas imponga que la diferencia *no tenga* relevancia como fuente de discriminación o de privilegios o, por el contrario, que *tenga* relevancia para no ser discriminada. En las garantías del primer tipo, dirigidas a evitar que aparezca la diferencia, está comprendida la prohibición en materia laboral de las *contrataciones mediante convocatoria nominativa*. Se trata de una vieja garantía conquistada a través de las luchas sindicales de los años 70, hoy de hecho ineficaz, y que debería completarse con la exclusión de la *oferta de trabajo sexuada*, es decir, la dirigida a discriminar a las mujeres en el reclutamiento del personal dependiente, pero también, quizá, de la destinada a favorecerlas en actividades laborales de carácter subalterno ("se necesita secretaria" o "empleada del hogar").

Entran, en cambio, entre las garantías del segundo tipo, previstas con el fin de evidenciar la diferencia, las ofrecidas por las llamadas "acciones positivas". Este tipo de acciones suele suscitar sospechas y son sustancialmente rechazadas también por una parte del pensamiento feminista, dado que sugieren finalidades de tutela que sancionarían de hecho la desigualdad. Sin embargo, me parece que una crítica de esta clase contradice las premisas mismas de una política del derecho dirigida a la defensa de la diferencia frente a las discriminaciones de que ésta ha sido objeto y, paradójicamente, genera el riesgo de acreditar el modelo homologador y descriptivo en lugar del normativo de la igualdad. En efecto, si se considera que la igualdad de

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 26



tipo homologador opera de hecho como una regla que selecciona positivamente a quien se adapta al modelo normativo dominante y negativamente a quien no lo hace, entonces se justifica otra regla que seleccione positivamente la diferencia discriminada y que, según una feliz expresión de Letizia Gianformaggio, opera como "una suerte de regla [transitoria] de actuación" (1993a: 228)[15] del principio normativo de igualdad, y precisamente de su corolario, la igualdad sustancial perseguida por el artículo 3.2 de la Constitución italiana, al menos si se admite –algo que se da por descontado– que una política de la diferencia deba ser también una política del derecho.

En cambio, si se cuestiona semejante regla de actuación de la igualdad, incluso con el argumento de que la acción positiva confirmaría la desigualdad precisamente al tutelar la diferencia discriminada, se asume implícitamente que la igualdad realizada de ese modo operaría con menoscabo de las diferencias individuales de mérito (sea cual fuere el significado que se dé a este término) y, por tanto, se supone que la discriminación no existe, al ser los criterios de mérito tomados en consideración perfectamente objetivos, neutrales e imparciales, por contraste con la lamentada discriminación.[16]

[15] Véase, en las páginas 223 y ss. del mismo texto, el análisis crítico a que se somete a la equívoca (pero retóricamente eficaz) expresión "discriminación al revés" (*reverse discrimination*), acuñada en Estados Unidos por los críticos de las acciones positivas y usada entre nosotros también por quienes se muestran favorables a ellas. Sobre el mismo tema puede consultarse también, de la propia Gianformaggio, "Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente compatibili?" (1992: 187-203).

[16] L. Gianformaggio (1993a: 237) sostiene: "Me parece que un presupuesto de esta crítica es la idea de que los *tests* con los que de hecho valoran tanto las *diferencias-mérito* como las *diferencias-especificidades* individuales (tanto si se trata de las pruebas electorales como de las relativas a la admisión o la promoción en una carrera laboral) son absolutamente objetivos, neutrales, verdaderamente capaces de atribuir oportunidades a quien, presumiblemente, las disfrutará del modo subjetivamente más gratificante y socialmente más ventajoso. La hipótesis, que ni siquiera se toma en consideración –y sobre la que, en cambio, trabaja la teoría de la diferencia– es que estos criterios están, por el contrario, en el mejor de los casos, dirigidos a, y en situación de, evaluar fundamentalmente el grado de homologación del individuo sometido a ellos y, en el peor de los casos (que como siempre sucede es el más frecuente), brutalmente orientados a, y en condiciones de, realizar el interés privado, inmediato, miope, particularista, del que establece los criterios y de quien valora los resultados". Las acciones positivas fueron introducidas en el ordenamiento italiano con la Ley 125/1991, de 10 de abril, que en su artículo 1, remitiéndose abiertamente al artículo 3.2 de la Constitución, las justifica con "el fin de [...] realizar la igualdad sustancial entre varones y mujeres" y "de remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad de oportunidades".

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 27



Por otra parte, de manera diversa a las otras diferencias, la sexual, al dividir en dos el género humano, permite evitar cualquier diferenciación jurídica entre varones y mujeres, cuando se prevea la realización de acciones positivas. En efecto, como sucedió, aunque con alguna vacilación, en la *Ley sobre Elecciones Municipales*,[17] puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos o, mejor aún, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares. Es cierto que en materia de representación este tipo de garantía impide la formación de listas sólo de mujeres y deforma, en el caso de extenderse a todos los elegidos, su distribución en proporción a los votos emitidos, pero la primera objeción puede ser superada mediante la previsión –como alternativa a la formación de listas que respeten la presencia de ambos géneros en la cuota establecida– de la posibilidad de listas exclusivamente de género (de mujeres o de varones, en su totalidad) que, así, se caracterizarían no por una opción *casual* sino por una política declaradamente sexuada y como tal sometida, para bien y para mal, a la valoración del electorado. En cuanto a la segunda, se resiente de la aceptación acrítica de objetivos de los mecanismos de selección y valoración que, como se ha dicho, obstaculizan de hecho la actuación del principio de igualdad; sin contar con que el principio proporcional ha sido ya lesionado, de forma muy clara, con su explícito abandono por la vía del referéndum y por la actual orientación hacia la adopción de sistemas mayoritarios.

Hay, en fin, un tercer orden de garantías sexuadas ligadas a la diferencia y asimismo impuestas por nuestro principio normativo de igualdad. La diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al género femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad feme-

[17] Véase el artículo 7.1 de la Ley 81/1993, de 25 de marzo, sobre la elección directa del alcalde, que establece: "En las listas de candidatos, por norma, ninguno de los dos sexos puede hallarse representado en medida superior a los dos tercios". El inciso "por norma" es claramente fruto de un compromiso y ejemplar por la ambigüedad lingüística ocasionada en la producción legislativa de las incertidumbres y de las mediaciones parlamentarias: el texto de la ley había sido aprobado sin el inciso por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara; ésta había rechazado el párrafo en su totalidad en el Pleno, argumentando el contraste con el artículo 3.1 de la Constitución y, evidentemente, ignorando la existencia del segundo párrafo del mismo artículo; después, el Senado lo reintrodujo en su totalidad, añadiendo el inciso de compromiso, aceptado, al fin, por la Cámara.

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 28



nina. Se ha hablado de algunos derechos previstos específicamente para las mujeres en las leyes laborales. A éstos pueden añadirse, siempre en materia de trabajo, también las garantías específicamente femeninas de todos los demás derechos. Por ejemplo, en una fábrica milanesa las mujeres rechazaron casi por unanimidad el resultado de un referéndum sobre trabajo nocturno, aceptado por la totalidad (mayoritaria) de los varones, a causa de su diferente modo de vivir la relación entre tiempo de vida y tiempo de trabajo. Y, en otra, rechazaron también un análisis de orina impuesto por razones de prevención sanitaria a todos los trabajadores, con el argumento de que esta prueba podía revelar un posible embarazo. Es claro que ambos rechazos se produjeron en nombre de la diferencia pero, al mismo tiempo, también de la igualdad. De la igualdad en el respeto de la diferencia y, por tanto, en la titularidad y garantía de los derechos, comenzando por el derecho de autodeterminación: ninguna mayoría puede decidir en materia de derechos por cuenta de los demás, y tanto más cuando la minoría tiene intereses ligados a su diferencia. En esta perspectiva todo el campo del derecho del trabajo, y más aún el del derecho administrativo, deberían tener en cuenta las diferencias de sexo, no ciertamente para privilegiar a uno de los dos géneros, sino para respetarlos a ambos. Me parece que ésta es una preciosa indicación ofrecida por la concepción del derecho público que, adoptando la idea normativa de la "igualdad de las capacidades fundamentales", avanzada por Amartya Sen, atribuye a los servicios públicos y más en general a la administración pública, no tanto y no sólo la tarea tradicional de ofrecer bienes y prestaciones, sino la de promover la autorrealización de las específicas y diversas capacidades de todas las personas, poniéndolas en las mejores condiciones de ejercitarlas y desarrollarlas, tarea ésta que es seguramente la más respetuosa de las autonomías individual y colectiva. En efecto, es evidente que igual respeto y valorización de las capacidades quiere decir, antes que otra cosa, igual respeto y valorización de las diferencias, a comenzar –en un mundo institucional pensado y organizado sobre todo por (y para) los varones– por la diferencia sexual.[18] Semejante orientación –en sintonía con las recientes teorías relacionales, horizontales, discursivas y autorreflexivas del derecho,

[18] Sobre este punto véanse: de Amartya Sen, "Equality of What?" (1986) e *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà* (1993); de O. de Leonardis, "Diritti, diffrerence e capacità" (1991: 197-218); de E. Pitch, "Differenza in commune" (1991: 219-235); de Umberto Allegretti, *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuevo inizio?* (1995).

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 29



ilustradas por Giuseppe Bronzini (1993)– apunta, más que a la ampliación asistencial de los beneficios, a la creación de instrumentos, espacios, lugares y ámbitos de vida orientados a la autodeterminación de los sujetos individuales y sociales, concebidos unos y otros no como partes pasivamente destinatarias de la actuación administrativa, sino como sujetos activos, a cuyas capacidades de opción, iniciativa, experimentación, expresión, interacción, socialización y control están dirigidas las instituciones públicas.[19]

## Diferencia, igualdad y derecho sexuado

Todo lo anterior, es decir, la existencia al menos de un derecho fundamental que corresponde exclusivamente a las mujeres, como el de la maternidad voluntaria, y la instauración de nuevas y específicas garantías sexuadas, ¿es suficiente para poner en crisis el valor del principio de igualdad?, ¿para hacernos pensar que estamos fuera del paradigma de la igualdad?

Creo que se debe decir exactamente lo contrario. Es decir, que el valor de la igualdad resulta confirmado y reafirmado, si bien en un sentido más complejo y articulado que el corriente, en virtud del análisis de la diferencia y de las implicaciones que de ella deben extraerse para una igual y efectiva valorización de las diversas identidades. En efecto, diremos que somos iguales precisamente porque lo somos en todos los derechos que tienen que ver con nuestras diferentes identidades, o sea, en los derechos fundamentales, entre los cuales está incluso el derecho de las mujeres a la maternidad voluntaria que, ciertamente, no se refiere a la identidad y la diferencia masculina, sino sólo a la identidad y la diferencia femenina. Diremos, además, que precisamente porque todo el ordenamiento tiene el come-

[19] O. de Leonardis (1990: 9-23) habla del "uso activo" de las instituciones, capaz de condicionarlas y de transformarlas. Las entiende como un conjunto de "espacios", "prácticas" y "artefactos sociales" que "produce o inventa su realidad" en una relación no de antinomia sino de interacción "entre el punto de vista del actor y el del sistema". De forma análoga, Umberto Allegretti (1995) habla de "una administración" como "*escenario o teatro*" o "lugar escénico", para designar, más que a la tradicional "actividad de la administración", a los "lugares" o "cuadros logísticos" predispuestos por ésta, en los que "sujetos diversos de la administración desarrollan su actividad". Y reclama como modelo las administraciones de entes teatrales o cinematográficos, las organizadoras de exposiciones artísticas, los campos de deportes y, además, escuelas, hospitales, residencias de ancianos, etcétera, donde la persona no comparece como objeto de administración sino, por el contrario, como sujeto activo y que se autodetermina.

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 30



tido, como dice el artículo 3.2 de la Constitución italiana, de "remover los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, [e] impiden el pleno desarrollo de la persona humana", hacen falta garantías idóneas para perseguir la efectividad de la igualdad y de los derechos que la sustancian, impidiendo la discriminación de la diferencia sexual como desigualdad. En los dos casos, entre igualdad y diferencia(s) no sólo no existe contradicción sino que se da implicación recíproca, pues el término que se opone a diferencia no es igualdad, sino *desigualdad*.

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino, pero esto no le quita nada a su valor normativo. De otro modo sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídicas, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad. En cambio, el asunto de si el derecho fundamental de las mujeres a la autodeterminación de la maternidad y los distintos tipos de garantías sexuadas, uno y otros requeridos por el modelo normativo de igualdad aquí diseñado, merecen en su conjunto el nombre de "derecho sexuado", es una pura cuestión de palabras. Lo que importa es lo que está detrás de las palabras. Y sean bienvenidas las nuevas palabras si sirven para evidenciar problemas tradicionalmente aplazados u ocultados, y para conferir radicalidad y conciencia a la reivindicación de los derechos de la persona y a la realización del valor de la igualdad.

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 31



## Bibliografía

ALLEGRETTI, UMBERTO

1995 "Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuevo inizio?", ponencia presentada en el Congreso de la Región de Toscana, Florencia, 19-20 de febrero (versión mecanográfica).

BENTHAM, JEREMY

1840 *Sophismes anarchiques,* en *Oeuvres de Jerémie Bentham*, vol. I, trad. francesa de E. Dumont, del original *Anarchical Fallacies* (1816), Société Belgue de Librairie, Bruselas.

BOCCIA, M. L.

1989 "L'uguaglianza impermeabile. Il corpo femminile ridisegna l'orizzonte dei diritti uguali", *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero).

BRONZINI, G.

1993 "Nuove avventure dell'astrazione giuridica", *Democrazia e Diritto*, núm. 2.

CAMPARI M. G. Y L. CIGARINI

1989 "Fonte di un nuovo diritto", *Sottosopra*, enero.

CAVARERO, ADRIANA

1990 "Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale", *Democrazia e Diritto*, núm. 2.

1989 "La congiura delle diferenti. Contro l´esclusione o l'assimilazione ad opera del maschile-universale", *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero).

1988a "L'emancipazione diffidente. Considerazioni teoriche sulle pari opportunità", *Reti*, núm. 2.

1988b "L'ordine dell'uno non è l'ordine del due", en M. L. Boccia e I. Peretti (eds.), *Il genere della rappresentanza*, en "Materiali e atti 10", suplemento de *Democracia e Diritto*, núm. 1.

1987 "Per una teoria della differenza sessuale", en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milán.

DE MAISTRE, JOSEPH

1841 *Considérations sur la France*, en *Oeuvres du comte J. De Maistre*, Aux Ateliers Catholiques du Petir-Montrouge, París.

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 32



DOMINIJANNI, I.
1989 "Donna si nasce, differenti si diventa. L'uguaglianza e il percorso feminista", *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero).

FERRAJOLI, LUIGI
1998 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid.
1993 "Note critiche ed autocritiche intorno alla discusione su *Diritto e ragione*", en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín.
1989 "Soluzione, non mediazione", *Il Manifesto*, Roma, 14 de febrero.
1976 "Aborto, morale e diritto penal", en *Prassi e teoria*, núm. 3.

GIANFORMAGGIO, LETIZIA
1992 "Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente compatibili?", *Lavoro e diritto*, núm. 2.
1993a "Uguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?", en G. Bonacchi y A. Groppi (eds.), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Laterza, Roma-Bari.
1993b "Identity, Equality, Similarity and the Law", ponencia, XVI Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, 23 de mayo al 2 de junio, Reikiavik, Islandia.
1993c "Law, Justice and the State", *Rechstheorie*, núm. 15.

HOBBES, THOMAS
1999 *De cive*, en Thomas Hobbes, *El ciudadano*, trad. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid.
1999 *Leviatán*, en Thomas Hobbes, *El ciudadano*, trad. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid.
1979 *Elementos de derecho natural y político*, trad. de D. Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

LEONARDIS, O. DE
1990 *Il terzo escluso. Le istituzioni come vincoli e come risorse*, Feltrinelli, Milán.
1991 "Diritti, difference e capacità", *Democrazia e Diritto*, núms. 5-6.

2MIRA 7/8/05 3:37 PM Page 33



LOCKE, JOHN
1990 *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid.
1933 *Della guida dell'intelligenza nella recerca della verità*, trad. de E. Cipriani, Carabba, Lanciano.

MINOW, M.
1990 *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, an American Law*, Cornell University Press, Ithaca-Londres.

PITCH, T.
1991 "Differenza in commune", *Democrazia e Diritto*, núms. 5-6.
1989 *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Feltrinelli, Milán.
1983 "Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale", *Problemi del Socialismo*, núms. 27-28.

SEN, AMARTYA
1993 *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, trad. de L. Piatti, Marsilio, Venecia.
1986 "Equality of What?", en su libro *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Boloña.

STUART MILL, JOHN
1970 *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid.

## UNIDAD II: VIOLENCIA DE GÉNERO.

1) CIDH. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 3 noviembre 2011. Original: Español. Pág. 05-75. https://www.oas.org/es/.../mujeres/.../estandares%20juridicos.pdf

2) AA.VV. Protocolo para la investigación de casos de violación sexual en conflicto armado interno. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2010. DEMUS. Para una justicia diferente. Violencia Sexual en conflictos armados. Lima, Editorial Línea Andina, 2009. www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/.../libroprotocolo_0.pdf

3) Arduino, Ileana y Sánchez, Luciana. Proceso Penal Acusatorio y Derechos Humanos de las Mujeres. En: Una Agenda para la equidad de género en el sistema de justicia. Compilación: Marcela V. Rodríguez Raquel Asensio. Investigación: Mariana Álvarez, Paola Bergallo, Romina Faerman, Patricia Rodríguez Bernal. Editorial: Editores del Puerto, pág. 59-115.

4) Barranco, Avilés, M.del Carmen. Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2010.

## UNIDAD II: VIOLENCIA DE GÉNERO.

1) CIDH. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 3 noviembre 2011. Original: Español. Pág. 05-75. https://www.oas.org/es/.../mujeres/.../estandares%20juridicos.pdf

Organización de los Estados Americanos

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

**COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

OEA/Ser.L/V/II.143
Doc. 60
3 noviembre 2011
Original: Español

# ESTÁNDARES JURÍDICOS VINCULADOS A LA IGUALDAD DE GÉNERO Y A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: DESARROLLO Y APLICACIÓN

2011
Internet: www.cidh.org

**OAS Cataloging-in-Publication Data**

Inter-American Commission on Human Rights.
Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación = Legal standards related to gender equality and women's rights in the inter-american human rights system: development and application.
p. ; cm. (OEA documentos oficiales ; OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60)(OAS official records ; OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60)
ISBN 978-0-8270-5725-8
1. Women's rights--America--Case studies. 2. Equality before the law. 3. Women--Violence against--America.
4. Women--Legal status, laws, etc.--America. 5. Sex discrimination in justice administration--America.
6. Justice, Administration of--America. I. Mejía Guerrero, Luz Patricia. II. Title. III. Title: Legal standards related to gender equality and women's rights in the Inter-American human rights system: development and application. IV. Series. V. Series. OAS official records ; OEA/Ser.L/V/II.143 Doc.60

OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60

Documento publicado gracias al apoyo financiero de Canadá.
Las opiniones aquí expresadas pertenecen exclusivamente a la CIDH y no reflejan la postura de Canadá.

Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 3 de noviembre de 2011

**COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**MIEMBROS**

Dinah Shelton

José de Jesús Orozco Henríquez

Rodrigo Escobar Gil

Paulo Sérgio Pinheiro

Felipe González

Luz Patricia Mejía Guerrero

María Silvia Guillén

**********

Secretario Ejecutivo: Santiago A. Canton

Secretaria Ejecutiva Adjunta: Elizabeth Abi-Mershed

**ESTÁNDARES JURÍDICOS VINCULADOS A LA IGUALDAD DE GÉNERO Y A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: DESARROLLO Y APLICACIÓN**

ÍNDICE

**Página**


**RESUMEN EJECUTIVO E INTRODUCCIÓN**.....1

**I. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES**.....5

A. Introducción.....5

1. Decisiones de fondo de la CIDH.....6
2. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...10
3. Informes temáticos.....18
4. Informes de país.....20

B. Análisis de sentencias judiciales que aplican los estándares jurídicos del sistema interamericano de derechos humanos.....22

EL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.....23

- *Actos de violencia inminentes*: Expediente Nº 31.258 "B., M.P. c/G., R.A. s/protección contra la violencia familiar", Tribunal de Familia No. 3, Departamento Judicial de Lomas de Zamora (20 de julio de 2006), Argentina. .....23
- *Impacto de la violencia doméstica en la víctima y en su comunidad*: Jueza Instrucción 2˚de Familia de la Capital, Sentencia Nº 74, Tarija, 20 de mayo de 2009, Bolivia .....24
- *Violencia doméstica:* Supremo Tribunal Federal, 24 de marzo de 2011: Constitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Maria da Penha, Brasil .....24
- *Características de la violencia intrafamiliar*: RIT F-Nº 192-2008, RUC-20 de octubre de 2008, Tribunal de Familia, Chile ....26
- *Lesiones y la violencia doméstica:* Juzgado Único de Distrito de lo Penal de Puerto Cabezas, Región Autónoma del Atlántico Norte, 12 de marzo de 2004, Nicaragua .....28
- *Integridad física y psicológica:* Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Cristóbal, Sentencia de 13 de octubre de 2009, República Dominicana .....29
- *Medidas de protección contra actos de violencia inminentes:* Tribunal de Apelaciones de Familia del 2do. Turno de Montevideo, Uruguay, No. de Sentencia 18/2009, Uruguay.....31
- *Impacto de la violencia intrafamiliar*: RIT-F 980-2010, RUC 10-2-0361810-2, Tribunal de Familia, 25 de noviembre de 2010, Chile .....31

**Página**

EL VÍNCULO ENTRE LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA.....33

- *Discriminación, abuso sexual y acceso a la justicia*: Ortega, René Vicente s/ Recurso de Casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II (7 de diciembre de 2010), Argentina.....33

EL DEBER DE ACTUAR CON DEBIDA DILIGENCIA.....34

- *Debida diligencia*: Causa Nº 13.240 – "Calle Aliaga, Marcelo s/Recurso de casación" – Cámara II, Sala de Casación Penal - 30/11/2010, Argentina .....34

ACCESO A LA JUSTICIA .....35

- *Conocimiento de derechos por las mujeres*: Expediente Nº 151462/16.115, "Fiscal c./ C E p./ Coacción", San Rafael, Mza., 14 de agosto de 2009, Argentina .....35

LA NATURALEZA, DEFINICIÓN Y ALCANCE DE LA VIOLENCIA SEXUAL.....36

- *Condena por delitos sexuales*: Corte Suprema de la Judicatura, Malcolm Othneil Mayers v. R, Tribunal de Apelaciones, Apelación Penal No. 22 del 2005, Barbados .....36
- *Elementos del delito de violación*: Tribunal de Sentencia Nº 1 de la Capital, Distrito Judicial de Cochabamba, Caso Nº 301199200710438, Bolivia.....37
- *Prueba en casos de violencia sexual*: Sentencia de Tutela T-453 de 2005, Colombia ..... 38
- *Violencia sexual e instrumentos internacionales de derechos humanos:* Proceso No. 23508 – Recurso Extraordinario de Casación Penal. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia – 23/09/2009, Colombia .....41
- *Intento de abuso sexual:* Decisión del Tribunal de Sentencia de La Unión de fecha 22 de diciembre de 2008, El Salvador.....46
- *Violación sexual contra una niña:* Recurso de casación en el fondo interpuesto por el licenciado C.E.C.G. contra la sentencia de segunda instancia No. 82 de 10 de septiembre de 2007, dictada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia dentro del proceso seguido a E.R.G., 5 de julio de 2010, Panamá .....48
- *Violencia sexual contra mujer con discapacidad:* Tribunal Primero de Primera Instancia en Función de Juicio con Competencia en materia de delitos de Violencia Contra la Mujer del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Expediente Nº KP01-P-2007-002312, 29 de octubre de 2008, Venezuela .....49

**Página**


- *Agravantes*: Sentencia, Corte de Apelaciones, Antofagasta, 11 de mayo de 2007, Chile .....52

MUJERES EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO .....53

- *Mujeres desplazadas y su particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos*: Sentencia T-025 de 2004 y Auto 092 de 2008, Corte Constitucional, Colombia .....53

LA VIOLENCIA Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS MUJERES .....61

- *Violencia contra las mujeres en el ámbito laboral:* Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 00055, Expediente 03-00087-0505-LA, 04/02/2005, Costa Rica .....61

HOMICIDIO Y LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER .....64

- *Homicidio*: Sentencia apelada dentro del proceso penal seguido a J.C.R. por el delito contra la vida y la integridad personal (homicidio) en perjuicio de E.E.J., 22 de octubre de 2008, Panamá .....64
- *Tentativa de homicidio*: Fianza de excarcelación a favor de Raúl Antonio Renwick sindicado por el delito de homicidio e integridad personal, 6 de abril de 2001, Panamá .....65
- *Homicidio agravado*: Recurso de apelación dentro del proceso seguido a W.S.L. por el Delito contra la Vida y la Integridad Personal, 9 de abril de 2007, Panamá .....66

LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y EL DIVORCIO .....68

- *Divorcio:* "R.R.R.A. c/ Y.T.E.C. s/ divorcio", Acuerdo y Sentencia N. 126, 25 de agosto de 2005, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Paraguay .....68
- *Divorcio:* G.R.R. c/ M.E.R.A. s/ divorcio. Acuerdo y Sentencia No. 136, 31 de diciembre de 2009, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Paraguay.....69

TRATA DE PERSONAS.....71

- *Trata de personas:* Tribunal Primero de Primera Instancia en Función de Juicio con Competencia en materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Expediente Nº VPO2-P-2007-0013108, 20 de enero de 2010, Venezuela.....71

**Página**

VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA ..... 72

- *Violencia física y psicológica:* Tribunal de violencia contra la mujer en funciones de juicio de la ciudad de Barquisimeto, Estado Lara, Sentencia de 22 de abril de 2009, Venezuela ..... 72
- *Violencia física:* Tribunal Primero de Primera Instancia en función de juicio con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas de fecha 27 de mayo de 2010, Venezuela ..... 74
- *Homologación de acuerdo transaccional:* Sentencia de la Corte de Apelaciones con competencia en violencia contra la mujer del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente N. CA-801-09 -VCM, 12 de agosto de 2009, Venezuela ..... 75

**II. DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES** ..... 76

A. Introducción ..... 76

1. Decisiones de fondo de la CIDH ..... 76
2. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ..... 80
3. Informes temáticos ..... 84
4. Informes de país ..... 85

B. Análisis de sentencias judiciales que aplican los estándares jurídicos del sistema interamericano de derechos humanos ..... 88

DERECHOS LABORALES ..... 88

- *Despido por razón de embarazo:* Sentencia Constitucional 0771/2010-R, Sucre, 2 de agosto de 2010, Bolivia ..... 88
- *Despido por embarazo*: Tribunal Constitucional de Perú, R.B.G.V., Proceso de Amparo, Exp. No. 05652-2007-PA/TC, Perú ..... 89

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ..... 91

- *Derechos económicos, sociales y culturales y la salud*: Tribunal Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad, Sentencia de 6 de agosto de 2010, Chile ..... 91
- *Separación por embarazo*: Primera Sala Especializada Civil de Piura, Expediente 007-1656-0-2001-JR-CI-2, Proceso de Amparo, Perú ..... 92

**Página**

DERECHOS REPRODUCTIVOS .....94

- *Cobertura social de fertilización asistida:* Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, B.N.L. y L.F.A. c/ Obra Social de la Provincia de Corrientes, 16/03/2011, Argentina .....94
- *Regulación de la práctica de aborto*: Sentencia C-355/2006, Corte Constitucional, Colombia .....95
- *Derechos reproductivos*: Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México .....98

DERECHOS SEXUALES .....100

- *Parejas homosexuales y el derecho a la igualdad y a la no discriminación*: Supremo Tribunal Federal, Sentencia de 5 de mayo de 2011, Brasil.....100
- *Matrimonio entre parejas del mismo sexo:* Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.....102
- *Derecho a la dignidad y a la identidad*: Suprema Corte de Justicia, Sentencia Nº 159/05, Uruguay.....103

DERECHOS POLÍTICOS.....104

- *La participación en condiciones de igualdad:* Tribunal de Casación Penal de Catargo, Resolución 028-2002-TC, 22 de noviembre de 2002, Ecuador.....104
- *Cuotas y partidos políticos*: Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal, Expediente No. ST-JDC-86/2010, 10 de diciembre de 2010, México .....105

ESFERA FAMILIAR .....107

- *Discriminación en razón del matrimonio:* Tribunal Segundo Civil Sección I, Sentencia 00302, Expediente 03-001073-0185-Cl, 1 de diciembre de 2008, Costa Rica.....107
- *Discriminación contra la mujer divorciada:* Corte de Constitucionalidad, Expediente 794-2010, 1 de junio de 2010, Guatemala.....109

**Página**

MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....111

- *Discriminación contra las mujeres en los medios de comunicación:* Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 00198, Expediente 06-000100-0163-CA, 2 de abril de 2010, Costa Rica.....111

**III. CONCLUSIONES**.....113

Anexo Cuestionario (Estado).....119

Cuestionario (Entidades No Estatales).....123

**ESTÁNDARES JURÍDICOS VINCULADOS A LA IGUALDAD DE GÉNERO Y A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: DESARROLLO Y APLICACIÓN**

## RESUMEN EJECUTIVO E INTRODUCCIÓN

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana", "la Comisión" o "CIDH") se ha pronunciado de forma reiterada sobre la impunidad por violaciones a los derechos humanos como uno de los principales obstáculos para la vigencia del Estado de Derecho en la región. Ello exige de los Estados la adopción de medidas inmediatas y comprehensivas para combatir este grave problema de derechos humanos[1].

2. Sin embargo, aún en la presencia de diversos esfuerzos públicos, la Comisión Interamericana ha destacado como la realidad en el continente americano sigue arrojando un panorama de desigualdad social y obstáculos en el acceso a la justicia, contribuyendo a perpetuar problemas como la discriminación contra las mujeres y sus formas más extremas[2]. En este escenario de realidades complejas y apremiantes, la Comisión ha recomendado de forma consistente a los Estados el adoptar esfuerzos concretos y específicos para garantizar, por un lado, la universalidad del sistema interamericano de derechos humanos, y por otro, iniciativas para cumplir con las decisiones, recomendaciones y órdenes de tanto la CIDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana" o "la Corte"). La Comisión ha destacado como el desarrollo jurídico de estándares en el marco del sistema interamericano de derechos humanos debe estar acompañado por esfuerzos de los Estados de ponerlos en práctica. A la misma vez, la CIDH ha identificado como un componente clave de estos esfuerzos la garantía de un acceso *de jure* y *de facto* a recursos judiciales idóneos y efectivos para superar problemas emblemáticos como la discriminación y la violencia contra las mujeres[3].

3. Por consiguiente, el presente informe[4] procura analizar el grado de impacto de los estándares, recomendaciones, y decisiones del sistema interamericano en la jurisprudencia emitida por los países americanos vinculada a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres. Con este objetivo, se han identificado un número significativo de sentencias judiciales resueltas por distintos tribunales a través de las Américas en donde se

---

[1] CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5, corr. 1, 7 de marzo de 2011, párr. 1.

[2] CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008*, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 8.

[3] CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 1.

[4] El borrador del informe *Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano: Desarrollo y Aplicación* fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 3 de noviembre de 2011 durante su 143° período ordinario de sesiones. El informe fue aprobado con seis votos de la Comisión y sin el voto favorable del Comisionado Rodrigo Escobar Gil.

ha hecho referencia explícita a los estándares[5] del sistema interamericano de derechos humanos vinculados a la discriminación y a la violencia con causas específicas de género.

4. La importancia de los fallos judiciales identificados en este informe se analiza partiendo del desarrollo de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos vinculados con la igualdad de género y los derechos de las mujeres; en particular, las pautas jurídicas fijadas por el sistema relacionadas a la violencia y a la discriminación contra las mujeres. La CIDH considera que es un momento crucial y propicio para dicho análisis considerando el desarrollo significativo del precedente del sistema interamericano vinculado a la igualdad de género en los últimos 10 años; proceso impulsado por diversos pronunciamientos basados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la "Convención Americana"); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la "Declaración Americana"); y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante la "Convención de Belém do Pará"), entre otros instrumentos interamericanos.

5. Este informe es producto de una iniciativa implementada por la CIDH - con el apoyo del Gobierno de Canadá - para promover el desarrollo y la aplicación de jurisprudencia y estándares jurídicos sobre la igualdad de género y los derechos de las mujeres en las Américas. Como parte de este proyecto, la Comisión ha recopilado información de diversos sectores sobre decisiones judiciales[6] adoptadas por tribunales nacionales en materia del principio de igualdad y de la no discriminación vinculadas a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres, con miras a examinar la incidencia de las recomendaciones y decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en esta esfera. Este informe ha sido impulsado por la actual Relatora sobre los Derechos de las Mujeres, Luz Patricia Mejía Guerrero.

6. Con miras a la preparación de este informe, la CIDH circuló un cuestionario a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA)[7] y a organizaciones de la sociedad civil, instituciones del sector académico, agencias internacionales, y expertas/os sobre el tema[8], recibiendo un número significativo de

[5] Para efectos de este informe, se define el concepto de "estándares jurídicos" como el conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término "estándares jurídicos" asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[6] En este informe el término "sentencias judiciales" se define de forma amplia, refiriéndose a resoluciones, sentencias, recomendaciones y otros dictámenes emitidos por distintas instancias del poder judicial al interior de un país determinado, incluyendo sistemas de justicia tradicionales y alternativos, y tribunales especializados. Se refiere asimismo a decisiones emitidas por tribunales a nivel nacional y local.

[7] El cuestionario fue contestado por los siguientes Estados: Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[8] Se recibieron también contestaciones e insumos al cuestionario de las siguientes instituciones y expertas/os en el tema: Comisión sobre Temáticas de Género, Defensoría General de la Nación de Argentina; Andrea Gastrón, M. Angela Amante y Rubén Rodriguez; CLADEM Brasil; CLADEM La Paz, Bolivia; CLADEM Ecuador; Corporación Sisma Mujer - Colombia; Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) - México; Indian Law Resource Center; International Reproductive and Sexual Health Law Programme, University of Toronto; Laura

Continúa...

sentencias y análisis sobre la aplicación de los estándares interamericanos a nivel nacional por el sistema de justicia y otros sectores del poder público. Las respuestas a este cuestionario constituyeron la fuente principal para la preparación del presente informe[9]. Asimismo la Comisión Interamericana emprendió una investigación de escritorio para identificar sentencias judiciales dictadas por distintos tribunales nacionales que aplican el precedente del sistema interamericano de derechos humanos.

7. Este informe tiene varios objetivos. Primero, analiza y sistematiza sentencias judiciales que aplican de forma explícita en sus consideraciones y su resolución los estándares del sistema interamericano de derechos humanos emitidos para avanzar la igualdad de género y los derechos de las mujeres. Segundo, tiene como propósito promover con este análisis el uso continuo de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos por los poderes judiciales de la región. Tercero, intenta crear una herramienta y ejemplificar para diversos sectores el uso de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos en el avance de la igualdad de género y los derechos de las mujeres. Cuarto, procura contribuir al desarrollo consistente de estándares jurídicos por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En quinto lugar, la CIDH tiene como un objetivo prioritario el apoyar a los Estados Miembros de la OEA en el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos en la esfera de la igualdad de género y los derechos de las mujeres.

8. Con estos objetivos, el análisis de la Comisión Interamericana en el presente informe parte de varias premisas. La primera es que la administración de la justicia es la primera línea de defensa en la protección de los derechos humanos a nivel nacional, incluyendo los derechos de las mujeres. Por dicha razón, la ponderación de la CIDH sobre el impacto de los estándares del sistema interamericano vinculado a asuntos de género comienza con el análisis de sentencias judiciales. La Comisión asimismo se ha pronunciado sobre el rol destacado del poder judicial en enviar mensajes sociales avanzando la protección y la garantía de los derechos humanos; en particular, las normas encaminadas a proteger a sectores en particular riesgo a sus derechos humanos como las mujeres[10]. Sin embargo, se señala que el poder judicial es sólo un componente de una estructural estatal obligada a coordinar los esfuerzos de todos sus sectores para respetar y garantizar los derechos humanos en general; principio que acarrea obligaciones para los Estados que sobrepasan las intervenciones de su poder judicial.

9. La segunda es que los estándares del sistema interamericano de derechos humanos sirven de guía para los Estados Miembros de la OEA sobre cómo cumplir con diversas obligaciones relacionadas a la igualdad de género, y puede funcionar como un

...continuación
Pautassi; Equipo Latinoamericano de Justicia y Género; Miguel Ángel Antemate Mendoza, Universidad Nacional Autónoma de México ("UNAM"); Organización Nacional de Activistas por la Emancipación de la Mujer en Bolivia; PROMSEX; Women's Link Worldwide.

[9] El cuestionario asimismo estuvo disponible en la página web de la CIDH.

[10] Véase en general, CIDH, Informe de Fondo No. 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001.

recurso e instrumento importante para el trabajo de abogacía y monitoreo de las organizaciones de la sociedad civil, agencias internacionales y sector académico.

10. La tercera es que los estándares del sistema interamericano de derechos humanos se definen en este informe de forma comprehensiva, incluyendo decisiones de fondo, informes temáticos y de país y otros pronunciamientos jurídicos de la CIDH; e incluye asimismo las sentencias de la Corte Interamericana. Asimismo comprende las disposiciones contenidas en los instrumentos marco del sistema interamericano, como la Declaración Americana, la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos interamericanos de derechos humanos relevantes para la igualdad de género y los derechos de las mujeres.

11. La Comisión Interamericana reconoce el número de sentencias recibidas de parte de actores estatales y no-estatales haciendo referencia en su marco resolutivo al precedente interamericano e internacional de los derechos humanos. Un componente importante de las sentencias recibidas hacen alusión a la Convención Americana, a la Convención de Belém do Pará, a las decisiones de fondo de la Comisión, a las sentencias de la Corte Interamericana, y a los informes de país y temáticos producidos por la CIDH.

12. Sin embargo, de las sentencias judiciales examinadas y la información recogida se desprende la aún limitada e incipiente aplicación por el poder judicial en los países americanos de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos[11]. Se ha confirmado asimismo la gravedad y el carácter pernicioso y silencioso de los problemas de la discriminación y la violencia contra las mujeres, y los desafíos en que estos casos lleguen y sean procesados por los sistemas de justicia a través del Hemisferio[12].

13. La CIDH observa que la aplicación de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos a través de las Américas es un proceso heterogéneo que camina a pasos lentos. Esto exige de los Estados esfuerzos concretos, deliberados, e inmediatos para cerrar la brecha entre los compromisos de derechos humanos que han asumido, y la protección plena y real de los derechos humanos.

14. La Comisión destaca, como lo ha hecho en informes anteriores, la importancia de esfuerzos de parte de los Estados para garantizar que su poder judicial esté capacitado e informado sobre los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, y otros instrumentos internacionales de protección. Asimismo señala la importancia de emprender iniciativas para sensibilizar a los funcionarios judiciales sobre los

[11] El Estado de Guyana por ejemplo informó en su respuesta al cuestionario que: "No hay decisiones judiciales emitidas por cortes a nivel nacional en los últimos 10 años en relación con la igualdad de género y el principio de la no discriminación". Sin embargo, el Estado aportó información sobre una serie de decisiones emitidas por tribunales nacionales abordando distintos asuntos relacionados con los derechos humanos.

[12] El Estado de Paraguay indicó, por ejemplo, que "es una realidad que pese a que nuestro país haya ratificado y se haya comprometido a adoptar los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos en la esfera de la igualdad; las estadísticas reflejan que el índice de violencia no ha disminuido y que los avances en la utilización de instrumentos internacionales tendientes a erradicar la violencia por razón de género, no ha sido suficiente para que las estadísticas demuestren lo contrario".

derechos humanos de las mujeres reconocidos a nivel nacional, regional e internacional, con miras a lograr una protección reforzada de sus derechos.

15. El presente informe está dividido en tres secciones. La primera sección se concentra en el tema de la violencia contra las mujeres, primero describiendo el desarrollo jurídico en torno a este problema en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. Después se presentan extractos de sentencias que aplican distintos componentes de los estándares del sistema interamericano para avanzar principios claves relacionados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el ámbito de la violencia. La segunda sección se enfoca en el tema de la discriminación contra las mujeres, primero describiendo avances jurídicos en el marco del sistema regional, seguido de un análisis de extractos de sentencias decididas avanzando la igualdad de género y los derechos de las mujeres. En la última sección se presentan algunas conclusiones sobre el desarrollo y la aplicación de estándares jurídicos hasta la fecha por los tribunales nacionales, y otros esfuerzos públicos de los Estados en las esferas de la discriminación y la violencia contra las mujeres.

## I. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

### A. Introducción

16. El sistema interamericano ha tenido un desarrollo significativo desde 1994 de estándares jurídicos relacionados a la violencia contra las mujeres. Mucha de esta evolución puede ser atribuida a la adopción por los Estados americanos de la Convención de Belém do Pará durante 1994, y a la influencia de instrumentos claves para la violencia contra las mujeres a nivel internacional como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante "CEDAW") y la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante "Comité CEDAW") estableciendo que la violencia basada en el género está comprendida en la definición de discriminación de la Convención.

17. Es importante destacar que el desarrollo en este ámbito se encuentra reflejado en pronunciamientos de varios mecanismos del sistema interamericano de derechos humanos, incluyendo las decisiones de fondo de la CIDH y las sentencias de la Corte Interamericana sobre el tema; y los informes temáticos y de país. También se señala que la Comisión ha emitido una serie de medidas cautelares para proteger la vida e integridad de defensoras de los derechos de las mujeres contra actos violentos, en particular, en el contexto colombiano[13].

[13] Véase, por ejemplo, MC 319/09 Miembros de Liga de Mujeres Desplazadas y la Liga Joven de la LMD; MC 339.09 Claudia Julieta Duque Orrego y María Alejandra Gómez Duque; MC 1/10 Mujeres en situación de desplazamiento; MC 99/10 Corporación Sisma Mujer.

18. Algunos de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos acerca del problema de la violencia contra las mujeres pueden ser resumidos como sigue:

- El vínculo estrecho entre los problemas de la discriminación y la violencia contra las mujeres;
- La obligación inmediata de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, y sancionar con celeridad y sin dilación todos los actos de violencia contra las mujeres, cometidos tanto por actores estatales como no estatales;
- La obligación de garantizar la disponibilidad de mecanismos judiciales efectivos, adecuados, e imparciales para víctimas de violencia contra las mujeres;
- La calificación jurídica de la violencia sexual como tortura cuando es cometida por agentes estatales;
- La obligación de los Estados de implementar acciones para erradicar la discriminación contra la mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven su tratamiento inferior en sus sociedades;
- La consideración de la violencia sexual como tortura cuando es perpetrada por funcionarios estatales;
- El deber de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de analizar mediante un escrutinio estricto todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establecen diferencias de trato basadas en el sexo, o que puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su aplicación;
- El deber de los Estados de considerar en sus políticas adoptadas para avanzar la igualdad de género el particular riesgo a violaciones de derechos humanos que pueden enfrentar las mujeres por factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros.

19. A continuación se describen algunos de los desarrollos jurídicos más importantes relacionados a la prevención, investigación, sanción y reparación de actos de violencia contra las mujeres consagrados en los estándares del sistema interamericano de derechos humanos. Estos serán discutidos en el siguiente orden: 1) decisiones de fondo de la CIDH; 2) decisiones de la Corte Interamericana; 3) informes temáticos; y 4) informes de país.

### 1. Decisiones de fondo de la CIDH

20. Las decisiones de fondo de la CIDH sobre el tema de violencia contra las mujeres han impulsado un desarrollo jurídico significativo sobre varios temas, como el vínculo estrecho entre la violencia contra las mujeres y la discriminación; el deber de debida diligencia y su alcance; la violencia sexual como tortura; la respuesta de la administración de la justicia y el acceso a instancias judiciales de protección; y la intersección de distintas formas de discriminación, entre otros.

21. A continuación se presentan como ejemplo algunos de los pronunciamientos importantes emitidos en las decisiones de fondo de la CIDH por área temática.

*Violencia, discriminación, y el deber de debida diligencia*

22. La CIDH ha emitido una serie de pronunciamientos destacando el vínculo entre la discriminación y la violencia contra las mujeres y el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos.

23. Por ejemplo, en su decisión en el caso paradigmático de *Maria da Penha Maia Fernandes*, la Comisión aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará, para sostener que el Estado había fallado en actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, por no haber condenado ni sancionado al agresor objeto del caso por diecisiete años[14]. En este caso, los peticionarios sostuvieron ante la CIDH que el Estado de Brasil había fallado por más de quince años en adoptar medidas efectivas y necesarias para procesar y sancionar a un agresor de violencia doméstica, pese a las denuncias efectuadas por la víctima. Maria da Penha padece de paraplejía irreversible y otras dolencias desde el año 1983 como resultado de las agresiones continuas de su entonces esposo.

24. La CIDH en su decisión de fondo encontró que el caso individual de Maria da Penha se enmarcaba en un patrón general de tolerancia del Estado y de ineficiencia judicial ante casos de violencia doméstica[15]. La Comisión fue enfática en declarar que la obligación del Estado de actuar con debida diligencia va más allá de la obligación de procesar y condenar a los responsables, y también incluye la obligación de "prevenir estas prácticas degradantes"[16]. La Comisión asimismo encontró violaciones a los artículos 8(1) y 25 de la Convención Americana al considerar que más de diecisiete años habían transcurrido desde que se inició la investigación, y el proceso en contra del acusado continuaba abierto sin sentencia definitiva[17]. La Comisión estableció que la inefectividad judicial general crea un ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la

[14] La Comisión encontró en este caso que el Estado violó el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y a las garantías procesales en el marco de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, junto con la obligación general de respetar y garantizar estos derechos bajo el artículo 1(1) de dicho instrumento, así como el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Véase, CIDH, Informe de Fondo N° 54/01, Caso 12.051, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 60.

[15] CIDH, Informe de Fondo Nº 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 55.

[16] CIDH, Informe de Fondo Nº 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 56.

[17] CIDH, Informe de Fondo Nº 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 38.

sociedad, para sancionar esos actos[18]. La Comisión en su informe emitió una serie de recomendaciones concretas orientadas al Estado para abordar las necesidades individuales de la víctima y el patrón general de tolerancia[19].

*Violencia sexual y acceso a la justicia*

25. En las decisiones sobre los casos de *Raquel Martín de Mejía*[20] y de *Ana, Beatriz y Celia González Pérez*[21], la CIDH por primera vez abordó el concepto de violencia sexual como tortura y el acceso a la justicia para las víctimas, en el contexto del sistema de casos individuales.

26. En el caso particular de *Raquel Martín de Mejía*, la Comisión encontró al Estado peruano responsable por violaciones al derecho a la integridad personal bajo el artículo 5 de la Convención Americana y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[22]. Los peticionarios alegaron ante la CIDH que el 15 de junio de 1989, un grupo de personas armadas, con uniforme del ejército peruano, irrumpió en la casa de Raquel Martín y Fernando Mejía en Oxapampa acusándolos de ser subversivos y miembros del *Movimiento Revolucionario Tupac Amarú*. Luego de golpear y subir a Fernando Mejía a una camioneta propiedad del gobierno en presencia de su esposa, el grupo armado se marchó. Minutos después, la persona al mando de la operación regresó a la casa en dos ocasiones distintas, violando a Raquel Martín de Mejía en cada una de éstas. Raquel Martín de Mejía y su representante denunciaron los hechos, pero luego de iniciadas las investigaciones ordenadas por el Fiscal Provincial de Oxapampa, la víctima recibió amenazas anónimas de muerte si continuaba con la investigación.

27. Al abordar la violación sexual, la Comisión determinó en su decisión que se habían "conjugado" los tres elementos enunciados en la Convención Interamericana

[18] CIDH, Informe de Fondo Nº 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 56.

[19] La Comisión emitió una serie de recomendaciones concretas para el Estado incluyendo: 1) completar rápida y efectivamente el procesamiento penal del responsable de la agresión y tentativa de homicidio en perjuicio de la víctima; 2) llevar a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad por irregularidades o retardos injustificados que impidieron el procesamiento rápido y efectivo del responsable; y tomar las medidas administrativas, legislativas y judiciales correspondientes; 3) adoptar, sin perjuicio de las eventuales acciones contra el responsable civil de la agresión, medidas necesarias para que el Estado asigne a la víctima adecuada reparación simbólica y material por las violaciones aquí establecidas, en particular su falla en ofrecer un recurso rápido y efectivo; y 4) continuar y profundizar el proceso de reformas que eviten la tolerancia estatal y el tratamiento discriminatorio respecto a la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil, entre otras recomendaciones.

[20] CIDH, Informe de Fondo Nº 5/96, Caso 10.970, *Raquel Martín de Mejía* (Perú) del 1º de marzo de 1996.

[21] CIDH, Informe de Fondo Nº 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001.

[22] Finalmente, la CIDH concluyó que el Estado peruano era responsable de varias violaciones a la Convención Americana en perjuicio de Raquel Martín de Mejía, incluyendo una violación a la obligación general de respetar y garantizar los derechos contenidos en dicho instrumento (artículo 1.1); el derecho a la integridad personal (artículo 5); el derecho a la protección del honor y la dignidad (artículo 11); el derecho al debido proceso legal (artículo 8); y el derecho a un recurso efectivo (artículo 25). CIDH, *Raquel Martín de Mejía v. Perú,* Caso. 10.970, CIDH, Informe de Fondo Nº 5/96, OEA/Ser.L./V/II.91, doc. 7 rev. (1996). Sección VI. Conclusiones.

para Prevenir y Sancionar la Tortura para probar la existencia de tortura: (1) "un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales"; (2) "cometido con un fin", y (3) "por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero". Al analizar estos elementos, la Comisión tuvo en cuenta el sufrimiento físico y psicológico causado por la violación sexual, la posibilidad de que la víctima sufriera "ostracismo" si denunciaba estos actos, y la forma en que la violación pudo haber sido perpetrada con la intención de castigar e intimidar a la víctima[23]. Asimismo, la Comisión en el caso de *Raquel Martín de Mejía* encontró que el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana debía entenderse como "el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado" y de "obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada"[24].

*Intersección de distintas formas de discriminación*

28. La CIDH asimismo ha comenzado a destacar en sus estándares el deber de los Estados de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer por diversos factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros. Este principio ha sido establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, dado que la discriminación y la violencia no siempre afectan en igual medida a todas las mujeres; hay mujeres que están expuestas al menoscabo de sus derechos en base a más de un factor de riesgo. Algunos ejemplos destacados por la CIDH son la situación preocupante de las niñas y las mujeres indígenas en la garantía y el ejercicio de sus derechos.

29. Por ejemplo, en el caso de *Ana, Beatriz and Celia González Pérez*, la Comisión encontró múltiples violaciones a la Convención Americana y a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, concluyendo que el Estado había incumplido su obligación de garantía conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana, que establece la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento a las personas bajo su jurisdicción[25]. En este caso, los peticionarios denunciaron ante la CIDH que las hermanas Ana, Beatriz y Celia González Pérez, mujeres indígenas Tzeltales del estado de Chiapas, México, fueron separadas de su madre y detenidas ilegalmente, violadas y torturadas por un grupo de

[23] CIDH, Informe de Fondo Nº 5/96, Caso 10.970, *Raquel Martín de Mejía* (Perú) del 1º de marzo de 1996. Sección V. Consideraciones Generales, B. Consideraciones sobre el fondo del asunto. 3. Análisis.

La Comisión encontró en el contexto de este caso varias violaciones a la Convención Americana en perjuicio de Raquel Martín de Mejía, incluyendo una violación a la obligación general de respetar y garantizar los derechos contenidos en dicho instrumento (artículo 1.1.); el derecho a la integridad personal (artículo 5); el derecho a la protección del honor y la dignidad (artículo 11); el derecho al debido proceso legal (artículo 8); y el derecho a un recurso efectivo (artículo 25). Véase Sección IV. Conclusiones.

[24] CIDH, Informe de Fondo Nº 5/96, Caso 10.970, *Raquel Martín de Mejía* (Perú) del 1º de marzo de 1996. Sección V. Consideraciones Generales, B. Consideraciones sobre el fondo del asunto. 3. Análisis.

[25] CIDH, Informe de Fondo Nº 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001, párr. 85.

soldados durante dos horas. Aunado a lo interior, los delitos permanecieron en la impunidad debido a que los casos fueron reenviados a la jurisdicción militar, fuero incompetente y carente de la imparcialidad necesaria para establecer los hechos conforme al debido proceso.

30. La Comisión señaló –citando la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Velázquez Rodríguez Vs. Honduras*- que la obligación de garantía comprendida en el artículo 1.1 de la Convención Americana comprende el deber de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados partes tienen el deber jurídico de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos protegidos en la Convención Americana[26]. La Comisión también concluyó que el dolor y la humillación que sufrieron las mujeres se había agravado por la falta de consideración del Estado de su condición de indígena, y de su cosmovisión e idioma distinto en la respuesta judicial a los hechos.

31. La Comisión sostuvo además que los actos de violación sexual cometidos por los soldados en contra de las hermanas habían constituido tortura[27] y observó que el caso se caracterizaba por la total impunidad, ya que a más de seis años desde la fecha en que se cometieron y denunciaron dichas violaciones a los derechos humanos, el Estado no había cumplido con su deber de juzgar y sancionar a los responsables[28].

**2. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

32. Las decisiones de fondo de la CIDH mencionadas fueron seguidas de un grupo de casos decididos y enviados por la Comisión a la Corte Interamericana entre el 2006 y el 2009. Este proceso ha culminado con sentencias paradigmáticas para el desarrollo de estándares jurídicos acerca del tema de la violencia contra las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos. A continuación se describen varias de estas sentencias y sus pronunciamientos más importantes, en lo relevante para el presente informe.

[26] CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001, párr.166.

[27] CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001, párrs. 47-49.

[28] La impunidad ha sido definida como "una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones". CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001, párr. 86.

*Definición de violencia sexual y su vínculo con la integridad de las mujeres*

33. La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó por primera vez de manera específica la violencia sexual contra las mujeres en su sentencia sobre el caso del *Penal Castro Castro Vs. Perú*[29]. El 9 de septiembre de 2004, la Comisión Interamericana sometió ante la Corte una demanda contra el Estado en relación a diversas violaciones cometidas durante el "Operativo Mudanza 1" dentro del Penal Castro Castro en Perú, durante el cual el Estado alegadamente produjo la muerte de al menos 42 internos, hirió a 175 internos, y sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322 internos. Los hechos también se refieren al supuesto trato cruel, inhumano y degradante experimentado por las presuntas víctimas con posterioridad al "Operativo Mudanza 1". La Corte consideró probado en su sentencia que los ataques comenzaron específicamente en el pabellón de la prisión que era ocupado por mujeres prisioneras, incluyendo mujeres que estaban embarazadas.

34. En dicha sentencia, la Corte Interamericana analizó el alcance y las consecuencias del delito de violencia sexual sufrido por mujeres bajo custodia del Estado. En este sentido, la Corte encontró una violación al artículo 5 de la Convención Americana e interpretó su alcance tomando en consideración como referencia de interpretación la Convención de Belém de Pará[30]. Por otro lado, la Corte sostuvo por primera vez que la violencia de género es una forma de discriminación de acuerdo a los precedentes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[31]. Es destacable asimismo que en el marco de la sentencia, la Corte ofreció una definición expansiva al fenómeno de la "violencia sexual" considerando que: "[l]a violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno"[32]. Finalmente, el tribunal se refirió a la obligación de actuar con la debida diligencia en los casos de violencia contra las mujeres, contenida en el artículo 7.b) de la Convención Americana, para determinar la responsabilidad del Estado por la violación de la obligación de investigar y sancionar contenida en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana[33].

---

[29] Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

[30] Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.

[31] Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 303.

[32] Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160*, párr. 306. Cfr*. ICTR*, Case of Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. *Judgment of September 2, 1998. Case No. ICTR-96-4-T, para. 688.*

[33] Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 470 (6).

*Debida diligencia y los actos cometidos por particulares*

35. El análisis de la Corte en su sentencia del caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* fue seguido por la primera sentencia de la Corte que aborda de forma integral los derechos de las mujeres en el caso de *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*[34]. El 4 de noviembre de 2007, la Comisión Interamericana presentó una demanda ante la Corte Interamericana alegando que el Estado de México había incurrido en responsabilidad internacional por irregularidades y retrasos en la investigación de las desapariciones y la posterior muerte de Laura Berenice Ramos Monárrez (de 17 años de edad), Claudia Ivette González (de 20 años de edad), y Esmeralda Herrera Monreal (de 15 años de edad), en Ciudad Juárez, en Chihuahua, México.

36. En esencia, la Comisión y las organizaciones peticionarias[35] argumentaron durante el litigio ante la Corte, que en el 2001, las tres mujeres habían sido reportadas por sus familiares como desaparecidas, y que sus cuerpos fueron encontrados semanas después en un campo algodonero en Ciudad Juárez con signos de violencia sexual y otras formas de abuso físico[36]. Sostuvieron – entre otras alegaciones[37] - que las autoridades habían fallado en su deber de actuar con la debida diligencia requerida para investigar de forma pronta y exhaustiva la desaparición y muerte de las tres víctimas, en

[34] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

[35] En este caso, la Comisión solicitó a la Corte que declarara que el Estado era responsable de la violación de varios derechos contenidos en la Convención Americana en perjuicio de las tres víctimas, incluyendo el derecho a la vida (artículo 4), el derecho a las garantías judiciales (artículo 8.1), el derecho a la protección judicial (artículo 25.1), y los derechos del niño (artículo 19) de Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, todos ellos en relación a la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos por parte del Estado, contenidas en el artículo 1.1. del mismo instrumento; y el deber de adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter, que fueran necesarias, en virtud del artículo 2 del mismo tratado. La Comisión asimismo sostuvo la violación del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia contenido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. En cuanto a los familiares de la víctima, la Comisión alegó violaciones a los derechos a la integridad personal (artículo 5) y violaciones a las garantías judiciales y la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1) de la Convención Americana. Finalmente, la Comisión y los representantes de las víctimas presentaron alegatos por la violación de los derechos de las tres víctimas a la integridad personal (artículo 5), el derecho a la libertad personal (artículo 7), y el derecho a la intimidad, la dignidad y el honor (artículo 11), así como los artículos 8 y 9 de la Convención de Belém do Pará. Véase, CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez* (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos, 4 de noviembre de 2007.

[36] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos*, 4 de noviembre de 2007, párr. 68-138. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 2-4.

[37] La Comisión y los representantes destacaron ante la Corte, que los tres casos ejemplificaban y formaban parte de un patrón de desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez desde el 1993, frecuentemente acompañado de omisiones e irregularidades por parte de las autoridades estatales en la investigación y sanción de estos casos porque las víctimas eran mujeres, y que esta discriminación basada en género había promovido su impunidad y repetición. Igualmente alegaron que los familiares de las víctimas fueron constantemente maltratados, hostigados e intimidados por las autoridades durante sus esfuerzos para impulsar y colaborar con las investigaciones.

base a patrones socioculturales discriminatorios que usualmente son aplicados en perjuicio de las mujeres, lo cual había resultado en la impunidad de estos casos[38]. Las partes argumentaron que los funcionarios públicos encargados no consideraron que la búsqueda de las víctimas y la investigación sobre su muerte como una prioridad debido a formas de discriminación contra las mujeres y estereotipos sobre su comportamiento y estilo de vida[39].

37. El 16 de noviembre de 2009[40], la Corte Interamericana encontró al Estado responsable por varias violaciones a la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las tres víctimas y sus familiares[41]. Concretamente, la Corte encontró violaciones al deber general de garantizar los derechos humanos de las tres víctimas al no actuar con la debida diligencia requerida para proteger sus derechos a la vida, a la integridad personal, su libertad personal y su derecho a vivir libres de violencia, e investigar de forma adecuada y efectiva las desapariciones y homicidios[42]. La Corte también encontró violaciones a los derechos de las víctimas a vivir libres de discriminación

[38] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos*, 4 de noviembre de 2007, párr. 139-251. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 2-4.

[39] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez* (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos, 4 de noviembre de 2007, párr. 139-251. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 2-4.

[40] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

[41] La Corte encontró violaciones de la Convención Americana en perjuicio de las tres víctimas, incluyendo la obligación de garantizar los derechos de conformidad con el artículo 1.1, y el deber de adoptar las disposiciones legales necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la Convención, prevista en el artículo 2, el derecho a la vida protegido por el artículo 4.1, el derecho a la integridad personal de acuerdo a los artículos 5.1 y 5.2, el derecho a la libertad personal en virtud del artículo 7.1, y los artículos 7 (b) y 7 (c) de la Convención de Belém do Pará . Asimismo, la Corte encontró violaciones a los derechos del niño de Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez en virtud del artículo 19 de la Convención Americana. En lo que respecta a los familiares de las víctimas, el Tribunal consideró al Estado responsable de las violaciones a las garantías judiciales y la protección judicial de acuerdo a los artículos 8 (1) y 25 (1) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1 (1) y 2 de dicho instrumento, el derecho a la integridad personal contenida en los artículos 5.1 y 5.2, de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, y los artículos 7 (b) y (c) de la Convención de Belém do Pará. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 602 (4-9).

La Corte resolvió que no podría atribuir responsabilidad internacional al Estado por violaciones al derecho a la vida, la integridad personal y la libertad personal, contenidos en la Convención Americana, sobre Derechos Humanos, derivadas del incumplimiento de la obligación de respeto contenida en el artículo 1.1 de la misma, ni sobre el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 602 (3.10).

[42] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 286, 293.

en base a su género; los derechos del niño de dos de las víctimas; así como la violación al derecho a la integridad personal, y el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas[43].

*Mujeres indígenas, violencia sexual, y barreras particulares en su acceso a la justicia*

38. En mayo de 2007, la Comisión Interamericana asimismo presentó el caso de *Inés Fernández Ortega* ante la Corte Interamericana alegando la responsabilidad internacional del Estado por la violación, tortura y falta de acceso a la justicia para Inés Fernández Ortega, mujer indígena de 27 años de la comunidad Me'phaa (comunidad tlapaneca)[44], en Guerrero, México. En el presente caso, la Comisión[45] y los representantes[46] alegaron frente a la Corte que miembros del Ejército mexicano habían violado a Inés Fernández Ortega en su hogar el 22 de marzo 2002[47]. Igualmente señalaron que el 24 de marzo del 2002, Inés Fernández, con el apoyo de un abogado e intérprete, denunció el delito en el fuero ordinario[48]. La Comisión y los representantes sostuvieron que a pesar de que la víctima denunció el delito ante las autoridades, éstas no llevaron a cabo la investigación y sanción de la víctima con la debida diligencia[49]. Asimismo, alegaron que las autoridades encargadas incurrieron en varias formas de discriminación combinadas

[43] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 100.

[44] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215., párr. 44.

[45] La Comisión alegó que el Estado había violado las siguientes disposiciones de la Convención Americana en perjuicio de Inés Fernández Ortega: el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5; el derecho a un juicio imparcial en virtud del artículo 8; el derecho a la honra y la intimidad consagrado en el artículo 11; y el derecho a la protección judicial contenida en el artículo 25, en relación con la obligación general de respetar y garantizar establecido en el artículo 1.1 del mismo instrumento. Asimismo, la Comisión alegó violaciones del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La Comisión también sostuvo que el Estado mexicano era responsable de violaciones a los derechos a la integridad personal de acuerdo al artículo 5; el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8; y el derecho a la protección judicial en virtud del artículo 25; en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, con respecto a varios miembros de la familia de Inés Fernández Ortega: Fortunato Prisciliano Sierra (su esposo), Noemí, Ana Luz, Colosio, Nélida, y Neptalí Prisciliano Fernández (sus hijos), María Lidia Ortega (su madre), y Lorenzo y Ocotlán Fernández Ortega (hermanos). Véase, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega (Caso 12.580) contra los Estados Unidos Mexicanos, 7 de mayo de 2009, párr. 5 (a-d).

[46] La Organización Indígena de Pueblos Tlapanecos AC ("OPIT"), el Centro de Derechos Humanos de la Montaña "Tlachinollan" AC, y CEJIL, fueron los representantes de las víctimas ante la Corte. Los representantes argumentaron frente a la Corte que el Estado también violó la obligación de adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en dicho instrumento en virtud del artículo 2; el derecho a la libertad de asociación contenido en el artículo 16; y el derecho a la igualdad ante la ley en virtud del artículo 24. Véase, Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 4.

[47] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega (Caso 12.580) contra los Estados Unidos Mexicanos*, 7 de mayo de 2009, párr. 55.

[48] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega (Caso 12.580) contra los Estados Unidos Mexicanos*, 7 de mayo de 2009, párrs. 55, 58.

[49] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega (Caso 12.580) contra los Estados Unidos Mexicanos*, 7 de mayo de 2009, párr. 2.

en contra de la víctima, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica[50]. De forma general, destacaron los retos adicionales que enfrentan las mujeres indígenas víctimas de violencia para tener un acceso adecuado y efectivo a la justicia, cuando son víctimas de violencia sexual[51].

39. La Corte encontró al Estado responsable por la violación de diversos derechos contenidos en la Convención Americana en perjuicio de Inés Fernández Ortega, incluyendo el derecho a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio, a las garantías judiciales y la protección judicial, así como el derecho al acceso a la justicia sin discriminación. El Tribunal constató también una violación a su derecho a vivir libre de violencia bajo la Convención de Belém do Pará, así como la violación al derecho a la integridad personal y el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio en perjuicio del esposo de Inés Fernández Ortega y sus hijos[52].

40. La Corte asimismo afirmó varios principios importantes vinculados con la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia y de garantizar un adecuado acceso a la justicia ante casos de violencia sexual: a) la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima; b) una violación sexual puede constituir tortura aún cuando consiste en un sólo hecho u ocurre fuera de instalaciones estatales, si existe intencionalidad, sufrimiento severo y una finalidad por parte de los perpetradores; c) una violación sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada de una persona y supone una intromisión en su vida sexual, anulando su derecho a tomar libremente decisiones personales e íntimas; d) ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de

[50] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega (Caso 12.580) contra los Estados Unidos Mexicanos*, 7 de mayo de 2009, párrs. 178-179.

[51] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega (Caso 12.580) contra los Estados Unidos Mexicanos*, 7 de mayo de 2009, párrs. 178-179.

[52] La Corte encontró violaciones de varios derechos contenidos en la Convención Americana en perjuicio de la señora Inés Fernández Ortega. La Corte resolvió que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.1 y 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento; los artículos 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y el artículo 7(a) de la Convención de Belém do Pará. La Corte asimismo encontró violaciones de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, y del artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará. La Corte asimismo encontró que el Estado falló en su deber de garantizar un acceso a la justicia libre de discriminación de Inés Fernández Ortega bajo los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Finalmente, la Corte encontró violaciones al derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del esposo de Inés Fernández Ortega y sus hijos, y violaciones al derecho de vivir libre de interferencias abusivas y arbitrarias en el domicilio de Inés Fernández Ortega, su esposo y sus hijos protegido por el artículo 11.2 del mismo instrumento. Véase, Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 308 (3,4,6,7).

brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales encargadas de su protección; e) la investigación en casos de violencia sexual debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática; y f) la declaración de la víctima sobre un hecho de violencia sexual es fundamental en la investigación, juzgamiento, y sanción de los hechos.

*Múltiples formas de discriminación*

41. El 2 de agosto de 2009, la Comisión asimismo presentó una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos alegando que el Estado de México era responsable por la falta de acceso a la justicia para *Valentina Rosendo Cantú*, una mujer indígena Me'phaa (comunidad tlapaneca) de 17 años de edad cuando ocurrieron los hechos. La Comisión[53] y los representantes[54] alegaron frente al tribunal, que Valentina Rosendo Cantú fue violada por miembros del Ejército Mexicano el 16 de febrero de 2002, cuando se encontraba lavando ropa en un arroyo cercano a su casa[55]. Señalaron que Valentina Rosendo Cantú denunció el delito ante las autoridades ministeriales el 8 de marzo de 2002[56], y que el 18 de febrero de 2002, en compañía de su esposo, acudió a la clínica de salud pública en Caxitepec para recibir atención médica[57], sin embargo el médico en turno le negó la atención alegando temor al Ejército[58]. El 26 de febrero de 2002, se dirigió al Hospital Central de Ayutla. Después de ocho horas a pie tampoco fue atendida

[53] La Comisión Interamericana solicitó al Tribunal que declarara al Estado responsable por la violación de los artículos 5 (Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 19 (Derechos del Niño) de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú. También solicitó se declarara la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 5 (Integridad Personal) de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la hija de Valentina Rosendo Cantú. Asimismo, señaló que México era responsable por la violación del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará y de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú. Véase, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos,* párr. 5.

[54] La Organización del Pueblo Indígena Tlapaneco/Me'phaa ("OPIM"), el Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan A.C., y CEJIL, los representantes en este caso ante la Corte, coincidieron con las violaciones alegadas por la Comisión, y sostuvieron otras violaciones a los derechos humanos contenidas en los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 11 (protección de la honra y la dignidad), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares de Valentina Rosendo Cantú; la violación del artículo 24 (derecho a la igualdad ante la ley) y del artículo 2 (deber de adoptar medidas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para dar efecto a los derechos contenidos en la Convención Americana); en relación con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana; 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de Valentina Rosendo Cantú. Véase, Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párrs. 3 y 4.

[55] CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos,* párr. 33.

[56] CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos,* párr. 33.

[57] CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos,* párr. 35.

[58] CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos,* párr. 35.

porque le informaron que requería una cita[59]. Al día siguiente, luego de solicitar la cita, un médico examinó solamente su estómago negándose a realizar otros exámenes porque no había una doctora del sexo femenino. Como en el caso de Inés Fernández Ortega, los hechos fueron investigados por la jurisdicción ordinaria y la militar por ocho años sin la identificación o la sanción de los responsables[60].

42. La Corte Interamericana encontró varias violaciones a la Convención Americana en perjuicio de Valentina Rosendo Cantú, incluyendo sus derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la intimidad, a la protección y garantías judiciales, a un acceso a la justicia sin discriminación, así como su derecho a una protección especial por tratarse de una niña. La Corte constató también una violación al derecho a vivir libre de violencia de acuerdo a la Convención de Belém do Pará[61]. Finalmente, también encontró que el Estado era responsable por la violación al derecho a la integridad personal de la hija de Valentina Rosendo Cantú, por las consecuencias que sufrió debido a los acontecimientos[62].

43. Al igual que en el caso de Inés Fernández Ortega, la Corte en el caso de Valentina Rosendo Cantú presentó consideraciones importantes relacionadas a las múltiples formas de discriminación y violencia que puede sufrir una mujer indígena por su sexo, raza, etnia y posición económica. La Corte reconoció el contexto de militarización en Guerrero y su particular efecto en las mujeres que integran las comunidades indígenas. Estableció que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza, etnia, y nivel de ingresos, y destacó el deber de los Estados de abstenerse de discriminación directa e indirecta. Finalmente dispuso que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados deben adoptar medidas de protección que tomen en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, y sus valores, sus usos y costumbres.

---

[59] CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos,* párr. 37.

[60] CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos,* párrs. 38, 59.

[61] La Corte encontró al Estado responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.1 y 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y los artículos 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La Corte asimismo encontró violaciones de los artículos 7(a) y 7(b) de la Convención de Belém do Pará y de los derechos del niño bajo el artículo 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Valentina Rosendo Cantú. Se encontró también al Estado responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, y el derecho a garantizar libre de discriminación el acceso a la justicia establecido en las mismas disposiciones, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. El Estado asimismo fue considerado responsable por la violación del derecho a la integridad personal de la hija de Valentina Rosendo Cantú bajo el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Véase, Corte IDH*, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 295 (3-8).

[62] Corte IDH*, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrs. 37-139, 295(4).

*Violencia contra las mujeres en un contexto de conflicto armado*

44. Posteriormente, el 30 de julio de 2008, la Comisión Interamericana sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Guatemala en el caso de la *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. La demanda versó sobre la supuesta falta de debida diligencia en la investigación, juzgamiento y la sanción de los responsables de la masacre de 251 habitantes del Parcelamiento de Las Dos Erres, La Libertad, Departamento de Petén, ocurrida entre los días 6 a 8 de diciembre de 1982. Entre los habitantes del Parcelamiento se encontraban niños, mujeres y hombres. Respecto de las mujeres, se alegó que muchas de ellas habían sido violadas y golpeadas hasta el punto de sufrir abortos. En 1994 se iniciaron las investigaciones sobre dicha masacre. Al momento de presentar la demanda ante la Corte, no se había llevado a cabo una investigación exhaustiva, ni el juzgamiento, y la sanción de los responsables[63]. La Corte en su análisis del caso consideró probado que entre los años 1962 y 1996 en Guatemala hubo un conflicto armado interno que provocó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales.

45. La Corte en su sentencia del 24 de noviembre de 2009 encontró varias violaciones a la Convención Americana determinando que la investigación seguida a nivel de jurisdicción interna no se refirió a otros hechos como la violencia contra las mujeres, entre otros hallazgos. Al respecto, la Corte constató, como información de contexto, que "durante el conflicto armado [en Guatemala] las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual". Reiterando el precedente en el caso de *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, la Corte estableció como hecho probado que "[l]a violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual"[64]. Por otro lado, la Corte señaló que "la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (*jus cogens)* y generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas, de conformidad con la Convención Americana y en este caso a la luz de la CIPST [Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura] y de la Convención de Belém do Pará"[65].

### 3. Informes temáticos

46. Mucho del desarrollo en los casos individuales sobre violencia contra las mujeres ha sido complementado por pronunciamientos de la CIDH sobre el tema en el marco de informes temáticos.

---

[63] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, para. 2.

[64] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 139.

[65] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 141.

47. Por ejemplo, en su informe sobre *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*[66], la CIDH ofrece un diagnóstico sobre los principales obstáculos que las mujeres enfrentan cuando intentan acceder a una tutela judicial efectiva para remediar actos de violencia. Asimismo, la CIDH formula conclusiones y recomendaciones a fin de que los Estados actúen con debida diligencia para ofrecer una respuesta judicial efectiva y oportuna ante estos incidentes. En el informe, la CIDH hace una serie de pronunciamientos relevantes a la judicialización de casos sobre violencia contra las mujeres fijando estándares importantes para los Estados. Entre los más destacables, la CIDH hace hincapié en el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida ante actos de violencia contra las mujeres[67], tanto cometidos por agentes estatales como particulares; el deber de investigar actos de violencia de forma pronta y exhaustiva; la obligación de erradicar patrones socioculturales discriminatorios que pueden influir la labor de fiscales, jueces, y otros funcionarios judiciales en la judicialización de casos de violencia contra las mujeres; el deber de garantizar que la actuación del sistema de justicia sea imparcial, independiente, y libre de discriminación; y el deber de garantizar que los familiares de las víctimas tengan un tratamiento digno en el sistema de justicia, entre otros aspectos relevantes.

48. En su informe reciente sobre *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*[68], la CIDH asimismo destacó el vínculo entre la salud materna de las mujeres y formas de violencia contra las mujeres, identificando prácticas en la atención de servicios, como el negar a una mujer la atención médica requerida cuando carece de la autorización de su pareja, o la esterilización forzada sin consentimiento como ejemplos de formas de violencia contra las mujeres[69]. La CIDH subrayó en el informe como una prioridad el acceso oportuno a recursos judiciales efectivos para asegurar que las mujeres reciban un remedio cuando son víctimas de violaciones a sus derechos humanos en esta esfera[70].

49. La CIDH en sus informes temáticos también ha destacado la obligación reforzada de los Estados de adoptar medidas de protección hacia grupos de mujeres en particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos en base a más de un factor combinado con su sexo, incluyendo las niñas, las afrodescendientes, las indígenas, las migrantes, y las defensoras de derechos humanos, entre otros grupos[71].

---

[66] CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007.

[67] El deber de actuar con debida diligencia y sus componentes ante la violencia contra las mujeres ha sido discutido en varios informes temáticos de naturaleza general, como, por ejemplo, CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V.II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009, párrs. 47-49.

[68] CIDH, *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010.

[69] CIDH, *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010, párr. 75.

[70] CIDH, *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010, párr. 20.

[71] CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/SER.L/V/II.124 Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006.

### 4. Informes de país

50. En varios informes sobre países específicos, la CIDH asimismo ha destacado el vínculo entre el problema de la discriminación y la violencia contra las mujeres. La CIDH ha sostenido que la violencia contra las mujeres es una clara manifestación de la discriminación en razón de género[72]; la ha descrito como un problema de derechos humanos[73]; y se ha pronunciado sobre su impacto en el ejercicio de otros derechos humanos[74]. Además, la Comisión ha concluido en reiteradas oportunidades que la violencia contra las mujeres es una manifestación de costumbres sociales que relegan a la mujer a una posición de subordinación y desigualdad, colocándola, en consecuencia, en una situación de desventaja en comparación con el hombre[75].

51. La CIDH asimismo ha reconocido en sus informes de país varias aristas de las obligaciones de los Estados frente a la violencia contra las mujeres. Por ejemplo, en el informe de la CIDH sobre la *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, la CIDH avanzó principios importantes sobre los componentes del deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para enfrentar la violencia contra las mujeres. Entre ellos, destacó el vínculo entre el acceso a la justicia, la debida diligencia y el deber de prevención; el deber de reparar violaciones a los derechos humanos; la prevención como clave para erradicar la violencia contra las mujeres y toda forma de discriminación[76]; y la importancia de capacitar a personas encargadas de responder ante los delitos de violencia contra la mujer[77], entre otros pronunciamientos importantes.

---

[72] CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en el Perú* (2000), pág. 18; *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política* (2009), párr. 43.

[73] "En la región se le ha acordado prioridad como tal, en la convicción de que su erradicación es esencial a fin de que las mujeres puedan participar plenamente y en condiciones de igualdad en la vida nacional en todas sus esferas. La violencia contra la mujer es un problema que afecta a hombres, mujeres y niños; distorsiona la vida familiar y el tejido social, suscitando consecuencias intergeneracionales. En determinados estudios se ha documentado que haber estado expuesto a la violencia dentro de la familia durante la niñez es un factor de riesgo de perpetración de actos de violencia de ese género al llegar a la edad adulta. Se trata de un problema de seguridad humana, un problema social y un problema de salud pública". Véase, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación 2003*, párr. 122.

[74] CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia de 2006*, párr. 29; CIDH, *El Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y Discriminación enHaití de 2009*, párr. 85; CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No ser Objeto de Violencia y Discriminación 2003*, párr. 120.

[75] Véase también, CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V.II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, sección sobre Violencia y Discriminación, pág. 26; *Informe de Haití de 2009*, párr. 44.

[76] CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación 2003*, párr. 154.

[77] CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación 2003*, párr. 155.

52. Asimismo destacó en su *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile*, "la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la discriminación y la violencia contra las mujeres"[78]. En su *Informe sobre Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El Camino Hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, la CIDH asimismo estableció "la necesidad de dedicar atención prioritaria a la definición de una política integrada y coordinada con la finalidad de eliminar las barreras jurídicas y fácticas que impiden el acceso de la mujer a recursos y mecanismos eficaces de protección judicial, especialmente en la esfera de la violencia contra la mujer"[79].

53. La CIDH también ha emitido una serie de pronunciamientos sobre la violencia contra las mujeres tanto en tiempos de paz como en el marco de un conflicto armado. En sus informes de Colombia de 2006[80] y Haití de 2009[81], la CIDH reconoció: que a) "La responsabilidad del Estado de actuar con la debida diligencia para prevenir la violación de los derechos humanos de las mujeres en períodos de paz y de conflicto tiene una naturaleza comprehensiva"[82]; b) "El Estado es directamente responsable por los actos de discriminación y violencia que perpetren sus agentes, así como aquellos cometidos por actores no estatales y terceros particulares bajo la tolerancia o aquiescencia del Estado"[83]; y que c) "Asimismo, la obligación del Estado no se limita a combatir y sancionar la discriminación y la violencia, sino que también incluye el deber de prevenirlas"[84].

54. En su informe sobre Colombia en particular, la CIDH observó que: "En el ámbito del conflicto armado, todas las características que han expuesto a las mujeres a ser discriminadas y a ser sujetas a un trato inferior históricamente, sobretodo sus diferencias corporales y su capacidad reproductiva, así como las consecuencias civiles, políticas, económicas y sociales para ellas de esta situación de desventaja, son explotadas y abusadas por los actores del conflicto armado en su lucha por controlar territorio y

---

[78] CIDH, *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: la igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política de 2009*, párr. 42.

[79] CIDH, *Acceso a la Justicia E Inclusión Social: El Camino Hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia* (2007).

[80] CIDH. *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia de 2006*, párr. 30.

[81] CIDH, *El Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y Discriminación en Haití* (2009), párr. 86.

[82] El principio de la debida diligencia fue establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*, al declarar: "la obligación de los Estados Parte de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción [.....] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención," Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

[83] Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 178.

[84] CIDH, Informe de Fondo Nº 54/01, Caso 12.051, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 56.

recursos económicos. Una variedad de fuentes, incluyendo las Naciones Unidas, Amnistía Internacional y organizaciones de la sociedad civil en Colombia, han identificado, descrito y documentado las múltiples formas en que los derechos de las mujeres son menoscabados en el contexto del conflicto armado, por el simple hecho de ser mujeres"[85].

### B. Análisis de sentencias judiciales que aplican los estándares jurídicos del sistema interamericano de derechos humanos

55. La aplicación por los Estados de los estándares presentados en torno a la violencia contra las mujeres ha sido heterogénea a nivel de legislación y políticas y en sentencias judiciales, como será ejemplificado en esta sección. No obstante, el progreso y el incremento en el conocimiento del poder judicial de los estándares del sistema interamericano es ilustrado en el número de sentencias recibidas por la CIDH en la implementación de este proyecto. Aparte de las sentencias recibidas que aplican de forma explícita y enunciativa los instrumentos y pronunciamientos del sistema interamericano, la CIDH asimismo recibió un número destacable de sentencias que han aplicado los estándares del sistema universal de derechos humanos para avanzar los derechos de las mujeres, como la CEDAW, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros instrumentos.

56. A continuación se identifican y revisan extractos de sentencias emitidas por una diversidad de países a través de las Américas aplicando de forma explícita instrumentos interamericanos como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará para resolver asuntos relacionados con: a) el problema de la violencia doméstica; b) el vínculo entre la discriminación y la violencia; c) el deber de actuar con la debida diligencia; d) el acceso a la justicia; e) la naturaleza, la definición y el alcance de la violación sexual; f) mujeres en situación de desplazamiento; g) la violencia y los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres; h) homicidio y la violencia contra la mujer; i) la trata de personas; j) el divorcio; y k) la violencia física y psicológica. Las sentencias y sus extractos son presentados bajo cada uno de los temas mencionados.

[85] CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia de 2006*, párr. 46.

- A*ctos de violencia inminentes*: Expediente Nº 31.258 "B., M.P. c/G., R.A. s/protección contra la violencia familiar", Tribunal de Familia No. 3, Departamento Judicial de Lomas de Zamora (20 de julio de 2006), Argentina[86].

57. Mediante esta decisión y como seguimiento a una medida de protección, el Tribunal de Familia N. 3 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora solicitó el reintegro al hogar de una mujer, M.P.B. – víctima de violencia doméstica – con sus dos hijos menores. Asimismo se fijó al esposo, R.A.G. "un perímetro de trescientos metros en torno al hogar familiar, el lugar de trabajo de la esposa y a la escuela de los niños".

58. La decisión aborda el problema de violencia doméstica. Lo caracteriza como una forma de violencia contra las mujeres, como un problema de derechos humanos, y como un fenómeno social. En dicho análisis hace referencia al caso de *Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil*, y al informe de la CIDH sobre *La Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*. A continuación se presentan algunos extractos:

> "(…) cabe destacar el reproche jurídico que merece la violencia doméstica - como especie de la violencia de género - en el sistema jurídico internacional, regional, nacional y provincial. Así ha sido considerada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una violación de los derechos humanos (Informe Final No. 54/01 del caso 12.051, 16 de abril de 2001, caratulado *Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil*). (…) El estándar normativo por excelencia en la materia viene dado por el concepto de violencia contra la mujer del art. 1 de la Convención de Belém do Pará. La problemática de la violencia familiar se debe interpretar en el marco del sistema de protección de los derechos humanos internacional e interamericano, lo que conlleva el examen de las implicancias del incumplimiento de los compromisos internacionales por parte de los Estados, en los casos en que las políticas, la legislación y la jurisprudencia no se adecuen efectivamente a dicha normativa.
>
> En el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre "*La Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia Y Discriminación*" (Informe OEA/Ser.L/V/II.117 - Doc. 1 rev. 1 - 7 marzo 2003 - párrafos 165 a 168), también se destaca el problema de la violencia doméstica como un problema social, puesto que "impone un costo terrible a las víctimas, a

[86] La Comisión ha recibido información del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), a través del Observatorio de Sentencias Judiciales bajo su coordinación, en el cual se lograron identificar una serie de decisiones emitidas por la justicia argentina que contienen referencias enunciativas y de aplicación de los estándares establecidos en la Convención de Belém do Pará. En esta sección se discuten varias de estas sentencias.

sus familias y a la sociedad en conjunto, y tiene efectos intergeneracionales".

- *Impacto de la violencia doméstica en la víctima y en su comunidad*: Jueza Instrucción 2˚de Familia de la Capital, Sentencia Nº 74, Tarija, 20 de mayo de 2009, Bolivia[87].

59. En un proceso de violencia intrafamiliar, la denunciante alega que viene sufriendo agresión física y psicológica por parte de su pareja; violencia que se agudiza cuando éste consume alcohol. La jueza de instrucción de familia sancionó al denunciado en la presente sentencia. En sus consideraciones jurídicas, la jueza se refirió a la Convención de Belém do Pará para describir el problema de la violencia doméstica y su impacto no sólo en la víctima, pero en su comunidad:

> "(…) la violencia tiene sus manifestaciones físicas y psíquicas y es un mal que lesiona la sociedad y a los miembros de la familia, haciendo insostenible la vida en común. La violencia puede ser conceptualizada como el "uso de la presión y la fuerza por una de las partes intervinientes, para lograr vencer la voluntad de la otra". Se considera violencia física a las heridas, hematomas, contusiones, excoriaciones, empujones, etc. La violencia en sus diferentes ámbitos está prevista en la Convención de Belém do Pará como un acto deplorable, la cual reconoce el derecho de toda mujer al respeto de su integridad física, psíquica y moral, asimismo existe la norma especial para proteger estos hechos que no deben quedar impunes".

- *Violencia doméstica*: Supremo Tribunal Federal, 24 de marzo de 2011: Constitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Maria da Penha, Brasil.

60. En dicha sentencia, el Pleno del Supremo Tribunal Federal confirmó por unanimidad la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 11.340/2006 (Ley Maria da Penha)[88]; artículo que impide beneficios determinados para los agresores, como la

[87] El Estado de Bolivia presentó con su respuesta al cuestionario ejemplos de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional sobre temas relacionados a la violencia contra las mujeres y a formas de discriminación. Ver, por ejemplo, Sentencias Constitucionales 1152/2010-R; 1043/2010-R; 1076/2010-R; 1200/2010-R; 0771/2010-R; 0530/2010-R; entre otras. La CIDH discute una de estas sentencias en la próxima sección abordando distintas aristas de los derechos laborales de las mujeres. Como complemento, la CIDH en esta sección presenta extractos de sentencias reveladas en su investigación que aplican de forma explícita la Convención de Belém do Pará para sancionar agresores de actos de violencia contra las mujeres, avanzando importantes principios sobre la prevención y sanción de este grave problema de derechos humanos.

La CIDH asimismo destaca que las organizaciones CLADEM-La Paz y la Organización Nacional de Activistas por la Emancipación de la Mujer en Bolivia presentaron información sobre sentencias emitidas por tribunales nacionales relacionadas a la violencia y a la discriminación contra las mujeres.

[88] La Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la CIDH celebró la adopción por el Estado de Brasil el 7 de agosto de 2006 de la Ley 11.340, la cual comprende un conjunto de acciones estatales destinadas a prevenir, investigar y sancionar la violencia doméstica y familiar contra la mujer. La Relatoría reconoció la adopción de esta ley, llamada la *Ley Maria da Penha*, como un paso de primordial importancia para lograr el cabal cumplimiento de las recomendaciones emitidas al Estado brasileño en la decisión de la CIDH de *Maria da Penha Maia Fernandes* y

Continúa...

suspensión del proceso penal, entre otros. En la sentencia, los Ministros afirmaron que los crímenes que toman lugar en el ámbito doméstico contra la mujer son gravísimos, tienen repercusiones en toda su familia, y por ese motivo deben ser combatidos; argumentos sustentados en los objetivos, el texto, y en el contenido de la Ley Maria da Penha. A continuación se presentan algunos extractos de los votos:

> Voto del Ministro Marco Aurélio (Relator):
>
> "El artículo 7 de la ley citada revela lo que se entiende por violencia doméstica o familiar contra la mujer: no sólo es violencia física, pero también es psicológica, social, patrimonial y moral. De ahí se concretó el texto constitucional, con la finalidad de mitigar, por cuanto se muestra imposible el remediar por completo lo que acontece ahora en Brasil…
>
> …Tengo como de alcance linear y constitucional lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley nº 11.340/2006, lo que al final es consistente con la premisa de Ruy Barbosa de que "La regla de la igualdad consiste en favorecer desigualmente a los desiguales, según su desigualdad… Tratar con desigualdad a iguales, o a desiguales con igualdad, sería desigualdad flagrante, y no igualdad real". El enfoque atiende el orden jurídico constitucional, con miras a un avance cultural, en el necesario combate de estadísticas vergonzosas de desprecio a la mujer como célula básica de su familia" [Traducción de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH].
>
> Voto de la Ministra Ellen Gracie:
>
> "Presidente, acompaño plenamente el brillante voto del eminente Relator y presento mis palabras a todos los colegas que ya se manifestaron. Verifico que este Tribunal comprendió perfectamente el alcance del problema que la *Ley Maria da Penha* procura resolver.
>
> La violencia doméstica, Presidente, y eso ya fue dicho por los colegas muy bien, no es reportada de forma frecuente. Los casos que se conocen son escasos, los casos que llegan a los tribunales son excepciones, de modo que es un problema mucho más amplio, mucho más profundo de la sociedad brasileña.
>
> En la época durante la cual yo estaba en el Consejo Nacional de Justicia – el Ministro Gilmar Mendes se recuerda de esto – fue durante la adopción de la Ley de Maria da Penha y, en aquel momento exacto, se dio impulso para que se convocaran los tribunales de justicia de todo el país para que,

...continuación
de los principios consagrados en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la "Convención de Belém do Pará". Para más información, véase, CIDH, Comunicado de Prensa No. 30/06, *La Relatoría sobre Derechos de la Mujer de la CIDH celebra la Adopción en Brasil de una Ley Específica para Prevenir y Erradicar la Violencia Doméstica y Familiar*, disponible en: http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2006/30.06esp.htm.

> desde luego, se establecieran los juzgados especiales. Es muy importante, Señor Presidente, que no haya sólo una bella ley, sin que esta ley también sea efectiva, sea aplicada, o sea implementada en las condiciones necesarias.
>
> Un estándar para la aplicación de la Ley Maria da Penha, es que debe proveer un juez, abogado, secretario y psicólogos, asistentes sociales. Debe tener asimismo casas de apoyo para encaminar a estas víctimas, necesita de toda una infraestructura para reubicarlas en el mercado de trabajo y entrenarlas para que puedan salir de la dependencia económica, que es muchas veces la causa de su sumisión.
>
> (…) Señor Presidente, Señores Ministros, es preciso que se disminuya significativamente la cultura de la violencia doméstica. Que el empuje de la mujer – como en el caso presente – no sea tratado como algo menor, como un delito menos grave. Este delito tiene repercusiones mucho más amplias que sobrepasan a la víctima. Se refleja en toda la familia, genera violencia, engrana la violencia en los niños y niñas integrantes del grupo familiar, y reproduce esa violencia en el futuro" [Traducción de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH].

- *Características de la violencia intrafamiliar*: RIT F- Nº 192-2008, RUC- 20 de octubre de 2008, Tribunal de Familia, Chile[89].

61. Esta sentencia versa sobre una denuncia por violencia intrafamiliar presentada por A.C.F.A. contra su cónyuge A.R.A.A. La víctima denuncia a su cónyuge por actos de violencia intrafamiliar presuntamente cometidos durante su matrimonio de 37 años, los cuales han hecho insostenible su situación familiar. Señala que su cónyuge "se encuentra en estado de ebriedad, circunstancia que aumenta su agresividad, y a pesar de haberse sometido en reiteradas ocasiones a tratamientos, finalmente éstos quedan inconclusos". La víctima finalmente denunció los hechos por una amenaza de muerte del agresor, solicitando una medida cautelar de retiro inmediato del hogar común, y la prohibición de acercamiento a su domicilio particular y laboral.

62. El Tribunal condenó al acusado de violencia intrafamiliar de carácter psicológico y otorgó la medida cautelar solicitada. En sus consideraciones, el Tribunal hace un análisis pormenorizado del problema de la violencia doméstica enfatizando su

[89] El Estado de Chile presentó con su respuesta al cuestionario una selección de sentencias de los tribunales chilenos sobre la igualdad de género, discriminación, y otros temas relacionados. En el presente informe se discuten tres de estas sentencias abordando las características y el impacto de la violencia intrafamiliar, y la aplicación de agravantes en la condena por delitos de violencia sexual. Las tres sentencias aplican de forma explícita la Convención de Belém do Pará en su parte resolutiva.

"cronicidad, habitualidad y permanencia a lo largo del tiempo", y estableciendo un vínculo entre la violencia psicológica, física y sexual en dicho contexto:

> "**QUINTO:** Que, de conformidad con lo establecido en los artículos 8º N° 18 y 81º y siguientes de la Ley 19.968, este Tribunal de Familia es competente para conocer de los hechos que han dado origen a esta causa, y según lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 20.066, son actos constitutivos de violencia intrafamiliar "todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor, entre otros.....", sancionados en la forma prevista por los artículos 8º y 9º de la mencionada ley.
>
> Por su parte, la doctrina psicológica especializada, ha definido la violencia conyugal "como todas aquellas situaciones de abuso que ocurren al interior de una pareja y cuyas manifestaciones aparecen de manera cíclica y con intensidad creciente".
>
> De acuerdo a la Convención Interamericana para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, (Convención de Belem do Pará), la violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico o sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado y puede suceder en la familia, centros de trabajo, escuelas, instituciones de salud, en la calle o en cualquier otro lugar.
> [….]
>
> **SÉPTIMO:** Que en este sentido, la prueba aportada al juicio por la denunciante, y aquella decretada por este Tribunal, permiten arribar a las siguientes conclusiones:
> a) Que las partes se encuentran unidas por vínculo matrimonial no disuelto.
> b) Que la denunciante ha sido víctima de violencia de carácter psicológico. Sobre este punto, cabe hacer presente que la violencia de carácter psicológico es difícil que se haga visible hacia los demás ya que, por lo general, únicamente surge cuando lamentablemente ya hay daños graves físicos o psicológicos……
> c) Que la denunciante además, ha sido víctima de violencia sexual. Cabe señalar que la violencia sexual es una de las formas más críticas de violencia, es una forma de ejercicio de poder y una expresión de desigualdades entre sexos, que afecta en mayor proporción a las mujeres y a las niñas. Atenta contra la dignidad y la libertad sexual de las personas, vulnerando sus derechos sexuales o reproductivos mediante el uso de la fuerza o la amenaza de usarla, la intimidación, la coerción, el chantaje, soborno, **manipulación** o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal acerca de la sexualidad o reproducción.
>
> La violencia sexual transgrede derechos humanos fundamentales como son el derecho a la libertad y desarrollo de la mujer, el derecho a decidir

libremente cuando y cómo tener relaciones sexuales y el derecho a vivir una vida libre de violencia.

Estos derechos sexuales, aseguran a mujeres y hombres la posibilidad de tomar decisiones con respecto a su sexualidad y ejercerla sin presión ni violencia. También tiene que ver con el derecho de ejercer la sexualidad en forma independiente a la reproducción. El derecho a la integridad física y psíquica dice relación con sentirse libre de discriminación, presión o violencia en la vida sexual y decisiones sexuales, junto a gozar de igualdad, respeto mutuo y responsabilidades compartidas en el ejercicio de la sexualidad.
d) Que además, ha sido víctima de violencia económica. Por su parte, se entiende por violencia económica, "como la modalidad de violencia en la cual las víctimas son privadas o tienen muy restringido el manejo del dinero, la administración de los bienes propios y/o gananciales"; por violencia emocional una serie de conductas como insultos, garabatos, gritos, críticas permanentes, descalificaciones, humillaciones, silencios prolongados, etc.
[…]

Todos los elementos antes descritos, configuran antecedentes suficientes y claros para señalar que la denunciante ha sido víctima de episodios de violencia intrafamiliar psicológicos a lo largo de gran parte de su vida conyugal, lo que demuestra otra característica propia de la violencia intrafamiliar, cual es su cronicidad, habitualidad y permanencia a lo largo de tiempo. Se debe tener presente además, el concepto de "escalada de la violencia", que se refiere al proceso de ascenso paulatino de intensidad y duración de la agresión en cada ciclo consecutivo, esto quiere decir que cada vez se va acortando la distancia entre cada etapa, las que por el hecho de ser un ciclo se repetirán una y otra vez siguiendo el mismo orden".

- *Lesiones y la violencia doméstica*: Juzgado Único de Distrito de lo Penal de Puerto Cabezas, Región Autónoma del Atlántico Norte, 12 de marzo de 2004, Nicaragua.

63. En dicha sentencia, se condena al acusado, J.U.E., por el delito de lesiones en perjuicio de C.I.E. El 9 de marzo de 2003, como a eso de las ocho de la noche, el acusado comenzó a agredir a su esposa golpeándola con palos y puños, dejándole heridas en todo el cuerpo; maltrato que se repitió constantemente hasta el 24 de marzo del 2004. El Juzgado lo encontró culpable por el delito de lesiones, haciendo referencia a las disposiciones de la Convención de Belém do Pará y al problema de la violencia doméstica:

"Para este tribunal es preciso señalar lo contemplado en el arto. 143 del Código Penal vigente, pues en ella se refiere que si en juicio se comprueba que las lesiones son una consecuencia de violencia entre miembros de la familia, se impondrá la pena máxima, y en el caso de

> autos, se demuestra que las lesiones fueron provocadas por el cónyuge de la víctima, lo que deja comprobado la situación de violencia intrafamiliar que es todo acto de agresión o daño físico o psicológico ejercido por los padres, o tutores a menores de edad, personas mayores, cónyuges u otras personas de la familia, que en el caso que nos ocupa fue ejercido por el cónyuge de la víctima, y precisamente para proteger a la mujer de actos discriminatorios como estos, es que los Estados suscriben Convenciones, que constituye un instrumento jurídico internacional que obligatoriamente compromete a los Estados a realizar ciertas acciones a favor de los derechos de la mujer, entre ellos tenemos la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)….”
>
> (…) Por otra parte se afectan derechos consagrados en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, violencia que el arto. 1 de la Convención antes relacionada define como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como en el privado” debiendo entenderse como violencia la violencia física, sexual y psicológica (art. 2) teniendo la mujer el derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagrados por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos (…)”

- *Integridad física y psicológica*: Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Cristóbal, Sentencia del 13 de octubre de 2009, República Dominicana.

64. La agraviada presenta denuncia contra el imputado por actos de violencia verbal y psicológica, acusándola de tener relaciones con otra persona. Dichos actos desencadenaron en que la víctima sufriera una depresión severa y posteriormente sea internada en un hospital. La presente sentencia versa sobre un recurso de apelación interpuesto en representación del acusado en contra de la sentencia condenatoria. La Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Cristóbal decidió que la sentencia recurrida quedara confirmada en base a consideraciones fundadas en el derecho internacional de derechos humanos, incluyendo la Convención de Belém do Pará y el derecho de las mujeres a la protección de su integridad física y psicológica:

> “CONSIDERANDO, que constituye un bien jurídicamente protegido no solo la integridad física de la mujer, en razón de su género, sino que está igualmente protegida la integridad sicológica de ésta, o sea, que configura una infracción toda acción, conducta o patrón de conducta que cause daño sicológico; y la violencia de género o intrafamiliar es el objeto principal de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” del 9 de junio de 1994, promulgada por el Poder Ejecutivo en fecha 16 de noviembre de 1994; instituyéndose como un derecho humano de la

mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (Art.3 de esta Convención).

CONSIDERANDO, que para los efectos de la Convención de Belém Do Pará, debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1); y se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende entre otros, violencia, maltratos y abuso sexual.

CONSIDERANDO, que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos y libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden entre otros: b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (Art. 4.b de la Convención Belém Do Pará).

CONSIDERANDO, que la República Dominicana, como Estado Parte de la Convención de Belém Do Pará, condena todas las formas de violencia contra la mujer y conviene en adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

CONSIDERANDO, que un análisis de la sentencia recurrida revela que mediante los medios de prueba legales y conforme con el principio de libertad de la prueba (art. 170 del CPP), aportados y valorados por el Tribunal a-quo, se dejaron configurados los elementos constitutivos de los ilícitos de violencia de género e intrafamiliar en agravio de la joven Y.J.E.M., como lo son: el elemento material u objetivo: el daño psicológico o moral resultante de la conducta del imputado al repudiarla basado en que ésta le había engañado en su condición de haber tenido relaciones sexuales previas y habiéndose establecido por las pruebas documentales científicas que se trata de una acción dolosa del imputado (acción típica); elemento moral e intencional haber actuado de manera consciente y voluntaria con el fin de causar un daño y violentar un derecho jurídicamente protegido, como lo es la integridad psicológica de la mujer víctima, lo que es una acción antijurídica; y elemento legal: prevista y sancionada en los artículos 309-1 y 2 del Código Penal Dominicano anteriormente transcritos".

- *Medidas de protección contra actos de violencia inminentes*: Tribunal de Apelaciones de Familia del 2do. Turno de Montevideo, Uruguay, No. de Sentencia 18/2009, Uruguay[90].

65. La sentencia impugnada fue dictada en el marco de urgencia previsto en el artículo 5º de la Ley Nº 17.514 sobre violencia doméstica. En este caso, el denunciado cambió la cerradura en la finca que ocupaba su pareja con su hijo, impidiendo la entrada de éstos a la casa, en el marco de una situación de violencia doméstica. La sentencia impugnada dispuso el retiro del hogar del denunciado y el reintegro de la denunciante. El Tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia, estableciendo que:

> "8) La Sala ha afirmado en Sentencia 110/08 entre otras: "Debe preguntarse si se justifican las medidas de protección de la presunta víctima adoptadas en actuación de los principios generales de la Ley Nº 17.514 que hace positivas las obligaciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer aprobada en Belém do Pará (Ley Nº 16.735).
>
> Dichas normas imponen una interpretación de la ley en aplicación del beneficio pro víctima, que indica que debe actuarse de manera de prevenir situaciones de violencia y, aun en caso de duda, debe optarse por la solución que mejor proteja los derechos de quienes aparecen como actual o potencialmente agredidos.
>
> El sistema de protección judicial actúa teniendo en cuenta además el criterio de prevención del riesgo, que impone un análisis de los hechos denunciados que parte de la evaluación de los riesgos que se derivan de la situación a estudio para la situación de los derechos de las víctimas".

- *Impacto de la violencia intrafamiliar*: RIT-F 980-2010, RUC 10-2-0361810-2, Tribunal de Familia, 25 de noviembre de 2010, Chile.

66. Esta sentencia versa sobre una denuncia presentada por la víctima en contra de su cónyuge, con el cual ha estado casada por 28 años. La víctima sostiene que: "el demandado constantemente la cela, la vigila y controla, a pesar de que éste está viviendo junto a una nueva pareja. Señala que son los problemas de alcoholismo que llevan al demandado a insultarla constantemente y celarla, lo que no le permite vivir tranquila y la afecta emocionalmente".

[90] El Estado de Uruguay adjuntó con su respuesta al cuestionario "algunas de las tantas decisiones judiciales emitidas por tribunales a nivel nacional relacionadas a la igualdad de género y al principio de la no discriminación aplicando decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos". El Estado asimismo envió decisiones vinculadas a la violencia contra las mujeres, sus derechos económicos, sociales y culturales, sus derechos reproductivos, y su derecho a vivir libres de toda forma de discriminación. En esta sección se discute la sentencia 18/2009 relacionada al problema de la violencia doméstica y en la siguiente una relacionada a la discriminación contra las mujeres, ambas aplicando directamente los estándares interamericanos de derechos humanos en sus conclusiones.

67. El Tribunal condenó al agresor por violencia intrafamiliar presentando consideraciones en su parte resolutiva sobre el impacto de la violencia intrafamiliar en la víctima y su familia:

> **"CUARTO**: Que la ley 20.066 ha definido la violencia intrafamiliar como todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga la calidad exigida por la ley, en este caso, la calidad de cónyuge. El maltrato en este contexto lo podemos entender como cualquier relación de abuso que se da entre los miembros de una familia, entendiendo como "relación de abuso" a toda conducta que por acción u omisión ocasiona daño físico, psicológico o sexual a otra persona.
>
> Que la "Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.
>
> **QUINTO**: Que el demandado ha incurrido en dichos actos, especialmente violencia psicológica, habiendo descrito las propias hijas de las partes situaciones de violencia sufridas por ella y su madre, por parte del demandado, quien incluso ahora que ya no vive en el hogar común, igualmente asume una situación de poder y control sobre la denunciante.
> Por estas consideraciones y de conformidad además, con lo previsto en los artículos 81 y siguientes de la ley 19.968, ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, ley 14.908, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la mujer, además de la opinión favorable del consejero técnico del tribunal, se declara:
>
> I.- Que se condena a don G.S.B.N., Run 8.553.233-2, como autor de maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar en la persona de su cónyuge doña A.E.M.O., a pagar una multa de media unidad tributaria mensual a beneficio del Gobierno Regional de los Ríos.
>
> II.- Que se aplica, como medida accesoria, la siguiente:
> La prohibición del ofensor don G.S.B.N., Run 8.553.233-2, de acercarse a la denunciante en cualquier lugar que ella se encuentre, especialmente en su domicilio y lugar de trabajo. Esta medida tendrá como duración un año, pudiendo renovarse a petición de la denunciante. Ofíciese a carabineros para notificarle esta medida accesoria".

- *Discriminación, abuso sexual y acceso a la justicia*: Ortega, René Vicente s/ recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II (7 de diciembre de 2010), Argentina.

68. La presente sentencia, decidida por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, versa sobre hechos relacionados a la señora C.L.S., quien descendía de una formación de trenes en la estación once de septiembre. En el marco de los hechos, "el imputado se acercó a ella y le tocó los pechos sobre su ropa". C.L.S. avisó al personal policial, cuyos integrantes procedieron a detener al agresor. Un proceso penal es comenzado en relación a la causa, en el cual la Defensa Pública Oficial solicitó la suspensión del juicio a prueba, y el fiscal de la causa aceptó dicho pedido. En primera instancia no se dio lugar a dicha pretensión. La defensa en respuesta interpuso recurso de casación. La Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la decisión del tribunal de primera instancia. En dicha sentencia los jueces, aplicando el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, establecen un vínculo entre el problema de la discriminación, formas de abuso sexual, y el acceso a la justicia, señalando que:

> "Sin embargo, el pronunciamiento fiscal está sujeto al control de legalidad básico que es parte de la competencia de la jurisdicción respecto de los actos que se desenvuelven en las causas que tramitan ante sus estrados (...) la suspensión del juicio a prueba supone la limitación de la persecución penal que se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal (...) si bien es cierto que en el caso bajo estudio ha mediado consentimiento fiscal, también lo es que los sucesos aquí imputados constituyen hechos de violencia especialmente dirigidos contra la mujer.
>
> En tal sentido cabe recordar que de acuerdo con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém Do Pará, esa violencia se concreta a través de... cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1)(...) En tanto la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito -impunidad-, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos como los que conforman el objeto de requerimiento fiscal (...)
>
> En tal inteligencia, y siendo que la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley 24.632, el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco la

> opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal (...) el consentimiento brindado por el Ministerio Público ha de ser ponderado concretamente en su legalidad de cara a las exigencias de la Convención de Belem Do Pará que trascienden las referencias al modo en que podría cumplirse la supuesta sanción a recaer, la reparación económica y las tareas comunitarias ofrecidas por Ortega, calificando el suceso como de bagatela o habitual. En virtud de todo ello, el impedimento legal antes aludido quita toda eficacia al consentimiento fiscal y legitima la denegatoria del tribunal".

EL DEBER DE ACTUAR CON DEBIDA DILIGENCIA

- *Debida diligencia*: Causa Nº 13.240 – "Calle Aliaga, Marcelo s/Recurso de casación" – Cámara II, Sala de Casación Penal - 30/11/2010, Argentina.

69. Esta sentencia, dictada por la Cámara II de la Sala de Casación Penal, versa sobre un caso en donde el Señor M.C.A. presuntamente cometía maltrato físico contra su pareja y su hija. El mismo solicitó suspensión del juicio a prueba. No se dió lugar a su pretensión y por lo tanto, se apeló la resolución. La Cámara confirmó la resolución avanzando consideraciones jurídicas relacionadas al deber de actuar con la debida diligencia requerida para investigar y sancionar la violencia contra las mujeres bajo la Convención de Belém do Pará:

> "...Corresponde señalar que este es un caso en el que la suspensión del proceso a prueba constituiría una infracción a los deberes del Estado asumidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), por cuyo art. 7 los Estados "condenan todas las formas de violencia contra la mujer" y se han obligado a "adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer [...] f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimiento.
>
> Sin perjuicio de destacar que la señora I. V. T. ha dado cuenta de una situación de violencia que excede la de los hechos comprendidos en las imputaciones que la fiscalía ha dirigido contra M. C. A. (confr. fs. 34/36), los comprendidos en el requerimiento de remisión a juicio constituyen en sí hechos de violencia contra la mujer en los que no cabe hacer distinciones de gravedad al tenor de la primera parte del art. 7 de la Convención de Belém do Pará que condena todas las formas de violencia contra la mujer. La suspensión del proceso a prueba es inconciliable con

el deber que tiene el estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías...."

ACCESO A LA JUSTICIA

- *Conocimiento de derechos por las mujeres*: Expediente Nº 151462/16.115, "Fiscal c./ C E p./ Coacción", San Rafael, Mza., 14 de agosto de 2009, Argentina.

70. En esta sentencia, un hombre acusado de actos violentos cometidos en contra de varias mujeres solicita por tercera vez una suspensión del juicio a prueba. El Juez rechazó el pedido, presentando consideraciones relacionadas a la falta de conocimiento de las mujeres víctimas de sus derechos y al ejercicio de éstos, como derecho básico para acceder a la justicia, y a los deberes de funcionarios judiciales de actuar sin dilación frente al problema de la violencia contra las mujeres:

"...en ninguna de las tres causas reseñadas, las mujeres que habrían sido víctimas de violencia fueron informadas de los derechos y facultades que tenían y que podían ejercer en cada uno de los procesos penales por ellas iniciados. Con el consiguiente detrimento que esto tiene para el ejercicio de ese derecho bisagra que es el Acceso a la Justicia. A esta desinformación ha de añadirse la desprotección resultante de ese proceder, ya que tampoco fueron anoticiadas de sus derechos a la protección física y moral e, incluso familiar, a que podrían haber accedido de haberlo sabido… No comparto el criterio investigativo y probatorio seguido por el señor Fiscal Correccional: que la denunciante no hubiera concurrido al Médico Policial (presumiblemente por terror al agresor, por sentirse desprotegida, por descreer de los mecanismos judiciales, etcétera), no era una razón válida para no acusar a Casado por las lesiones que le habría producido… Entiendo que el criterio investigativo y probatorio aquí adoptado por el señor Fiscal no es compatible con deberes fijados en la Convención de Belem Do Pará para proteger, de forma consistente, derechos humanos de mujeres que habrían sido víctimas de violencia.

Por último, me permito recordar que como funcionarios del Poder Judicial, estamos alcanzados por los deberes establecidos en la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" o "Convención de Belém Do Pará", que fuera adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 9 de julio de 1994, ratificada por nuestro País el 5 de julio de 1996 y convertida en Ley nacional Nº 24.632....Ese Documento Internacional, afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y a sus libertades fundamentales. Consecuente con esta premisa, tiene por fin prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra ella. Por lo que sus normas, en

casos en los que se sustancian problemáticas como las aquí consideradas, deben aplicarse con las adecuaciones correspondientes".

LA NATURALEZA, DEFINICIÓN Y ALCANCE DE LA VIOLENCIA SEXUAL

- *Condena por delitos sexuales*: Corte Suprema de la Judicatura, Malcolm Othneil Mayers c. R, Tribunal de Apelaciones, Apelación Penal No. 22 de 2005, Barbados.

71. Esta sentencia del Tribunal de Apelaciones de Barbados está vinculada al presunto agresor, Malcolm Othneil Mayers, quien fue condenado por el delito de violación el 25 de abril de 2005. La víctima tenía 18 años de edad cuando fue violada por el agresor, quien tenía 44 años en ese momento. El 9 de junio de 2005, él fue condenado a ocho años de prisión. La apelación ante la Corte aborda el tema de la violencia como un elemento de una violación y la condena apropiada – en particular su extensión – en base a las circunstancias de este caso. El Tribunal desestima esta apelación y confirma la condena a prisión de 8 años.

72. El Tribunal, en su análisis de la naturaleza, gravedad y los elementos de una violación, en particular su daño físico y psicológico en la víctima, se refiere de forma significativa a los estándares internacionales sobre este tema, incluyendo la Convención de Belém do Pará:

> "Sustento para la premisa de que la violación constituye un delito de violencia se puede encontrar en instrumentos internacionales abordando la violencia contra las mujeres de los cuales Barbados es Estado Parte. El artículo 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1993, producto de un texto adoptado por consenso por una Resolución de la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993 dispone que:
>
> *Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:*
>
> *(a) …*
>
> *(b) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación….*
>
> *(c) …"*
>
> El artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994, la cual fue ratificada por Barbados el 16 de mayo de 1995 y entró en vigor el 15 de junio de 1995 dispone que:

*Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:*
*(a) …*
*(b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación…*
*(c) …"*

Se desprende entonces de lo arriba-indicado que la violación es definida como constituyendo violencia contra las mujeres".

- *Elementos del delito de fiolación*: Tribunal de Sentencia Nº 1 de la Capital, Distrito Judicial de Cochabamba, Caso N. 301199200710438, Bolivia.

73. Esta sentencia acusatoria por el delito de violación fue pronunciada dentro de un proceso penal seguido por el Ministerio Público y por acusación particular en el Distrito Judicial de Cochabamba. En el caso objeto de este dictamen, la presunta víctima, junto con sus compañeros, compró una bebida preparada en una licorería para ir a tomar en la vía pública. Se sostiene que apenas la víctima tomó la bebida, no recordó más sobre los hechos. Al día siguiente, tuvo síntomas físicos de una violación. El Tribunal se refirió a la Convención de Belém do Pará para darle contenido a la Ley 2033, orientada a proteger a víctimas de delitos contra la libertad sexual, y para describir los elementos de poder inherentes en una violación:

"Que, el desarrollo de la doctrina penal en delitos que atentan contra la libertad sexual, como parte de la violencia contra la mujer han sido recogidas en la legislación boliviana en la Ley 1599 de 18 de octubre de 1994 que ratifica la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" conocida como la Convención de Belém do Pará – Brasil, así como en Ley 2033 o "Ley de Protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual" de 29 de octubre de 1999, que consideran respectivamente que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer, en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Entendiéndose como violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado. Se entiende como violencia contra la mujer la violencia física, sexual y sicológica. La Ley 2033 tiene como objeto proteger la vida, integridad física, sicológica, la seguridad, y la libertad sexual de todo ser humano.

(…) En este sentido también se guían las investigaciones y evolución de la doctrina penal contemporánea relacionadas con violencia sexual en contra de la mujeres, al señalar que es crucial comprender el rol que las violaciones tienen, como instrumento de poder para doblegar a la mujer,

subordinándola en una posición altamente vulnerable a otra gran variedad de expresiones de abuso y violencia.

**Considerando** - Que el desarrollo de la doctrina penal en delitos que atentan contra la libertad sexual, como parte de la violencia contra la mujer han sido recogidas en la legislación boliviana en la Ley 1599 de 18 de octubre de 1994 que ratifica la Convención de Belém do Pará, así como en Ley 2033 o "Ley de Protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual" de 29 de octubre de 1999, que consideran respectivamente que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer, en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Entendiéndose como violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado. Se entiende como violencia contra la mujer la violencia física, sexual y sicológica. La Ley 2033 tiene como objeto proteger la vida, integridad física, sicológica, la seguridad y la libertad sexual de todo ser humano".

- *Prueba en casos de violencia sexual:* Sentencia de Tutela T-453 de 2005, Corte Constitucional, Colombia[91].

74. Esta sentencia versa sobre una acción de tutela presentada por la representación de la víctima (en adelante "la accionante") el 6 de agosto de 2004 contra el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bucaramanga, por considerar que ese despacho incurrió "en una vía de hecho" al contravenir el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, al decretar y practicar varias pruebas solicitadas por la Fiscalía y por la defensa del imputado que eran "abiertamente inconducentes y atentaban contra sus derechos como víctima del delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir". Se

[91] El Estado de Colombia respondió al cuestionario identificando una serie de sentencias emitidas por varios órganos del poder judicial en las cuales se hace referencia a los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos; sentencias que "remarcan a la mujer como sujeto de especial protección". El Estado en particular destaca sentencias proferidas por la Corte Constitucional las cuales "han tomado como fundamento los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos" y decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en donde se han invocado estos estándares. El Estado en adición hace referencia a cuatro decisiones del Consejo de Estado "en materia de perspectiva de género", relacionadas con temas de nulidad electoral y reparación directa.

Con base a la información proporcionada por el Estado, la CIDH analiza cuatro sentencias paradigmáticas en esta sección. Por un lado, analiza las sentencias de Tutela T-453 (2005), T-025 (2004) y el Auto 092 (2008) de la Corte Constitucional, en donde se hace una referencia expresa a los estándares del sistema interamericano en la discusión de temas claves para la protección de los derechos de las mujeres como la prueba en casos de violencia sexual y la situación particularmente grave de las mujeres desplazadas. La CIDH asimismo analiza la Sentencia en el proceso No. 23508, dictada por la Corte Suprema de Justicia, en la cual según el Estado "la Corte hace una revisión juiciosa de instrumentos nacionales e internacionales y leyes favorables para las mujeres [así como] un análisis de cómo tiene que abordarse el proceso penal en los delitos sexuales por parte de operadores de la norma y estudia el alcance del elemento de la violencia dentro de la línea jurisprudencial que al respecto ha sostenido la Corte". En la próxima sección, la Comisión discute la sentencia C-355/2006, la cual liberalizó la práctica del aborto en Colombia.

sostuvo que las pruebas cuestionadas debieron ser rechazadas por el juez, al estar orientadas a investigar su conducta y no a esclarecer los hechos y la responsabilidad del imputado, vulnerando sus derechos fundamentales y constitucionales al debido proceso, a la igualdad, a la intimidad, y a la dignidad humana. La accionante solicitó que se ordenara no continuar con la práctica de las pruebas cuestionadas y que no se concediera valor probatorio a las ya practicadas.

75. La Corte Constitucional resuelve en favor de la accionante revocando los fallos adoptados en primera instancia, concediendo la tutela de los derechos al debido proceso y a la intimidad. Asimismo, ordena excluir el acervo probatorio viciado del proceso penal, e instruye prevenir a los funcionarios judiciales competentes de abstenerse de ordenar la práctica de pruebas que "invaden de manera irrazonable o desproporcionada el derecho a la intimidad", o que "tengan con finalidad demostrar que de la vida íntima anterior o posterior de la mujer se infiere que prestó su consentimiento a un acto sexual completamente separado al que fue objeto de denuncia".

76. En relación a esta decisión, la Comisión destaca la mención hecha por la Corte Constitucional respecto a las disposiciones contenidas en la Convención de Belém do Pará, así como de decisiones de la Comisión Interamericana, a la luz del análisis realizado por dicho Tribunal respecto de "los derechos de las víctimas de delitos sexuales en el derecho internacional, el derecho comparado y el derecho nacional". Según lo indicado por la organización *Corporación Sisma Mujer* en su respuesta al cuestionario, esta decisión: "Concede tutela a la mujer víctima de violación, para que no sean tenidas en cuenta en el proceso pruebas decretadas y practicadas que estaban dirigidas a investigar la conducta de la víctima y no a esclarecer los hechos. No obstante esta sentencia, además de la incorporación a la legislación interna colombiana de las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma en relación con la violencia sexual, jueces y fiscales continúan solicitando, decretando y practicando pruebas de este tipo".

77. En ese sentido, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

> "A partir de la década de los años 80, y tomando como base instrumentos internacionales que consagran, entre otros, los derechos a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, a la honra y a la intimidad, así como el acceso a la justicia, se han emitido, tanto en el contexto americano, como en el europeo y en las Naciones Unidas, principios, directrices y orientaciones para armonizar los derechos fundamentales de los investigados y acusados a un debido proceso y a la defensa, con los derechos de las víctimas dentro del proceso penal. Algunas de estas directrices, que enfatizan el respeto por la dignidad de las víctimas, han puesto especial atención a la protección y garantía de los derechos de víctimas de delitos sexuales, en el entendido que este tipo de conductas afectan gravemente la integridad física y psicológica de las personas, así como su dignidad como seres humanos, los cuales pueden verse gravemente afectados si se permite que el proceso penal conduzca a una nueva victimización.

> […]
> En efecto, algunos instrumentos internacionales de los que Colombia hace parte, han abordado el tema de la protección de las víctimas de violencia sexual dentro del proceso penal, y han reconocido la obligación de las autoridades de dar a las víctimas un trato digno y respetuoso, y adoptar medidas para reducir los riesgos de la doble victimización que pueda ocasionarse en la práctica de pruebas o de otras diligencias judiciales, o en el manejo de la información sobre los hechos del proceso y la identidad de las víctimas.
>
> […]
> Por su parte, la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", estableció como deberes de los Estados, los siguientes:
> Artículo 7. Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (…)
> b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
> (…)
> d) 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;
> e)Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
> f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; (…) (resaltado agregado al texto)".

78. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional también se refirió a decisiones de la CIDH en casos relacionados a víctimas de delitos sexuales. Al respecto, la Corte precisó:

> "Algunas de estas recomendaciones sobre protección a la intimidad y dignidad de las víctimas de delitos sexuales han sido aplicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Europea de Derechos Humanos. Así por ejemplo, en el Caso No. 12.350 contra Bolivia, la Comisión protegió la intimidad de la víctima y peticionaria, empleando un nombre ficticio, teniendo en cuenta la naturaleza de las violaciones y su posible impacto negativo en la vida privada de la víctima. Otro ejemplo se encuentra en el Caso No. 11.565 contra México, en el cual la Comisión declaró la admisibilidad del caso, a pesar de que todavía

existían recursos internos. En ese caso, la Comisión consideró que no era posible agotar los mecanismos internos de protección de las víctimas, debido a que el fiscal competente para conocer del caso, era el mismo ante el cual las víctimas se habían negado a permitir la realización de un examen ginecológico adicional, por considerarlo una forma de tortura sicológica".

- *Violencia sexual e instrumentos internacionales de derechos humanos:* Proceso No. 23508 – Recurso Extraordinario de Casación Penal. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia – 23/09/2009, Colombia.

79. Esta decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia – presentada por el Estado con su respuesta al cuestionario –versa sobre un proceso penal que se inició por la denuncia interpuesta por S.P.L.D de 23 años de edad, en contra del señor N.A.O.C, por los hechos ocurridos el día 8 de enero de 2002, en los cuales el acusado "se abalanzó con la camioneta que [solía] conducir, la lesionó con dicho vehículo en la rodilla, la intimidó con un arma de fuego y se la llevó al apartamento de éste […] en donde la golpeó varias veces, en medio de injurias y amenazas, para obligarla a tener sexo oral, al igual que para penetrarla por la vía anal"[92].

80. En la decisión se resolvió el recurso extraordinario de casación penal interpuesto por el señor N.A.O.C, acusado por el delito de acceso carnal violento, en contra de una sentencia de segunda instancia que, habiendo revocado una sentencia absolutoria del Juzgado Penal de primera instancia, condenó en su lugar al acusado a la pena principal de cien meses de prisión "como autor responsable de la conducta punible de acceso carnal violento".

81. De acuerdo a lo indicado en la referida decisión, la sentencia de primera instancia, había establecido que la víctima tenía la "intención de perjudicar al procesado, ya que entre los dos había existido una relación sentimental que, aunque tormentosa y difícil, fue tan consentida como estable con el paso del tiempo, por lo que no era posible asegurar en el grado de certeza que el acto sexual llevado a cabo el 8 de enero de 2002 había sido contrario a la voluntad de la primera". No obstante, la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, revocó dicha decisión indicando, entre otras cosas, que "la primera instancia no podía cuestionar la credibilidad de la denunciante tan solo por el hecho de que ella y el procesado hubieran sostenido relaciones de contenido sexual durante más de ocho años, pues, sin perjuicio de la naturaleza o la modalidad en que puedan ser catalogadas las mismas, ambos coincidieron en afirmar que no se trataba de un noviazgo formal, e incluso hay documentos que demuestran la existencia de escándalos, amenazas, agresiones e injurias de las que la mujer fue víctima".

[92] En su denuncia, la señora S.P.L.D también había indicado que "a la edad de catorce o dieciséis años, conoció al agresor cuando ella era estudiante de la referida institución educativa y que, desde aquel entonces, ha[bía] sido acechada, celada, maltratada, fotografiada, explotada de manera económica, obligada a abortar y accedido en un principio en forma violenta y luego de manera consentida (en el sentido de que acataba todas sus exigencias con la esperanza de que la dejara en paz), sin que el miedo y la turbación le hubieran permitido acudir a denunciarlo penalmente, ni mucho menos dejar de aparentar frente a los demás que lo que ambos sostenían era una relación de noviazgo".

82. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala de Casación Penal conoció del recurso interpuesto por el acusado indicando que el "problema jurídico" propuesto se centraba principalmente en establecer si era posible "excluir el ingrediente normativo de la violencia en el tipo de acceso carnal violento". En ese sentido, la Sala procedió a realizar el análisis del asunto planteado determinando, entre otros aspectos, cómo tienen que abordarse en el proceso penal los delitos sexuales por parte de los operadores de justicia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales y las normas de derecho interno que aluden a la protección de los derechos fundamentales de la mujer.

83. Al respecto, la Comisión observa que el contenido de la sentencia incluye un capítulo destinado al estudio de la "protección de los derechos fundamentales de la mujer y de los delitos sexuales", en el cual se hace referencia a ciertos estándares del sistema interamericano de derechos humanos sobre la materia, específicamente algunas disposiciones contenidas en la Convención de Belém do Pará. En este sentido, la Comisión destaca los siguientes extractos de la referida decisión:

> "De igual forma, la *Convención Interamericana de Derechos Humanos* de 22 de noviembre de 1969 (o *Pacto de San José de Costa Rica*), aprobada en nuestro país por la ley 16 de 1972, señaló que los Estados parte deben comprometerse "*a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de* […] *sexo*", y que todos los seres humanos "*tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*".
>
> Por otra parte, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (o *Convención de Belém do Pará* –Brasil), suscrita el 9 de junio de 1994 y aprobada en nuestro país mediante la ley 248 de 1995, afirmó que "*la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres*".
>
> Así mismo, precisó que "*debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*".
>
> Adicionalmente, advirtió que la "*violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica*"
> "*a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.*
> "*b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar*".

En análogo sentido, resaltó que "*[e]l derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros,*"
"*a) El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y*
"*b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación*".

También introdujo como obligación de los Estados que suscribieron la Convención la de "*adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente*":
"*a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.*
"*b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
"*c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.*
"[…] *e) Tomar todas las medidas apropiadas* […] *para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.*
"*f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos*".

Igualmente, previó el deber de "*adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas, para*"
"*b) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres* […] *para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer*".

Por último, aclaró que, para la adopción de todas esas medidas, los Estados miembros
"[…] *tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad*".

Es de destacar además que esta *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* tuvo como uno de sus

referentes la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993, en la que se aludió, entre otros, a la obligación de
"[…] *evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer*".

84. Aunado a lo anterior, la Sala Penal también destacó que:

En el ordenamiento jurídico interno, por otro lado, la Constitución Política consagró que "*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República* […] *fundada en el respeto de la dignidad humana*", que "*reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienable de la persona*" y en donde todos "*recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo*", para lo cual "*protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*".

Así mismo, dispuso en forma inequívoca que "*[l]a mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades*" y que ésta "*no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación*".

85. De esta manera, teniendo en cuenta el marco normativo indicado, la Sala señaló lo siguiente:

"Conforme al marco normativo reseñado en precedencia, salta a la vista que los delitos sexuales en general, y en especial el tipo de *acceso carnal violento* previsto en el artículo 205 de la ley 599 de 2000 (que, en armonía con lo señalado en el artículo 212 ibídem, contempla una sanción punitiva para todo aquel que, mediante violencia, le penetre a otra persona por la vía vaginal, anal u oral el miembro viril, o cualquier otra parte del cuerpo, o incluso un objeto), no sólo buscan prevenir, castigar y erradicar específicos comportamientos de los que, en la práctica, suelen ser víctimas las mujeres, sino que, al mismo tiempo, deben ser interpretados por todos los operadores de la norma, incluidos los defensores, de manera tal que no incorporen discriminación alguna en contra de aquéllas, ya sea por costumbres, prácticas e intervenciones en apariencia ajustadas a derecho, o por cualquier otra clase de manifestación que en forma directa o indirecta contenga prejuicios, estereotipos o patrones de conducta tendientes a exaltar, sugerir o proponer la superioridad de un sexo sobre otro.

Esta necesidad de adecuar las prácticas de los profesionales del derecho a los parámetros nacionales e internacionales en materia de protección de la mujer no restringe el derecho del procesado a una representación eficaz, ni mucho menos la libertad que le asiste al asistente letrado de escoger la estrategia defensiva que a bien tenga, pues si bien es cierto que este último está obligado

a la parcialidad (es decir, a actuar de manera exclusiva en pro de los intereses subjetivos de su prohijado), también lo es que cumple con una función de interés público en el proceso, consistente en garantizar, dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho, el respeto irrestricto de las garantías fundamentales, principalmente del defendido, pero a la vez de todos los involucrados en la actuación.

Por lo tanto, ningún acto procesal del abogado en la interpretación del alcance del tipo de *acceso carnal violento* y de los demás delitos sexuales puede contener de forma explícita o implícita cualquier argumento, valoración o postura que atente en contra del derecho de la mujer de disfrutar una vida digna y libre de violencia, segregación o reincidencia en el papel de víctima, ni mucho menos derivar de una concreta situación de vulnerabilidad provecho alguno en beneficio del procesado.

Por otro lado, también refulge que las normas que integran el bloque de que trata el artículo 93 de la Carta contemplan al *acceso carnal violento*, o violación, como una de las manifestaciones más graves de la delincuencia sexual cometida en contra de la mujer, sobre todo cuando se presenta en el hogar o proviene de sujetos con los que la víctima tiene relaciones interpersonales o de parentesco.

En este sentido, el informe de la Comisión de Derechos Humanos aludido en precedencia (*supra* 2.3) precisó que

"[…] *es motivo de especial preocupación la violencia sexual en Colombia. En 1995, el Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia emitió 11.970 dictámenes en la investigación de delitos sexuales en toda la nación. De las víctimas, el 88% eran mujeres, o sea, un promedio de 34 por 100.000 habitantes. Según la información, se estima que al año se perpetran 775 violaciones de adolescentes y que el índice de violaciones en ese grupo es de 3,5%. Sin embargo, sólo el 17% de las víctimas denuncian esos actos. Cabe señalar que los autores del 47% de esos atentados contra mujeres mayores de 20 años son parientes de la víctima*".

A su vez, la Corte Constitucional, en el fallo que declaró exequible la ley 248 de 1995 (aprobatoria de la *Convención de Belém do Pará*), manifestó que

"[…] *las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo* […]*, sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles prohibidos por la Constitución* […] *No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se*

*ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado e incluso, a veces, tácitamente legitimado*".

De ahí que, para la jurisprudencia en sede de revisión de tutela de dicha Corporación, las víctimas de delitos sexuales en el proceso penal

"[…] *tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionales inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión*".

86. En definitiva, la Sala luego de realizar el análisis correspondiente, decidió "NO CASAR" el fallo recurrido por el acusado, quedando firme la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

- *Intento de abuso sexual*: Decisión del Tribunal de Sentencia de La Unión de fecha 22 de diciembre de 2008, El Salvador.

87. En esta decisión, el delito fue imputado a un hombre de sesenta y seis años de edad por haber intentado abusar sexualmente de su sobrina de nueve años de edad. De acuerdo a lo indicado en la sentencia, en momentos en que el acusado trataba de abusar de la menor, el padre de ésta irrumpió en la habitación en donde se encontraban, por lo que el acusado habría dejado rápidamente el lugar, de ahí que la comisión del delito haya sido analizado "en grado de tentativa". Para fundamentar su decisión, el Tribunal correspondiente procedió a realizar un análisis sobre la calificación jurídica de los hechos relacionados con el delito de "violación en menor o incapaz en grado de tentativa". Al respecto, el Tribunal señaló lo siguiente:

"Respecto al delito atribuido al imputado […] el Tribunal entiende que el legislador estableció para este tipo de delitos, un capítulo genérico denominado "DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS AGRESIONES SEXUALES" en el Título cuarto llamado "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL", del Libro Segundo del Código Penal; del cual se desprende que el bien jurídico protegido es La Libertad Sexual de las personas, entendida ésta como la facultad consubtancial de la persona humana, de elegir el hacer o no hacer actos sexuales que estimulen las funciones de los órganos genitales; específicamente en el caso que nos ocupa La Libertad Sexual de una mujer que presenta signos inequívocos de enajenación mental y muy específicamente su intangibilidad o dignidad, esto es el derecho de la mujer a estar exenta o libre de cualquier daño de índole sexual; ha sufrido lesiones físicas como psíquicas; perjuicio protegido en nuestra Constitución de la República en su Art. 2 inc. 1º; así como también en los ordenamientos jurídicos internacionales vigentes y ratificados en nuestro

> país, tales como: La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer, que en sus Arts. 1, 2 y 3 que en lo esencial establece "Que la mujer por su condición debe estar excluida de toda violencia física, moral y psicológica, enfatizando más que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado". Así mismo la Convención de Belén Do Pará, que en su Art. 3 dice: "Que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia", violencia que la misma convención define en su Art. 1 como: "Cualquier acción o conducta basada en su género que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como también privado". Previo a entrar al análisis de los medios de prueba, este Tribunal en atención a la facultad concedida en el Art. 344 C. P. P. debe de calificar el hecho a la figura penal que mejor se adecua a la acción cometida"[93].

88. Adicionalmente, el Tribunal realizó las siguientes consideraciones sobre el testimonio brindado por la niña víctima de la agresión sexual:

> "[…] se ha vuelto algo frecuente en el ejercicio de la acción penal encontrarnos a los menores de edad en dos condiciones fundamentales como víctima o como testigo del delito. La menor de edad (niña) no es una víctima cualquiera, es una víctima especialmente vulnerable, no solo se enfrenta a las consecuencias que para él y su entorno genera el delito, sino también al hecho de que ha de participar en todas las fases del procedimiento de investigación y enjuiciamiento con los elementos negativos que puede comportar. Junto a los efectos inmediatos del delito puede ver en riesgo su desarrollo psicosocial y afectar a sus capacidades personales de adaptación a largo plazo. Estos efectos se ven incrementados si consideramos que la naturaleza de los delitos en los que se ven implicados como víctimas o como testigos".

89. Finalmente, el Tribunal declaró al imputado responsable por el delito de violación en perjuicio de la menor y decretó una pena de siete años de prisión.

---

[93] Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas por el Tribunal sobre la calificación jurídica de este delito, determinó que en el caso se habían cumplido los requisitos del tipo penal en cuestión, a saber: "A) Comportamientos de objetivo contenido sexual […]B) Que la menor víctima tenga menos de quince años de edad […]C) Por haber sido perpetrado en un menor de edad con, o por su misma minoría de edad se haya expuesto en una circunstancia que no le haya sido posible evitarla, valiéndose el imputado de ello para cometer el delito […]D) No haberse consumado el hecho, por circunstancias ajenas a la voluntad del imputado".

- *Violación sexual contra una niña*: Recurso de casación en el fondo interpuesto por el licenciado C.E.C.G. contra la sentencia de segunda instancia No. 82 de 10 de septiembre de 2007, dictada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia dentro del proceso seguido a E.R.G., 5 de julio de 2010, Panamá[94].

90. Este fallo se relaciona al delito de violación sexual cometido en perjuicio de una menor de edad, M.I.P.A. La Sala determinó que no era procedente el recurso de casación interpuesto por el condenado contra la sentencia "proferida por el Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, que revocó la sentencia absolutoria […] y en su lugar condenó a Eric Rosas Gómez […] por el delito de violación carnal en perjuicio de M.I.P.A.". Para fundamentar su decisión, la Sala procedió a analizar los errores en derecho alegados por el recurrente, en particular los relacionados con la "apreciación de la prueba" que fundamentó la sentencia que se pretendía casar.

91. En ese sentido, la Sala determinó que "en este caso en particular se trata de un proceso judicial en el cual queda constatado el perjuicio sufrido por una adolescente que ha sido objeto de violación sexual, lo que conlleva el menoscabo de sus derechos humanos de mujer". Asimismo, razonó que la víctima había sido "agredida sexualmente por un sujeto que abusó de su confianza y la abandonó en un sitio de ocasión, afectándose con ello su integridad y autodeterminación sexual [asimismo, se había visto] obligada a ventilar estos hechos ante familiar y extraños […] lo que evidentemente tra[ía] consigo su revictimización". Sobre el problema de la violencia contra la mujer, la Sala constató lo siguiente, haciendo referencia a la Convención de Belém do Pará:

> "Es oportuno reiterar que la violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos fundamentales limitando total o parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos humanos, que de conformidad con los compromisos internacionales adquiridos como suscriptores de la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belém Do Para", y la Convención de los Derechos del Niño, en la que específicamente se dispone que los Estados Partes adopten medidas de protección a las niñas y niños contra toda forma de perjuicio que éstos puedan sufrir, comprendidas desde la investigación, tramitación y observación ulterior de los casos, no se puede soslayar el examen integral del caudal probatorio.

[94] El Estado de Panamá respondió el cuestionario identificando un número de decisiones judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia. Tres de las sentencias presentadas están relacionadas con causas penales originadas en agresiones a la vida y a la integridad física de las mujeres; y una cuarta se encuentra vinculada con el delito de violación sexual. Del análisis de los fallos mencionados por el Estado, la Comisión observa que en general, en estas decisiones existen referencias puntuales a los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, concretamente los relacionados con el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. En este sentido, las decisiones indicadas hacen referencia al contenido de la Convención de Belém do Pará, como parte clave del marco normativo que debe regir el análisis de casos relacionados con la temática indicada. En esta sección se presentan extractos de los fallos mencionados por el Estado.

> En este caso en particular se trata de un proceso judicial en el cual queda constatado el perjuicio sufrido por una adolescente que ha sido objeto de violación sexual, lo que conlleva el menoscabo de sus derechos humanos de mujer".

- *Violencia sexual contra mujer con discapacidad*: Tribunal Primero de Primera Instancia en Función de Juicio con Competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Expediente Nº KP01-P-2007-002312, 29 de octubre de 2008, Venezuela[95].

92. Los hechos de este caso se relacionan con el delito de violencia sexual. De acuerdo a lo indicado en la sentencia, el "sujeto pasivo" de este delito "debe ser […] en particular una mujer con discapacidad física o mental". En este caso, la víctima era "una mujer adulta, de 26 años de edad, pero que padec[ía] de un retardo mental moderado, tal como [había quedado] demostrado [en el proceso]". En este sentido, el Tribunal estableció que la situación de especial vulnerabilidad de la víctima, se debía a su "discapacidad [ya que] no [tenía] discernimiento, por lo tanto no [tenía] la posibilidad de consentir o no un acto sexual". Adicionalmente, el Tribunal indicó que para estos casos "no se requiere el uso de la violencia física o de la amenaza, basta con que exista el coito […] y que la víctima no se encuentre en capacidad de consentir libremente dicho acto sexual, para que se cumpla con el tipo penal de acto carnal con víctima especialmente vulnerable". En este fallo, la Comisión destaca el análisis realizado por el Tribunal sobre el contenido de este tipo penal indicando:

> "El bien jurídico tutelado en este tipo penal es la 'Libertad Sexual' […] porque afecta el derecho de disponer sobre su sexualidad la mujer, su derecho de disponer sobre su propio cuerpo, derechos estos que deben

[95] El Estado de Venezuela respondió al cuestionario remitiendo una serie de decisiones judiciales emitidas por los Tribunales de Violencia contra la Mujer a nivel nacional, con base a las disposiciones contenidas en la "Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia". De acuerdo con la información aportada como anexo por el Estado en su respuesta al cuestionario, concretamente en el texto de la "Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia", en su artículo 116 se establece la creación de estos tribunales en los siguientes términos: "Se crean los Tribunales de Violencia contra la Mujer que tendrán su sede en Caracas y en cada capital de Estado, además de las localidades que determine el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura". El Estado indicó que la adopción de esta Ley tiene como objetivo "prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en cualesquiera de sus manifestaciones y ámbitos, impulsando cambios en los patrones socioculturales que sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, para favorecer la construcción de una sociedad justa democrática, participativa, paritaria y protagónica".

Concretamente, el Estado presentó extractos de catorce decisiones judiciales presentadas de forma esquematizada en "el orden sustentado en los delitos que se encuentran contemplados en la Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia". De acuerdo a la sistematización hecha por el Estado, los fallos mencionados están vinculados a los temas de i) violencia psicológica; ii) acoso u hostigamiento; iii) violencia física; iv) violencia sexual; v) acto carnal con víctima especialmente vulnerable; vi) actos lascivos; vii) violencia laboral; viii) violencia patrimonial y económica; ix) esterilización forzada; x) ofensa pública por razones de género; y xi) trata de mujeres, niñas y adolescentes. En esta sección se presentan extractos de varias de estas sentencias en las cuales se hace una referencia expresa al contenido y las disposiciones de la Convención de Belém do Pará.

> ser protegidos por estar vinculados a la 'integridad y dignidad de la mujer como ser humano'.
>
> […]
> Este delito es considerado como una de las formas más comunes y degradantes en las que se ejerce la Violencia contra la Mujer, el cual encuentra su regulación inclusive en Convenciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém Do Pará), dispone en su artículo 1 relativo a la Definición y Ámbito de Aplicación de la misma textualmente lo siguiente: 'Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado'"[96].

93. Aunado a lo anterior, la Comisión observa que en el referido fallo, el Tribunal tuvo en cuenta varios estándares internacionales sobre la definición del delito de violencia sexual. En particular, la CIDH destaca que la sentencia se refiere, entre otras, a la decisión de fondo de la CIDH en el caso de *Raquel Martín de Mejía* discutido anteriormente:

> "En nuestro Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana, en el Informe 5/96, caso Nº 10970 del 1 de Marzo de 1996, se refirió a este delito en los siguientes términos: […] la violación causa sufrimientos físicos y psicológicos en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento del hecho, las víctimas son habitualmente lesionadas y, en algunos casos, pueden quedar embarazadas. El hecho de haber sido objeto de abusos de esta naturaleza también causa un trauma psicológico que se origina, por una parte, en la humillación y daños sufridos, y por otra, en la posible condena de sus propias comunidades si denuncias lo ocurrido"[97].

[96] Habiendo acreditado los elementos del tipo penal y la situación de especial vulnerabilidad de la víctima, el Tribunal indicó además que el delito analizado "requ[ería] dolo como elemento subjetivo del tipo" lo que había quedado acreditado en virtud de que el agresor "valiéndose de la relación de confianza existente por ser visto por la agraviada como el Pastor Evangélico […] previendo que la víctima se encontraba sola en su residencia, y sacando ventajada de que la víctima padece retardo mental, la constriñó a soportar ser penetrada carnalmente en contra de su voluntad". Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal determinó la culpabilidad del acusado estableciendo una condena de 17 años y 6 meses de prisión.

[97] La Comisión observa además las referencias hechas en la sentencia sobre la definición de este delito, de acuerdo a decisiones del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en su sentencia del 16 de noviembre de 1998; el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, en su decisión de 2 de septiembre de 1998 (Caso Akayesu); y una decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Caso Aydin vs. Turquía) del 25 de septiembre de 1997. Sobre la base de estas referencias el Tribunal indicó que "dichos Instrumentos Internacionales y la Jurisprudencia Internacional, han sido desarrollados por la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, [con la que] se pretende dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar, por parte del Estado, el goce y ejercicio irrenunciable e interdependiente de los derechos humanos de las mujeres, así como su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sin ningún tipo de limitaciones".
Continúa...

94. Adicionalmente, la sentencia avanza un análisis importante sobre el derecho de la víctima a ser oída en el curso del proceso. Al respecto, el Tribunal consideró en primer lugar que "los hechos […] se encontra[ban] referidos a uno de los delitos […] en los cuales se constituye la posibilidad de mínima actividad probatoria la declaración de la víctima, por la imposibilidad de que exista otro testigo directo"[98]. No obstante, tuvo en cuenta que:

> "[…]la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, es la concreción de la Convención Belém Do Pará, ratificada por Venezuela mediante Ley Aprobatoria del 24 de noviembre de 1994, sancionada por el Presidente de la República el 16 de enero de 1995, y publicada en Gaceta Oficial en esa misma fecha, por lo que la resolución de esta situación tiene que partir de la especial naturaleza de los delitos de violencia de género, y en particular de delitos que impliquen violencia sexual, ya que ellos no pueden encuadrarse dentro de los delitos comunes, ya que se correría el riesgo de que dichos delitos queden impunes".

95. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal procedió a realizar un análisis sobre la "ponderación de [los] derechos constitucionales enfrentados"[99], y al respecto concluyó que:

> "[…] por constituir una obligación indeclinable de este Juzgador garantizar a la víctima su derecho a ser oída y a intervenir en un juicio que le interesa de manera directa, ya que la afecta y la ha afectado, y conforme al derecho de la agraviada en el presente de intervenir en el proceso aún cuando no se haya querellado, conforme al contenido del artículo 37 de la Ley Orgánica Especial, es por ello que con base a principio elementales de justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 2, 21.2 y 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los artículos 4 en su encabezamiento y literales "f" y "g", artículos 7 literal "f" todos de la Convención Interamericana par Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém Do Pará), los artículos 1, 10 y 37, de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y conforme al artículo 13 del Código Orgánico

...continuación
Asimismo, el Tribunal indicó que "queda evidenciado de los aportes jurisprudenciales y doctrinarios a los que nos hemos referido, sobre la gravedad del delito que nos ocupa en la presente causa penal, lo cual ha sido tenido en consideración por este Juzgador para la aplicación de la pena, atendiendo al principio de proporcionalidad".

[98] Concretamente, las consideraciones realizadas por el Tribunal sobre este punto estaban referidas al hecho de que la declaración de la víctima no había sido promovida como medio probatorio.

[99] Concretamente, el Tribunal indicó que "[…] los Órganos Jurisdiccionales deben atender en las resoluciones no sólo apego estricto a la letra de la ley, si no que deben considerar los valores fundamentales que son propugnados por nuestro Estado entre ellos la Justicia y la Igualdad, […] los derechos del colectivo deben encontrarse por encima de los derechos individuales, a los fines de mantener la paz social, y ello pasa por hacer justicia, por ello la solución a este tipo de situaciones es aplicar la "ponderación de derechos constitucionales" enfrentados".

> Procesal Penal, a lo fines de buscar la verdad de los hechos considera este tribunal que es necesario escuchar a la víctima, y tomando en consideración su estado mental, el Tribunal se hizo asistir de una experto médico psiquiatra, por no haberse constituido aún el equipo interdisciplinario, y en esos términos y condiciones fue recepcionado dicho testimonio"[100].

- *Agravantes*: Sentencia, Corte de Apelaciones, Antofagasta, 11 de mayo de 2007, Chile.

96. Esta sentencia versa sobre un recurso de nulidad presentado por un defensor penal público en contra de una sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. La sentencia impugnada condenó a la pena única de presidio simple al acusado C.A.C.V. como autor de tres delitos de violación. El defensor sostuvo que el Tribunal incurrió en la causal de nulidad establecida en el Código Procesal Penal dado que en la sentencia se aplicó de forma errónea e inconstitucional al derecho la agravante establecida en el artículo 12 N. 18 del Código Penal – "cometerse el delito en la morada de la mujer". Sostuvo específicamente que este agravante "no se aviene con la normativa constitucional de trato igualitario entre las personas y la prohibición de discriminación arbitraria en la normativa internacional de derechos humanos". Por estas razones, solicitó en concreto que la norma no fuera aplicada haciendo referencia al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, varias disposiciones del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, y a la Constitución Política de la República.

97. La Corte de Apelaciones concluyó que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no incurrió en error alguno al aplicar la agravante. Por el contrario, consideró que este Tribunal dio estricta aplicación a las normas legales vigentes y en sintonía con las normas internacionales, presentando las siguientes consideraciones:

> SEGUNDO: Que en primer lugar, cabe tener presente que el recurrente no cuestiona los hechos que el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal tuvo por acreditados ni la concurrencia de las demás circunstancias que agravan la responsabilidad del sentenciado, por los delitos de violación cometidos el 24 de noviembre de 2005, 15 y 22 de enero de 2006 en la ciudad de Tocopilla.
>
> TERCERO: Que las normas constitucionales e internacionales citadas por el recurrente están referidas a la igualdad de derechos, deberes y ejercicio de los mismos, señalando expresamente el artículo 1º de la Constitución Política de la República que las personas nacen libres e iguales en dignidad y agrega el inciso tercero "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible,

[100] Adicionalmente, la Comisión observa que en estas consideraciones el Tribunal también tuvo en cuenta el contenido del artículo 2 de la Convención de Belém do Pará.

con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

CUARTO: Que el artículo 12 del Código Penal señala: Son circunstancias agravantes:... Nº 18 "Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso".

QUINTO: Que las circunstancias de agravación representan estados o situaciones buscados, aprovechados o producidos por el agente que aumentan su responsabilidad criminal, por cuanto revelan en él una mayor perversidad moral y peligrosidad social (página 250, Gustavo Labatut Glena, Derecho Penal, Tomo I, 8º Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile).

SEXTO: Que tampoco se afecta el principio de igualdad ante la ley, por cuanto todas las personas que ejecuten el hecho en las circunstancias previstas en el artículo 12 numeral 18 del Código Penal se les aplicará esta agravante.

SEPTIMO: Que en este orden de ideas, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, al imponer al sentenciado en calidad de autor la pena por los delitos de violación en perjuicio de Sonia Isabel Martínez Canales y Carla del Carmen Bordones Silva con fecha 15 y 22 de enero de 2006, signados con los números 2) y 3), aumentada por aplicación de la agravante contemplada en el artículo 12 Nº 18 del Código Penal, no incurrió en error alguno, sino que por el contrario, dio estricta aplicación a las normas legales vigentes.

MUJERES EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

- *Mujeres desplazadas y su particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos*: Sentencia T-025 de 2004 y Auto 092 de 2008, Corte Constitucional, Colombia.

98. La CIDH se ha pronunciado de forma reiterada sobre el grave impacto del desplazamiento forzado en las mujeres, las cuales constituyen aproximadamente la mitad de la población desplazada en Colombia. Ha manifestado su preocupación ante las consecuencias especiales que tiene el desplazamiento en las mujeres, sobre todo el "cambio radical, traumático y repentino de estructura familiar y roles, geografía, cultura, comunidad y condición socioeconómica y exposición a amenazas, violencia y discriminación basada en su género por parte de los actores del conflicto que causaron el desplazamiento o de las poblaciones receptoras"[101].

[101] CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 70; CIDH, Capítulo V, *Informe Anual 2009*, *Informe de Seguimiento - Las Mujeres Frente la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia,* párr. 27.

99. En dicho contexto de preocupación, ha reconocido como un avance positivo la publicación de sentencias y autos por parte de la Corte Constitucional de Colombia, fijando estándares trascendentales de protección para la población desplazada, en particular para las mujeres.

100. Una de las primeras sentencias discutidas por la CIDH sobre este tema fue la Sentencia T-025 de 2004, la cual aborda una serie de derechos de la población desplazada que están siendo vulnerados al interior del país y la necesidad del Estado colombiano de asegurar un nivel de protección para esta población. La Corte Constitucional en dicha sentencia identifica el mínimo de protección que la población desplazada debe recibir por parte del Estado, la cual comprende una serie de derechos relevantes para las mujeres, incluyendo: a ser registrada, a especial protección; a ayuda inmediata por el término de tres meses; a la entrega de un documento que acredite su inscripción en una entidad promotora de salud; a retornar en condiciones de seguridad; y a que se identifiquen circunstancias específicas de su situación personal para definir cómo puede generar ingresos, entre otros derechos[102].

101. La CIDH ha destacado que para efectos de las mujeres, esta decisión es de suma importancia ya que la Corte establece expresamente "la importancia de consultar la opinión de las mujeres en la definición de programas de atención humanitaria, la necesidad de superar la visión asistencialista que refuerza o reproduce prácticas discriminatorias contra las mujeres y la pertinencia de formular una política pública de atención diferencial, en especial en dos aspectos: incluir el sexo como criterio sospechoso de discriminación para la interpretación de la ley 387 de 1997 y adaptar los sistemas de información para contar con datos actualizados desagregados por sexo"[103]. En el marco de la sentencia, la Corte Constitucional hace referencias importantes a los estándares del sistema interamericano de derechos humanos sobre la materia, pronunciándose en los siguientes términos:

> "No obstante la importancia de la línea jurisprudencial en materia de desplazamiento forzado, la presente sección no tiene como objetivo hacer un recuento exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte en la materia, sino, en primer lugar, determinar el alcance de los derechos de la población desplazada que han sido protegidos por esta Corporación, teniendo en cuenta tanto el marco constitucional y legal, como la interpretación del alcance de tales derechos que fue compilado documento internacional de los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno de 1998. Este último documento compendia lo dispuesto sobre desplazamiento interno en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional humanitario y –por analogía - en el derecho internacional de los refugiados, y contribuye a la

[102] CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 191.

[103] CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 192.

> interpretación de las normas que hacen parte de este sistema de protección[104]".
>
> ....También ha resaltado esta Corporación que, por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas –en su mayor parte mujeres cabeza de familia, niños y personas de la tercera edad - que se ven obligadas "a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional" para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades: "Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado". En ese mismo orden de ideas, ha indicado la Corte "la necesidad de inclinar la agenda política del Estado a la solución del desplazamiento interno y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos de la agenda pública", dada la incidencia determinante que, por sus dimensiones y sus consecuencias psicológicas, políticas y socioeconómicas, ejercerá este fenómeno sobre la vida nacional".

102. La Sentencia T-025 fue seguida del Auto 092-08 de la misma Corte, dictado para proteger los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado. En el marco de este fallo, la Corte Constitucional verificó que el desplazamiento forzado tiene un impacto desproporcionado en las mujeres por los diversos riesgos de género identificados como causas del desplazamiento.

103. La CIDH se ha pronunciado sobre este Auto, considerándolo como "trascendental para la prevención del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres, así como en la atención y la protección de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado"[105]. En la sentencia, la Corte identificó diez riesgos que enfrentan las mujeres causados por el desplazamiento, incluyendo el riesgo de violencia sexual por la gravedad y generalización de dicha forma de violencia y 18 facetas de género del desplazamiento forzado que impactan de manera diferenciada a las mujeres, incluyendo patrones de discriminación y violencia, entre otros riesgos. Por lo cual, la Corte estableció el deber de las autoridades de prevenir el impacto desproporcionado del desplazamiento sobre las mujeres y de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres afectadas por dicho fenómeno, y ordenó el diseño e implementación de 13

[104] La Corte en su nota 22 menciona a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entre los organismos que "han recomendado la aplicación de estos principios por parte de diversas autoridades de los Estados en los que se presente el problema del desplazamiento interno forzado...".

[105] CIDH, *Informe Anual 2009*, Capítulo V, *Informe de Seguimiento - Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia,* párr. 30.

programas para la protección de los derechos de las mujeres desplazadas, con la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otras entidades.

104. La Comisión destaca las siguientes consideraciones avanzadas por la Corte, usando como referente importante el precedente del sistema interamericano de derechos humanos:

> "a. En la presente providencia, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional adopta medidas comprehensivas para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado en el país y la prevención del impacto de género desproporcionado del conflicto armado y del desplazamiento forzado; tales medidas consisten, en síntesis, en (i) órdenes de creación de trece (13) programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública para la atención del desplazamiento forzado desde la perspectiva de las mujeres, de manera tal que se contrarresten efectivamente los riesgos de género en el conflicto armado y las facetas de género del desplazamiento forzado, (ii) el establecimiento de dos presunciones constitucionales que amparan a las mujeres desplazadas, (iii) la adopción de órdenes individuales de protección concreta para seiscientas (600) mujeres desplazadas en el país, y (iv) la comunicación al Fiscal General de la Nación de numerosos relatos de crímenes sexuales cometidos en el marco del conflicto armado interno colombiano.
>
> El presupuesto fáctico de esta decisión es el impacto desproporcionado, en términos cuantitativos y cualitativos, del conflicto armado interno y del desplazamiento forzado sobre las mujeres colombianas. El presupuesto jurídico de esta providencia es el carácter de sujetos de protección constitucional reforzada que tienen las mujeres desplazadas por mandato de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
>
> […]
> I.4.2. Obligaciones internacionales aplicables. Igualmente trascendentales son las obligaciones internacionales del Estado colombiano en relación con la prevención de la discriminación y la violencia contra la mujer, particularmente de las mujeres víctimas del conflicto armado, tales como las mujeres desplazadas. Estas obligaciones se derivan principalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, los cuales resultan directamente aplicables al problema de la prevención del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres, y protección de los derechos fundamentales de las mujeres efectivamente desplazadas por la violencia.
>
> […]

I.4.2.1. Obligaciones internacionales en el campo de la protección de los Derechos Humanos. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte recuerda las obligaciones estatales derivadas del derecho de las mujeres a vivir dignamente, libres de toda forma de discriminación y de violencia. Estas obligaciones están plasmadas, principalmente, en (a) la Declaración Universal de Derechos Humanos, (b) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (d) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y (e) la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer".

II.2 Impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres, en términos cuantitativos y cualitativos. Facetas de género del desplazamiento forzado.

Como consecuencia del impacto diferencial y agudizado del conflicto armado colombiano sobre las mujeres, éstas se han visto afectadas en forma manifiestamente desproporcionada por el desplazamiento forzado, en términos cuantitativos y cualitativos –es decir, con relación tanto al elevado número de personas desplazadas que son mujeres, como a la naturaleza diferencial y la profundidad con la que el desplazamiento forzado por el conflicto armado dificulta, obstruye o impide el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres afectadas. La dureza y desproporción con las que el desplazamiento afecta a las mujeres colombianas ha llevado a instituciones tales como la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a caracterizar el desplazamiento forzado en sí mismo como una manifestación típica de la violencia contra las mujeres en el marco del conflicto armado.

[…]
El desplazamiento interno tiene numerosas facetas de género que explican su impacto cualitativamente desproporcionado y diferencial sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de un número igualmente desproporcionado de mujeres. Las facetas de género del desplazamiento sobre las cuales se ha alertado a la Sala suman dieciocho en total y conllevan individualmente serias violaciones de los derechos constitucionales de las afectadas; su efecto acumulativo, que les refuerza recíprocamente y por lo tanto resulta manifiestamente contrario a la Carta Política y al principio de dignidad humana sobre el cual ésta se erige, afecta a la vez a la totalidad de las mujeres afectadas por el desplazamiento. Estas facetas de género se pueden agrupar en dos categorías principales: (1) los patrones de violencia y discriminación de género que de por sí preexisten en la sociedad colombiana y que se ven intensificados exponencialmente tanto por (a) las condiciones de vida de las mujeres desplazadas, como por (b) el impacto diferencial y agravado

de las fallas del sistema oficial de atención a la población desplazada sobre las mujeres, y (2) los problemas y necesidades específicos de las mujeres desplazadas como tales, que no son experimentados ni por las mujeres no desplazadas, ni por los hombres desplazados".

III. Impacto diferencial y agudizado del conflicto armado sobre las mujeres. Riesgos de género y cargas extraordinarias para las mujeres en el marco del conflicto armado. Enfoque diferencial estricto de prevención del desplazamiento forzado de las mujeres.

La Corte nota, de entrada, que ambas series de factores causantes del impacto diferencial y agudizado del conflicto armado sobre las mujeres, se derivan a su turno de la persistencia y prevalencia de patrones sociales estructurales que fomentan la discriminación, exclusión y marginalización que de por sí experimentan las mujeres colombianas en sus vidas diarias, con los alarmantes niveles de violencia y subordinación que le son consustanciales tanto en espacios públicos como en privados, y que les ubica en una posición de desventaja en el punto de partida para afrontar el impacto del conflicto armado en sus vidas. Organismos internacionales tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han resaltado en repetidas oportunidades "su preocupación por la discriminación por razón de género que afecta a las mujeres colombianas, en particular en los ámbitos de trabajo, educación y su participación en asuntos políticos, así como las diferentes formas de violencia", y han expresado su alarma por la ausencia de medidas estatales orientadas a eliminar los factores culturales ordinarios y "preexistentes" al conflicto armado, particularmente los estereotipos y representaciones sexistas o degradantes de la mujer, que fomentan su discriminación y sometimiento a la violencia – en especial la violencia sexual, la violencia intrafamiliar y la trata de personas. Tal y como se ha demostrado ante esta Sala, estos patrones estructurales preexistentes son potenciados, explotados, capitalizados y degenerados por los actores que toman parte en la confrontación armada; de allí que, como se verá, las mujeres afectadas por el conflicto interno sean víctimas de una espiral de agravación y profundización de la discriminación, exclusión y violencia de género que prevalecen de por sí en el país. Como lo explica la Comisión Interamericana:

*45. La CIDH ha manifestado reiteradamente que tanto los hombres como las mujeres colombianas que hacen parte de la población civil, ven sus derechos menoscabados dentro del conflicto armado colombiano y sufren sus peores consecuencias. Sin embargo, a pesar que los dos sufren violaciones de sus derechos humanos y cargan con las consecuencias del conflicto, los efectos son diferentes para cada uno. La fuente de esta diferencia es que las mujeres colombianas han sufrido situaciones de discriminación y violencia por el hecho de ser mujeres desde su nacimiento y el conflicto armado se suma a esta historia ya vivida. Para*

*las mujeres, el conflicto armado es un elemento que agrava y perpetúa esta historia. La violencia y discriminación contra las mujeres no surge sólo del conflicto armado; es un elemento fijo en la vida de las mujeres durante tiempos de paz que empeora y degenera durante el enfrentamiento interno.*

*46. En el ámbito del conflicto armado, todas las características que han expuesto a las mujeres a ser discriminadas y a ser sujetas de un trato inferior históricamente, sobretodo sus diferencias corporales y su capacidad reproductiva, así como las consecuencias civiles, políticas, económicas y sociales para ellas de esta situación de desventaja, son explotadas y abusadas por los actores del conflicto armado en su lucha por controlar territorio y recursos económicos. Una variedad de fuentes, incluyendo las Naciones Unidas, Amnistía Internacional y organizaciones de la sociedad civil en Colombia, han identificado, descrito y documentado las múltiples formas en que los derechos de las mujeres son menoscabados en el contexto del conflicto armado, por el simple hecho de ser mujeres.*

III.1.4 Riesgos derivados del contacto familiar, afectivo o personal -voluntario, accidental o presunto- con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados a posteriori por los bandos enemigos

Se trata en todos los casos de actos que, al decir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, constituyen parte de estrategias bélicas cuyo objetivo es "el lesionar, aterrorizar y debilitar al enemigo para avanzar en el control de territorios y recursos económicos. Las mujeres pueden ser víctimas directas o colaterales de distintas formas de violencia, como resultado de sus relaciones afectivas como hijas, madres, esposas, compañeras o hermanas. Esta misma entidad informa que "mediante actos de violencia física, psicológica y sexual, los actores armados pretenden intimidar, castigar y controlar a las mujeres por tener relaciones afectivas con miembros del bando contrario, por desobedecer las normas impuestas por los actores armados, o por participar en organizaciones percibidas como enemigas. Sin embargo, estos actos no sólo tienen como objetivo el deshumanizar a las víctimas como mujeres. Estas agresiones sirven adicionalmente como una táctica para humillar, aterrorizar y lesionar al 'enemigo', ya sea el núcleo familiar o la comunidad a la que pertenece la víctima".

[….]

III.4.6. En cuanto al riesgo específico de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado, es claro que éste entraña un desconocimiento grave de los derechos fundamentales

protegidos por la Constitución, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Las autoridades están en el deber inaplazable de adoptar medidas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar estas formas de violencia, proveyendo la debida atención a sus víctimas.

Por una parte, la violencia sexual está expresamente proscrita por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, que define la violencia contra la mujer en su artículo 1 como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado", y precisa esta definición en el artículo 2 aclarando que la violencia contra la mujer "incluye la violencia física, sexual y psicológica (…) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual", así como aquella violencia sexual "que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra". Las obligaciones positivas del Estado frente a la ocurrencia de la violencia sexual, y para prevenir su materialización, así como para asistir a sus víctimas, se describen en los artículos 7 y 8 de la referida Convención, transcritos anteriormente. Adicionalmente, en virtud del artículo 6 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Colombia tiene la obligación internacional de adoptar "todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer". Esta obligación internacional se refuerza con los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en virtud del Protocolo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. A un nivel más general, la violencia sexual constituye un desconocimiento frontal del derecho a la integridad personal, y según lo ha reconocido la jurisprudencia internacional, puede llegar a configurar el crimen de tortura si están dados los demás elementos requeridos, o bien una forma de trato cruel, inhumano o degradante".

- *Violencia contra las mujeres en el ámbito laboral*: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 00055, Expediente 03-00087-0505-LA, 04/02/2005, Costa Rica[106].

105. Dicha sentencia versa sobre un caso en donde la actora inició labores para la sociedad accionada desde 2000 hasta febrero de 2003, cuando dio por concluido su contrato de trabajo. Justificó esta decisión en el trato "soez, grosero e irrespetuoso" que recibió en varias ocasiones de parte del Director de la accionada. La actora acudió al sistema de justicia con el objetivo de que la sociedad accionada le cancelara montos correspondientes producto de la relación laboral. La sentencia de primera instancia falló parcialmente a favor de la actora, en cuanto a los extremos de vacaciones y aguinaldo, pero el Tribunal Superior de Trabajo de Heredia, al conocer de la apelación interpuesta contra este fallo, lo revocó y condenó a la sociedad accionada a pagarle a la actora sumas adicionales. En respuesta, el apoderado judicial de la sociedad demandada presentó varios agravios ante la Corte Suprema de Justicia.

106. La Sala Segunda de la Corte Suprema en su resolución hizo los siguientes pronunciamientos equiparando el maltrato laboral que la actora recibió con la violencia contra las mujeres, producto de conductas estereotipadas y discriminatorias de comportamiento y la desigualdad de poder entre hombres y mujeres en este ámbito:

> "En razón de los agravios expresados por el apoderado especial judicial de la demandada, la Sala se ha avocado al estudio del conjunto de las probanzas evacuadas a fin de valorar si los reparos hechos en el recurso, son de recibo. Respecto de la valoración dada a las declaraciones de la testigo C.D., es cierto que el Tribunal declinó admitir sus manifestaciones porque esa testigo no era compañera de la actora. El recurrente sostiene que el cambio de empresa no significó necesariamente el traslado de oficinas, porque éstas se mantuvieron siempre en el mismo lugar; más lo cierto es que efectivamente, del testimonio de la señora C.D. se desprende claramente que ella no era trabajadora de la sociedad accionada para el tiempo durante el cual la actora prestó sus servicios. En ese tiempo la testigo sólo frecuentaba las instalaciones o bien hablaba con su representante por teléfono, por lo cual, es lógico estimar que no le constara cuál era el estado de la situación personal en que se desenvolvía la relación laboral con la accionante. Por esa razón, resulta atinada la conclusión del Tribunal de que tal deponente no contaba con suficientes

[106] El Estado de Costa Rica presentó con su respuesta un anexo con información sobre sentencias emitidas por tribunales nacionales vinculadas con temas de igualdad de género y el principio de no discriminación. Los extractos presentados corresponden a resoluciones judiciales sobre el "derecho a la imagen de la mujer, no discriminación, acceso a la propiedad, protección de la mujer trabajadora, hostigamiento sexual, penalización de la violencia contra la mujer y otros". En este informe se discuten extractos de tres de las sentencias presentadas por el Estado abordando la violencia contra las mujeres en el ámbito laboral, discriminación en razón del matrimonio, y la discriminación contra las mujeres en los medios de comunicación, aplicando de forma explícita instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos.

elementos de juicio que aportaran alguna luz a lo que aquí se discute. Como segundo agravio, el recurrente sostiene que, la expresión de don Rafael -que le enseñara las piernas al juez para ganar el juicio- no es motivo para dar por roto el contrato de trabajo pues la actora como profesional en derecho sabe perfectamente que eso no es posible. Además, que las expresiones "pinche vieja" o "vieja gorda" son regionalismos expresados por el demandado con cariño. Sin embargo, tal argumentación es del todo inatendible.

El contrato de trabajo se desarrolla sobre la base de un contenido ético esencial, en el que las partes están obligadas a actuar conforme la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley..... Tal situación ha ameritado la adopción de una variada normativa incluso de reconocimiento internacional, que pretende tutelar de manera especial a las personas que debido a su particular condición pueden ser objeto de discriminación, violencia o injusticia, en las relaciones de trabajo.

Hemos de citar aquí, la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" conocida también como la "Convención de Belém do Pará", incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley No. 7499 de 2 de mayo de 1995. Como preámbulo que sirve de marco a esa Convención se lee: "Afirmando que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades; Preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres..." De conformidad con ese convenio toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (artículo 3). Ahora bien. La misma Convención se ocupa de definir en forma concreta que por violencia contra la mujer debe entenderse "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Como se advierte, la Convención de Belem do Pará, parte de un reconocimiento expreso a la presencia histórica de relaciones de poder que otorgan un trato desigual entre hombres y mujeres. Tales estructuras estereotipadas han permitido que ciertas acciones discriminatorias e injustas, hayan sido toleradas como normales, en detrimento del fundamental derecho humano a la libertad y a la igualdad, reconocidos de manera formal, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 1°, por el que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

El recurrente sostiene que las manifestaciones del demandado –a la actora- en el sentido de que le enseñara las piernas al juez para ganar un juicio, así como las expresiones “pinche vieja”, “vieja gorda” no eran motivo para que la actora diera por rota la relación laboral porque por su nivel profesional sabía que ello no procedía y que tales expresiones son regionalismos empleados con cariño de los que ningún trabajador se quejó. Tales justificaciones no pueden ser admitidas para tolerar semejantes conductas de irrespeto a la integridad personal y profesional, porque independientemente de que la actora conociera que aquella petición era del todo improcedente, esa sola manifestación es una afrenta a la condición de mujer profesional, que nadie está obligado a soportar en su persona, en tanto violatoria de la integridad moral y profesional de la persona. En nada justifica el actuar del demandado la circunstancia de que ninguno de los otros trabajadores se hubiera quejado en algún momento respecto de aquel trato, pues es entendible, que algunos comportamientos patronales que rozan con el irrespeto, son tolerados en silencio por los trabajadores por el temor a enfrentar a sus patronos; de modo que su silencio no puede aceptarse como una aceptación implícita. De los autos queda clara una constante actitud de irrespeto del demandado hacia la actora, que se refleja no sólo en expresiones de sesgo machista como el de insinuarle siquiera en broma que enseñara sus piernas a un juez para con ello ganar un caso, sino en reiteradas manifestaciones que tocan a su condición de mujer y que desembocaron finalmente en un trato evidentemente irrespetuoso y ofensivo que sin duda alguna, justificaron la válida decisión de la actora de dar por roto el contrato laboral, conforme lo autoriza el numeral 83 inciso b) del Código de Trabajo. [...] V.

No es cierto como menciona el recurrente que, en casos como el presente, existan leyes que obligan al trabajador a intentar -previo a dar por concluido el contrato de trabajo-, una conciliación. No tiene fundamento de ninguna naturaleza exigirle a la trabajadora o trabajador que, ante violaciones a derechos fundamentales como las presentadas en la relación laboral con la demandada, deba gestionar prevenciones de corrección a su patrono, porque ello implicaría aceptar que tales violaciones podrían tolerarse por el ordenamiento jurídico como válidas. El emplazamiento previo que en algunas ocasiones se exige al trabajador para dar por concluido válidamente el contrato laboral, es respecto del cumplimiento de obligaciones laborales que el patrono haya omitido y que en virtud del principio de buena fe, se le exige al trabajador para dejar constancia de que se trata de una negativa manifiesta del patrono a cumplir ese tipo de deberes. Tratándose de violaciones a derechos fundamentales de primer orden, como lo es la integridad de la persona, ninguna norma o principio puede obligar al trabajador a soportar ese tipo de lesiones, por tratarse de ofensas no reparables".

- *Homicidio*: Sentencia apelada dentro del proceso penal seguido a J.C.R. por el delito contra la vida y la integridad personal (homicidio) en perjuicio de E.E.J., 22 de octubre de 2008, Panamá.

107. Los hechos de este caso se relacionan con el homicidio cometido por el señor J.C.R. en perjuicio de E.E.J. a quien habría causado "una herida punzo cortante con arma blanca" ocasionándole la muerte. El agresor fue encontrado culpable por el delito de "homicidio simple" en la sentencia emitida por el Tribunal de primera instancia. Sin embargo, la apelación presentada por el Ministerio Público solicitó la modificación en la calificación del delito por el de "homicidio con premeditación". Al respecto, la Sala indicó que el delito cometido por el condenado, "no fue producto de un estado de emoción violenta" tal y como había establecido el Tribunal de primera instancia, ya que se debieron haber considerado "las circunstancias del lugar de ejecución, la calidad de los motivos determinantes y la conducta del sujeto activo anterior al hecho, presupuestos contemplados en la legislación penal".

108. En este sentido, la Sala tuvo en cuenta que según se desprendía del expediente, la víctima había sido objeto de amenazas y persecuciones previas por parte del acusado, por lo cual "resulta[ba] evidente que la actuación del procesado constituye un grave exceso de poder y de fuerza sobre una mujer que quería convertir en objeto de su propiedad, lo que no tiene justificación en la tesis de delito emocional". Por lo tanto, la Sala procedió a realizar la modificación correspondiente en la calificación del delito atribuido al señor J.C.R.

109. Concretamente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá hizo referencia a la Convención de Belém do Pará y al problema de la violencia contra la mujer en los siguientes términos:

> "Es oportuno resaltar el derecho que le asiste a toda persona a tener una vida libre de violencia, en el caso particular, el que tiene toda mujer tanto en el ámbito público como en el privado, tal como lo consagra el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención Belém Do Pará", aprobada por la República de Panamá, mediante Ley No. 12 de 20 de abril de 1995.
>
> Respecto a la violencia contra la mujer, la Sala Penal ha destacado que estos actos, "son muestras de un patrón de conducta proclive hacia la agresividad física, sexual o psicológica contra las mujeres, que no debe resultar extraño a los operadores judiciales dada la tendencia de esta forma de criminalidad en el mundo actual, donde se reconoce la vigencia de un enfoque de género, que visualiza la existencia de relaciones de jerarquía y desigualdad entre hombres y mujeres expresadas en opresión, injusticia, subordinación y discriminación, mayoritariamente hacia las mujeres, todo lo cual ha germinado en la aprobación de Convenios

Internacionales para erradicar estos actos que atentan contra los derechos humanos de las mujeres".

- *Tentativa de homicidio*: Fianza de excarcelación a favor de Raúl Antonio Renwick sindicado por el delito de homicidio e integridad personal, 6 de abril de 2001, Panamá.

110. La sentencia señala en su "fundamentación fáctica" y "consideraciones" que los hechos del caso ocurrieron producto de las heridas con arma blanca que el imputado habría ocasionado en "múltiples partes del cuerpo" a la víctima, quien para el momento de los hechos se encontraba embarazada. Según refiere la sentencia, la disputa entre la víctima y su agresor se habría originado cuando éste le insistió en que interrumpiera su embarazo por "razones económicas". Producto de las heridas ocasionadas, la víctima fue atendida de emergencia y se le practicó una cesárea. La sentencia indica que, según el informe pericial "las heridas [ocasionadas] pusieron en peligro la vida de la paciente y el [bebé]". La Corte en el fallo resuelve "mantener la medida cautelar de detención preventiva", negando el "beneficio de fianza de excarcelación" al imputado por el delito de homicidio e integridad personal. Para fundamentar su decisión, la Sala se refirió a las disposiciones contenidas en la legislación nacional, así como a las disposiciones de la Convención de Belém do Pará:

> "En este contexto de ideas, debemos hacer alusión a la Ley No. 31 de 28 de mayo de 1998, "Ley de la Protección de las Víctimas del Delito", que en su artículo 2 numeral 4, señala:
> "Son derechos de la víctima:
> ...
> 4. Ser considerada su seguridad personal y la de su familia, cuando el Juez o funcionario de instrucción deba decidir o fijar la cuantía de una fianza de excarcelación, u otorgar la concesión de una medida cautelar personal sustitutiva de la detención preventiva en favor del imputado."
>
> Aunado a lo anterior, debemos referirnos a la CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCIÓN BELÉM DO PARÁ", aprobada por la Asamblea Legislativa como Ley No. 12 de 20 de abril de 1995, que señala en su artículo 2 lo siguiente:
>
> "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:
> a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual."
> Igualmente el artículo 7, inciso d), de la citada convención señala, que se deben adoptar medidas jurídicas tendientes a que el agresor se abstenga de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer, víctima de violencia.

> Debemos recordar que, el Derecho es un conjunto de normas dentro del cual se incluyen los Convenios y Tratados Internacionales aprobados por Panamá mediante ley, los cuales pasan a formar parte del Derecho Positivo y en consecuencia adquieren la dimensión de ley aplicable.
>
> Así, el ordenamiento jurídico se impone a todos los asociados y, el juzgador, debe tomar en cuenta los principios consagrados en favor del imputado, pero sin dejar a un lado los derechos de las víctimas y de los asociados. La violencia o el maltrato contra la mujer constituye una violación y una ofensa a la dignidad humana, lo cual disminuye el reconocimiento y el goce de estos derechos.
> Por último debemos manifestar, que a pesar, que el delito de tentativa de homicidio admite fianza excarcelaria, la misma debe ser negada, toda vez que en el caso que nos ocupa, su concesión puede generar una situación de peligro aún más grave para las víctimas".

- *Homicidio agravado*: Recurso de apelación dentro del proceso seguido a W.S.L. por el Delito contra la Vida y la Integridad Personal, 9 de abril de 2007, Panamá.

111. Este caso se relaciona con la apelación interpuesta por el señor W.S.L. contra la sentencia que declaró su responsabilidad por el delito de "homicidio agravado" en perjuicio de su pareja, quien para el momento de los hechos tenía cuatro hijos. Específicamente, el recurrente indicó que no estaba acreditada la "ejecución del homicidio por medios atroces como circunstancia agravante específica del tipo penal", ya que "el hecho que el imputado le haya tirado arena a la occisa en su cuerpo y rostro, no implica la intención de hacerle padecer un sufrimiento mayor, ya que la víctima estaba inconsciente".

112. Sin embargo, la Sala procedió a analizar las circunstancias en las cuales fue cometido el hecho, considerando pertinente "ampliar el concepto de medios de ejecución atroces". Al respecto, indicó que "el carácter agravado del homicidio, surge del hecho que el sindicado, además de propinarle a la víctima múltiples golpes, procedió a enterrarla parcialmente, arrojándole arena en sus orificios faciales, lo cual constituye un medio atroz de comisión del delito, pues le causó a la occisa un sufrimiento innecesario". Asimismo se refirió a la diligencia de las autoridades que intervienen en la investigación de hechos de violencia contra la mujer señalando que:

> "De otro lado, esta Superioridad estima necesario dejar plasmada, como lo ha hecho en casos similares, su preocupación por el desempeño de las autoridades de investigación en el ejercicio de la acción penal en casos de violencia contra la mujer. Sobre este punto, se requiere de un Ministerio Público que en la etapa de instrucción, acopie todo el material probatorio necesario para sustentar una solicitud de condena más enérgica, atendiendo a cada una de las particularidades del caso, de modo que se agoten las circunstancias que pudieran agravar la responsabilidad penal del imputado en un caso de feminicidio, como el que nos ocupa.

> Tal proceder resulta exigible a las autoridades de investigación, a la luz de los compromisos que adquirió nuestro país a partir de 1995, al ratificar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, mejor conocida como la "Convención de Belém Do Pará", que en su artículo 7, dispone que los Estados Partes deberán actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer"[107].

113. Finalmente, en el mencionado fallo, la Sala procedió a realizar las siguientes consideraciones:

> "Todas estas particularidades, revelan, en el ánimo del agente agresor, mayor insensibilidad moral por el sufrimiento de la víctima, que además, no se trataba de cualquier extraño, sino de su pareja o concubina, con quien tenía cuatro hijos que hoy quedan en la orfandad. Esta circunstancia, que denota la existencia de un vínculo o relación conyugal de hecho, si bien no se encuadra en ninguna de las agravantes específicas del tipo penal de homicidio, y por tanto inaplicable en razón del principio de legalidad, sí constituye una de las agravantes generales o comunes de toda conducta delictiva, recogida en el numeral 10 del artículo 67 del Código Penal, circunstancia cuya aplicación no fue invocada por la acusación pública, y que de haberse hecho, hubiera permitido al Tribunal de alzada entrar en el examen de esta situación fáctica, que es importante en la búsqueda de una justicia con proyección de género; ante tal inactividad, no puede esta Sala reconocer de oficio dicha agravante común, en razón del principio de la non reformatio in pejus.
>
> […]
>
> La grave situación de violencia doméstica que se vive en la sociedad panameña, especialmente contra niños y niñas, mujeres y adultos mayores, y la cual ha sido denunciada recientemente por organizaciones de promoción de derechos de las mujeres, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, debe convocar a todos los operadores del sistema de administración de justicia, a efectos de lograr la efectiva protección de los derechos de estos sectores de la población panameña".

[107] En este caso, la Sala indicó que "tal responsabilidad [había sido] desatendida por las autoridades competentes [ya que] las autoridades de policía no respondieron oportunamente al llamado que [hizo un testigo], en el momento en que la víctima aún estaba con vida, cuando era objeto de maltrato en la vía pública, ya que en al menos dos ocasiones, el auto patrulla pasó de largo por el sitio donde estaba siendo agredida la hoy occisa".

- *Divorcio:* "R.R.R.A. c/ Y.T.E.C. s/ divorcio", Acuerdo y Sentencia Nº 126, 25 de agosto de 2005, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Paraguay[108].

114. La controversia planteada al Tribunal de Apelación se relaciona con la impugnación realizada por la señora Y.T.E.C. contra la sentencia que hizo lugar a la demanda de divorcio promovida por su cónyuge, "por culpa de la misma". El Tribunal de Apelación dio lugar al pedido de la demandada de declarar la culpa concurrente de ambos cónyuges en el divorcio. En la sentencia, el Tribunal analizó "la atribución de culpabilidad en la causalidad de la disolución del vínculo matrimonial" del caso planteado[109]. En este sentido, señaló que:

> "[…] la existencia de serios agravios físicos y morales infringidos por el marido a su esposa […] indica una situación de maltrato continuado y serio, que es un elemento importante a la hora de juzgar la conducta injuriosa atribuida por el marido a la esposa. En efecto, 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".

[108] El Estado de Paraguay informó en su respuesta al cuestionario que la "Convención para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer – Convención de Belém do Pará- ratificada por Ley No. 605/1995, ha venido aplicándose en las resoluciones emanadas de nuestros tribunales". Asimismo, el Estado se refirió a las resoluciones judiciales que contienen la "aplicación de […] la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW- que han tratado temas relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales y la participación de la mujer en el ámbito familiar como fuera de él". Al respecto, el Estado mencionó un total de diez sentencias relacionadas con los estándares indicados.

En ese sentido, el Estado remitió con su respuesta al cuestionario, cinco resoluciones judiciales respecto de las cuales indicó que "se advierte la aplicación de este instrumento normativo internacional en virtud del cual se pretende […] prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer con el objeto de remover los obstáculos que impiden su acceso a la justicia, su normal desempeño en la sociedad civil independientemente de su edad, profesión, su raza y de su condición misma de mujer, y sobre todas las cosas garantizar a las mujeres colocadas en situación de vulnerabilidad el disfrute de una vida libre de violencia, circunstancia que se traduce en el goce y ejercicio pleno de todos sus derechos". La Comisión recibió copia de los fallos indicados por el Estado, emitidos cuatro de ellos por la Tercera Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción; y otro por la Cuarta Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción.

[109] Respecto a este punto, el Tribunal señaló que "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 [ilegible]. 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".

115. Finalmente, el Tribunal concluyó que:

> "[Habiéndose] demostrado que la demandada se encontraba en esta situación de violencia continuada, las manifestaciones verbales, que [su cónyuge] 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"[110].

116. En la sentencia, el Tribunal se refirió a la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos internacionales, señalando lo siguiente:

> "[Paraguay] es signatario de numerosos convenios y tratados que han regulado la materia de discriminación y de violencia en razón de género. En este orden se inscriben instrumentos internacionales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer [Convención de Belem do Pará] tiene disposiciones que hacen relación con este punto, así como la Convención de la CEDAW y su protocolo facultativo".

- *Divorcio:* G.R.R. c/ M.E.R.A. s/ divorcio. Acuerdo y sentencia Nº 136 de fecha 31 de diciembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Paraguay.

117. En este caso, se presentó un recurso de nulidad y apelación contra la sentencia de primera instancia que dio lugar a la demanda interpuesta por el señor G.R.R. en contra de la señora M.E.R.A. por la causal prevista en el inciso h del artículo 4 de la ley 45/91 (separación de hecho por más de un año, sin voluntad de unirse de cualquiera de los cónyuges). El recurso planteado por la señora M.E.R.A. se centró en la necesidad de declarar el divorcio por "culpa exclusiva de [su] cónyuge". Al respecto, la Sala determinó

[110] Específicamente en el análisis del caso, el Tribunal constató que ambos cónyuges habrían cometido agresiones en perjuicio del otro. Sin embargo, el Tribunal tuvo en cuenta el contexto en el cual se habrían desarrollado las agresiones proferidas por la cónyuge, teniendo en cuenta que "la reacción verbal de la demandada en la que se sustenta la causal alegada por el actor, encuentra su antecedente en la situación psíquica espiritual derivada de un prolongado maltrato por parte del marido. En tales circunstancias no cabe sino hacer lugar a pedido de la demandada de declarar la culpa concurrente de ambos cónyuges en el divorcio". Por lo tanto, el Tribunal declaró "hacer lugar a la demanda de divorcio vincular, declarando disuelto el matrimonio existente entre los cónyuges, por la culpa concurrente de ambos […] en el divorcio".

"hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y [declarar] el divorcio por culpa exclusiva del señor G.R.R.".

118. Al respecto, la Sala consideró que si bien la cónyuge había incurrido en la causal de divorcio de "abandono del hogar", esta situación era

> "[…] una consecuencia lógica de la sevicia, los malos tratos, las injurias graves, el abandono malicioso del hogar, el adulterio y la separación de hecho por más de un año en que incurrió [su cónyuge]. Es decir, [dicha] actuación deb[ía] ser considerada como una reacción normal –y por qué no, hasta sensata- luego de haber padecido el trato del que fue víctima durante varios años"[111].

119. Adicionalmente, la Sala agregó que en este tipo de situaciones:

> "La sevicia adquiere, en el ámbito familiar y doméstico, unas connotaciones especiales que implican relaciones asimétricas de poder en cuyo contexto se debe examinar el actuar de la víctima. Así, la conducta agresiva de la víctima como respuesta a esta situación crítica no puede verse como una verdadera y autónoma agresión, dirigida a provocar daño en la otra persona, sino como una respuesta de autopreservación y de legítima defensa. Se entiende, pues, que en la terminación del vínculo matrimonial en tales circunstancias no se pueda hablar de culpas sobre la persona que ha sido víctima de violencia"[112].

120. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala determinó que:

> "Ambos cónyuges no pueden estar situados en un mismo plano de culpabilidad. Se ha demostrado que las actitudes injuriosas del [cónyuge] no se configuran por la realización de un hecho aislado y producen en la víctima que las padece un efecto destructivo de dimensiones inimaginables. Son la reiteración y la frecuencia las determinantes de la entidad del daño que se causa. Cada una de las agresiones magnifica la siguiente y el efecto que se potencia".

---

[111] Específicamente, sobre las "relaciones que se dan en el ámbito familiar y de convivencia", la Sala indicó que "las así llamadas "injurias" […] adquieren una connotación muy diferente […] la injuria es técnicamente un acto humano antijurídico, hecho con el propósito de lesionar por medio de un ultraje de obra o de palabra […] la sevicia, por su parte, se refiere a actos cometidos con brutalidad o crueldad excesiva y de carácter sistemático […] el carácter violento y sistemático de la sevicia nos lleva al concepto de violencia intrafamiliar y doméstica […] esta situación lleva a la víctima a un estado de aislamiento, de degradación de su autoestima y de sentimiento de inexorabilidad de su situación y padecimientos, que le impide ver una salida al problema".

[112] Además, la Sala tuvo en cuenta que el señor G.R.R. había admitido "la sevicia y los malos tratos, el abandono voluntario y malicioso del hogar, y el adulterio, denunciados por su cónyuge". En ese sentido, la Sala indicó que "no puede pasar por alto los hechos de violencia denunciados y [que se encontraban] debidamente acreditados en el expediente", en particular aquellos documentos que acreditaban las agresiones físicas sufridas por la señora Marta Rodríguez.

121. Finalmente, para fundamentar las consideraciones anteriores, la Sala precisó que:

> "Las disposiciones contenidas […] tanto en el orden local como internacional, son aplicables al tipo de comportamiento que ha sido descrito […] Desconocer esto es hacer caso omiso de realidades patentes y *tabula rasa* de la normativa de rango supralegal que las recoge, como ser las disposiciones de la Convención de Belém do Pará de erradicación de toda forma de violencia contra las mujeres".

TRATA DE PERSONAS

- *Trata de personas*: Tribunal Primero de Primera Instancia en Función de Juicio con Competencia en materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Fecha de publicación: Expediente Nº VPO2-P-2007-0013108, 20 de enero de 2010, Venezuela.

122. Los hechos de este caso se relacionan con las denuncias presentadas por una mujer que había sido víctima de trata de personas y llevada bajo engaño hasta Europa con la promesa de conseguir un trabajo como cocinera. Según los hechos relatados en la sentencia, al llegar al lugar de destino, la víctima quedó a cargo de una empresa dedicada al tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual, permaneciendo retenida en un burdel donde fue obligada a "tener relaciones sexuales con varios hombres". Asimismo, la víctima recibió agresiones físicas por haberse negado a trabajar en dicho lugar. Con base en las consideraciones hechas por el Tribunal, la decisión contenida en la sentencia indica que se ordenó absolver al acusado del delito de amenazas. Sin embargo, fue encontrado culpable del delito de trata de personas y se le impuso una condena de 17 años y 6 meses de prisión. En esta decisión, el Tribunal presentó una serie de consideraciones en cuanto a la "materia de género", destacando las referencias hechas en la exposición de motivos de la Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en cuanto a que:

> "Desde el punto de vista internacional los instrumentos jurídicos más relevantes en materia de los derechos humanos de las mujeres y, especialmente, en materia de violencia contra las mujeres son la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención Belem Do Pará, 1994) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), conjuntamente con la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer (1993) […] De allí que en la presente Ley sobre la violencia de género queda delimitada claramente por el sujeto que la padece: las mujeres (...) La violencia doméstica es concebida como una modalidad agravada de la violencia física, en virtud que la violencia física, en virtud que la autoría del hecho corresponde a la pareja, ex pareja o a una persona perteneciente al

> ámbito doméstico o familiar de la mujer dando lugar a una sanción de mayor entidad…".

123. Asimismo, cabe destacar las consideraciones hechas por el Tribunal en relación a "las diferentes normas internacionales y conferencias existentes en materia de trata de mujeres". Al respecto, la sentencia señaló que:

> "Existen unas normas internacionales, que constituyen el marco en el que los diferentes países deben abordar el problema del tráfico de mujeres y niños entre fronteras. Son unos instrumentos legales que, una vez firmados y ratificados, tienen fuerza de ley en el aspecto jurídico.
>
> Además, existen las Declaraciones y Programas de Acción de las principales Conferencias Mundiales de la ONU, que exigen una acción conjunta por parte de las organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y de otras instancias, para prevenir y reprimir estos delitos. Esta última categoría de documentos no obligan jurídicamente, pero tienen una gran influencia ética y política y, por lo mismo, se pueden emplear a nivel local, nacional y regional"[113].

VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA

- *Violencia física y psicológica*: Tribunal de violencia contra la mujer en funciones de juicio de la ciudad de Barquisimeto, Estado Lara. Sentencia de 22 de abril de 2009, Venezuela.

124. En este caso, la señora M.E.V.P. formuló denuncia en contra del ciudadano E.U.M.C., por haberla agredido física y verbalmente desde el año 1998, siendo el último acto de violencia el 28 de julio de 2003. El Ministerio Público calificó estos hechos como el delito de "Violencia Física y Violencia Psicológica", tipificados en los artículos 17 y 20 de la derogada Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia. Sobre la base de estos hechos y esa calificación jurídica, el Tribunal de Juicio admitió la acusación en todas y cada una de sus partes, procediendo el acusado a admitir los hechos objeto del proceso, a los fines que le fuera concedida la suspensión condicional del proceso, la cual le fue otorgada.

125. La decisión del Tribunal fue condenatoria, en base a la suspensión condicional del proceso, con una sentencia de un año y dos meses de prisión. La CIDH destaca el desarrollo jurídico en lo pertinente al delito de "violencia psicológica"; al valor y

[113] Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal se refirió, entre otros, al contenido de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en relación a la trata de mujeres; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención de la ONU para la suspensión del tráfico de personas y de la explotación de otras personas para la prostitución; Convención de la ONU sobre los derechos del niño; Convención 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños/as de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional; entre otros.

peso de la declaración de la víctima en estos casos; y en la definición general del problema de la violencia contra la mujer en los siguientes términos:

> Resulta necesario determinar que se entiende por VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, a los fines de verificar si los hechos que se consideran probados pueden ser considerados como Violencia de Género, […] de manera más especifica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém Do Pará), dispone en su artículo 1 relativo a la Definición y Ámbito de Aplicación de la misma textualmente lo siguiente: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".
>
> […] en la misma Convención, en el artículo 2 al momento de enumerar las conductas que se pueden considerar como violencia contra la mujer dispone en su literal "b": "que tenga lugar en la comunidad y se perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar…"
>
> En nuestra legislación dichos Instrumentos Internacionales para el momento en que ocurrieron los hechos […] se encontraban desarrollados en la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.
>
> Desde esta perspectiva, podemos afirmar que la violencia de género, a diferencia de otros tipos de violencia, se presenta como una agresión a los Derechos Humanos.
>
> Aunado a lo anterior debemos mencionar que la violencia psicológica actúa desde la necesidad y la demostración del poder por parte del agresor. Se busca la dominación y sumisión mediante presiones emocionales y agresivas. Este tipo de violencia "invisible" puede causar en la víctima trastornos psicológicos, tal como quedó evidenciado en el presente asunto, desestructuración psíquica, agravar enfermedades físicas o, incluso, provocar el suicidio.
>
> En todos los casos se trata de un conducta que causa perjuicio a la víctima, siendo el tipo de agresión más frecuente en los contextos de malos tratos en el ámbito domestico, como en el caso bajo análisis, aunque pueda estar oculta o disimulada bajo patrones y modelos culturales y sociales que la invisibilizan.
>
> El dicho de la víctima constituye en casos como el que se analiza un elemento imprescindible, por tratarse de uno de los delitos denominados

> por la doctrina como "delitos intramuro" o "delitos de clandestinidad", en los cuales probablemente sólo exista el dicho de la víctima, lo que ocurre en la mayoría de los casos, por lo que para analizar el dicho de la víctima tendríamos que realizar algunas consideraciones que al respecto han sido consideradas en el derecho comparado, pero que no aplicarían en el presente caso al existir una testigo y un peritaje psiquiátrico que validan el dicho de la víctima.

- *Violencia física*: Tribunal Primero de Primera Instancia en función de juicio con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas de fecha 27 de mayo de 2010.

126. Finalmente, la Comisión destaca el fallo identificado por el Estado en relación al delito de "violencia física" en el cual se analizó el contenido del principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución Nacional[114], a la luz de las disposiciones de la Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y de los instrumentos internacionales. En ese sentido, el Tribunal indicó:

> La Ley orgánica [sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia] desarrolla, de manera centralizada y convergente, la protección constitucional a la que se refiere el artículo 21.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por ser éstas un grupo poblacional tradicionalmente vulnerable.
>
> […]
> Como bien lo señala la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer en su Preámbulo: "La violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos, y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades (…) La violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.
>
> […]
> Reforzado por la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, que afirma: "La violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y

[114] Concretamente, el Tribunal se refirió al contenido del artículo 21 (2) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el cual se establece que "Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: […] 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

> afecta negativamente sus propias bases", y la define, como: "… Debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

127. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal indicó que al ser el tipo penal de violencia física agravada un delito de acción pública:

> "[…] la violencia ejercida en contra de la mujer, constituye un grave problema de salud pública y de violación sistemática de sus derechos humanos, que muestra en forma dramática los efectos de la discriminación y subordinación de la mujer por razones de sexo en la sociedad"[115].

- *Homologación de acuerdo transaccional*: Sentencia de la Corte de Apelaciones con competencia en violencia contra la mujer del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente Nº CA-801-09 -VCM, 12 de agosto de 2009.

128. Este caso versa sobre una solicitud de homologación del "acuerdo transaccional" celebrado entre las partes, como una "medida alternativa para la solución de conflictos" en un caso de violencia física y psicológica. Al respecto, el Tribunal declaró "sin lugar" dicha solicitud en los siguientes términos:

> Se declara SIN LUGAR la solicitud de la homologación del acuerdo transaccional, celebrado ante la Notaria Pública […] por cuanto los tipos penales de Violencia Física, Violencia Psicológica y Amenaza, previstos y sancionados en los artículos 16, 17, y 20 de la referida Ley vigente para la fecha […] son de acción pública, perseguibles de oficio, [por] lo cual no prospera medida alternativa para dirimir la controversia que se suscite, por aplicación inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 23, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) artículos, 1, 2 y 24 , la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), en su artículo 1, Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia, Convención Belén Do Para, en su artículo 1, 2 y 7 literales "a" y "f" […] es por ello que estos tipos penales son de acción pública y por ello

[115] Con base en estas consideraciones, el Tribunal procedió a determinar la pena a imponerse al acusado respecto del cual declaró su culpabilidad por el delito de violencia física agravada cometido en perjuicio de su cónyuge. En particular, el Tribunal tuvo en cuenta que "los actos de violencia […] ocurrieron en el ámbito doméstico siendo el autor el cónyuge". Por lo tanto, procedió un incremento de la pena conforme a la legislación aplicable, quedando así una pena definitiva de nueve meses de prisión.

no opera medida alternativa para la solución de conflictos en esta materia"[116].

## II. DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES

### A. Introducción

129. El sistema interamericano asimismo ha comenzado a desarrollar estándares relacionados a la discriminación contra las mujeres. Gran parte del análisis de la CIDH y de la Corte Interamericana sobre este tema se ha centrado en los principios de igualdad y de la no discriminación consagrados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana; en el artículo II de la Declaración Americana; en las distintas disposiciones de la Convención de Belém do Pará; y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La obligación de los Estados de respetar y garantizar el derecho de las mujeres a la igualdad y a vivir libre de toda forma de discriminación ha sido analizada en decisiones de fondo de la CIDH, en sus informes temáticos y de país, así como en decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El sistema también ha concentrado una gran parte de sus esfuerzos en definir el alcance del vínculo entre la discriminación y la violencia contra las mujeres, aunado a las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar estos derechos en el marco de su obligación general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

130. Esta sección discute varios de los estándares más importantes fijados por el sistema interamericano en el ámbito de a) decisiones de fondo de la CIDH; b) decisiones de la Corte Interamericana; y en c) informes temáticos y de país de la CIDH.

### 1. Decisiones de fondo de la CIDH

*EL SEXO COMO FACTOR PROHIBIDO DE DISCRIMINACIÓN*

131. Uno de los primeros y más importantes pronunciamientos de la CIDH sobre el tema de la discriminación contra las mujeres tomó lugar en el caso de *Maria Eugenia Morales de Sierra*[117], sobre Guatemala. En el marco de este caso, la CIDH encontró violaciones a los artículos 1, 2, 17 y 24 de la Convención Americana, cuando las disposiciones del Código Civil de Guatemala vinculadas a las relaciones domésticas asignaban responsabilidades y obligaciones exclusivamente al esposo, en virtud de su papel como generador de ingresos y, en el caso de la mujer, por su papel como esposa, madre y ama de casa. La Comisión concluyó que, lejos de asegurar la "igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades" dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los

[116] En este caso, se condenó al acusado por los delitos de violencia física y violencia psicológica cometidos en perjuicio de su cónyuge; y se le impuso una condena de siete meses y 15 días de prisión.

[117] CIDH, Informe de fondo No. 4/01, *Maria Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001.

cónyuges[118], con un efecto continuo y directo en la víctima[119]. Esta decisión asimismo confirmó que distinciones basadas en factores explícitamente mencionados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana, y categorías estatutarias como el sexo y la raza, está sujetas a un grado de "escrutinio especialmente estricto", en virtud del cual los Estados deben avanzar un fin particularmente importante y razones de mucho peso para justificar dicha distinción[120].

*EL VÍNCULO ENTRE LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES*

132. La Comisión asimismo expresó en el caso de *Maria Eugenia Morales de Sierra* su preocupación ante las consecuencias graves de la discriminación contra las mujeres y las nociones estereotipadas de sus papeles, y cómo este ciclo de discriminación está estrechamente vinculado a la violencia contra las mujeres. La CIDH posteriormente reconoció y discutió el alcance del vínculo entre la discriminación y la violencia contra las mujeres en los casos de *Maria da Penha Mai Fernandes*[121] (Brasil); *Claudia Ivette Gonzáles y otras*[122] (México); *Valentina Rosendo Cantú*[123] (México); *Inés Fernández Ortega*[124] (México); y *Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros*[125] (Estados Unidos). Destacó asimismo en estos casos cómo las obligaciones de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida y de garantizar un acceso adecuado y efectivo a recursos judiciales son componentes claves para la prevención y la erradicación de la discriminación y sus formas más extremas, como la violencia. La CIDH asimismo hace hincapié en estos pronunciamientos en los múltiples factores que pueden exponer a una mujer a formas de discriminación combinadas con su sexo – como la edad, la raza, la etnia, y la pobreza, entre otros – que deben ser tomados en cuenta por un Estado en el diseño de su respuesta hacia el problema de la discriminación y sus vertientes.

---

[118] CIDH, Informe de fondo No. 4/01, *Maria Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 44.

[119] CIDH, Informe de fondo No. 4/01, *Maria Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 52.

[120] CIDH, Informe No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 36.

[121] CIDH, Informe de Fondo No. 54/01, Caso 12.051, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001.

[122] CIDH, Informe de Fondo No. 28/07, Casos 12.496-12.498, *Claudia Ivette González y otras* (México), 9 de marzo de 2007.

[123] CIDH, Informe de Fondo No. 36/09, Caso 12.579, *Valentina Rosendo Cantú y otra* (México), 27 de marzo de 2009.

[124] CIDH, Informe de Fondo No. 89/08, Caso 12.580, *Inés Fernández Ortega y otros* (México), 30 de octubre de 2008.

[125] CIDH, Informe de Fondo No. 80/11, Caso 12.626, *Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros* (Estados Unidos), 21 de julio de 2011.

133. En el caso de *Jessica Lenahan (Gonzales) y otros*[126] *(*Estados Unidos), la CIDH por primera vez se pronunció sobre la discriminación contra las mujeres bajo la Declaración Americana y su vínculo estrecho con la violencia contra la mujer. En este caso, los peticionarios sostienen que el Estado violó varias disposiciones de la Declaración Americana por no actuar con la debida diligencia para proteger a Jessica Lenahan y a sus hijas contra actos de violencia doméstica cometidos por su ex marido y el padre de las niñas, pese a haberse dictado una orden de protección contra el ex cónyuge y a favor de la señora Lenahan; eventos que resultaron en la muerte de las niñas. En el informe, la CIDH fijó estándares importantes relacionados a la discriminación contra las mujeres bajo la Declaración Americana estableciendo: a) que los Estados están obligados bajo la Declaración Americana a dar efecto legal a los deberes contenidos en su artículo II y su obligación de no discriminar; b) que las obligaciones bajo el artículo II de la Declaración Americana comprenden la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer como un componente crucial del deber del Estado de eliminar formas directas e indirectas de discriminación; c) que en ciertas circunstancias el Estado puede incurrir en responsabilidad por no proteger a las mujeres de actos de violencia doméstica perpetrados por particulares; y d) que cuando un Estado no cumple con su obligación de proteger a las mujeres de la violencia doméstica de acuerdo a lo dispuesto en el artículo II de la Declaración Americana, esto puede también dar lugar en ciertos casos a una violación del derecho a la vida consagrado en el artículo I de la Declaración Americana y, al deber de otorgar una protección especial, establecido en el artículo VII del mismo instrumento.

*LA DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE GÉNERO: CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO*

134. La CIDH se pronunció más extensamente sobre el problema de la discriminación en su decisión de fondo sobre el caso de *Karen Atala e Hijas* (Chile); caso actualmente bajo la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana[127]. En dicho caso, los peticionarios sostuvieron ante la CIDH la responsabilidad internacional del Estado de Chile por revocar la custodia a Karen Atala de sus tres hijas (de 5, 6 y 10 años de edad) en base a prejuicios discriminatorios por su orientación sexual.

135. En su decisión, la CIDH sentó estándares importantes para el principio de igualdad y la obligación de no discriminar en lo pertinente a asuntos de género. Como punto de partida en su análisis, la CIDH destacó las distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación[128]. Una concepción se relaciona a la prohibición de diferencia de trato arbitraria – entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia[129] – y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones

[126] CIDH, Informe de Fondo No. 80/11, Caso 12.626, *Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros* (Estados Unidos), 21 de julio de 2011.

[127] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Caso *Karen Atala e Hijas*, Caso No. 12.502, 17 de septiembre de 2010.

[128] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

[129] Véase, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92; Cuarto Informe de Progreso de la

Continúa...

de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados[130]. La Comisión entiende que aunque en ciertos casos ambas perspectivas pueden estar presentes, cada una merece una respuesta estatal diferente y un tratamiento distinto a la luz de la Convención Americana[131]. A esto se suma que en las diferentes concepciones del derecho a la igualdad las acciones u omisiones del Estado pueden estar relacionadas con derechos consagrados en la Convención Americana, o pueden referirse a cualquier actuación estatal que no tenga efectos sobre el ejercicio de derechos convencionales[132].

136. Otros aspectos innovadores del informe de fondo en el caso de *Karen Atala* para la discriminación por razones de género se relacionan a: a) la incorporación de la orientación sexual dentro de la frase "otra condición social" establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana; y b) la aplicación de un estándar de escrutinio estricto a toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona, dado que se presume como sospechosa. En el caso concreto, luego de aplicar un examen o test estricto, la CIDH observó que existía un fin legítimo por parte del Estado –la necesidad social imperiosa de proteger el interés superior de las hijas de Karen Atala en su condición de niñas- en sus acciones, sin embargo, consideró que no existió una relación lógica de causalidad de medio a fin y, por lo tanto, las decisiones judiciales que se analizaron no cumplieron con el requisito de idoneidad, constituyendo "distinciones arbitrarias e incompatibles con la Convención". Por tal motivo, la CIDH finalmente consideró irrelevante referirse a los demás aspectos del *test*[133]. El informe asimismo presenta estándares innovadores sobre el alcance del derecho a la privacidad, a la protección de la familia, los derechos de los niños y las niñas, y el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial.

*LA IGUALDAD ANTE LA LEY, LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINAR, Y LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES*

137. La CIDH asimismo ha comenzado a fijar vínculos importantes entre el derecho a la igualdad ante la ley y la obligación de no discriminar, con esferas claves para los derechos de las mujeres como sus derechos reproductivos. Por ejemplo, en el caso de *Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro)*[134] *(*Costa Rica*),* la CIDH analizó el

...continuación
Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, Informe Anual CIDH 2002, 7 de marzo de 2003, párr. 87.

[130] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

[131] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

[132] CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

[133] CIDH, Informe de Fondo No. 139/09, Caso 12.502, *Karen Atala e Hijas* (Chile), 19 de diciembre de 2009, párr. 112.

[134] CIDH, Informe de Fondo, No. 85/10, Caso 12.361, *Gretel Artavia Murillo y otros* (Fecundación *In Vitro*) (Costa Rica), Caso 12.361, 14 de julio de 2010.

alcance de una sentencia dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica que prohibía la práctica de la Fecundación *in Vitro* en el país, en relación con el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana. En dicho caso, la CIDH hizo pronunciamientos importantes sobre la igualdad de género considerando que: a) la prohibición impidió a las víctimas superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del progreso científico, en particular (de un tratamiento médico), existiendo alternativas menos restrictivas que la prohibición de la Fecundación *in Vitro*[135]. Segundo, la CIDH determinó que existió un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres. Así, sostuvo que la técnica de Fecundación *in Vitro* era un procedimiento que se relacionaba más directamente con el tratamiento y cuerpo de la mujer, y por ello el mayor impacto en las mujeres de la decisión emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica[136]. La CIDH en adición afirmó que el examen de normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y la no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aún cuando parezcan neutrales en su formulación, o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado[137].

### 2. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

138. Los principios de la igualdad y la no discriminación han sido también desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

*INTERRELACIÓN, ALCANCE, Y CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 24 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA*

139. Desde su jurisprudencia más temprana sobre el tema, la Corte destacó en su Opinión Consultiva 4/84 sobre el principio de igualdad que:

> [l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza[138].

---

[135] CIDH, Informe de Fondo No. 85/10, Caso 12.361, *Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro)* (Costa Rica) 14 de julio de 2010, párrs. 128 y 130.

[136] CIDH, Informe de Fondo No. 85/10, Caso 12.361, *Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro)* (Costa Rica) 14 de julio de 2010, párrs. 128 y 131.

[137] CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 90. Asimismo, véase Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141.

[138] Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

140. La Corte Interamericana ha señalado también en su OC 18/03 que existe un "vínculo indisoluble" entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana y el principio de igualdad y no discriminación[139]. Sin embargo, en su jurisprudencia más reciente ha establecido una diferencia entre estos artículos, indicando que el artículo 1.1 incorpora una prohibición de discriminación en el ejercicio y aplicación de los derechos consagrados en el mismo instrumento, mientras que el artículo 24 prohíbe dicha discriminación en lo que respecta no sólo a los derechos establecidos en la Convención Americana, sino a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación[140].

141. Para la Corte, como fue avanzado en su sentencia en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana* y otras posteriores, el derecho de protección igualitaria de la ley y la no discriminación, implica que los Estados tienen la obligación de (i) abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes grupos de una población, (ii) eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, (iii) combatir las prácticas discriminatorias, y (iv) establecer normas y adoptar las medidas necesarias para reconocer y asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley[141].

142. La Corte Interamericana asimismo ha establecido que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato[142]. Dicho tribunal ha marcado la diferencia entre "distinciones" y "discriminaciones", de forma que las primeras constituyen

---

[139] En este sentido, ha señalado que "los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional". Véase, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 85.

[140] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 103; *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 199.

[141] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141 y Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, citados en Corte IDH, *Caso López Álvarez*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170; véase también *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44; y *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54, citados en Corte IDH*, Caso Yatama Vs. Nicaragua.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. *Serie C No. 127*, párr. 185.

[142] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 211 citando *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56; *Condición jurídica y derechos humanos del niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46; y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89.

diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos[143]. La Corte asimismo ha establecido en varias sentencias el deber de los Estados de considerar la situación de particular riesgo a violaciones a sus derechos humanos de ciertos sectores sociales[144].

*LA OBLIGACIÓN GENERAL DE NO DISCRIMINAR: ARTÍCULO 1.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA*

143. Sobre la discriminación contra las mujeres, la Corte ha emitido una serie de pronunciamientos recientes sobre este problema de derechos humanos.

144. En su sentencia en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, mencionada anteriormente, la Corte asimismo encontró una violación de la obligación general de no discriminar comprendida en el artículo 1.1 de la Convención Americana[145]. La Corte concluyó que los comentarios avanzados por funcionarios públicos a los familiares cuando éstos denunciaron la desaparición de las tres víctimas infiriendo que se habían ido con sus novios o que eran "voladas" y el uso de preguntas sobre sus preferencias sexuales, constituyeron estereotipos y una forma de discriminación, lo que impidió una investigación diligente de los hechos[146]. La Corte asimismo consideró que tanto la actitud como los pronunciamientos de los oficiales revelaban que, como mínimo, éstos eran indiferentes hacia los familiares de las víctimas y sus reportes[147].

145. Asimismo, en las sentencias de *Inés Fernández-Ortega* y *Valentina Rosendo Cantú Vs. México*, discutidas anteriormente, la Corte afirmó la obligación general de respetar y garantizar bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana y la interpretó a la luz de factores que exponen a la población indígena – y en particular a las mujeres indígenas - a un mayor riesgo de violaciones a sus derechos humanos frente al sistema de justicia y al sistema de salud[148]. La Corte se refirió a obstáculos particulares que enfrentan

[143] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, parr. 211 citando *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra* nota 68, párr. 84.

[144] Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 103; Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua.* Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 202; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 89; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46.

[145] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 201, 408.

[146] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 201, 408.

[147] Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 400.

[148] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. 44, párr. 78; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 185.

las mujeres indígenas para acceder a la justicia como el hablar un idioma distinto y el no tener acceso a intérpretes, y a la escasez de recursos económicos para acceder a un abogado, entre otros[149]. Este problema en particular produce una desconfianza en el sistema de justicia y otras instancias públicas de protección[150]. Para las mujeres indígenas, la Corte considera que estas barreras son particularmente graves dado que también se enfrentan al rechazo y al ostracismo de sus comunidades cuando denuncian crímenes con causas específicas de género.

*LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES Y SUS DERECHOS REPRODUCTIVOS*

146. También la CIDH destaca dos sentencias de la Corte conteniendo análisis relevante para la discriminación contra las mujeres y sus derechos reproductivos. En su fallo reciente en el caso de la comunidad indígena *Kákmok Kásek Vs. Paraguay*, relacionado a la falla del Estado de garantizar el derecho a la propiedad ancestral de dicha comunidad, la Corte enfatizó que la pobreza extrema y la falta de cuidado adecuado para mujeres embarazadas o mujeres que han recientemente tenido partos resulta en tasas altas de mortalidad. La Corte razonó que esto requiere de los Estados el adoptar políticas de salud para prevenir la mortalidad materna dado que las mujeres necesitan medidas especiales de protección. Sobre el particular, la Corte encontró que el Estado violó el derecho a la vida establecido en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por no adoptar medidas positivas para prevenir el menoscabo del derecho a la vida[151].

147. En su sentencia reciente en el caso *Gelman Vs. Uruguay*[152] del 24 de febrero de 2011, la Corte también decidió sobre un caso en donde se alegaba la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagovena de Gelman desde finales del 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, mientras se encontraba en estado avanzado de embarazo. La Corte caracterizó los actos cometidos contra María Claudia García como una forma grave y reprochable de la violencia contra la mujer, perpetrada por agentes estatales argentinos y uruguayos, que afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género[153].

---

[149] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. 44, párr. 78; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 185.

[150] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. 44, párr. 78; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 185.

[151] Véase, Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 233-234.

[152] Véase, Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 1.

[153] Véase, Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 97-98.

### 3. Informes temáticos

148. La CIDH asimismo ha ofrecido análisis importante sobre los principios de igualdad y la no discriminación y su relevancia para los derechos de las mujeres en sus informes temáticos. A continuación, se presentan algunos ejemplos de las premisas avanzadas por estos informes.

149. En su informe sobre *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, la CIDH hace hincapié en cómo la protección del derecho a la integridad personal de las mujeres en el ámbito de la salud materna, implica la obligación de los Estados de garantizar por disposiciones legislativas o de otro carácter, que las mujeres disfruten del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental sin discriminación[154]. Sobre el particular, la CIDH identifica barreras al acceso a estos servicios que caracteriza como discriminatorias, por lo cual el Estado tiene la obligación inmediata de abordarlas[155]. Por ejemplo, ciertos obstáculos perpetúan estereotipos que consideran a las mujeres vulnerables e incapaces de tomar decisiones autónomas de salud. Entre ellos, se enumeran la indiferencia, el maltrato y la discriminación por parte de funcionarios del sector salud; los estereotipos de género persistentes en este sector; las leyes, políticas y prácticas exigiendo a las mujeres la autorización de terceras personas para obtener atención médica; y la esterilización de la mujer sin su consentimiento, entre otros.

150. La CIDH en su informe sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*[156], reitera el deber de los Estados, como parte de su obligación de actuar con la debida diligencia requerida, de adoptar todas las medidas apropiadas incluyendo las legislativas, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respaldan la persistencia o la tolerancia de la violencia contra las mujeres. La CIDH asimismo destaca que las distinciones basadas en factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Americana, y categorías estatutarias como el sexo y la raza, están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud del cual los Estados deben avanzar un fin particularmente importante y razones de mucho peso para justificar la distinción[157].

151. Otros informes temáticos han destacado estándares importantes sobre la materia. En su informe sobre *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, la CIDH estableció que las medidas de acción

---

[154] CIDH, *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010, párr. 26.

[155] CIDH, *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010, párrs. 36-38.

[156] CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 71.

[157] CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80.

afirmativa se encuentran en pleno cumplimiento con el principio de no discriminación y con los estándares de derechos humanos, y pueden ser requeridas para lograr la igualdad sustantiva de las mujeres con los hombres en esta esfera[158]. Asimismo, la CIDH consideró que una distinción basada en criterios razonables y objetivos está en conformidad con los instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano si: (1) tiene un objetivo legítimo y (2) emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue[159]. Por lo tanto, la adopción de medidas especiales de acción afirmativa para promover la igualdad real de la mujer en la participación política, tienen que realizarse a la luz de estos estándares[160].

152. En su informe sobre *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, la CIDH asimismo reconoció que la primera obligación de efecto inmediato derivada de los derechos económicos, sociales y culturales consiste en garantizar que se ejercerán en condiciones de igualdad y sin discriminación, impidiendo diferencias de trato arbitrarias basadas en factores expresamente prohibidas en el Protocolo[161]. En la adopción de políticas sociales y medidas para garantizar este marco de derechos, los Estados deben identificar sectores tradicionalmente discriminados en el acceso a determinados derechos, como las mujeres, los pueblos indígenas, y los afrodescendientes y "fijar medidas especiales o garantizadas para afirmar y garantizar sus derechos en la implementación de sus políticas y servicios sociales"[162].

### 4. Informes de país

153. La CIDH asimismo ha continuado su análisis sobre los principios de la igualdad y la no discriminación, y su aplicación a los derechos de las mujeres en sus informes de país.

154. La CIDH en su informe sobre Colombia (1999) estableció que: "Los principios de igualdad y no discriminación constituyen elementos esenciales de un sistema democrático en que rija el Estado de Derecho, presupuesto fundamental para la vigencia

---

[158] CIDH, *Informe Anual 1999*, *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, capítulo V.

[159] CIDH, *Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, capítulo V.

[160] CIDH, *Informe Anual 1999*, *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, capítulo V.

[161] CIDH, *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14, 19 de julio de 2008, párr. 48.

[162] CIDH, *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132, 19 de julio de 2008, párrs. 53, 55.

plena de los derechos humanos"[163]. Asimismo, destacó cómo subsiste la discriminación por razón de género en Colombia, la cual se verifica en ámbitos tales como el trabajo, la educación, y la participación en los asuntos públicos; problema que acarrea una serie de obligaciones de parte del Estado de actuar de forma diligente para erradicarla[164].

155. Asimismo, en sus informes sobre Perú (2000) y Paraguay (2001), la Comisión sostuvo que "la promoción y protección de los derechos de la mujer está muy relacionada con el tema de la discriminación de la mujer en el disfrute de los derechos humanos. Mientras subsista la discriminación por género, las mujeres no podrán gozar plenamente de sus derechos humanos. Por esta razón, la legislación internacional basa la protección de los derechos de la mujer fundamentalmente en el principio de no discriminación y en el principio de la igualdad entre hombres y mujeres"[165].

156. La CIDH asimismo ha avanzado estos principios en sus informes de país sobre Guatemala, en donde ha destacado como "modalidades históricas de discriminación han hecho que las mujeres guatemaltecas se vean excluidas del pleno goce de los beneficios del desarrollo nacional, así como de una participación plena en los correspondientes espacios de adopción de decisiones. Las mujeres siguen estando subrepresentadas y tropiezan con serias limitaciones para ejercer sus derechos en las esferas económica y laboral. Son desproporcionadamente más pobres que los hombres guatemaltecos, tienen menos acceso a la educación y a la asistencia sanitaria, padeciendo altos niveles de mortalidad materna y desnutrición. Las mujeres indígenas y las mujeres atrapadas en situaciones de extrema pobreza suelen sufrir múltiples modalidades de discriminación y exclusión social como las referidas…..El desafío prioritario que enfrenta Guatemala consiste en cerrar la profunda brecha entre los compromisos que ha asumido y la discriminación que las mujeres siguen experimentando en su vida diaria. En especial, para garantizar los derechos fundamentales de la mujer debe prestarse urgente atención a la reforma jurídica y a un mejor acceso a la justicia, y es preciso adoptar medidas eficaces que reflejen, en la práctica, los compromisos adoptados por el Estado"[166].

157. En su informe de Haití (2009), la CIDH manifestó - en sintonía con sus pronunciamientos anteriores - que la discriminación contra las mujeres es un fenómeno extendido y tolerado, basado en conceptos estereotipados sobre la inferioridad y subordinación de las mujeres que se mantienen arraigados en la cultura. Esta situación, aunada a las consecuencias civiles, políticas, económicas y sociales de estas desventajas, expone a las mujeres a actos de abuso físico, sexual y psicológico en el ámbito público y

[163] CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), Capítulo XII: Los Derechos de la Mujer, párr. 1.

[164] CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), Capítulo XII: Los Derechos de la Mujer, párr. 2.

[165] CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú (*2000), Capítulo Los Derechos de las Mujeres, p. 2; CIDH, *Informe de Paraguay de 2001*, Capítulo VII, pág. 4.

[166] Véase, por ejemplo, CIDH, *Justicia e Inclusión Social, Los Desafíos para la Democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5 rev. 1, 29 de diciembre de 2003, párrs. 268-269.

privado[167]. En su informe sobre Chile (2009), la Comisión asimismo expresó su preocupación ante: "el vínculo directo entre la desigualdad de las mujeres chilenas en el ámbito de la familia y su limitada participación en la esfera política y en el ámbito laboral del país, como consecuencia de la existencia de concepciones estereotipadas de su rol social como mujeres y como madres. Todavía se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos y en el desempeño de sus labores domésticas, lo cual limita sus opciones de incursionar y progresar en el ámbito laboral y político, al mismo tiempo que no contribuye a una distribución equitativa de responsabilidades entre ambos miembros de la pareja"[168].

158. La CIDH asimismo se ha manifestado sobre cómo el problema de la discriminación contra las mujeres se agrava en el marco de un conflicto armado, exigiendo acciones reforzadas del Estado de prevención y protección. Por ejemplo, en su informe sobre *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia* de 2006, la CIDH discutió como las dinámicas del conflicto armado colombiano afectan de manera particular a las mujeres. Pese a que tanto hombres como mujeres cargan con las consecuencias del conflicto armado, las consecuencias para cada uno son distintas, dado que las mujeres colombianas han sufrido situaciones de discriminación y violencia por el hecho de ser mujeres desde su nacimiento y el conflicto armado se suma a esta historia ya vivida[169]. La CIDH asimismo sostuvo que de acuerdo a lo dispuesto por la Convención de Belém do Pará, en su artículo 9, el Estado debe actuar con la debida diligencia frente a actos violentos y tomar especial cuenta de la particular exposición a la violencia y actos discriminatorios que puede sufrir una mujer por su minoría de edad, entre otras condiciones de riesgo. La CIDH sostuvo que esta provisión se debe a que la discriminación, en sus distintas manifestaciones, no siempre afecta en igual medida a todas las mujeres: hay mujeres que están expuestas aún en mayor medida al menoscabo de sus derechos y a actos de violencia y discriminación[170].

159. La CIDH también se ha manifestado sobre el vínculo entre la discriminación, la violencia, y los derechos reproductivos de las mujeres. En su informe sobre Perú del 2000, la CIDH sostuvo: "la Comisión considera que cuando un programa de planificación familiar pierde su carácter 'voluntario' y convierte a la mujer simplemente en un objeto de control para ajustar el crecimiento demográfico, el programa pierde su razón de ser y se transforma en un peligro de violencia y discriminación directa contra la mujer"[171]. En relación a la situación en Guatemala, la CIDH indicó en el 2001, como "la

---

[167] CIDH, *El Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y Discriminación en Haití*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 10 de marzo de 2009, Resumen Ejecutivo.

[168] CIDH, *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La Igualdad en la Familia, El Trabajo y la Política*, OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 63, 27 de marzo de 2009, párr. 11.

[169] CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 45.

[170] CIDH, *El Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y Discriminación en Haití*, párr. 90; *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser/L/V/II. 124/Doc.6, 18 de octubre de 2006, párr. 140.

[171] CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en el Perú* (2000), párr. 26.

capacidad de la mujer de controlar su fecundidad tiene una relación fundamental con su capacidad de gozar de un conjunto de derechos básicos; más específicamente, de proteger su integridad física y planificar su vida familiar con su pareja[172].

### B. Análisis de sentencias judiciales que aplican los estándares jurídicos del sistema interamericano de derechos humanos

160. Los extractos presentados en esta sección analizan la discriminación contra las mujeres en los siguientes ámbitos: a) derechos laborales; b) derechos económicos, sociales y culturales; c) derechos reproductivos; d) derechos sexuales; e) derechos políticos; f) la esfera familiar; y g) medios de comunicación.

DERECHOS LABORALES

- *Despido por razón de embarazo*: Sentencia Constitucional 0771/2010-R, Sucre, 2 de agosto de 2010, Bolivia.

161. El Estado de Bolivia presentó con su cuestionario esta decisión sobre un amparo constitucional interpuesto por C.V.I., sosteniendo el menoscabo de sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo y a la estabilidad laboral, a una remuneración justa y a la seguridad social, citando varias disposiciones de la Constitución Política y de la ley nacional. La denunciante sostiene que estando embarazada y aún teniendo tres contratos sucesivos de trabajo, se le retiró de su fuente laboral, y no fue reincorporada pese a sus solicitudes de reincorporación. El Tribunal Constitucional concedió la tutela solicitada, haciendo referencia a la Convención Americana como parte del marco normativo protector de los derechos de las mujeres embarazadas en el ámbito laboral:

> "Como este recurso, ahora acción, fue presentado y resuelto por el Tribunal de amparo constitucional en vigencia de la Ley Fundamental abrogada, es pertinente determinar, antes de analizar la Resolución venida en revisión, qué norma constitucional se aplicará. En ese sentido, conforme a los fundamentos desarrollados en la SC 0006/2010-R de 6 de abril, partiendo del principio pro hómine, contenido en los arts. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 13.IV y 256 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), el juzgador debe aplicar aquellas normas que resulten más favorables para la persona, su libertad y derechos, así como interpretar esas normas de manera más amplia. En similar sentido, de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la norma, entre varios entendimientos posibles, debe optarse por aquél que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado; es decir, se debe eligir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos.

[172] CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Guatemala* (2001), párr. 34.

> Ahora bien, debe considerarse que actualmente la protección a la mujer embarazada se encuentra prevista en la Constitución Política del Estado, garantizando la inamovilidad de las mujeres en estado de embarazo y de los progenitores hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad, conforme a lo previsto en el art. 48. VI….
>
> De acuerdo a dicha norma, se puede identificar claramente dos garantías que tienden a hacer efectiva la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y la obligación del Estado de garantizar las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral (art. 62 de la CPE). Por una parte, que las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su situación de embarazo o número de hijas o hijos, lo que supone que en estos casos se tendrá por lesionada esa garantía cuando el empleador, pese a conocer la situación de embarazo de la mujer trabajadora, la despide, en un acto de discriminación. Por otra, la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo y de los progenitores hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad; garantía que no está supedita a determinadas condiciones o requisitos que deben ser cumplidos por la mujer o el hombre y, por lo mismo, para su ejercicio, no se requiere el previo aviso al empleador del estado de embarazo o de la existencia de un hijo o hija menor a un año.
>
> Por lo expuesto, se constata que la autoridad demandada efectivamente lesionó los derechos de la accionante al trabajo a una remuneración justa y a la garantía de inamovilidad de la mujer embarazada, prevista en el art. 48 VI. de la CPE, lo que indudablemente repercute, además, en el derecho a la seguridad social".

- *Despido por embarazo*: Tribunal Constitucional de Perú, R.B.G.V., Proceso de Amparo, Exp. No. 05652-2007-PA/TC, Perú[173].

162. En dicha resolución[174] se ordena que la Sociedad de Beneficiencia de Lima Metropolitana reincorpore a la señora R.B.G.V. a su cargo de trabajadora, del cual había sido despedida por estar embarazada. El Estado destaca que en la sentencia: "el TC describe todos los Convenios de los cuales Perú es parte y que protegen los derechos de las mujeres, las medidas que ha tomado el Estado peruano para erradicar la discriminación contra la mujer, los parámetros de la discriminación laboral y el porqué del despido por embarazo como una causal de discriminación".

[173] El Estado de Perú presentó junto con su respuesta al cuestionario una serie de resoluciones judiciales emitidas en los últimos 10 años por diversos tribunales, avanzado el principio de la no discriminación. En esta sección se incluyen dos ejemplos de sentencias que aplican los estándares del sistema interamericano en su resolución por despidos y una separación en razón de embarazo en el ámbito laboral y educativo.

[174] Esta sentencia también fue presentada por la organización PROMSEX en su respuesta al cuestionario de la CIDH.

163. El TC declaró fundada la demanda de amparo y ordenó la reincorporación de la víctima como trabajadora en el cargo que desempeñaba o en otro de similar nivel o categoría, en el plazo de cinco días, haciendo referencia a los principios de la igualdad y la no discriminación consagrados en instrumentos interamericanos e internacionales, en los siguientes términos:

> "1. La igualdad de derechos de hombres y mujeres es un principio de las Naciones Unidas. Así, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece, entre los objetivos básicos, el de 'reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres'. Además, en el Art. 1 de la Carta se proclama que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas "sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión"……
>
> 3. De manera similar, el Art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
>
> 9. En el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. En este sentido, la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo.
>
> 20. Teniendo en cuenta lo señalado, puede concluirse que no todo trato desigual ante la ley es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta no debe ser justificada objetivamente. En este sentido la Corte

> Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.
>
> 30. Cuando se utiliza la expresión “derechos humanos de la mujer” se está haciendo referencia, de forma enunciativa, a los derechos humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Política”.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

- *Derechos económicos, sociales y culturales y la salud*: Tribunal Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad, Sentencia del 6 de agosto de 2010, Chile.

164. La presente sentencia versa sobre una acción de inconstitucionalidad contra la ley no. 18.933 que establece un "nuevo régimen para la determinación del precio de los contratos de salud y su posibilidad de revisión por parte de Isapres [Las Instituciones de Salud Previsonal]". Citando precedente internacional, el Tribunal determinó que los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 de la Ley 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley al establecer diferencias arbitrarias

> “…al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados, y por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de ‘instrucciones de general aplicación’, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad".

165. Varias organizaciones y expertos en la materia habían presentado argumentos apuntando a cómo el aumento de precios de los planes que se pretende aplicar, involucra el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y cómo dicho sistema discrimina arbitrariamente a la mujer de una manera continua. Se argumentó que dicha disposición legal violaba los principios de la CEDAW, la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

166. A continuación se presentan varios extractos de la sentencia:

> “Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho, así como la discriminación directa o indirecta, como “conceptos

claves en relación con la discriminación y la igualdad", precisando que "la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en forma explícita en distinciones basadas en el sexo o en una de las categorías reconocidas de discriminación". Por su parte, "la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra." (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10-11). De todo lo expuesto es nítido que la igualdad de derechos del hombre y de la mujer es una categoría estándar en las legislaciones nacionales e internacionales, según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. Esto es, impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos;

(…) Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. (…) El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar (…);

Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución (…) Nada impide cuestionar y revisar la racionalidad y justicia de la referida tabla de factores, a la vez que determinar si al confeccionarse y aplicarse la misma se ha ejecutado una potestad administrativa de manera racional y si ha resultado o no una situación que importe en el hecho una discriminación arbitraria o manifiestamente abusiva o desproporcionada para la parte contratante, en atención a la naturaleza propia de contrato de adhesión que reviste el seguro de salud previsional".

- *Separación por embarazo*: Primera Sala Especializada Civil de Piura, Expediente 007-1656-0-2001-JR-CI-2, Proceso de Amparo, Perú.

167. Según el Estado, esta resolución confirma la decisión de primera instancia que declaró fundada la demanda interpuesta por M.E.A.S. y L.M.C.M. en representación de su hija M.P.A.C. Se alegó que la víctima fue separada de forma definitiva de la Escuela

Técnica Superior de la Policía Nacional del Perú en su condición de estudiante por estar embarazada. En base al principio de igualdad y no discriminación, fundado tanto en instrumentos nacionales como los internacionales ratificados por el Estado de Perú, se ordenó la reincorporación de la víctima "en el nivel de formación académica que se encontraba al momento de producirse el hecho violatorio".

168. La Sala asimismo se pronunció en los siguientes términos sobre el principio de la igualdad y no discriminación:

> "El derecho fundamental a la igualdad comprende la no discriminación por razón de sexo, ésta se encuentra expresamente reconocida, tanto por el artículo 2º inciso 2) de la Constitución como en los Tratados sobre derechos humanos ratificados y por ende de obligatorio cumplimiento para el Perú, entre ellos el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 26º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que disponen de manera similar que todas las personas son iguales ante la ley. Por su parte, la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), señala en su artículo 1º que la discriminación se genera no sólo intencionalmente sino inclusive del resultado de determinada actuación, aún cuando ese no haya sido su objetivo;
>
> **QUINTO** - La discriminación en el presente caso reside en el hecho de procrear un hijo y por ser las mujeres quienes llevan el embarazo resultan ser éstas las principales víctimas ante disposiciones y actuaciones de este tipo, será a ellas a quienes siempre se les afectará con la separación definitiva de la Escuela de Suoficiales del a PNP, empero lo mismo no sucederá con los hombres que procrean un hijo, por el simple hecho que en ellos no siempre se evidencia dicha situación pues es necesaria una investigación y no por su sola apariencia o estado físico como en el caso de las mujeres;
>
> **SEXTO –** Se debe tener en cuenta que la maternidad no causa estragos físicos crónicos o disminuye el coeficiente intelectual, tampoco quita habilidades para aprender a manejar un arma o velar por el orden interno del país y por ende no tiene asidero ni base objetiva alguna. Por tanto, es incoherente que en un Estado de Derecho como el nuestro que proclama en su Constitución, el derecho y la defensa de la vida, algunas instituciones como la demandada condenen a una mujer por su embarazo como si ello fuera algo degradante, sancionándola con la expulsión, estigmatizándola, en vez de otorgarle un trato especial por su situación, pues las pruebas físicas que deben dar las mujeres gestantes durante los periodos de entrenamiento físico se deben postergar para luego del parto cuando hayan recuperado su estado físico normal, lo cual resulta razonable, por lo que consideramos que la condición de embarazada jamás es causa de un trato discriminatorio ni impide recibir formación en el plano policial-militar. Es importante resaltar además

> que las consecuencias de la expulsión de la cadete se traducen en una violación a su derecho a la igualdad porque se le está impidiendo a diferencia de las personas que no están gestando alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida, como el convertirse en suboficial de la Policía Nacional de Perú o escoger libremente las opciones y circunstancias que le permitan su realización como persona……
>
> Con lo expuesto, al retirarse a la demandante M.P.A.C. definitivamente de la Escuela Técnica Superior PNP La Unión no sólo se ha violado su derecho a la igualdad de oportunidades educativas sino que también el derecho a la igualdad de alcanzar y cristalizar su "proyecto de vida" que quiere para ella misma; además a su derecho al desarrollo integral como persona, lo cual es inadmisible en una sociedad democrática que se dice llamar protectora de la dignidad humana;….."

DERECHOS REPRODUCTIVOS

- *Cobertura social de fertilización asistida*: Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, B.N.L. y L.F.A. c/ Obra Social de la Provincia de Corrientes, 16/03/2011, Argentina.

169. Esta sentencia versa sobre un caso en donde una pareja solicitó a su obra social la "cobertura integral y total" de los gastos del tratamiento de fertilización asistida por la técnica ICSI (Inyección Espermática Intracitoplasmática), petición que fue denegada. Los denunciantes consideran que esta denegación vulneró una serie de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, entre otra normativa nacional y local. La Cámara de Apelaciones en materia laboral estimó que el tema en controversia era discutible, y por lo tanto, requería de una amplitud de debate y prueba que escapa "el acotado marco cognoscitivo" que posibilita la vía de amparo, lo cual resultó en el rechazo de las pretensiones de los denunciantes. El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en cambio, entendió que la vía era adecuada, razonando entre otras consideraciones, que la denegación de este procedimiento - en evidencia médica de su necesidad – contraviene el principio de igualdad consagrado en varios instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos:

> "por desconocer la sentencia prueba relevante producida en el proceso y vulnerar los derechos de raigambre constitucional y supra legal de quienes desean ser padres y formar su familia, perfectamente pasibles de ser reparados a través de la vía del amparo, no requiriendo este caso un mayor debate y prueba para dirimirlo, siendo suficiente lo actuado en el expediente (...)
>
> …la Cámara soslayó prueba relevante y contundente aportada no solamente por los amparistas sino también por parte del I.O.S.COR. a través de los informes de sus Autoridades Médicas y Especialistas en el asunto, quienes aconsejaron el tratamiento de fertilización más allá de no

encontrarse incluido en el menú prestacional. Y esta era la cuestión central del debate (...)

…los amparistas obtuvieron de parte del I.O.S.COR la negativa frente al silencio evidenciado y el uso de la vía escogida constituye para el caso la más idónea para la efectiva protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad psico-física de los peticionantes (...) Y si bien en nuestra provincia aún no se ha regulado (...) no puede desconocerse los avances y la voluntad política en el país, cada vez más acentuada, en lograr su reconocimiento legislativo (...)

…la infertilidad es considerada como una enfermedad, en el caso se encuentra comprometido el derecho a la salud, y resulta procedente el proceso de tutela urgente elegido (...) Procede la acción de amparo deducida por una pareja a fin que sus obras sociales costeen la totalidad de los gastos de un tratamiento de fertilización asistida -en el caso por la técnica ISCI-, si quedó acreditada su imposibilidad para concebir y la idoneidad de dicho procedimiento médico, no obstante a ello la circunstancia de que éste no se encuentra contemplado dentro del Programa Médico Obligatorio, dado que solo se trata de un piso prestacional que puede ser elastizado en el caso en que estén comprometidos el derecho a la salud o a la vida (...)

La denegación del acceso a las técnicas de fertilización asistida cuando fueren indispensables para concebir un hijo vulnera expresamente la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, la Convención Interamericana de Belem do Pará, y contraría el principio de igualdad resguardado en nuestra Constitución Nacional, ya que discrimina injustamente a la mujer que tiene dificultades para procrear de aquellas que no las padecen (...) la solución en contrario importaría priorizar un mero interés comercial sobre los derechos humanos a la vida, a la salud -reproductiva y el derecho a procrear- derecho adquirido a una mejor calidad de vida, derecho a la integridad física, a la autodeterminación y el derecho a la igualdad, protegidos constitucionalmente y por instrumentos internacionales".

- *Regulación de la práctica del aborto*: Sentencia C-355/2006, Colombia.

170. Esta sentencia – presentada por el Estado de Colombia en su respuesta al cuestionario - versa sobre una acción de inconstitucionalidad presentada en contra de las disposiciones del Código Penal de Colombia que sancionaban de forma categórica la práctica del aborto en el país. La demanda fue presentada por la accionante sosteniendo que dichas disposiciones vulneraban el derecho a la dignidad, a la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la libre determinación; al derecho a la vida, a la salud y a la integridad; el derecho a vivir libre de tratos crueles inhumanos y degradantes; y a las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos; todos derechos consagrados en la Constitución Política. El 10 de mayo de 2006, la Corte anunció

su decisión resolviendo que el aborto no podía seguir considerándose como un delito en tres circunstancias: a) cuando la vida o la salud (física o mental) de la mujer está en peligro; b) cuando el embarazo resulte de una violación o incesto; o c) en la presencia de graves malformaciones fetales que hagan inviable la vida fuera del útero.

171. La Corte hizo referencia extensa en esta sentencia al precedente interamericano e internacional de los derechos humanos - incluyendo a la Convención Americana y a la Convención de Belém do Pará - considerando que la prohibición absoluta del aborto para proteger los intereses del feto imponía una carga desproporcionada en el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. La Corte asimismo destacó el vínculo entre la prevención de la violencia sexual contra la mujer y el embarazo no deseado; vínculo que acarrea obligaciones positivas del Estado de mitigar los efectos de la violencia sexual ofreciendo los servicios de salud necesarios.

172. A continuación, se incluyen varios extractos de la sentencia:

> 7. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política colombiana y en el derecho internacional.
>
> La Constitución Política Colombiana de 1991 efectuó un cambio trascendental en relación con la posición y los derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y en sus relaciones con el Estado (...)
>
> En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna (...)
>
> Cabe recordar ahora, que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción (...)
>
> En efecto, los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales (...)
>
> En efecto, diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se

constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los

derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos (...)

Cabe recordar, que además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de los derechos de la mujer latinoamericana tiene soporte especial en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", entrada en vigencia para Colombia el 15 de diciembre de 1996, al aprobarse la Ley 248 de 1995; los que, junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional (...)

En efecto, las diversas formas de violencia de género, constituyen una violación de los derechos reproductivos de las mujeres puesto que repercuten en su salud y autonomía sexual y reproductiva. La violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres, en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, y pone en riesgo su derecho a la salud, no sólo física sino psicológica, reproductiva y sexual (...)

Es así como la CEDAW ha declarado, que "la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre". La Convención de Belém do Pará, en vigor desde el 5 de marzo de 1995 y para Colombia desde el 15 de diciembre de 1996 –Ley 248 de 1995-, es uno de los instrumentos más importantes para la protección de los derechos de las mujeres ante las diversas formas de violencia a que están sometidas en los diversos espacios de su vida. Ella ha determinado dos elementos que la hacen especialmente efectiva: una definición de violencia contra la mujer, que considera estos actos como violatorios de derechos humanos y las libertades fundamentales, tomando en cuenta los abusos que ocurren tanto en el ámbito público como en el privado; y, el establecimiento de la responsabilidad del Estado por la violencia perpetrada o tolerada por este dondequiera que ocurra (...)"

- *Derechos reproductivos*: Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México[175].

173. El Estado presentó información sobre esta sentencia en su respuesta al cuestionario sobre la regulación de la interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas de gestación en el Distrito Federal. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación en el Distrito Federal el 26 de abril de 2007. Dicha reforma fue impugnada por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Poder Ejecutivo Federal – a través del Procurador General de la República - el 24 y 25 de mayo de 2007 respectivamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la interposición de acciones de inconstitucionalidad, las cuales fueron acumuladas. La Suprema Corte resolvió la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 el 28 de agosto de 2008, determinando la constitucionalidad de las reformas aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

174. Al respecto, la Comisión destaca los argumentos planteados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto al contenido del derecho a la vida conforme a la legislación mexicana y los tratados internacionales[176]. En particular, la CIDH menciona el argumento planteado por dicho Tribunal en cuanto al "contenido de los instrumentos internacionales aplicables, como el caso del […] artículo 4º de la Convención Americana, para determinar en qué sentido es que su contenido se refiere a la existencia de un derecho a la vida y cuáles serían sus condiciones de aplicación". Sobre el particular, la Corte tuvo en cuenta los antecedentes que dieron lugar a la redacción de la Convención en los siguientes términos:

> "[…] al ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos el único tratado internacional que recoge un momento específico para el inicio de la protección de la vida, siendo el Estado mexicano parte de éste, vale la pena analizar la intención de quienes adoptaron ese instrumento internacional, para determinar si pudiera derivarse un derecho absoluto a

[175] El Estado de México remitió junto con su respuesta una lista identificando 26 decisiones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relacionadas con los temas de: i) derechos reproductivos; ii) equidad de género; iii) mujeres indígenas; iv) violencia contra las mujeres; v) derechos sexuales; vi) derecho a la salud; vii) equidad de género en participación política; viii) igualdad y no discriminación; y ix) violación entre cónyuges. En esta sección, la CIDH se permite destacar dos sentencias particularmente relevantes por su carácter histórico para el país para los derechos reproductivos y los sexuales; y una tercera sobre los derechos políticos de las mujeres.

La CIDH asimismo destaca haber recibido información sobre sentencias emitidas por tribunales judiciales en México vinculadas a los temas discutidos en este informe de la organización GIRE y de Miguel Angel Antemate Mendoza, alumno de post-grado de la Universidad Autónoma de México.

[176] Concretamente, la Corte analizó dentro de los "conceptos de invalidez" planteados por los recurrentes, si "efectivamente la constitución [mexicana] reconoce o no un derecho a la vida y, de ser así, cuáles serían sus fundamentos normativos".

> la vida u obligaciones especiales para la protección de ese derecho desde un momento específico".

175. Así, luego de analizar el contenido de los trabajos preparatorios de la Convención Americana respecto a la redacción del mencionado artículo 4, la Corte indicó que:

> "[…] lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa son previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida […] Es decir, la Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello.
>
> […]
>
> En este contexto, este caso nos enfrenta con un problema peculiar, en donde hay que hacer un cuestionamiento inverso al que se hicieron los tribunales o Cortes Constitucionales en los ejemplos previamente reseñados: debemos preguntarnos si el Estado se encuentra obligado o encuentra un mandato para penalizar una conducta específica, y no si la penalización de una conducta particular afecta o vulnera derechos constitucionales.
>
> […]
>
> [E]l Estado mexicano, desde el ámbito internacional, se ha comprometido a sancionar determinadas conductas, como en el caso de la […] la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará", establece en su artículo 7, inciso c) el compromiso de los Estados partes para: "incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso…."

176. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Corte concluyó que:

> "[…] si de lo argumentado resulta que la vida, como bien constitucional e internacionalmente protegido, no puede constituir un presupuesto de los demás derechos, además de que aún como derecho no podría en ningún momento ser considerado absoluto; que sus expresiones específicas a

> nivel nacional e internacional se refieren a la privación arbitraria de la vida y la prohibición del restablecimiento de la pena de muerte; que se trata de un problema de descriminalización de una conducta específica y que no existe mandato constitucional específico para su penalización; y, finalmente, que la evaluación de las condiciones sociales y la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es constitucional y se encuentra dentro de sus facultades de acuerdo con principios democráticos, este Tribunal Pleno considera que los argumentos analizados en el presente apartado en relación con la naturaleza y existencia del derecho a la vida son infundados"[177].

DERECHOS SEXUALES

- *Parejas homosexuales y el derecho a la igualdad y a la no discriminación*: Supremo Tribunal Federal, Sentencia de 5 de mayo de 2011, Brasil.

177. El Supremo Tribunal Federal de Brasil, el pasado 5 de mayo de 2011, reconoció por unanimidad que las parejas homosexuales tienen los mismos derechos que las heterosexuales en una sentencia histórica para el país. La decisión asimismo concedió a las parejas homosexuales la mayoría de los derechos que gozan las parejas heterosexuales, incluyendo beneficios de pensión y herencia, entre otros. En su sentencia, el Tribunal hace un análisis pormenorizado del derecho a la igualdad y a la no discriminación, entre otros derechos fundamentales. A continuación se transcriben algunos pasajes de la sentencia:

> "El principio de igualdad establece que todas las personas deben ser tratadas por el Estado con el mismo respeto y consideración. El tratar a todos con el mismo respeto y consideración, significa reconocer que todas las personas poseen el mismo derecho de formular o de perseguir con autonomía sus planes de vida, y de buscar su propia realización existencial, mientras esto no implique una violación de los derechos de terceros.
>
> La verdad es que la igualdad impide que se les niegue a los integrantes de un grupo la posibilidad de disfrutar de algún derecho, en razón de un prejuicio vinculado a su modo de vida. Es exactamente eso lo que ocurre con la legislación infraconstitucional brasileña, que no reconoce a las uniones entre personas del mismo sexo, tratando de forma desigual a los homosexuales y a los heterosexuales" [Traducción de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH].

[177] De acuerdo con la decisión final dictada por la Corte, se declaró "parcialmente procedente e infundada" la acción de inconstitucionalidad presentada y se ordenó sobreseer la misma respecto de los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 bis 7 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, y tercero transitorio del derecho impugnado de reformes a dichos preceptos. Asimismo, se reconoció la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

178. En el voto del Ministro Marco Aurélio, se menciona el derecho de las parejas homosexuales de formar un plan de vida, en base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> "Le compete a cada individuo el formular las escuelas de vida que lo encaminarán en el desarrollo pleno de su personalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos hace mucho reconoce la protección jurídica otorgada al proyecto de vida (v. Loayza Tamayo c. Perú, Cantoral Benavides c. Perú), lo que indiscutiblemente hace parte del contenido existencial de la dignidad de la persona humana. Sobre este punto, se ha pronunciado Antônio Augusto Cançado Trindade en el caso de Gutiérrez Soler c. Colombia, decidido el 12 de septiembre de 2005:
>
> Todos vivimos en un tiempo que nos termina de consumir. Precisamente por vivir en ese tiempo, cada uno busca diseñar su propio proyecto de vida. El término proyecto encierra en si toda una dimensión temporal. El proyecto de vida, tiene, así, un valor esencialmente existencial, atendiendo a la idea de la realización personal integral. Es decir, en el marco transitorio de la vida, cada uno debe proceder con las opciones que le parezcan acertadas, en el ejercicio de la plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida revela un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno…..
>
> El Estado existe para apoyar a los individuos en la realización de los respectivos proyectos personales de vida, que se traducen en el libre y pleno desarrollo de la personalidad. La Corte Suprema ya ha establecido en varias ocasiones el alcance que la dignidad ofrece a las prestaciones de naturaleza material, reconociendo obligaciones públicas en materia de medicamentos y guarderías, pero no se puede olvidar la dimensión existencial del principio de la dignidad de la persona humana, pues una vida digna no se limita a la integridad física y a la autonomía financiera. La dignidad de la vida requiere la posibilidad de concretar metas o proyectos. De ahí se habla del daño existencial cuando el Estado restringe el ciudadano en ese aspecto. Vale la pena decir: el Estado está obligado a garantizar que los individuos busquen su propia felicidad, después que no se violen los derechos de otros, lo que no ocurre en el presente asunto.
>
> Es cierto que el proyecto de vida de aquellos atraídos por el mismo sexo resultaría perjudicado con la imposibilidad absoluta de formar una familia. Exigirles un cambio de orientación sexual para que sean aptos para alcanzar dicha situación jurídica demuestra un menosprecio de la dignidad. Se enfrenta asimismo a la objeción constitucional al perjuicio en

razón de la orientación sexual". [Traducción de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH].

- *Matrimonio entre parejas del mismo sexo*: Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

179. De acuerdo a lo indicado por el Estado de México en su respuesta al cuestionario, en esta decisión se "reconoce la validez de la redefinición de la institución del matrimonio para comprender no sólo a las parejas heterosexuales, sino también a las que se forman entre parejas del mismo sexo". Esta decisión se refiere a una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Procurador General de la República en relación a las normas contenidas en la reforma realizada a los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 29 de diciembre de 2009, a través de la cual se permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo.

180. En relación a esta decisión, la CIDH considera pertinente destacar las consideraciones realizadas por la Corte en relación al principio de igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

> "[…] esta Corte ha dispuesto un estándar o test de control reforzado, para verificar si una ley, al limitar o restringir determinado derecho fundamental o diferenciar entre dos o más hechos, sucesos, personas o colectivos, respeta el principio de igualdad y no discriminación.
> […]
> Empero, se insiste, en el caso, no se está ante medidas legislativas de ese tipo, sino, por el contrario, ante un acto normativo que amplía o extiende un derecho civil, a fin de equiparar plenamente la protección jurídica entre parejas homosexuales y heterosexuales, amparado, según se advierte de la motivación del legislador del Distrito Federal, en el respeto al principio de igualdad y la prohibición de no discriminación, concretamente, en su vertiente de orientación sexual".

181. Teniendo en cuenta estas consideraciones a la luz del mencionado "test de control reforzado", la Corte indicó:

> **"**Por lo que respecta al primero de los aspectos destacados -igualdad entre hombre y mujer ante la ley-, tanto del texto del artículo 4° como del procedimiento legislativo que le dio origen (reforma publicada el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro), se advierte que la reforma obedeció a la discriminación histórica advertida hacia las mujeres, buscando eliminarla, a fin de lograr la igualdad de hombres y mujeres frente a la ley, constituyéndose así un límite material a la actividad legislativa y aclarándose que, conforme a los criterios de esta Corte en materia de igualdad, no se trata de dar un trato idéntico o de prohibir el establecimiento de diferenciaciones, sino de lograr una igualdad *real* entre hombres y mujeres".

182. Adicionalmente, la Corte procedió a analizar los argumentos planteados por la parte accionante en relación al contenido de los tratados internacionales sobre la institución del matrimonio. Al respecto, la Corte indicó:

> "[…] la afirmación del accionante en el sentido de que, constitucionalmente e, incluso, de acuerdo con los tratados internacionales que cita, constituya un elemento esencial del matrimonio que se celebre entre personas de diferente sexo (hombre y mujer), dado que, según dice, su finalidad primordial es la procreación y, de ahí, la formación de una familia -una familia ideal-, que es la que, en mayor medida, protege la Constitución Federal, no puede ser admitida por esta Corte, pues, como hemos expuesto, nuestra Norma Fundamental, en ningún momento, lo dispone así y, además, la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose, primordialmente, en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.
> […]
> El artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución y que éstas no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que la misma establece, así como que: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

- *Derecho a la dignidad y a la identidad*: Suprema Corte de Justicia, Sentencia Nº 159/05, Uruguay.

183. Una de las sentencias presentadas por el Estado de Uruguay en su respuesta al cuestionario versa sobre un asunto relativo a una mujer que se sometió a una intervención quirúrgica de cambio de sexo y solicitó la rectificación del acta de nacimiento originaria, en lo relativo al nombre y al sexo, a partir de la fecha de la operación, para lograr la adecuación de su partida de nacimiento a su nueva situación. La Suprema Corte de Justicia de Uruguay por mayoría dio lugar a lo solicitado en la sentencia referida invocando varios derechos, incluyendo el derecho a la dignidad de cada persona y el derecho a la propia identidad, permitiendo de tal forma al interesado contraer matrimonio con una persona de sexo femenino. En la sentencia, la Suprema Corte invocó tanto a la Corte Europea de Derechos Humanos y su fallo en el caso de Goodwin c. Reino Unido del 11 de julio de 2002, como el precedente interamericano de derechos humanos, en los siguientes términos:

> "El Uruguay ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U., que consagran el

> derecho a la dignidad de cada persona, entre los que figura el de la propia identidad.
>
> Las normas de origen internacional disponen la obligación del Estado de garantizar el goce y respeto de los derechos consagrados, a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, y lo comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro carácter (judiciales y administrativas), para hacer efectivos los derechos reconocidos en estos instrumentos. ....
>
> Como se adelantara supra (Considerando III), se estima necesario suprimir en el dispositivo de la sentencia de primer grado la frase que reza: "donde dice femenino debe decir masculino", porque puede llevar a confusión en relación al momento a partir del cual opera el cambio de identidad sexual, o a partir del cual produce efectos jurídicos la cirugía de reasignación sexual, siendo que los efectos -según se dijera- se proyectan desde la fecha de ésta y no a partir del nacimiento (ex nunc)".

DERECHOS POLÍTICOS

- *Participación en condiciones de igualdad*: Tribunal de Casación Penal de Catargo, Resolución 028-2002-TC, 22 de noviembre de 2002, Ecuador[178].

184. Esta sentencia versa sobre una demanda de inconstitucionalidad por el fondo contra el artículo 40 del Reglamento a la Ley de Elecciones. Las demandantes sostienen que dicho artículo viola los derechos políticos de las mujeres, en particular, en las áreas de la participación equitativa y el derecho a la elegibilidad en igualdad de condiciones, no respetando la participación alternada y secuencial de las mujeres. Sus reclamos están basados en normas internacionales, en particular, en los artículos 4 y 5 de la Convención de Belém do Pará, y en los artículos 1 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Tribunal declaró la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Elecciones, pronunciándose en los siguientes términos:

> "Que, el artículo impugnado realiza una definición de lo que es la alternabilidad y la secuencia, definiciones cuyo contenido no garantizan la participación equitativa entre varones y mujeres; mucho menos cuando al referirse a la secuencia regula la forma en que deben realizarse las combinaciones en serie, atentando a la igualdad de condiciones al establecer que una mujer podría ser ubicada en la papeleta electoral luego de haber sido ubicados dos o tres varones; (…) Que, en la comprensión de que el Estado ha asumido el deber de eliminar las

[178] El Estado de Ecuador presenta varias resoluciones y sentencias, como esta en particular, adoptadas por el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional relacionadas a la igualdad de género y al principio de no discriminación. Asimismo, la organización CLADEM-Ecuador presentó varias sentencias vinculadas a la igualdad de género y el principio de la no discriminación.

> condiciones de desigualdad en la participación electoral entre hombres y mujeres, es necesario evitar los efectos de toda disposición que menoscaben este objetivo por cuanto resultarían inconstitucionales; y, por el contrario, resulta una obligación de toda autoridad u órgano administrativo regular en beneficio de lo que se conoce como acciones positivas…."

- *Cuotas y los partidos políticos*: Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal, Expediente No. ST-JDC-86/2010,10 de diciembre de 2010, México.

185. La presente decisión versa sobre el juicio intentado por uno de los miembros del Partido Acción Nacional en el Estado de México para la protección de sus derechos político-electorales. De acuerdo a lo indicado en la sentencia, el accionante había sido designado como integrante de la Delegación Municipal de Cuautitlán Izcalli de ese instituto político en el Estado de México, en la sesión ordinaria celebrada por el pleno del Comité Directivo Estatal del Partido Acción Nacional en el Estado de México en fecha 20 de junio de 2010. Posteriormente, el Secretario de Organización del mencionado Comité Directivo, informó que dicha sesión no había cumplido con la "equidad de género establecida en sus estatutos, por lo que, no [se] podía dar cumplimiento a la instalación de la nueva Delegación Municipal". En virtud de lo anterior, el pleno del Comité Directivo determinó "dejar sin efectos" las designaciones hechas en la sesión celebrada y "designar otros más para cumplir con la cuota de género establecida en los Estatutos". Contra esa decisión de reestructuración, el accionante promovió recurso de revocación, el cual fue resuelto por el Comité Directivo Estatal del referido partido, confirmando los términos de la decisión impugnada. Finalmente, el accionante promovió "demanda de juicio para la protección de [sus] derechos político-electorales" resuelto en su oportunidad por el Tribunal Electoral indicado.

186. La Comisión destaca las consideraciones hechas por el Tribunal Electoral en cuanto al tema de cuotas de género establecidas en la legislación del Partido Acción Nacional en el Estado de México. Al respecto, el Tribunal señaló:

> "[…] es importante destacar que en el tema de cuotas de género, tal y como se sostuvo por esta Sala Regional en el expediente ST-JDC-295/2009, en el ámbito interamericano, hay una amplia coincidencia en el sentido de que el principio de no discriminación se ha convertido en una norma de ius cogens, es decir, en una norma interpretativa de derecho internacional de los derechos humanos que no admite disposición en contrario.
>
> En virtud de este derecho, se proclama, para el caso mexicano, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero también en los artículos 2, 3, 23.4, 24.1, y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículos 1, 13.5, 17.4 y 24 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo primero de la Convención de la eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer, (Convención de Belem do Para) artículos 4, y 5 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en el sentido de que todas las personas son iguales ante la ley no pudiendo establecerse diferencias o exclusiones con motivo de la raza, color, sexo, idioma, religión u opinión política, salvo aquellos objetivos y razonables, como las cuotas de género.

En ese orden de ideas, es importante establecer que a pesar de que la Constitución establezca una igualdad formal a partir de la reforma de 1974, lo cierto es que la discriminación, por cuestión de género, se ha mantenido en muchos estratos sociales haciendo necesaria la introducción de cuotas de género cuyo propósito es eliminar dichas discriminaciones históricas. Lo anterior, atendiendo a que la discriminación puede establecerse de dos maneras: en primer lugar de forma institucionalizada como lo fue el apartheid en Sudáfrica, y, en segundo lugar, a través de la difusión de prácticas discriminatorias de una sociedad, las cuales, como ha reconocido la doctrina jurídica, no pueden soslayarse ni minimizarse en aras de una idea abstracta de igualdad (Ferrajoli Luigi, derechos y garantías la ley del más débil).

En resumen, a pesar de que en México, desde 1974 se consagró a nivel constitucional la referencia explícita de que el varón y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que, en el plano fáctico existen discriminaciones y desigualdades que no se pueden soslayar ni minimizar. En materia electoral es claro que a pesar de que las mujeres mexicanas son mayoría en el padrón electoral, representan un posición minoritaria en los puestos del ejercicio del poder público, lo cual es combatido a través de cláusulas de género como la que hoy nos ocupa, que al permitir una mejor participación de las mujeres en la vida pública, no solo no vulnera el principio de igualdad constitucional, sino que es acorde con las disposiciones constitucionales que prohíben la discriminación y con los tratados internacionales, la jurisprudencia internacional y la doctrina jurídica contemporánea.

Por tanto, mientras existan desigualdades en el plano fáctico es necesario que la legislación y la normatividad interna de los partidos políticos mantengan y operen las premisas que sustentan el establecimiento de cuotas de género para los partidos políticos, con la finalidad de disminuir los efectos perniciosos de esta tradición”[179].

[179] Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal determinó que la solicitud presentada por el presunto agraviado era infundada ya que sí se justificaba la decisión tomada por el Comité Directivo Estatal de la referida organización partidista en cuanto a la “restructuración de la Delegación Municipal para cumplir con la cuota de género que estipula[ban] los Estatutos del Partido Acción Nacional”. En ese sentido, el Tribunal confirmó la resolución de 23 de septiembre de 2010 sobre el recurso de revocación a través del cual se confirmó el acuerdo aprobado por el Comité Directivo Estatal del Partido Acción Nacional en el Estado de México.

- *Discriminación en razón de matrimonio*: Tribunal Segundo Civil Sección I, Sentencia 00302, Expediente 03-001073-0185-Cl, 1 de diciembre de 2008, Costa Rica.

187. En el presente caso, la parte accionada sostiene que la actora no tiene derecho a solicitar un resarcimiento por la muerte de su hijo en base a las siguientes consideraciones:

> "A lo largo de este proceso, la parte demandada, ha sostenido que la actora no tiene derecho a solicitar un resarcimiento por la muerte de su hijo, dado que, dicha indemnización le fue otorgada a través de su marido A.C.C., quien participó, como actor civil, en el proceso penal por homicidio culposo que se tramitó ante la Fiscalía de Alajuela, bajo el expediente número 00-202188-305-PE. En esa sumaria se arribó a un acuerdo conciliatorio mediante el cual, recurriendo a la póliza de seguro voluntario de vehículos que tenía la demandada con el Instituto Nacional de Seguros, se le canceló al marido de la actora la suma de dos millones quinientos mil colones.

188. El tribunal falló a favor de la actora, considerando que los argumentos esgrimidos por la parte accionada son sexistas, y ejemplifican obstáculos que las mujeres pueden enfrentar para acceder a la justicia en virtud de la institución del matrimonio, haciendo referencia a la Convención Americana, entre otros instrumentos de derechos humanos:

> "Desde el momento de contestar la demanda, la parte accionada, ha efectuado una serie de argumentos, con respecto al matrimonio y su visión patriarcal que vale la pena reseñar. Así por ejemplo, al contestar la demanda se indicó "…Nunca se dejó (sic) a los padres por fuera del proceso, ya que en todo momento, el señor C.C., actuaba en representación de ambos. No podría afirmarse el dolo del Juez por no mencionar a la madre, porque bien es sabido, que el matrimonio es una comunión de dos personas, que no sólo comparten los momentos difíciles, sino también lo (sic) agradables. En este orden de ideas, siempre se tuvo que don A., actúa en su calidad de padre, pero queda afuera de las manos de la Jueza, saber si él es un buen marido o no…Sin embargo, lo cierto es que aunque se hubiera manifestado dentro del proceso, lo hubiera tenido que hacer junto con su esposo, y el resultado de la indemnización sería el mismo.....
>
> Estos argumentos de la demandada, como veremos, encierran mitos y pre-concepciones acerca del matrimonio y la participación de la mujer dentro de él que, en este caso, se utilizan para desvirtuar el derecho a la actora a un resarcimiento y, lo que es peor, limitar su acceso a la justicia tan sólo por ser una mujer vinculada en una relación de pareja con un

hombre. Constituye una circunstancia incuestionable, que las mujeres han sufrido discriminación a lo largo de la historia, tal y como lo corroboran los estudios elaborados por la Organización de las Naciones Unidas y entidades a nivel nacional e internacional (consultar en este sentido el texto "Metodología para el análisis del género y del fenómeno legal", en "Derecho y Género", págs. 99-106). Ahora bien, la discriminación contra la mujer es definida en el artículo 1° de la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", como "…toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera….

De igual forma, el numeral 16, inciso 1, párrafo h ibídem, dispone que, dentro del matrimonio, las mujeres tendrán los mismos derechos que sus cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce, y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. También los numerales 8, inciso 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías, entre ellas, por un tribunal independiente. El artículo 3 de este Pacto dispone que los Estados parte se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales, culturales, enunciados en ese instrumento. Debemos recordar que la Sala Constitucional, ha determinado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como los antes reseñados, priman, por encima de las normas contenidas en la Constitución Política, independientemente, de que tales instrumentos hayan sido ratificados o no por nuestro país, siempre y cuando, en ellos se otorguen o garanticen derechos de esa naturaleza (ver en este sentido Votos números 3435-92 y 5759-93).

A pesar de la existencia de estos instrumentos internacionales, es evidente que el "sexismo" se manifiesta en nuestra sociedad a partir de mitos y mistificaciones como las que reseña la parte demandada en los memoriales indicados, los cuales denotan la idea de que el hombre es la "cabeza del hogar", y quien manda qué hacer y qué no hacer, tanto así que se debe presumir que su manifestación de voluntad en el ámbito "público" (representado en este caso por su participación en el proceso penal por la muerte de su hijo) engloba también la de la aquí actora, tan solo por el hecho de que ambos están unidos por el vínculo matrimonial. Tal forma de razonar no es más que una forma de "invisibilizar" a la actora como ser humano, capaz de ejercer derechos como el aquí pretende reclamar. Debemos tener claro que, en los autos, no ha quedado demostrado que A.C.C. actúo, a través de un contrato de

> mandato en representación de la actora en la sumaria penal, puesto que ninguno de estos contratos fue acreditado. El único argumento con que la parte demandada pretende hacer creer que esta representación se dio y que por ello que a través del pago realizado a él también se le pagó a ella, son las concepciones patriarcales que expresan algunos testigos en este proceso".

- *Discriminación contra la mujer divorciada*: Corte de Constitucionalidad, Expediente 794-2010, 1 de junio de 2010, Guatemala[180].

189. La sentencia versa sobre una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 89, inciso 3 del Decreto Ley 106 del Código Civil de Guatemala. Se alega que el Código Civil presuntamente contiene una conducta discriminatoria hacia la mujer divorciada ya que se le prohíbe contraer matrimonio libremente, a diferencia del hombre divorciado. La normativa asimismo establece que "el paso de trescientos días, es necesario para evitar problemas de filiación, cuando los mismos se pueden superar por medio de pruebas científicas que no vulneren los derechos de la mujer. Esto constituye una conducta discriminatoria, porque se basa en una percepción negativa de la mujer que se ha divorciado, a quien se le constriñe la toma de decisiones sobre su vida futura. Esas percepciones negativas tienen consecuencias en el tratamiento hacia las personas consideradas inferiores o desprestigiadas, lo que significa que se le supriman oportunidades y, por consiguiente se les vede o impida el ejercicio de sus derechos y en la realización de sus capacidades".

190. La Corte declaró la *Inconstitucionalidad General Parcial* del inciso 3, del artículo 89 del Código Civil, haciendo referencia a las visita de la CIDH a Guatemala en el 2003[181] y a sus pronunciamientos sobre la discriminación contra las mujeres:

> "Se ha interpuesto la presente acción constitucional, con el objeto de que desaparezcan las referencias discriminatorias contenidas en el Código Civil. Aunque esta tarea, principalmente, debe atribuírsele al legislador, también es tarea de la sociedad en su conjunto y en la que necesariamente de intervenir este Tribunal Constitucional, la de eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio de igualdad constitucional, porque la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres es considerada como un principio básico para la democracia y el respeto humano.

[180] El Estado de Guatemala en su respuesta al cuestionario informó sobre sentencias – como esta en particular - en donde se hace referencia a las recomendaciones hechas al país por el sistema interamericano relacionadas a la igualdad de género y al principio de la no discriminación; la violencia contra las mujeres; y sus derechos económicos, sociales y culturales, entre otros temas.

[181] Para más información sobre esta visita, puede ver CIDH, *Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L./V.II.118 Doc. 5 rev. 1, 29 de diciembre de 2003.

Durante la visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se produjo en el año dos mil tres, recomendó que: *"para garantizar los derechos fundamentales de la mujer debe prestarse urgente atención a la reforma jurídica y a un mejor acceso a la justicia, y es preciso adoptar medidas eficaces que reflejen, en la práctica, los compromisos adoptados por el Estado. Entre las medidas que se requieren figuran la incorporación de la perspectiva de género en todos los aspectos de las políticas y la adopción de decisiones por parte del Estado, la asignación de recursos suficientes para que ello sea posible, una mayor coordinación de la adopción de políticas con respecto a los derechos de la mujer, y la determinación de responsabilidades cuando los agentes estatales no cumplen las obligaciones del Estado en materia de igualdad y no discriminación"*. También expresó la Comisión referida que *"la legislación guatemalteca se caracteriza por un pronunciado contraste entre la adopción de algunas medidas positivas, como la Ley de Dignificación y la Promoción Integral de la Mujer, por una parte, y, por otra parte, la persistencia de disposiciones legales anacrónicas que mantienen distinciones injustificadas basadas en el género. La persistencia de esas disposiciones discriminatorias va en detrimento de los adelantos mismos que se procura lograr. Debe subrayarse a este respecto que ya se ha señalado que muchas de esas disposiciones perpetúan la discriminación y requieren la introducción de cambios promovidos por representantes de la sociedad civil y, en ciertos casos, por los encargados de la elaboración de las políticas estatales"*. Respecto de las normas mencionadas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mencionó en forma expresa que *"dentro del Código Civil, los artículos 89 y 299 siguen creando distinciones basadas en el género que evidentemente se contraponen frontalmente con la obligación del Estado en materia de no discriminación e igual protección de la ley*".

Se ha interpuesto la presente acción constitucional, con el objeto de que desaparezcan las referencias discriminatorias contenidas en el Código Civil. Aunque esta tarea, principalmente, debe atribuírsele al legislador, también es tarea de la sociedad en su conjunto y en la que necesariamente de intervenir este Tribunal Constitucional, la de eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio de igualdad constitucional, porque la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres es considerada como un principio básico para la democracia y el respeto humano.

Este Tribunal considera que hoy en día la filiación ya no se asienta en la voluntad de las partes, sino en la realidad de la naturaleza, esto ha sido posible debido a la aparición de procedimientos científicos que permiten establecer con certeza la realidad del vínculo biológico. Precisamente, uno de estos procedimientos técnicos de mayor relevancia en nuestros días, por su rigor científico es la prueba de ADN. Es tal la importancia de

esta prueba en los casos de paternidad discutida o ignorada que la propia ley establece una sanción en caso de negativa a someterse a los exámenes y análisis, consistente en el indicio contrario a la posición sustentada por el renuente que en definitiva constituye una verdadera presunción legal en su contra".

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

- *Discriminación contra las mujeres en los medios de comunicación*: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 00198, Expediente 06-000100-0163-CA, 2 de abril de 2010, Costa Rica.

191. Esta sentencia versa sobre la competencia del Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (en adelante "IAFA") para restringir el uso de la imagen de la mujer en el material publicitario de una bebida alcohólica, como es la cerveza Pilsen. La Sala falló a favor del IAFA en base a consideraciones relacionadas a los derechos de las mujeres a vivir libres de discriminación y la protección de su integridad y dignidad, refiriéndose a la Convención Americana y la CEDAW, entre otros instrumentos internacionales:

> "Los agravios dos y tres se analizarán conjuntamente, debido a que pretenden evidenciar la competencia del IAFA para restringir el uso de la imagen de la mujer en la publicidad relativa a las bebidas alcohólicas. El Tribunal estimó que la competencia del IAFA se limita "a la valoración de la "asociación o conexión" entre el producto y las cualidades o calidades de las modelos que le promocionan, los argumentos de defensa del género, expuestos, resultan injustificables por la restricción reglamentaria antes expuestas y procede en consecuencia anular la resolución SJCP-875-11-05 por haberse excedido en su competencia el órgano al momento de valorar la publicidad presentada a aprobación." (folio 299). Esta Sala, considera que al tratarse de la autorización de material publicitario de una bebida alcohólica, como lo es la cerveza Pilsen, el IAFA posee competencia suficiente para referirse acerca de ese tema.
>
> En tal sentido el canon 6 del Reglamento dispone, "El Instituto será el organismo competente para velar por la ejecución de este Reglamento, y en consecuencia, toda la propaganda de bebidas alcohólicas que se realice a través de cualquier medio publicitario, deberá llevar su previa y expresa aprobación". En cuanto al uso de la imagen de la mujer en dicha propaganda, también está facultado el IAFA para prohibir aquél material, "que relacione las bebidas alcohólicas con las cualidades físicas, anatómicas, morales o intelectuales de los individuos, o con sus habilidades o virtudes." (artículo 3 ibídem).
>
> En el presente caso, lo sometido a examen por parte del Instituto fueron unas fotografías de mujeres con las siguientes características: rubias,

esbeltos cuerpos y con poca vestimenta, donde evidentemente se asocia las rubias descritas con la cerveza, hecho que autoriza prohibir la publicidad, como en efecto se hizo. Sin embargo, más allá de la normativa reglamentaria citada, existen normas de rango superior y de acatamiento obligatorio en el territorio nacional, como lo son tratados internacionales suscritos y aprobados por Costa Rica, entre ellos interesa aquí los que protegen la honra, la integridad y la dignidad de las personas, más concretamente aquellos referidos a las mujeres. En tal sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (aprobada en Ley No.4534) establece que, "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral." (artículo 5) Y que "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad." (artículo 11) E inclusive autoriza que, "4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia,…" (artículo 13) Por otra parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobada mediante Ley No. 6968) plantea el compromiso de "a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombre y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres." (artículo 5 inciso a) Y la Convención para erradicar la violencia contra la mujer, Belem do Para (aprobada Ley No. 7499) en su canon 8 inciso g) dispuso "alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer…

Consecuentemente, si el Estado costarricense posee el compromiso y la obligación de evitar aquellas prácticas que atenten contra la imagen de la mujer, y siendo que lo presentado ante el IAFA fueron unas fotografías donde se representa a la mujer como instrumento u objeto, pues el perfil femenino utilizado explota las características físicas, anatómicas de las modelos, el Instituto está en la obligación de prohibir el material. Ciertamente, puede pensarse que el respeto a la imagen de la mujer es un tema metajurídico, empero aún con esa posición, lo cierto es que ello impregna el derecho, pues representa los valores de una sociedad en un momento determinado y como tal han de ser respetados por la colectividad. Atendiendo a lo expuesto, la mayoría de esta Sala considera que la propaganda citada atenta contra la imagen de la mujer, por ende, el IAFA actuó correctamente al denegarla, lo cual conlleva a acoger los cargos acusados".

## III. CONCLUSIONES

192. La CIDH cierra este informe reiterando la necesidad de que los Estados continúen adoptando esfuerzos diligentes para aplicar los estándares del sistema interamericano de derechos humanos en las intervenciones de todas las esferas del poder público. El desarrollo jurídico de parte del sistema interamericano en las esferas de la violencia y la discriminación contra las mujeres debe estar acompañado de iniciativas estatales para implementar estos estándares a nivel nacional. Las sentencias analizadas ponen de manifiesto el potencial del poder judicial como un sector clave en la protección de los derechos de las mujeres y en el avance de la igualdad de género.

193. El próximo paso en la lucha contra la discriminación y la violencia contra las mujeres es cerrar la brecha entre los compromisos asumidos por los Estados, y su implementación plena a nivel nacional. Como indicado por la CIDH anteriormente:

> Es necesario que los logros jurídicos y políticos alcanzados, se traduzcan en resultados concretos para las mujeres de las Américas. Para lograr esta meta, necesitamos la colaboración y el compromiso de una amplia gama de actores y entidades. Entre ellos destacamos la importancia y los esfuerzos de los Estados, las organizaciones y redes de la sociedad civil, las agencias internacionales y regionales, el sector académico y los medios de comunicación[182].

194. Se señala que aunque el presente informe se enfoca en el análisis de sentencias judiciales, los Estados que contestaron el cuestionario presentaron información importante sobre cómo los estándares del sistema interamericano han incidido en la adopción, el contenido y la reforma de legislación, políticas públicas, programas, y en la respuesta de distintos sectores, a los problemas de la discriminación y la violencia contra las mujeres, entre otros asuntos pertinentes a la igualdad de género. También es importante destacar que varios países informaron sobre la adopción de reformas constitucionales, legislación, políticas públicas y programas significativos para proteger a las mujeres de formas de violencia y discriminación, aunque estos esfuerzos no son necesariamente el resultado de los estándares del sistema interamericano en la materia[183].

195. Como conclusión de este informe, a continuación se destaca información presentada por los Estados en sus respuestas al cuestionario sobre el impacto de los estándares interamericanos en la adopción de legislación, políticas públicas y programas a nivel nacional:

- El Estado de Bolivia informó en su respuesta al cuestionario de la CIDH sobre el acuerdo de solución amistosa logrado en el caso presentado

[182] CIDH, Comunicado de Prensa, No. 7/05, *Los Derechos Humanos de la Mujer en las Américas*, 8 de marzo de 2005.

[183] Véase, por ejemplo, respuestas al cuestionario de Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, Uruguay y Venezuela.

ante la CIDH de *MZ contra Bolivia*[184], en donde como resultado se han incorporado cursos sobre los derechos humanos y el género en el marco del Instituto de la Judicatura; se han realizado conferencias públicas dirigidas al poder judicial sobre el acceso a la justicia para las mujeres; y se han creado unidades de atención a víctimas y testigos en varias ciudades de Bolivia; entre otras iniciativas.

- El Estado de Brasil describió una serie de acciones emprendidas por el Poder Ejecutivo en base a las normas, recomendaciones y decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Entre ellas se encuentran, cursos de capacitación sobre la *Lei Maria da Penha* y otros efectuados ante el Consejo Nacional de Justicia, las Escuelas de la Magistratura y la Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados; un foro nacional de jueces de violencia doméstica y familiar contra la mujer creado el 31 de marzo de 2009 durante la III Jornada de la *Lei Maria da Penha* creado con miras a mantener un espacio permanente de discusiones sobre la *Lei Maria da Penha* y sobre la violencia doméstica y familiar; y la creación de un observatorio sobre la ley integrado por doce organizaciones de la sociedad civil para impulsar acciones de acompañamiento a la implementación de la ley e identificar avances y desafíos, entre otras acciones.

- El Estado de Colombia aseveró cómo de forma idéntica a los estándares universales, "por vía de bloque de constitucionalidad el sistema interamericano ha fungido como guía al constituyente delegado y al legislador colombiano en procura de avanzar en propuestas de acciones afirmativas y discriminación positiva dirigidas a tornar en efectivo el derecho a la igualdad de la mujer colombiana". El Estado informó en su respuesta sobre varias disposiciones constitucionales y leyes estableciendo mecanismos para que las mujeres tengan una adecuada y efectiva participación en todos los niveles de la rama judicial. También se estableció mediante la Constitución Política del 1991 y su artículo 86, la posibilidad de que toda persona pueda presentar acción de tutela para reclamar "mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por intermedio de quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier

[184] El caso de *MZ contra Bolivia*, admitido por la CIDH el 10 de octubre de 2001, versa sobre la falta de debida diligencia de la administración de justicia en sancionar al agresor sexual de MZ, en base a prejuicios discriminatorios de género. En el informe de solución amistosa, firmado por el Estado el 11 de marzo de 2008, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los derechos de MZ, protegidos en la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, en particular respecto del derecho de todas las mujeres a vivir libres de violencia y a la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar estos actos. Asimismo, el Estado se comprometió en el acuerdo a implementar medidas para evitar la repetición de estos hechos y la capacitación a funcionarios y funcionarias de la administración de justicia. Para más información sobre los esfuerzos del Estado, véase, respuesta al cuestionario del Estado de Bolivia y CIDH, Comunicado de Prensa No. 40/09, *CIDH Concluye Visita de Trabajo a Bolivia*, 26 de junio de 2009, disponible en: http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2009/40-09sp.htm.

autoridad pública"; recurso que ha derivado en fallos que han servido de insumo para la adopción de normativas a favor de las mujeres en Colombia. El Estado asimismo informó sobre las acciones de la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer y la creación de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, con miras a avanzar la igualdad efectiva de oportunidades entre hombres y mujeres, y la no discriminación por género, entre otras iniciativas.

- El Estado de Costa Rica presentó información sobre políticas de igualdad de género y de la no discriminación adoptadas por el poder judicial. Asimismo el Estado informó sobre un plan de capacitación adoptado en la Escuela Judicial sobre la violencia doméstica, y una serie de mecanismos de divulgación para informar a los integrantes de la rama judicial sobre estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano, entre otras medidas.

- El Estado de Chile presentó información sobre una serie de medidas adoptadas, incluyendo la creación en la Corte Suprema en octubre de 2007 del Centro de Control, Evaluación y Resolución de Medidas Cautelares para los Juzgados de Familia de Santiago, con el fin de proteger a víctimas de violencia doméstica; la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos con el objetivo de avanzar la protección de los derechos humanos en el país; y los cursos de derechos humanos impartidos por la Academia Judicial de Chile. También el Estado mencionó como un avance el incremento en la presencia de las mujeres en el poder judicial.

- El Estado de Guatemala informó sobre la adopción de tres leyes específicas para abordar el tema de violencia contra las mujeres - *La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar*; *La Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer* y *La Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y la Trata de Personas* - que han tomado como referencia en su contenido los preceptos y principios de la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos ratificados por el Estado.

- El Estado de Guyana informó que el parlamento ha adoptado una serie de leyes promoviendo los derechos de las mujeres, en sintonía con los principios de la Convención de Belém do Pará. El Estado asimismo indicó que su agenda de desarrollo ha sido diseñada desde una perspectiva de derechos humanos, incluyendo los derechos contenidos en la Convención de Belém do Pará, y entiende que los estándares del sistema interamericano han tenido un impacto en reformas a la Constitución (resultando en la revisada del 2003), avanzando los principios de la igualdad y de la no discriminación.

- El Estado de México entiende que "el impacto de los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos en la esfera de la igualdad y no discriminación por motivos de género son fehacientes dentro de la estructura y funcionamiento del Poder Judicial de la Federación en su totalidad". El Estado mencionó como un ejemplo importante, entre otras iniciativas, la creación durante el 2008 del Programa de Equidad de Género, integrado por tres instancias especializadas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal y el Tribunal Electoral de la Federación, para dar cumplimiento a las obligaciones de México en materia de derechos humanos de las mujeres contenidas en instrumentos interamericanos como la Declaración Americana, la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El programa asimismo ha creado alianzas estratégicas con actores importantes para la consecución de sus objetivos, incluyendo los otros Poderes de la Unión del Estado Mexicano, en particular con la Comisión de Equidad y Género de la Cámara de Diputados, el Instituto Nacional de las Mujeres, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, así como otras instancias del Ejecutivo Federal. Asimismo, el Estado indica que la Coordinación General y la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en conjunto con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, han convocado mesas redondas para discutir la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana en los casos de *Campo Algodonero*, *Inés Fernández Ortega* y *Valentina Rosendo Cantú*.

- El Estado de Panamá indicó que "el impacto de los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos en la esfera de igualdad y no discriminación por motivos de género, se ha visto reflejado en la consolidación de un estado social de derechos y como promotor de una cultura de derechos humanos y del respeto y garantía de los derechos humanos de las mujeres...". El Estado mencionó en particular la Política Institucional de Acceso a la Justicia y Género, que tiene por objeto cumplir con las obligaciones establecidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, así como la normativa jurídica interna y de esta manera implementarla en el órgano judicial; política que recoge el principio de igualdad, entre otras medidas. El Estado asimismo informó sobre trípticos que se han desarrollado a nivel del órgano judicial para fortalecer las capacidades de los operadores de justicia acerca de la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

- El Estado de Paraguay informó que la Secretaría de Género del Poder Judicial de la Corte Suprema de Justicia ha establecido ciertos mecanismos de implementación de los estándares, decisiones y recomendaciones elaboradas por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en el ámbito judicial con varios objetivos, incluyendo el promover la incorporación e institucionalización del

derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en la administración de la justicia; el impulsar procesos de implementación de la política de género, proporcionando una plataforma para la misma; e impulsar acciones para el conocimiento de la doctrina y jurisprudencia con perspectiva de género y sentencias que incorporen el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres, entre otros.

- El Estado de Perú presentó con su respuesta información sobre eventos de capacitación efectuados en el marco de la administración de la justicia sobre la Convención de Belém do Pará y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- El Estado de Uruguay presentó información sobre programas de capacitación con miras a promover la implementación del precedente del sistema interamericano. Uno de los ejemplos presentados es el Curso de Formación Inicial para Aspirantes a la Magistratura incluyendo en su currículum información y análisis sobre la Convención de Belém do Pará.

- El Estado de Venezuela, por su parte, presentó información apuntando a como el Estado creó el Instituto Nacional de la Mujer en el 1999 - como organismo necesario para superar las discriminaciones que la sociedad comete contra las mujeres para lograr su plena inclusión social - en cumplimiento de la Convención de Belém do Pará - así como instrumentos internacionales en la materia. El Estado asimismo presentó información sobre una serie de programas e iniciativas nacionales creadas para hacer frente a la violencia contra las mujeres, como la creación a través de todo el territorio nacional de 59 despachos fiscales con competencia en materia de violencia contra la mujer; la creación de tribunales especializados en materia de violencia contra las mujeres; y la creación de la Comisión Nacional de Justicia de Género del poder judicial.

196. La CIDH reconoce estas iniciativas como un avance positivo y reitera su compromiso de colaborar con los Estados americanos en estos esfuerzos.

INTER - AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
COMMISSION INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME

**CUESTIONARIO**
**(ESTADO)**

***Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos***

**Introducción**

El presente cuestionario ha sido preparado como parte del plan de trabajo de la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres ("Relatoría de las Mujeres" o "Relatoría") de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH" o "Comisión"), con el objetivo de recopilar información sobre decisiones jurídicas adoptadas por tribunales nacionales relacionadas con el principio de igualdad y de la no discriminación, y la incidencia de las recomendaciones y decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en esta esfera. La información recopilada será evaluada en un informe que sistematizará y analizará el impacto de los estándares, recomendaciones y decisiones del sistema en la jurisprudencia a nivel nacional.

La presente iniciativa es parte de un proyecto implementado por la Comisión, con el apoyo del gobierno de Canadá, para promover el desarrollo de jurisprudencia y estándares legales sobre la igualdad de género en la región, tomando en cuenta los desarrollos internacionales y nacionales. La jurisprudencia del sistema sirve de guía para los Estados Miembros de la OEA sobre cómo cumplir con diversas obligaciones de derechos humanos relacionadas a la igualdad de género, y puede funcionar como un recurso e instrumento importante para el trabajo de abogacía y monitoreo de las organizaciones de la sociedad civil, agencias internacionales y el sector académico.

**Antecedentes**

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido el deber de los Estados de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres en condiciones de igualdad y libre de toda forma de discriminación. Los principios vinculantes de la igualdad y la no discriminación constituyen el eje central del sistema interamericano de derechos humanos, así como de sus instrumentos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará").

Sobre el principio de igualdad y la obligación de no discriminación, el artículo 24 de la Convención establece que "todas las personas son iguales ante ley. En consecuencia,

tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que:

> La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza[185].

Respecto de la obligación de no discriminar, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que:

> Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Convención de Belém do Pará por su parte establece que la violencia contra la mujer "es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. La citada Convención refleja la preocupación uniforme en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra las mujeres, su relación con la discriminación históricamente sufrida, y la necesidad de adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla.

Según la ley de tratados, la Comisión y Corte también pueden y deben tomar en cuenta las otras fuentes de obligación internacional de los Estados miembros. En ese sentido, en el sistema universal de derechos humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante "la CEDAW"), define el término "discriminación contra la mujer" como:

> toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

---

[185] Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Asimismo, la CEDAW requiere que los Estados partes adopten e implementen "por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer".

Las respuestas al presente cuestionario deben enviarse a más tardar el 1 de marzo de 2011 a la siguiente dirección:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Organización de los Estados Americanos
1889 F Street, NW
Washington, DC 20006
cidhoea@oas.org

**Cuestionario:**

El presente cuestionario procura la siguiente información:

1) Adjunte información (y copia) de decisiones judiciales emitidas por tribunales a nivel nacional en los últimos 10 años, relacionadas a la igualdad de género y al principio de la no discriminación, aplicando los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos. Incluya información sobre decisiones relacionadas a la violencia contra las mujeres, sus derechos económicos, sociales y culturales, sus derechos reproductivos; y su derecho a vivir libres de toda forma de discriminación, entre otros temas relacionados a los derechos de las mujeres.
2) Adjunte Información (y copia) de estudios, investigaciones o análisis sobre las decisiones mencionadas.
3) Describa cuál ha sido el impacto de los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos en la esfera de la igualdad y no discriminación por motivos de género, y en particular sobre la igualdad entre mujeres y hombres, dentro de la estructura y funcionamiento del poder judicial del Estado (a nivel federal, nacional y local).
4) Indique si existe un mecanismo de implementación de los estándares, decisiones y recomendaciones elaboradas por los órganos del sistema interamericano en el plano judicial y cuál ha sido su efectividad.
5) Indique si se han establecido mecanismos formales o informales de coordinación o interlocución entre representantes de gobierno y sociedad civil, agencias internacionales y/o el sector académico, para fomentar el conocimiento a nivel judicial, o en las escuelas de formación de juristas, de los instrumentos, estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano.
6) Indicar cuáles son los mecanismos existentes para asegurar que las personas integrantes de la rama judicial estén informadas sobre estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano.

Para efectos de este cuestionario:

- El término “decisiones judiciales a nivel nacional” se define de forma amplia, refiriéndose a resoluciones, sentencias, recomendaciones y otros dictámenes

emitidos por distintas instancias del poder judicial al interior de un país determinado, incluyendo sistemas de justicia tradicionales y alternativos, y tribunales especializados. Se espera recibir información y copia de decisiones emitidas a nivel nacional y local, en zonas urbanas y rurales.

- En países con sistemas federales de gobierno, se procura información de todos los estados y provincias.
- Se invita a presentar información sobre decisiones pertinentes a la situación específica de mujeres pertenecientes a grupos particularmente expuestos a la violencia y a la discriminación como las mujeres afrodescendientes, indígenas, niñas y de tercera edad, entre otras.

INTER - AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
COMMISSION INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME

**CUESTIONARIO**
**ENTIDADES NO ESTATALES**

***Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos***

**Introducción**

El presente cuestionario ha sido preparado como parte del plan de trabajo de la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres ("Relatoría de las Mujeres" o "Relatoría") de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH" o "Comisión"), con el objetivo de recopilar información sobre decisiones jurídicas adoptadas por tribunales nacionales relacionadas con el principio de igualdad y de la no discriminación, y la incidencia de las recomendaciones y decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en esta esfera. La información recopilada será evaluada en un informe que sistematizará y analizará el impacto de los estándares, recomendaciones y decisiones del sistema en la jurisprudencia a nivel nacional.

La presente iniciativa es parte de un proyecto implementado por la Comisión, con el apoyo del gobierno de Canadá, para promover el desarrollo de jurisprudencia y estándares legales sobre la igualdad de género en la región, tomando en cuenta los desarrollos internacionales y nacionales. La jurisprudencia del sistema sirve de guía para los Estados Miembros de la OEA sobre cómo cumplir con diversas obligaciones de derechos humanos relacionadas a la igualdad de género, y puede funcionar como un recurso e instrumento importante para el trabajo de abogacía y monitoreo de las organizaciones de la sociedad civil, agencias internacionales y el sector académico.

**Antecedentes**

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido el deber de los Estados de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres en condiciones de igualdad y libre de toda forma de discriminación. Los principios vinculantes de la igualdad y la no discriminación constituyen el eje central del sistema interamericano de derechos humanos, así como de sus instrumentos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará").

Sobre el principio de igualdad y la obligación de no discriminación, el artículo 24 de la Convención establece que "todas las personas son iguales ante ley. En consecuencia,

tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que:

> La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza[186].

Respecto de la obligación de no discriminar, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que:

> Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Convención de Belém do Pará por su parte establece que la violencia contra la mujer "es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. La citada Convención refleja la preocupación uniforme en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra las mujeres, su relación con la discriminación históricamente sufrida, y la necesidad de adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla.

Según la ley de tratados, la Comisión y Corte también pueden y deben tomar en cuenta las otras fuentes de obligación internacional de los Estados miembros. En ese sentido, en el sistema universal de derechos humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante "la CEDAW"), define el término "discriminación contra la mujer" como:

> toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

---

[186] Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Asimismo, la CEDAW requiere que los Estados partes adopten e implementen "por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer".

Las respuestas al presente cuestionario deben enviarse a más tardar el 22 de febrero de 2011 a la siguiente dirección:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Organización de los Estados Americanos
1889 F Street, NW
Washington, DC 20006
cidhoea@oas.org

**Cuestionario:**

El presente cuestionario procura la siguiente información:

1) Adjunte información (y copia) de decisiones judiciales emitidas por tribunales a nivel nacional en los últimos 10 años, relacionadas a la igualdad de género y al principio de la no discriminación, aplicando los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos. Incluya información sobre decisiones relacionadas a la violencia contra las mujeres, sus derechos económicos, sociales y culturales, sus derechos reproductivos; y su derecho a vivir libres de toda forma de discriminación, entre otros temas relacionados a los derechos de las mujeres.
2) Adjunte Información (y copia) de estudios, investigaciones o análisis sobre las decisiones mencionadas.
3) Describa cuál ha sido el impacto de los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos en la esfera de la igualdad y no discriminación por motivos de género, y en particular sobre la igualdad entre mujeres y hombres, dentro de la estructura y funcionamiento del poder judicial del Estado (a nivel federal, nacional y local).
4) Indique si existe un mecanismo de implementación de los estándares, decisiones y recomendaciones elaboradas por los órganos del sistema interamericano en el plano judicial y cuál ha sido su efectividad.
5) Indique si se han establecido mecanismos formales o informales de coordinación o interlocución entre representantes de gobierno y sociedad civil, agencias internacionales y/o el sector académico, para fomentar el conocimiento a nivel judicial, o en las escuelas de formación de juristas, de los instrumentos, estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano.
6) Indicar cuáles son los mecanismos existentes para asegurar que las personas integrantes de la rama judicial estén informados sobre estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano.

Información sobre decisiones judiciales emitidas a nivel regional e internacional:

1) Información (y copia) de decisiones y/o recomendaciones de otros órganos de supervisión de derechos humanos, aplicando los estándares, decisiones y recomendaciones del sistema interamericano de derechos humanos.

Para efectos de este cuestionario:

- El término "decisiones judiciales a nivel nacional" se define de forma amplia, refiriéndose a resoluciones, sentencias, recomendaciones y otros dictámenes emitidos por distintas instancias del poder judicial al interior de un país determinado, incluyendo sistemas de justicia tradicionales y alternativos, y tribunales especializados. Se espera recibir información y copia de decisiones emitidas a nivel nacional y local, en zonas urbanas y rurales.
- En países con sistemas federales de gobierno, se procura información de todos los estados y provincias.
- Se invita a presentar información sobre decisiones pertinentes a la situación específica de mujeres pertenecientes a grupos particularmente expuestos a la violencia y a la discriminación como las mujeres afrodescendientes, indígenas, niñas y de tercera edad, entre otras.

## UNIDAD II: VIOLENCIA DE GÉNERO.

2) AA.VV. Protocolo para la investigación de casos de violación sexual en conflicto armado interno. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2010. DEMUS. Para una justicia diferente. Violencia Sexual en conflictos armados. Lima, Editorial Línea Andina, 2009. www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/.../libroprotocolo_0.pdf

# PROTOCOLO

## PARA LA INVESTIGACIÓN DE CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

Instituto de Defensa Legal
Lima, 2010

Instituto de
Defensa Legal

## EL INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL

Luego de 27 años de vida institucional, el IDL es una institución de la sociedad civil, debidamente constituida e inscrita según la legislación peruana y reconocida nacional e internacionalmente, que tiene como fin la promoción y defensa de los derechos humanos, la democracia y la paz en el Perú y en América latina.

Seguimos siendo una organización de derechos humanos –ese es nuestro origen- y, a la vez, somos una institución que hace el seguimiento de determinadas políticas públicas que consideramos fundamentales para el éxito y sostenibilidad de la democracia en el Perú, desde la perspectiva no sólo de derechos humanos, sino también de género, inclusión social, interculturalidad, transparencia en la gestión pública, gobernabilidad y buen gobierno. Así, democracia y derechos humanos son dos ejes indisolubles en nuestro trabajo.

Uno de los pilares del prestigio institucional del IDL es su total independencia frente a gobiernos, autoridades y funcionarios públicos, partidos políticos, iglesias, sindicatos, empresarios, medios de comunicación, etc. Independencia difícil de mantener ante autoridades e instituciones poco acostumbradas a la fiscalización ciudadana y ante partidos políticos o grupos de poder económico poco acostumbrados a que organizaciones de sociedad civil expresen diferentes demandas o perspectivas ciudadanas. Por tanto, a la par que gozamos de reconocimiento, también somos objeto permanentemente de ataques y presiones de diversos sectores sociales y políticos que se sienten afectados por nuestra labor.

Asimismo, somos una institución con equipos de trabajo interdisciplinarios (abogados, comunicadores, sociólogos, psicólogos, etc.) que sin duda enriquecen nuestra labor y potencian nuestra incidencia. Cada tema lo desarrollamos en diversos niveles de trabajo: formulamos diagnósticos y propuestas, hacemos trabajo de campo, desplegamos acciones de incidencia pública y cabildeo con diversas autoridades, hacemos acciones de difusión y sensibilización y realizamos investigaciones y estudios bajo la perspectiva académica de la "investigación para la acción".

# PROTOCOLO

## PARA LA INVESTIGACIÓN DE CASOS
# DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

" …tras la presentación del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación se develó también la presencia de un crimen tan o más horrendo que los otros: la violación sexual de mujeres…"

**Instituto de Defensa Legal**
**Lima, 2010**

**Protocolo para la investigación de casos de violación sexual en el conflicto armado interno**

primera edición, septiembre 2010
1,000 ejemplares

© Elaboración de contenido:
Carlos Rivera Paz, Tania Valle Manchego, Silvia Romero Borda y Rosalía Chauca

Diseño y diagramación:
Renzo Espinel / Luis de la Lama

Instituto de Defensa Legal
Av del Parque Norte Nº 829 Urb Corpac, San Isidro, Lima - Perú

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2010-12068

Impreso en Perú

# INDICE

**Presentación** ..... 9

**CAPÍTULO I**
**Un problema oculto: la violación sexual como método de guerra durante el conflicto armado interno** ..... 15

1. El impacto del conflicto armado interno ..... 15
2. La violación sexual en el conflicto armado interno ..... 17
3. La violación sexual perpetrada por grupos subversivos ..... 31
4. La violación sexual perpetrada por agentes del Estado ..... 34
5. La violación sexual es un grave crimen contra los derechos humanos, un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad ..... 39
6. La violación sexual es un crimen de lesa humanidad ..... 45
7. El deber de los Estados frente a los crímenes internacionales ..... 48

**CAPÍTULO II**
**Los casos, las investigaciones y los problemas de los crímenes de violación sexual** ..... 53

1. Los casos presentados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación ..... 53
2. Los casos de violación sexual en investigación preliminar del Ministerio Público ..... 55
   2.1 Departamento de Ayacucho ..... 58

2.2 Departamento de Huancavelica ..... 60
2.3 Departamento de Apurímac ..... 62
2.4 Departamento de Pasco ..... 62
2.5 Departamento de Cusco ..... 63
2.6 Departamento de Junín ..... 64
2.7 Departamento de Lima ..... 64
3. El caso de las mujeres víctimas de violación sexual en las bases militares de Manta y Vilca (Huancavelica) ..... 66
4. El caso de la violación sexual de M.M.M.B. ..... 69
5. Los principales problemas de los casos de violación sexual durante la etapa de la investigación preliminar ..... 72
5.1 La falta de confianza de las víctimas en el sistema de justicia .... 76
5.2 Las mujeres víctimas en su mayoría son quechuablantes ..... 78
5.3 El ocultamiento del problema por las comunidades y la falta de información del caso ..... 80
5.4 La falta de información del Ministerio de Defensa ..... 82
5.5 La falta de una estrategia eficaz de investigación del Ministerio Público ..... 83
5.6 La actividad probatoria durante la investigación preliminar ..... 85
5.7 Los problemas jurídico – penales ..... 86
5.8 La falta de una estrategia multidisciplinaria ..... 89

**CAPÍTULO III**
**La intervención psicológica en los casos de violencia sexual en el conflicto armado interno** ..... 91

1. Impacto social de la violencia sexual ..... 95
2. Estrategia psicojurídica ..... 99
3. Pautas generales de intervención ..... 100

## CAPÍTULO IV
## El Protocolo para la investigación de casos de violación sexual en conflicto armado ..... 103


1. El objetivo de la investigación preliminar del Ministerio Público .... 103
2. La particular complejidad del crimen de violación sexual en el conflicto armado interno ..... 106
3. El proceso de judicialización de graves violaciones a los derechos humanos ..... 109
4. El rol de los tribunales internacionales ..... 111
5. El objetivo del Protocolo de intervención ..... 116
6. Las líneas básicas del Protocolo de Intervención ..... 117
   - 6.1 Se debe desarrollar una intervención multidisciplinaria ..... 117
   - 6.2 Las investigaciones deben estar a cargo de fiscalías especializadas ..... 119
   - 6.3 El conocimiento del caso e identificación de las víctimas ..... 120
   - 6.4 El conocimiento del escenario del crimen ..... 122
   - 6.5 La definición de un ámbito de coordinación con el Ministerio Público ..... 122
   - 6.6 La identificación de los presuntos perpetradores ..... 124
   - 6.7 Los requerimientos de información oficial ..... 126
   - 6.8 La identificación de los elementos del contexto social y político del lugar de los hechos ..... 128
   - 6.9 La definición de los elementos de información ..... 130
   - 6.10 La identificación de la historia personal de la víctima post evento criminal ..... 131
   - 6.11 Los testigos ..... 132
   - 6.12 Desarrollo de la estrategia de acompañamiento psicológico para las víctimas y sus familiares ..... 133
   - 6.13 Desarrollo de medidas de confianza en los operadores del sistema de justicia ..... 135
   - 6.14 Preparación de la presentación del caso de parte de las víctimas (declaraciones ante el Ministerio Público) ..... 137

6.15 Presentar el caso como un crimen de sistema ..... 138
6.16 Preparación y presentación de la estrategia jurídica del caso ..... 140
6.17 El idioma de las víctimas ..... 142
6.18 Presentación de peritajes psicológicos ..... 143
6.19 Búsqueda de respaldo de las autoridades de la comunidad ..... 145
6.20 Incorporación de la jurisprudencia internacional ..... 146
6.21 Impulso del debido proceso ..... 147

**Anexos**

1. Cuadro comparativo de casos de violación sexual reportados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación y casos de investigación ..... 149
2. Bases, Cuarteles militares y otras dependencias estatales en los que la CVR ha reportado casos de violación sexual durante el conflicto armado interno 1980-2000 ..... 153
3. Auto Apertorio de Instrucción del caso de las mujeres violadas en las comunidades de Manta y Vilca, del 3 de abril de 2009 ..... 157

# PRESENTACIÓN

Nadie puede poner en duda el inmenso y profundo daño que el conflicto armado interno hizo al Perú y sobre todo a las personas que terminaron, de repente y sin escapatoria, entre dos fuegos y entre dos fuerzas que compitieron por demostrar cuál de ellas podía ejercer la violencia más extrema. Crímenes que el derecho internacional califica como crímenes contra la humanidad como la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial y la tortura fueron hechos lamentablemente frecuentes en muchos departamentos de nuestro país.

Pero tras la presentación del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación se develó también la presencia de un crimen tan o más horrendo que los otros: la violación sexual de mujeres. La CVR da cuenta de la existencia de una práctica generalizada en la ejecución de este delito y da cuenta también de la existencia de cientos de testimonios que señalan de manera muy concreta los lugares en los que se perpetró. Ciertamente estamos ante un crimen cometido tanto por elementos de los grupos subversivos como por elementos militares y policiales, pero las estadísticas que presentamos señalan que un porcentaje mayoritario de casos fue cometido por las fuerzas del orden. Como consecuencia de ello entre los 47 casos emblemáticos de violaciones a los derechos humanos que la CVR presentó al Ministerio Público, en agosto de 2003, aparecen dos casos de violación sexual de mujeres que en su momento fueron asumidos por el Instituto de Defensa Legal.

Esa presentación de casos se convirtió en uno de los principales impulsos del proceso de judicialización de graves violaciones a los derechos humanos en el Perú y tras la creación del llamado sub sistema penal de derechos humanos –creado por recomendación de la CVR– nuestro

país ingresó definitivamente a un proceso de justicia transicional. Pero aun cuando al inicio de este proceso las expectativas de las víctimas y sus familiares para alcanzar verdad y justicia encontraron un sistema de justicia cuyas decisiones favorecían dichas expectativas los casos de violación sexual permanecían, por decir lo menos, sin una ruta segura para ser esclarecidos.

Justamente frente a ese problema asumimos el reto de desarrollar e impulsar una estrategia particular para este tipo de casos, dado que una primera, pero fundamental, constatación es que se tratan de casos enteramente diferentes a los otros de violaciones a los derechos humanos y por lo tanto exigen otro nivel de intervención. El resultado de ese proceso de intervención no solo se expresó en el impulso de una compleja investigación preliminar a nivel del Ministerio Público sino también en el hecho de haber logrado que el caso de las violaciones sexuales en las bases militares de las Comunidades de Manta y Vilca (Huancavelica) sea denunciado ante el Poder Judicial y como consecuencia de ello se haya abierto, en abril de 2009, un proceso judicial por ese delito, que resulta ser el primero de ese tipo en la región.

El hecho de haber logrado –después de varios años– una denuncia penal del caso y luego la emisión de una resolución judicial que abrió el proceso penal nos señalaba que la estrategia utilizada había sido la correcta. Entonces para nosotros resultaba indispensable no solo tener la posibilidad de sistematizar ese trabajo sino que además presentarlo como una pauta o una guía para impulsar otros procesos de investigación.

Pero, desde hace algún tiempo atrás, para nosotros la interrogante era ¿Qué pasa con los otros casos de violación sexual que la CVR descubrió o registró? Ante la inexistencia de una estadística oficial era imprescindible desarrollar una investigación para poder constatar cuántos casos de este tipo estaban siendo investigados y en qué estado se encontraban. Para realizar este trabajo contamos con el fundamental apoyo de la Em-

bajada Británica en la ejecución del proyecto «Justicia para las mujeres violadas en el conflicto armado interno».

La ejecución de este proyecto nos ha permitido constatar no solamente que existe una suerte de estancamiento del proceso de judicialización de graves violaciones a los derechos humanos, sino que también nos ha permitido verificar que en relación a la considerable cantidad de 538 casos de violación sexual de mujeres registrados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación solo 13 casos se encuentran en investigación preliminar y solo en dos casos se ha abierto proceso penal por dicho delito. Solo estas cifras dan cuenta de la existencia de un serio problema de acceso a la justicia de parte de quien fue víctima del delito de violación sexual, pero a la vez plantean un inmenso reto a los operadores del sistema de justicia y al movimiento de derechos humanos.

Pero a la vez otro asunto que ha sido posible constatar es que en los casos que se encuentran bajo investigación preliminar del Ministerio Público tales investigaciones no han logrado superar los diversos obstáculos que la particular complejidad de estos casos propone porque, por lo general, son investigaciones que se están desarrollando bajo un patrón tradicional de investigación.

Hoy más que nunca consideramos que la acción de la justicia resulta fundamental ya no solo para quien ha resultado ser afectado directo de algún hecho de violencia, sino también para la Nación entera. La construcción de la democracia se sustenta que la posibilidad de demostrar que somos un país que castiga el crimen, más aun aquel que se cometió por aquellos que representaban al propio Estado. En ese sentido el rol que ahora le corresponde al sistema de justicia en cuanto a los crímenes de violación sexual de mujeres es de primer orden.

Ciertamente estamos en una época en la cual la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales viene marcando una pauta en la in-

terpretación y la sanción de de crímenes de lesa humanidad y en la cual también los tribunales latinoamericanos en materia de derechos humanos dan cuenta de la existencia de avances notables, pero más allá de que en el caso peruano la decisión judicial de abrir un proceso penal en el caso Manta y Vilca tiene un inmenso valor jurídico e histórico y de hecho se coloca en esa dimensión, resulta indispensable generar los mecanismos políticos, jurídicos, sociales e institucionales para impulsar la acción de la justicia en este tipo de casos.

Ese es el objetivo del documento que ahora presentamos. Queremos que sea un instrumento de impulso para que la justicia actúe seria y eficazmente. No pretende ser una receta, que por lo demás resulta inimaginable aplicar en casos complejos de violaciones a los derechos humanos o cualquier otro. Este Protocolo es una guía para los operadores del sistema de justicia, que seguramente puede ser ampliada y mejorada sobre la base de la intervención en cada caso concreto.

El reto está planteado para el Ministerio Público, para el Poder Judicial y para los defensores de derechos humanos. No es un reto para el futuro sino para el presente inmediato.

En el primer capítulo del documento encontramos «El problema de la violación sexual en el conflicto armado interno»; en el segundo capítulo encontramos «La identificación de casos y de los problemas durante la investigación preliminar y el proceso penal» y junto a este presentamos los Cuadros Comparativos de los casos registrados por la CVR y los casos con investigación preliminar o con proceso penal abierto; en el tercer capítulo se hace una presentación sobre «La intervención psicológica en los casos de violencia sexual en el conflicto armado interno»; y finalmente en el cuarto capítulo ofrecemos el «El Protocolo de Intervención en casos de violación sexual de mujeres en conflicto armado interno».

La redacción del documento ha estado a cargo de Carlos Rivera Paz, quien también ha coordinado la ejecución del proyecto antes mencionado, Tania Valle Manchego, Silvia Romero Borda, abogadas del IDL y Rosalía Chauca del REDINFA. También debemos mencionar y agradecer a Anabella Larco Castillo y Roger Ponce Colque por su colaboración en la preparación de la presente publicación.

**Ernesto De la Jara Basombrío**
Director General del IDL

# CAPÍTULO I

# UN PROBLEMA OCULTO: LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO MÉTODO DE GUERRA DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

## 1. EL IMPACTO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO

El impacto del conflicto armado interno vivido por el Perú entre 1980 y el 2000 se produjo en todas las dimensiones de la vida nacional. De hecho el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación señala que ha sido el de mayor duración, el más extenso sobre el territorio nacional y de más elevados costos humanos y económicos de toda nuestra historia republicana. Inclusive da cuenta que el número de víctimas supera ampliamente las cifras de pérdidas humanas sufridas en la guerra con Chile que es uno de los mayores conflictos en que se ha visto involucrada la nación[1].

1 **Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.** Tomo I, p.69. Mediante Decreto Supremo Nº 065-2001-PCM del 04 de junio del 2001, se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación, encargada de esclarecer el proceso, los hechos y las responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos.

Estamos, indudablemente, ante uno de los fenómenos más traumáticos de nuestra historia, no solamente porque el asesinato, la desaparición forzada, la tortura y la violación fueron eventos criminales que se perpetraron de manera constante, sino porque, además, a ello se sumó la indolencia, la ineptitud y la indiferencia de quienes pudieron impedir esta catástrofe humana y finalmente no lo hicieron. De hecho el Informe Final de la CVR da cuenta de aproximadamente setenta mil víctima mortales producidas por el conflicto tanto por los grupos subversivos alzados en armas como por las fuerzas del orden.

De hecho uno de los datos más dramáticos de todos los conocidos a partir del mencionado Informe Final es que de cada cuatro víctimas, tres fueron campesinos o campesinas cuya lengua materna era el quechua. La CVR –señala el documento– no ha encontrado bases para afirmar, como alguna vez se ha hecho, que este fue un conflicto étnico, pero si tiene fundamento para aseverar que estas dos décadas de destrucción y muerte no habrían sido posibles sin el profundo desprecio a la población desposeída del país, evidenciado por miembros del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL) y agentes del Estado por igual[2].

Al respecto una de las principales conclusiones de la CVR es que el principal responsable de las violaciones a los derechos humanos es el PCP-SL. Esta conclusión es particularmente relevante –y teniendo en consideración las constantes críticas al Informe Final, todo indica poco conocida o no leída–, porque da cuenta de la estrategia y el tipo de proyecto político totalitario desarrollado por esta organización desde el inicio mismo de su insurgencia contra el Estado y la sociedad peruana.

2 Ibidem. Tomo I, p. 32.

Pero también es cierto –señala el Informe Final– que durante esos años las fuerzas del orden olvidaron que esa orden tiene como fin supremo a la persona humana y adoptaron una estrategia de atropello masivo de los derechos de los peruanos, incluyendo el derecho a la vida, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, torturas, masacres, violencia sexual contra mujeres y otros delitos igualmente condenables conforman, por su carácter recurrente que el Estado peruano y sus agentes deben reconocer para subsanar[3].

Frente a ese escenario el conocimiento de la verdad y consecuentemente la acción de la justicia resultan indispensables e impostergables, no solo para las víctimas directas de esos crímenes, sino también para el conjunto de la sociedad peruana. Por ello ahora deseamos presentar el diagnóstico que la Comisión de la Verdad y Reconciliación desarrollo en relación al crimen de violación sexual de mujeres durante el conflicto armado interno. Consideramos que este diagnóstico representa la primera mirada o el primer análisis serio, objetivo y documentado a partir de testimonios de la comisión de este crimen en el Perú. En ese sentido resulta fundamental tenerlo en consideración al momento de analizar o tratar el problema.

## 2. LA VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

Si bien durante el conflicto armado interno se produjeron innumerables denuncias de casos de violación sexual de mujeres, perpetradas tanto por los grupos subversivos como por elementos de las fuerzas del orden, lo cierto es que es en el Informe Final de la CVR la primera oportunidad en

3 Ibidem. Tomo I, p. 33.

la cual se reconoce, documenta y analiza a partir de los testimonios de las víctimas los casos de violación sexual. De hecho hasta ese momento los casos que principalmente habían generado más impacto y en más oportunidades habían sido denunciados públicamente eran los casos de ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada de personas, casos de tortura e inclusive detención arbitraria. Los casos de violación sexual se encontraban bastante relegados y casi nada documentados.

El Informe de la CVR se convirtió en un punto que marcó la diferencia, pero sobre todo permitió tener la capacidad de conocer la envergadura de la comisión de este crimen, al punto de dar cuenta que no se trató de eventos criminales aislados sino de crímenes generalizados y en algunos casos sistemáticos, circunstancias que determinan que las violaciones sexuales perpetradas tienen la condición de crímenes contra la humanidad. El Informe Final de la CVR señala que recibió en muchos lugares del país testimonios de las propias víctimas y de sus familias, pero también de terceros, dando cuenta de la comisión no de hechos aislados sino de una práctica, en relación con el conflicto armado, de violaciones sexuales y violencia sexual contra la mujer principalmente»[4].

La CVR entiende por violencia sexual la realización de un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o cuando se hace que esa(s) persona(s) realice(n) un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esas(s) personas, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esas(s) persona(s) de dar su libre consentimiento»[5].

4 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI, p. 273.

5 Ibidem.

Sostiene además que «…tiene evidencias que le permiten concluir que la violencia sexual fue una práctica generalizada y subrepticiamente tolerada, pero en ciertos casos abiertamente permitida por los superiores inmediatos en determinados ámbitos. Tuvo lugar en el desarrollo de incursiones militares, pero también en el interior de ciertos establecimientos del Ejército y de las fuerzas policiales. Esta práctica generalizada, sin embargo, puede haber alcanzado en determinadas provincias de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac un carácter sistemático vinculado con la represión de la subversión»[6].

La CVR identifica 538 casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno. Las cifras que se muestran en el siguiente cuadro son muy similares a la intensidad y cantidad de casos de otras violaciones a los derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, etc.). En ese sentido el ingreso de las fuerzas armadas a las zonas de la sierra central declaradas en estado de emergencia coincide con la fecha de denuncia de más casos de violación sexual. De igual manera nos demuestra que la utilización de este crimen se fue dando desde los inicios mismos del proceso de violencia. Así lo muestra el siguiente cuadro:

6 Ibidem, p. 313

**CUADRO Nº 1. CASOS POR AÑO DE OCURRENCIA**

Perú 1980-2000: Casos de violación sexual reportados a la CVR según año en el que ocurrieron los hechos por presunto responsable grupal

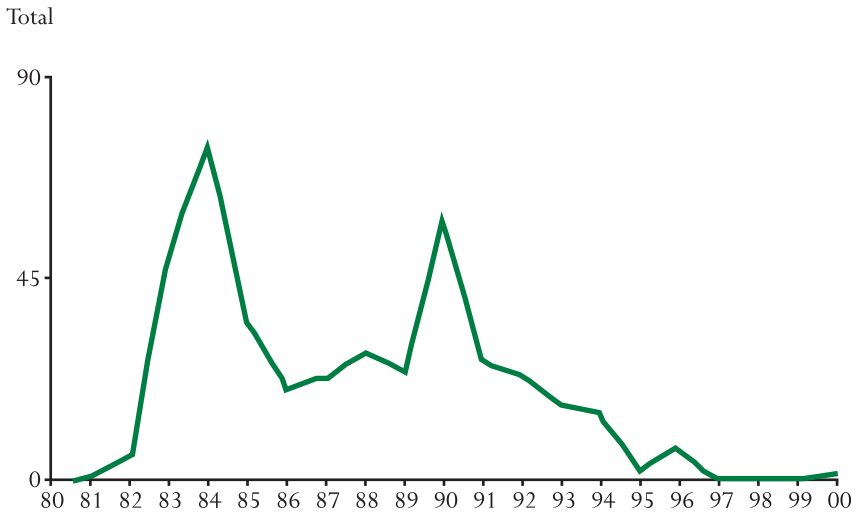
| Año | Total | Presunto Responsable Grupal | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | PCP - Sendero Luminoso | Agentes del Estado, CADS y paramilitares | MRTA | No determinados y otros |
| Total | 538 | 61 | 449 | 8 | 20 |
| 1980 | 3 | 3 | - | - | - |
| 1981 | 2 | - | 1 | - | 1 |
| 1982 | 8 | 1 | 6 | - | 1 |
| 1983 | 61 | 4 | 55 | - | 2 |
| 1984 | 85 | 5 | 80 | - | - |
| 1985 | 47 | 7 | 39 | - | 1 |
| 1986 | 23 | 1 | 22 | - | - |
| 1987 | 28 | 2 | 25 | 1 | - |
| 1988 | 39 | 7 | 31 | - | 1 |
| 1989 | 35 | 8 | 26 | - | 1 |
| 1990 | 72 | 5 | 62 | 2 | 3 |
| 1991 | 31 | - | 29 | 1 | 1 |
| 1992 | 28 | 1 | 25 | 1 | 1 |
| 1993 | 27 | 4 | 19 | 1 | 3 |
| 1994 | 26 | 10 | 16 | - | - |
| 1995 | 9 | 3 | 3 | 1 | 2 |
| 1996 | 9 | - | 8 | - | 1 |
| 1997 | 1 | - | - | - | 1 |
| 1998 | - | - | - | - | - |
| 1999 | 1 | - | - | - | 1 |
| 2000 | 3 | - | 2 | 1 | - |

Nota: Resultado de análisis del 70% de los testimonios

La muestra gráfica que a continuación presentamos nos permite reconocer de mejor manera los casos de violencia sexual denunciados ante la CVR.

**CUADRO Nº 2. REGISTRO GRÁFICO DE CASOS POR AÑO**

Perú 1980-2000: Casos de violación sexual reportados a la CVR según año en el que ocurrieron los hechos por presunto responsable grupal




De esta manera la CVR tomando en consideración los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma, señala que la violencia sexual como fenómeno de gran envergadura que se presenta y exacerba durante períodos de conflicto armado, incluye diferentes modalidades y conductas afines tales como:

a. **Prostitución forzada:** coacción que ejerce un tercero sobre una persona para obligarla a dedicarse a la prostitución.
b. **Unión forzada:** cuando se fuerza a una persona a unirse en matrimonio
c. **Esclavitud sexual:** forma de esclavitud referida a aquellos casos de personas detenidas contra su voluntad que son obligadas a prestar servicios sexuales a personas determinadas.
d. **Aborto forzado:** Cuando se obliga a una mujer a abortar mediante el uso de la fuerza, la amenaza o cualquier forma de coacción.

e. **Embarazo forzado**: Se define como el confinamiento de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional.
f. **Violación sexual**: es uno de los casos más frecuentes de violación sexual. Generalmente entendida como una afrenta al honor de la mujer, de la familia y en ciertos casos de la comunidad. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda expresó que –si bien la violación sexual ha sido definida en las jurisdicciones nacionales como el acto sexual no consentido– el concepto puede incluir actos que involucren la inserción de objetos y/o el uso de ciertos orificios corporales que no se consideran sexuales *per se* (*The Prosecutor vs Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 596-597).

Para la CVR la violación sexual constituyó una forma de violencia sexual que «(…) se produce cuando el autor ha invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. Dicha invasión debió darse por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o que se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento (Elementos del Crimen del Estatuto de Roma, artículo 7,1,g,1)»[7].

Uno de los aspectos más relevantes del registro de las denuncias de parte de la CVR es que el mayor porcentaje de violaciones sexuales

7 Ibidem, p. 265.

fueron atribuidas a fuerzas militares. Existe un 83% de casos denunciados como casos perpetrados por elementos de las fuerzas armadas, frente a un 11% de casos denunciados como perpetrados por los integrantes de los grupos subversivos. El porcentaje restante es atribuido a personas no determinadas[8]. De ese universo de casos la casi totalidad de víctimas son mujeres. No obstante, señaló que ambas partes violaron sexualmente a las mujeres durante sus incursiones en zonas de emergencia, luego de sus detenciones o en el interrogatorio, siendo en buena cuenta los grupos subversivos los responsables de otras formas de violencia sexual como aborto forzado, unión forzada y servidumbre sexual.

Ello nos lleva a la conclusión de que existió una violencia de género, porque la mujer sobre todo campesina se vio afectada por su sola condición de serlo, a diferencia de los hombres que si bien también fueron víctimas, las mujeres ocuparon el mayor porcentaje de afectadas en esta forma de graves violaciones a derechos humanos. A decir de la CVR, el trato que los militares daban a las mujeres era similar que a los varones, pero ellas además eran violadas (…) las señoritas y a las mujeres si las capturaban le violaban.[9]

Al igual que en los otros crímenes perpetrados en este período de violencia la violación sexual fue un crimen que, tanto los grupos subversivos como las fuerzas armadas, perpetraron fundamentalmente contra la población campesina. En este caso las mujeres del campo resultaron ser las principales agraviadas. De hecho las condiciones de inseguridad y de desprotección que generó la presencia y las acciones armadas de los grupos subversivos y la violenta respuesta militar terminaron generando un escenario propicio para la comisión de eventos criminales

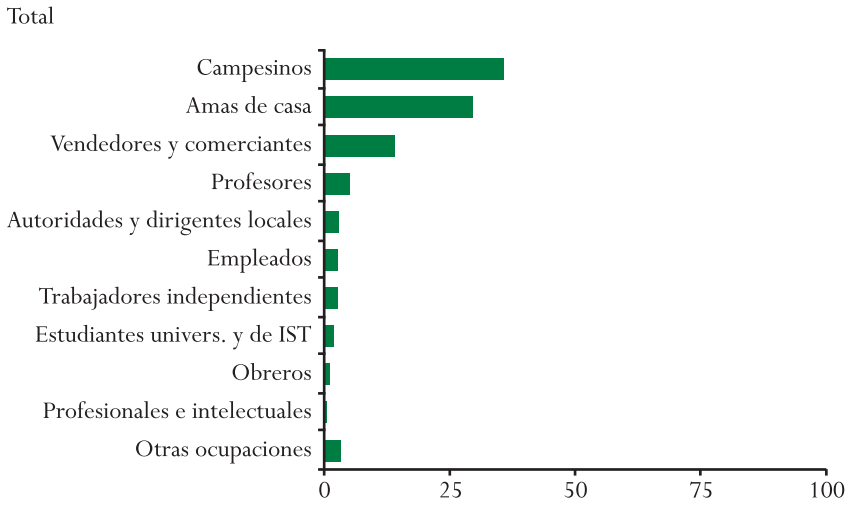
8 Ibidem, p. 287.

9 Ibidem. Testimonio 304536, p. 326.

masivos como la violación sexual contra mujeres campesinas. Así lo muestra el cuadro siguiente:

**CUADRO Nº 3. CASOS POR OCUPACIÓN DE LA VÍCTIMA**

Perú 1980-2000: Porcentaje de casos de violación sexual reportados a la CVR según ocupación de la víctima por presunto responsable grupal




Si bien la CVR sostiene que la violación sexual representó aproximadamente 1.53% de la totalidad de los crímenes perpetrados en el período de violencia, lo cierto es que las características de este evento criminal y, sobre todo, el tipo de consecuencias que este delito suele generar en las víctimas determinan que podamos sostener que es altamente probable que en ese pequeño porcentaje existe una sub representación de la verdadera cantidad de casos de violación sexual que seguramente se perpetraron.

No cabe duda que la vergüenza y el sentimiento de culpa que acompaña a la víctima tras un evento traumático como la violación sexual debe haberse convertido en una seria dificultad para que las víctimas narren

los hechos sufridos en el pasado. Ello se convierte en un problema para la obtención de cifras más reales sobre la verdadera dimensión que tuvo este crimen durante el período de conflicto armado.

Un aspecto fundamental de la presentación que hace la CVR y que recogemos en este documento es que durante el conflicto armado interno se presentaron o, mejor dicho, se perpetraron diversas formas de violencia sexual, pero los registros de la CVR dan cuenta de los casos de violación sexual, la cual indudablemente podemos considerar como la forma más grave de violencia sexual.

Este dato resulta sumamente importante porque ayuda a explicar uno de los motivos por los cuales se *invisibilizó* tanto la violación sexual durante este contexto. Las denuncias y relatos de las víctimas y de sus familiares terminaron priorizando otras vulneraciones a los derechos fundamentales antes que la violación sexual misma, siendo concebida esta como un daño secundario de los conflictos armados.

Si bien en la base de datos de la CVR aparecen registradas 7426 mujeres que fueron víctimas de desaparición forzada, detenciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales es probable que el contexto creado con la existencia de un conflicto armado de las características y la dimensión del vivido en nuestro país haya determinado que un porcentaje considerable de esa cantidad de mujeres haya sufrido actos de violación sexual.

La CVR sostiene que la práctica de cualquier forma de violencia sexual durante este escenario no fue denunciada de manera masiva, a diferencia de otras graves violaciones a derechos humanos, inclusive en algunos casos no se reconocieron como tales. Por lo demás en el caso de haber existido denuncias por este delito es muy probable que los mecanismos de investigación aplicable a los casos de violación sexual –que hasta 1991 era considerado como un delito contra el honor– seguramente hubieran hecho naufragar la investigación de este tipo de casos

debido a una acentuada formalidad en los procedimientos de investigación.

A ello debemos agregar que las organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos humanos, así como las organizaciones no gubernamentales feministas, no fomentaron, adecuadamente la investigación y denuncia de estos casos.

En el caso guatemalteco, la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala sostuvo que «las cifras de violación sexual muestran un sub registro en términos absolutos, en relación a otras violaciones a derechos humanos»[10]. Este fue atribuido, por un lado a que no se diseñaron instrumentos específicos para preguntar y obtener los testimonios de violación sexual. Por otro lado, las mujeres no socializaron su dolor como otras víctimas del conflicto, sino que lo asumieron con sentimientos de culpa, aislamiento y marginalidad[11]. Esta situación no es ajena a lo que ocurrió en el caso peruano.

No obstante, la cifra que pudo ser constatada por la CVR durante su mandato, da cuenta de 538 mujeres que fueron víctimas de violación sexual durante el período del conflicto armado interno.

Tal como ya lo hemos advertido las víctimas que sufrieron con mayor intensidad la violación sexual fueron en su mayoría mujeres quechuablantes (75% de los casos), de origen rural, campesinas o amas de casa. Este dato no solo debe ser interpretado como una constatación en el

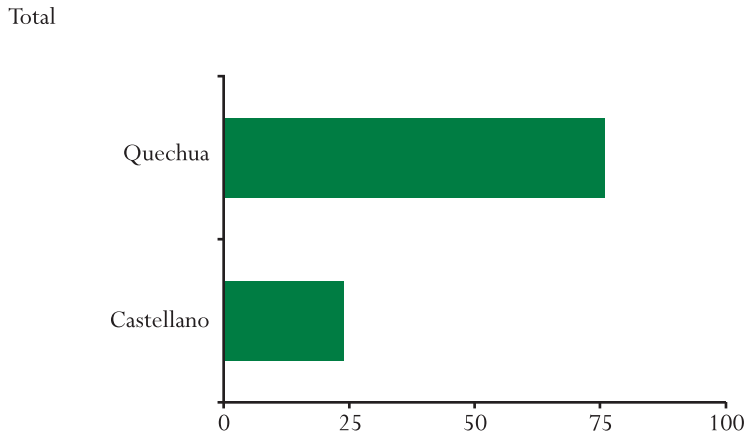
10 Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH), memoria del silencio, Tomo III, p. 23.

11 Rompiendo el silencio. Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Guatemala. Consorcio Actoras de cambio: la lucha de las mujeres por la justicia. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Guatemala, 2006, p. 5

sentido de señalar que el conflicto armado interno tuvo como principal escenario los departamentos serranos del interior del país (Ayacucho, Huancavelica, Apurímac, Junín, etc.), sino también como una constatación del tipo de conflicto que vivió el Perú en el que tanto los grupos subversivos y las fuerzas del orden actuaron con un profundo desprecio hacia la vida y los derechos de los campesinos. Los casos de violación sexual no son una excepción.

**CUADRO Nº 4. VÍCTIMAS SEGÚN IDIOMA MATERNO**

Perú 1980-2000: Porcentaje de casos de violación sexual reportados a la CVR según idioma materno de la víctima por presunto responsable grupal




Pero, ¿Qué tan extendida estuvo la práctica de la violación sexual durante aquellos años? El registro de casos elaborado por la CVR da cuenta de una realidad de impacto. El Informe Final señala que la violación sexual se produjo en el ámbito geográfico de 15 departamentos del país, siendo Ayacucho con 230 casos registrados, seguido de Huancavelica con 62 casos registrados y Apurímac 52 casos registrados los departamentos que concentran el mayor porcentaje de casos. En el caso de estos departamentos las cifras detallan un porcentaje ampliamente ma-

yoritario de casos perpetrados por las fuerzas del orden. Tal como se observa en el siguiente cuadro en Junín se registraron 38 casos y en el departamento Lima se registraron 12 casos de violación sexual.

**CUADRO Nº 5. REGISTRO DE CASOS POR DEPARTAMENTO**

Perú 1980-2000: Casos de violación sexual reportados a la CVR según departamento en el que ocurrieron los hechos por presunto responsable grupal

| Departamento | Total | Presunto Responsable Grupal | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | PCP - Sendero Luminoso | Agentes del Estado, CADS y paramilitares | MRTA | No determinados y otros |
| Total | 538 | 61 | 449 | 8 | 20 |
| Amazonas | 1 | - | 1 | - | - |
| Ancash | 3 | - | 2 | - | 1 |
| Apurimac | 52 | 4 | 47 | - | 1 |
| Arequipa | 1 | - | 1 | - | - |
| Ayacucho | 230 | 18 | 204 | - | 8 |
| Cajamarca | 2 | - | 2 | - | - |
| Callao | 2 | - | 2 | - | - |
| Cusco | 20 | - | 20 | - | - |
| Huancavelica | 62 | 5 | 56 | - | 1 |
| Huánuco | 54 | 14 | 37 | - | 3 |
| Junin | 38 | 12 | 21 | 4 | 1 |
| La Libertad | 1 | - | 1 | - | - |
| Lambayeque | 5 | - | 5 | - | - |
| Lima | 12 | - | 12 | - | - |
| Pasco | 10 | 3 | 5 | - | 2 |
| Piura | 4 | - | 4 | - | - |
| Puno | 5 | 1 | 4 | - | - |
| San Martin | 20 | 3 | 10 | 4 | 3 |
| Ucayali | 16 | 1 | 15 | - | - |

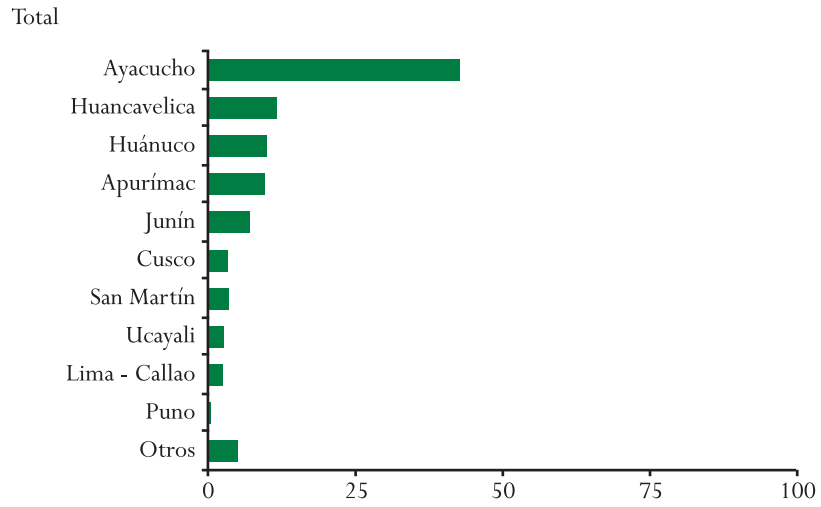
Nota: Resultado de análisis del 70% de los testimonios

Más allá de las cifras por cada departamento este elemento de información nos permite dar cuenta de que la violación sexual en el Perú durante los años del conflicto armado interno se convirtió en una práctica generalizada casi en todas las zonas geográficas en las que se desarro-

lló el proceso de violencia política. El siguiente gráfico nos muestra de manera más evidente la dimensión del problema en el departamento de Ayacucho y también nos puede ayudar a concluir que en aquellos escenarios en donde el conflicto y la violencia fue más intensa y consecuentemente en los lugares en los que más se destruyó los mecanismos de control legal y social allí es altamente probable que la violencia sexual se haya extendido más.

**CUADRO Nº 6. REGISTRO GRÁFICO DE CASOS POR DEPARTAMENTO**

Perú 1980-2000: Porcentaje de casos de violación sexual reportados a la CVR según departamento en el que ocurrieron los hechos por presunto responsable grupal

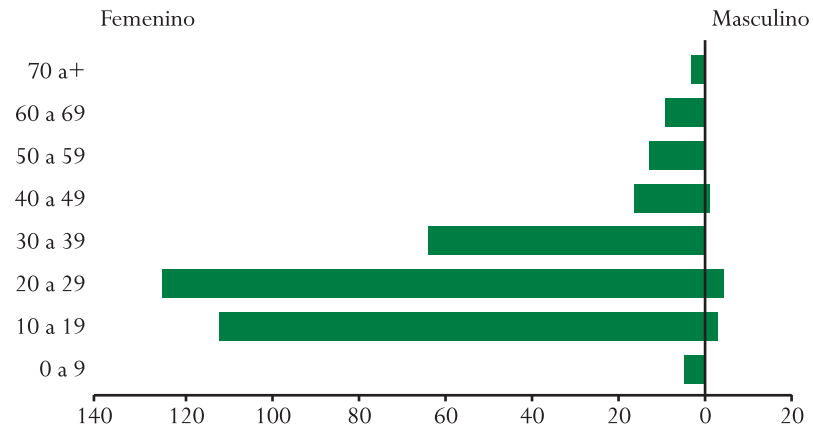



Otro de los elementos de información que nos permite reconocer el impacto de estos casos sobre las propias víctimas es el cuadro de casos según edad de la víctima. Las estadísticas determinan sin lugar a ninguna duda que fueron las mujeres jóvenes las más afectadas. Es más, el registro de la CVR determina que los actos de violación sexual se perpetraron inclusive contra niñas de diez años de edad. En ese sentido la

base de datos de la Comisión registra víctimas de violación sexual entre 10 y 30 años de edad. De hecho esta información da cuenta de la violación sexual como un evento criminal brutal e inhumano perpetrado contra mujeres en absoluto estado de indefensión.

**CUADRO Nº 7. VÍCTIMAS SEGÚN EDAD Y SEXO**

Perú 1980-2000: Casos de violación sexual reportados a la CVR según edad y sexo de la víctima por presunto responsable grupal




Estos importantes elementos de información ayudan a presentar una conclusión fundamental: durante el conflicto armado interno la violación sexual fue utilizada por las fuerzas del orden como un método de represión a la subversión y teniendo en consideración la forma y circunstancias en las que se ejecutó este crimen y la extensión geográfica en la que se perpetró debemos de considerar que esa práctica asumió el carácter de crimen sistemático y generalizado.

Más allá de cualquier absurda justificación las cifras y las estadísticas determinan con mediana claridad que la violación sexual en el conflicto armado no fue el resultado de los ímpetus sexuales de soldados

desaforados, sino que desde el inicio del conflicto siempre fue considerado como un método para reprimir, coaccionar y castigar una determinada población.

## 3. LA VIOLACIÓN SEXUAL PERPETRADA POR GRUPOS SUBVERSIVOS

La CVR sostiene que en el caso de las violaciones sexuales efectuadas por los grupos subversivos la identificación y denuncia de las víctimas fue un hecho mucho más complejo porque aunado al temor y la vergüenza de haber sufrido la violación sexual, estaba presente el temor de evidenciar el hecho de haber integrado –voluntariamente o bajo coerción– las agrupaciones subversivas Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru.

La constatación efectuada por la CVR a partir de los testimonios le ha permitido verificar que dos fueron los hechos principales sobre los cuales los grupos subversivos realizaron actos de violencia sexual. El primero, en el contexto de incursiones armadas en pequeños poblados andinos y amazónicos. La segunda, en los campamentos o «retiradas» establecidos por los subversivos para escapar de las fuerzas del orden y en los que se mantenía en condición de servidumbre a un número indeterminado de personas.

La CVR afirma que dada la estructura en que se organizaba la vida diaria por parte de los grupos subversivos en estos espacios (retiradas, desplazamientos) «(…) cualquier prohibición de cometer actos de violencia sexual o violación sexual, era para la masa pero no para los jefes o «mandos»[12].

12 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI, p. 296.

Un testigo refiere en relación a los mandos del PCP SL que estos «...violaban hasta teniendo mujer, a las mejores nomás buscaban y dormía con las mejores, hasta a su mujer la dejaban, hasta querían matar a su mujer»[13]. Otra testigo refiere que «solo las mujeres jóvenes andaban en las columnas del PC SL, a las mujeres mayores ya nos les incorporaban, por eso a nuestros hijos e hijas desde los once años nos quitaban y se los llevaban a otro sitio y les hacían trabajar (...) escuchó que violaban a niñas de trece, catorce años y, en la medida que se llevaban a niñas que tenían desde once años, ella supone que estas también eran violadas, y que por ello eran alejadas de sus padres»[14].

Un elemento importante que corrobora lo constante de la violencia sexual contra la mujer, solo cambiando los escenarios y los actores, es lo verificado por la CVR, durante las llamadas «retiradas» debido a incursiones militares. Los elementos subversivos aprovecharon una evidente posición de subordinación y sometimiento en la que mantuvieron a la población. Más aún, la CVR afirma que esta relación de dependencia de las niñas y adolescentes frente a los varones favoreció los actos de violencia sexual[15].

Adicionalmente la CVR ha registrado casos donde se da cuenta de intentos de violación sexual por parte de senderistas contra mujeres que escaparon de los hechos de violencia y, en otros casos en el momento que el PCP SL solicitaba colaboración de las mujeres. La práctica senderista estuvo determinada de un lado en utilizar la violación sexual como método de castigo en localidades o comunidades atacadas por

13 Ibidem, p. 297

14 Ibidem.

15 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Entrevistas en profundidad, p. 301.

los subversivos y como método de sometimiento sexual con mujeres que se encontraban sometidas bajo su dominio, es decir, secuestradas.

Testimonios recogidos por la CVR dan cuenta de cómo las mujeres accedían –en otros casos– a unirse con los varones de los grupos subversivos. El fin era evitar la realización de determinados trabajos: las uniones forzadas se convirtieron en un mecanismo de protección frente a los trabajos riesgosos, como era el de llevar los alimentos a los refugios de los senderistas[16].

A decir de la CVR, la prohibición formal de la violación sexual era legitimada por los subversivos con la unión de hecho. Se optaba por unir a hombres y mujeres con el fin de legitimar este accionar. En cualquiera de los dos casos, tanto la violación sexual como la unión forzada constituyen formas de violencia sexual[17].

Los mandos senderistas elegían a mujeres para que se desempeñen como su seguridad, esta función aparejaba intrínsecamente que estas jóvenes a partir de los 15 años fueran obligadas a tener relaciones sexuales con los mandos. Un testigo señaló que se percató que estas no quedaban embarazadas, porque los senderistas se cuidaban con preservativos. Preferían como seguridad a las chicas con el fin de estar con ellas, las utilizaban y las cambiaban[18].

El Informe Final de la CVR también da cuenta que en el departamento de Junín las chicas reclutadas, que sumaban alrededor de veinte, antes de tener relaciones sexuales con los mandos eran obligadas a que se

16 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, p. 304.

17 Ibidem.

18 Ibidem. Testimonio 201319, p. 300.

apliquen ampollas que tenían las enfermeras, también reclutadas, para no concebir. Les aplicaban la inyección al finalizar su menstruación. Un testimonio señala que «en una oportunidad se acabaron las ampollas y no podían salir a comprar porque los militares los perseguían, entonces los jóvenes llegaron a tener hijos que después eran arrebatados por los mandos y entregados a personas extrañas»[19].

## 4. LA VIOLACIÓN SEXUAL PERPETRADA POR AGENTES DEL ESTADO

Las incursiones militares y policiales a distintos poblados y comunidades fueron escenarios propicios para la comisión de graves violaciones a derechos humanos, entre ellos la violencia sexual. La CVR sostiene que la imputación de sospecha contra los pobladores de pertenecer –forzada o voluntariamente– a grupos subversivos por parte de los agentes del Estado, también trajo consigo diversos casos de violación sexual. Así lo señala uno de los testimonios recogidos por la CVR al indicar que, «(…) aproximadamente veinte militares ingresaron a la casa de una declarante, deteniéndola a ella, a su hermano, quien era agente municipal, y golpeando a su madre. Su cuñada fue violada luego, un militar entró en mi cuarto, no me pude defender, amarró mi boca con una manta y después me violó (…)»[20].

La CVR ha sostenido que uno de los espacios más frecuentes donde se produjo la violación sexual de mujeres, fue al interior de las bases militares, tanto en su instalación, así como durante el período que se mantuvo su funcionamiento en las diversas localidades a lo largo del

19 Ibidem. Testimonio 300578 p. 310.

20 Ibidem. Testimonio 201538, p. 320.

país. Estos hechos han sido narrados no solo por las víctimas sino por pobladores de la localidad que dan cuenta de los hechos que conocieron y/o presenciaron «(…) siempre se deja los enemigos a las autoridades, no sabíamos quienes nos mataban, pero cuando nos decían que íbamos al cuartel nos violaban o cuando nos decían a los tres disparos tienen que venir, eso no está bien (…)»[21].

La violación sexual fue utilizada en determinados casos como un método de tortura para la obtención de información o confesiones auto inculpatorias y no solo se produjo por una persona. En el caso de los agentes del Estado podrían ser varios los efectivos que intervenían en la violación sexual de una mujer. Una mujer declaró a la CVR que «era una jauría de soldados que se lanzaban uno y otro sobre la misma mujer, eran cientos de soldados que se lanzaban (…). Al día siguiente los cuerpos estaban tirados, no se movían, estaban con las piernas abiertas, algunas volteadas, me han espantado»[22].

En 1993 la violación sexual era parte de una práctica conocida como «pichana». Según la declaración de un efectivo del Ejército «pichana» era la denominación que recibía el hecho de entregar mujeres a la tropa, se le regalaba a la tropa. Ellos decían «¡ya, a pichanear!». Pichana significa «barrer». Y hacerla pasar a la mujer por todos los soldados le decíamos «pichana». Refiere que eso se hacía mayormente en las patrullas, no se hacía en el puesto de comando. «En las patrullas nosotros agarrábamos mujeres, todos mayormente las «pichaneaban»[23].

21 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Audiencia pública de la mujer. Segunda sesión, 10 de setiembre del 2002. Tomo VI, p. 324.

22 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI, p. 326.

23 Ibidem. p. 351.

Inclusive la Comisión ha podido registrar testimonios que dan cuenta que las mujeres seguían siendo ultrajadas sexualmente aún luego de haber sido ejecutadas. Así refiere un declarante que «la llegamos a tirar al río, cuando llegamos nosotros al baño de la tropa, la tropa la estaba violando. ¿Muerta?. Muerta. Sabe por qué le digo, porque era alta, gringa, simpática. Pero ya estaba mal (…) degollada. Si, claro. La tenía hacia atrás en la mesa, la habían tapado el pecho y la estaban violando (…)»[24].

Un informe elaborado por Americas Watch, sobre la violencia contra las mujeres en el conflicto peruano[25], refiere que los objetivos de la violencia sexual contra las mujeres fue castigar, intimidar, coaccionar, humillar y degradar a la población. Un testimonio recogido por la CVR grafica el fin de este accionar «…vi como las violaban a tres muchachas delante nuestro, por donde ellos querían, un señor reclamó la forma y el alférez les dijo que querían desmoralizarlos para que las mujeres no participen activamente en la columna, las mujeres son la mitad de ellos, y nosotros tenemos que reducirlos»[26].

Ante ello la CVR ha podido constatar que las violaciones sexuales se produjeron como un medio de coacción sobre personas detenidas y acusadas de pertenecer a alguno de los grupos subversivos con el evidente objetivo de que asuma alguna responsabilidad, a cambio de no violar a su esposa o hijas. También el informe da cuenta de la violación

24 Ibidem. Testimonio 100168, p. 352.

25 Americas Watch. Terror no contado. Violencia contra las mujeres en el conflicto armado peruano. Estados Unidos. 1992. Citado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI, p. 352.

26 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Testimonio 700311. Tomo VI. p. 352.

como un medio de coacción para obtener la colaboración de la población, e inclusive como un instrumento para apropiarse de sus bienes.

Durante las detenciones arbitrarias, los abusos sexuales, manoseos, amenazas de violación sexual fueron un trato común hacia las mujeres. Desde la detención por las fuerzas policiales, las mujeres eran cubiertas con sus prendas de vestir en el rostro, de modo que no pudieran identificar a sus captores. «Al ser detenida, fue encapuchada, la metieron a un carro y la golpearon tirándole patadas, la tocaban en sus zonas intimas, son cosas muy duras que uno pasa»[27].

Otro de los escenarios aprovechados por los agentes del Estado para cometer las violaciones sexuales fueron las masacres. A modo de ejemplo, tanto en los hechos ocurridos en la localidad de Accomarca (Ayacucho), como en la de Santa Bárbara (Huancavelica), se registraron casos de violación sexual previa a la ejecución extrajudicial de las víctimas[28].

Pero la violencia sexual no fue solo una práctica de los efectivos militares asentados en las bases militares al interior del país, con aquiescencia de los jefes militares. Esta fue un accionar que se repetía en otros espacios estatales, donde igualmente los agentes del Estado ejercían el poder, tales como las comisarías y dependencias policiales, donde se daban los primeros interrogatorios. Aquí esta forma de violencia era una característica común.

De igual manera, diversos testimonios brindados ante la CVR dan cuenta de la violencia sexual sufrida por mujeres en las comisarías de la ciudad

27 Ibidem. Testimonio 700054 p. 357.

28 Ibidem. p. 363.

de Lima, tales como en el distrito de San Juan de Miraflores[29], Comas[30], Callao[31].

Si bien tras la captura de Abimael Guzmán y la cúpula de Sendero Luminoso se puso en evidencia la existencia de una nueva estrategia policial lo cierto es que sobre todo en los años ochenta, la Dirección Nacional contra el terrorismo (DINCOTE), fue objeto de diversas denuncias de abuso sexual contra la detenidas por una supuesta vinculación con actos de terrorismo.

La CVR sostiene que, según los testimonios revisados, la violencia sexual se daba permanentemente y en cualquier circunstancia, pero sobretodo en los interrogatorios. Las mujeres eran violadas sexualmente o se las amenazaba con violarlas a fin de que brinden información, firmen las actas de incautación, se arrepientan, identifiquen a otros detenidos, etc.

Diversos testimonios señalan que los agentes de la DINCOTE las llevaban a la playa –en horas de la noche– y allí cometían la violación sexual de las mujeres detenidas. Aquí también hay testimonios recogidos por la CVR que dan cuenta de estos hechos «(…) una noche la llevaron a la playa, donde fue desvestida a la fuerza, la golpearon e insultaron (…) fue conducida a la orilla del mar donde la violaron (…)[32]». Otra víctima señala que fue llevada a la playa en horas de la madrugada «hicieron prácticamente todo lo que han querido. Yo en un momento perdí el conocimiento, no sabía que había pasado, después de un momento

29 Ibidem. Testimonio 700020, p. 378.

30 Ibidem. Testimonio 700225, p. 318.

31 Ibidem. Testimonio 700046, p. 371.

32 Ibidem. Testimonio 700008, p. 333.

reaccioné y estaba en la arena tirada, desperté con unos gritos de otra persona que también lo estaban torturando (…)»[33].

Los establecimientos penitenciarios también fueron un lugar donde la violencia sexual fue una práctica cotidiana, contra las internas. Una testigo recluida en el penal de Cachiche (Ica) durante 1992, refiere que un capitán a cargo de la dirección del penal constantemente amenazaba a las internas con violarlas.

La violación sexual como una de las graves violaciones a derechos humanos fue una constante sufrida por las mujeres durante el período de violencia política por su sola condición de mujeres, además de otras afectaciones de las que también fueron víctimas.

Las cifras indican que de los 538 casos de violación sexual recogidos por la CVR, 490 casos son atribuidos a agentes del Estado, de lo que se concluye que fueron agentes del Estado quienes cometieron el mayor porcentaje de violaciones sexuales a la población femenina durante el período de violencia política.

## 5. LA VIOLACIÓN SEXUAL ES UN GRAVE CRIMEN CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS, UN CRIMEN DE GUERRA Y UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

La CVR acogiendo lo prescrito en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura sostiene que la violación sexual es una forma de tortura. Por tortura se entenderá todo acto por el cual se infrinja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean

33 Ibidem. Testimonio 700095, p. 335.

físicos o mentales, con el fin de obtener de una ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o, se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Las normas internacionales de protección a los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, Estatuto de la Corte Penal Internacional y, los Convenios de Ginebra) dan cuenta que la violación sexual constituye un grave crimen contra el derecho internacional de los derechos humanos, un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Informe 5/96, del 1 de marzo de 1996, en el caso 10.970 de Raquel Martín de Mejía afirmó categóricamente que, «El derecho internacional vigente establece que los abusos sexuales cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen, constituyen una violación a los derechos humanos de las víctimas, particularmente su derecho a la integridad física y mental».[34]

La CIDH identificó como formas de tortura sexual los golpes en los senos y el estómago, frecuentemente dirigidos hacia mujeres embarazadas con el objetivo de provocar el aborto o afectar su capacidad re-

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 5/96, del 1 de marzo de 1996.

productora, así como la introducción de objetos en la vagina. Este tipo de prácticas ha sido constatada por la CVR en diversos testimonios: «Una noche la desnudaron, le pusieron la venda y le dijeron que le iban a dar comida mientras la torturaban. La sentaron en un fierro y le destrozaron el coxis (…) y la dejaron en su celda, sobre un colchón ensangrentado. Ella pensó que era la menstruación». [35]

Según la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes se entiende por tortura «todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier otra razón basada en cualquier tipo de discriminación…»[36].

Por su parte la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985) reconoce como tortura «todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin…».

Si bien los actos de violencia sexual y violación sexual no son señalados de manera expresa en el texto de estos documentos internacionales, se debe interpretar que cuando ambos documentos se refieren a «todo acto» debemos de considerar entre ellos los actos propios de una viola-

35 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Testimonio 70001. Tomo VI, p. 318.

36 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. ONU, 10 de diciembre de 1984, art. 1.

ción sexual. Esto tiene mucho más sentido cuando esa violación sexual se ejecuta en medio de un conflicto armado interno y como parte de una estrategia contrasubversiva.

Este último elemento determina, sobre todo en aquellos lugares en los que las violaciones se perpetraron en las bases militares asentadas en las localidades, la existencia de una posición de poder y de dominio militar por parte de los efectivos de las fuerzas del orden sobre la población de esa localidad y en especial sobre las mujeres.

Durante el año 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual, en el capítulo sobre la situación de los derechos humanos en Haití, específicamente respecto de la situación de las mujeres, fue categórica al afirmar que, «…la violación sexual y otros abusos sexuales infligidos a las mujeres haitianas causan sufrimiento y dolor físico y mental. Estos crímenes sexuales se cometieron con la finalidad de castigar a las mujeres por su militancia y/o su asociación con familiares militantes y para intimidar o destruir su capacidad de oponerse al régimen y de apoyo a las comunidad pobres. La violación sexual y el intento de violación contra mujeres también califica como tortura puesto que representa una brutal expresión de discriminación contra ellas como mujeres (…). Los hechos denunciados ante la Comisión reflejan que la violación sexual no fue ni producto del azar, ni un hecho ocasional, sino un crimen de amplia y rutinaria aplicación. Si bien esos hechos ocurrieron bajo la dirección o con la aquiescencia del régimen ilegal de facto, la Comisión considera que la utilización de las violaciones sexuales como arma de terror constituyen un crimen contra la humanidad bajo el derecho internacional consuetudinario»[37].

37 CIDH. Informe Anual 1995. Capítulo IV: Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Haití., párr. 134 y 135.

Adicionalmente la CIDH, en el caso Raquel Martín de Mejía ha señalado que, «La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aún quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de las que fueron objeto. Raquel Mejía fue víctima de violación, y en consecuencia de un acto de violencia contra su integridad que le causó «penas y sufrimientos físicos y mentales».

Para el derecho internacional humanitario, tanto en el conflicto armado internacional como en el conflicto armado interno, la violencia sexual incluida la violación sexual, trasgrede las normas mínimas de humanidad. Esto se ha evidenciado por las decisiones judiciales emitidas por los Tribunales Penales Internacionales y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. La trasgresión ha sido considerada por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda como crímenes de guerra.

El artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establece las garantías fundamentales para el trato de toda persona que no participe en las hostilidades. El Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección de civiles en tiempos de guerra prohíbe el abuso sexual. En el caso de los actos considerados como «infracciones graves» o «crímenes de guerra» incluye a la violación en tanto constituye «tortura o trato inhumano». Por su parte tanto el Protocolo adicional I y Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, prevén una prohibición expresa de la violación u otro tipo de abusos sexuales. Este último establece la prohibición en tanto sea el resultado de la comisión de un daño deliberado contra una persona, así como dispone trato especial para las mujeres que sean arrestadas, detenidas o internadas en relación con las

hostilidades, quienes deberán estar separadas de los hombres y custodiadas por mujeres.

En el caso *Celebici* la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional (TPI) para la ex Yugoslavia, el 16 de noviembre de 1998 señaló que, «…la violación de cualquier persona como un acto repudiable que atenta contra la esencia misma de la integridad física y la dignidad humana. La condena y sanción de los actos de violación son tanto más urgentes cuando los comete o instiga un agente del estado o terceros con su beneplácito o consentimiento. La violación causa enormes daños y sufrimientos, tanto físicos como psicológicos. El daño psicológico que sufre una persona violada puede además verse exacerbado por factores sociales y culturales y puede llegar a ser especialmente agudo y perdurable. Cuesta imaginar que una violación cometida o instigada por un agente del estado o por terceros con su beneplácito o consentimiento no constituya, de alguna forma, un acto de castigo, coacción, discriminación o intimidación. A juicio de la Sala, ello es inherente a situaciones de conflicto armado»[38].

Agrega el Tribunal Penal Internacional que, «En consecuencia, la violación y otras formas de violencia sexual que cumplan con los criterios anteriormente señalados constituirán el delito de tortura, al igual que cualesquiera otros actos que cumplan con los mismos criterios».[39]

Por su parte el Tribunal Penal Internacional (TPI) para Ruanda, en la sentencia emitida en el caso *Akayesu*, el 2 de setiembre de 1998, consideró a «…la violación como una forma de agresión y que para apreciar

38 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 16 de noviembre de 1998, párr. 495.

39 Ibidem, párr. 496.

los elementos constitutivos del delito no basta con la mera descripción mecánica de objetos y órganos corporales. El Tribunal está además consciente de las sensibilidades culturales que inciden sobre la discusión pública de asuntos íntimos, y recuerda la dolorosa reticencia e incapacidad de las testigos para revelar detalles de la violencia sexual de que fueron víctimas. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de Naciones Unidas no cataloga actos específicos al definir la tortura, orientándose más bien a definir el marco conceptual de la violencia amparada por el Estado. El Tribunal considera que este enfoque es de mayor utilidad en el contexto de Derecho Internacional. Al igual que la tortura, la violación se utiliza para intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar, controlar o destruir a una persona. Al igual que la tortura, la violación es un atentado contra la dignidad e la persona, y de hecho se constituye en tortura cuando la comete o la instiga un agente del Estado o terceros con su beneplácito o consentimiento.[40]

## 6. LA VIOLACIÓN SEXUAL ES UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha considerado dentro de su Estatuto a la violación sexual como un crimen de lesa humanidad, tanto en el desarrollo de un conflicto armado nacional como internacional y, dirigido contra cualquier población civil; también incluye la tortura y otros actos inhumanos (art. 5°). La CVR resalta la importancia de la jurisprudencia que ha generado este Tribunal porque ha permitido el procesamiento de los abusos sexuales cometidos en tiempos de guerra, reconociendo que la violencia sexual no solo cons-

40 Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia del 2 de setiembre de 1998.

tituye crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, sino que además puede constituir tortura, esclavitud, graves lesiones corporales y otros actos pertinentes, siempre los elementos que constituyan esos crímenes.

Por su parte el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, incluye entre los crímenes contra la humanidad (artículo 3), tanto la tortura como la violación sexual. La definición de las violaciones al artículo 3 común a los convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II incluyen la tortura, mutilaciones o toda forma de castigos corporales (artículo 4,a). También son considerados los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratamientos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor (artículo 4, e).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional dio un paso importante en el tratamiento de la violencia sexual desde el derecho penal internacional, al establecer que tanto esta como otros abusos sexuales pueden configurar crimen de lesa humanidad (artículo 7,1,g) y crímenes de guerra. Para la calificación de crimen de lesa humanidad, los actos se deben realizar como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

Para que se constituya un crimen de lesa humanidad debe cumplirse con el requisito de la comisión sistemática o generalizada de determinados actos. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Estatuto de Núremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Dice la Corte que, «Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron bá-

sicamente en su concepción inicial a la fecha de la muerte del señor *Almonacid Arellano*, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos [...] cometidos en el contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad».[41]

La Corte determina que se debe considerar como generalizado cuando estamos ante una serie de hechos ilícitos cometidos de manera frecuente o una cantidad considerable o múltiple de víctimas de un crimen. Y que se debe considerar como sistemático cuando estamos ante la comisión de ilícitos que responden un plan concertado sobre la base de una política.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia resolvió en el caso *Tadic*, que la violación y el abuso sexual pueden considerarse como parte de una campaña generalizada o sistemática de terror contra la población civil. Para esta sentencia, no es necesario probar que la violación en si misma tenga esas características.[42]

En el caso *Blaskic*, el acusado –quien ostentaba el cargo de coronel de las fuerzas armadas del Consejo de Defensa de Croacia– fue condenado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia por violaciones al derecho internacional humanitario, entre ellas las violaciones

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Almonacid Arellano, del 26 de setiembre de 2006, párr. 96.

42 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 07de mayo de 1997.

sexuales cometidas dentro de los centros de detención. Blaskic no cometió los crímenes pero fue condenado por ordenar, planificar, instigar o de otra forma cooperar en la planificación, preparación o comisión de esos crímenes.[43]

En el caso *Foca* en el que se procesó, acusó y condenó a ocho serbobosnios por violación y tortura de mujeres musulmanas como parte de un plan general de limpieza étnica, la acusación contra Kunarac –principal implicado– fue por ser responsable de ordenar actos de agresión sexual cometidos por sus subordinados. Aquí ese mismo Tribunal consideró la violación sexual y la agresión sexual por si mismas como sistemáticas, constituyendo la «perpetración de un acto criminal de grandes proporciones contra un grupo de civiles».

La CVR destaca la importancia de este fallo en tanto considera la violación masiva y la esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad y, deja de considerar estos hechos como un daño colateral dentro de los hechos de guerra.[44]

## 7. EL DEBER DE LOS ESTADOS FRENTE A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Frente a los crímenes internacionales o violaciones de derechos humanos las normas internacionales de protección de los derechos humanos imponen a los Estados un denominado deber de garantía. En el sistema interamericano este deber de garantía se encuentra fundamentalmente considerado en el artículo 1° de la Convención Americana sobre Dere-

43 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 03 de marzo del 2000.

44 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI, p. 281.

chos Humanos (1969), en la que se establece que «Los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción…».

Este deber de garantía comprende una doble dimensión. En primer lugar contiene un deber de respetar, que no es otra cosa que la obligación que tienen los Estados de abstenerse de violar o transgredir los derechos fundamentales de las personas. En segundo lugar encontramos el deber de investigar, procesar y sancionar los crímenes contra los derechos humanos. Este deber significa que el Estado debe ser eficaz y cierto en la investigación, juzgamiento y sanción de estos crímenes y no puede restringirse a una mera formalidad. Este deber indudablemente recae en los sistemas de administración de justicia, especialmente en los sistemas penales.

Estos deberes colocan al Estado en una posición jurídica de garante de los derechos humanos, de la cual emergen obligaciones esenciales para la protección y salvaguarda de estos.

La CIDH interpretó los términos «respetar y garantizar» de la Convención Americana en el caso *Velásquez Rodríguez*, haciendo un paralelo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no solo por la complicidad activa en las operaciones de los escuadrones de la muerte, sino también por su falta de investigación y seguimiento de las violaciones. La Corte señaló que, «El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos

actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención»[45].

Con preocupación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recientemente ha señalado que «En varios países existe un patrón de impunidad sistemática en el procesamiento judicial y en las actuaciones en torno a casos de violencia contra las mujeres debido al hecho de que la gran mayoría de estos casos carece de una investigación, sanción y reparación efectiva.[46]

Para la Comisión Interamericana «…la investigación de casos de violencia contra las mujeres se ve afectada negativamente por una diversidad de factores. En primer lugar, se suscitan retrasos injustificados por parte de las instancias encargadas de efectuar la investigación para llevar a cabo las diligencias necesarias, debido a una percepción de estos casos como no prioritarios».[47]

Intentando claramente acercarse al asunto de la actividad probatoria el Informe de la CIDH da cuenta que durante las investigaciones «…se presentan vacíos e irregularidades en las diligencias per se, que obstaculizan el proceso de juzgamiento y la sanción eventual de los casos. Se verifican deficiencias como la no realización de pruebas claves para lograr la identificación de los responsables, la gestión de las investigaciones por parte de autoridades que no son competentes e imparciales, el énfasis exclusivo en la prueba física y testimonial, la escasa credibilidad

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de fecha 29 de julio de 1988, párr. 174.

46 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la Justicia para las Mujeres. Informe de la CIDH. Washington, 2007; p. 53, párr. 124.

47 Ibidem.

conferida a las aseveraciones de las víctimas y el tratamiento inadecuado de éstas y de sus familiares cuando procuran colaborar en la investigación de los hechos». La CIDH señala muy claramente que «…Este conjunto de problemas y deficiencias en la investigación de casos de violencia contra las mujeres, se traduce en un número bajo de casos en los que se inicia la investigación y se realiza el proceso judicial, los cuales no corresponden al alto nivel de denuncias que se reciben».[48]

Continuando su preocupación sobre el asunto de la actividad probatoria la CIDH ha señalado con preocupación que «…en relación con los vacíos e irregularidades que afectan las investigaciones de casos de violencia contra las mujeres, la CIDH ha constatado que durante la investigación de la gran mayoría de estos casos no se recopilan pruebas fundamentales para el debido esclarecimiento de los hechos». A decir de la Comisión Interamericana, «…por un lado, la CIDH ha identificado la ausencia de pruebas físicas, científicas y psicológicas para establecer los hechos, lo cual se traduce en el estancamiento de los casos por falta de prueba»[49].

Por otro lado, la CIDH ha constatado que la mayoría de los esfuerzos para recopilar evidencia probatoria de actos de violencia contra las mujeres se enfocan en la prueba física y testimonial, en detrimento de otros tipos de prueba que pueden ser cruciales para establecer los hechos como la prueba psicológica y científica. La CIDH asimismo observa la carencia de protocolos que describan la complejidad probatoria de estos casos así como el detalle de las pruebas mínimas que es preciso recopilar para proporcionar una fundamentación probatoria adecuada.[50]

48 Ibidem, p. 53, párr. 128.

49 Ibidem, p. 56, párr. 136.

50 Ibidem.

# CAPÍTULO II

# LOS CASOS, LAS INVESTIGACIONES Y LOS PROBLEMAS DE LOS CRÍMENES DE VIOLACIÓN SEXUAL

## 1. LOS CASOS PRESENTADOS POR LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN

Las relaciones entre hombres y mujeres en el Perú no son democráticas, ni justas, ni equitativas. Es sobre este terreno, que el conflicto armado que existió entre 1980 y el 2000 se desarrolló. Se trata de un sistema de género caracterizado por la desigualdad, la jerarquía y la discriminación.

En ese sentido, el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, ha señalado que la mayoría de las mujeres afectadas por el conflicto armado vivían en las comunidades y pueblos de la sierra sur del país, se trata de zonas rurales pobres, alejadas y cuyos habitantes son parte de grupos campesinos excluidos social, económica y políticamente. Las mujeres se encontraban en un fuego cruzado y vivían la violencia desde la cotidianidad, ya que eran demandadas por los grupos subversivos o por las fuerzas contrasubversivas para cocinarles, atender enfermos y dar alojamiento. Las mujeres no tenían opciones y debían obedecer sin protestar. Asimismo, tener algún vínculo afectivo o de parentesco, bien

sea con los grupos subversivos o las fuerzas del orden, resultaba incriminado y ponía en riesgo la vida de la mujer.

Como consecuencia del conflicto, las mujeres debían salir de sus espacios tradicionales, fueron ellas las que tuvieron el encargo de encontrar a los muertos y desaparecidos, ellas debieron empezar las etapas de búsqueda, denuncia y el reclamo de justicia, etapas que hasta el día de hoy no han terminado, responsabilidad que debieron asumir y que supuso el hecho de adquirir ciertas habilidades y aprender lo necesario para ser escuchadas.

Este aprendizaje supuso acercarse a las cárceles, hospitales, bases militares, dependencias policiales, morgue, carceleta del Poder Judicial, entre otras. En estos lugares, las mujeres fueron agredidas, torturadas, y sometidas a tratos crueles e inhumanos, sin embargo, en ese momento no reclamaron por ellas sino por los miembros perdidos de su familia, pedían justicia por los demás.

La necesidad de judicializar crímenes contra los derechos humanos fue una de las principales recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Si bien entre los 47 casos presentados en su Informe Final, solo se comprendieron dos casos de violación sexual, la realidad nos indica que las estadísticas de la existencia de este tipo de casos son realmente elevadas al punto que la misma Comisión de la Verdad y Reconciliación determina que nos encontramos ante un delito cuya práctica fue generalizada.

En ese contexto podemos afirmar que los casos de violencia sexual producidos en el contexto de conflicto armado interno de nuestro país, han asumido una particular importancia, siendo posible reflejar en estos casos una realidad que permaneció oculta durante el proceso de violencia política y que da cuenta de una grave situación de sometimiento de la mujer, principalmente en las zonas rurales.

## 2. LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el Perú, las víctimas de la violencia política fueron principalmente hombres (80%), existiendo un número más reducido de mujeres que han sido víctimas de este tipo de violencia (20%)[51]. El informe Final de la CVR, registró 538 casos de violación sexual contra mujeres ocurridos en la época de la violencia política[52], actos que se produjeron en por lo menos 15 departamentos del país, entre los que se encuentran Ayacucho, Huancavelica, Huánuco, Apurímac, Junín, Cusco, San Martín, Ucayali, Lima, Callao, Puno, etc.[53]

Ante la necesidad de constatar el estado de los casos que en su momento registró la CVR se desarrolló una primera etapa de investigación en diversos departamentos, en los que se hizo un proceso de verificación de la cantidad de casos que se encontraban en estado de investigación preliminar a nivel de Ministerio Público y con proceso penal a nivel del Poder Judicial. De igual manera en esta etapa debíamos identificar los problemas que atraviesan esos casos. En ese análisis nos encontramos con una realidad que señala la existencia de un porcentaje mínimo de casos en estado de investigación.

Se ha recabado información de los distritos judiciales de Junín, Huancavelica, Ayacucho, Apurímac, Cusco, Pasco, Abancay y Lima en relación a las investigaciones preliminares y procesos judiciales por este delito.

51 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo XI. p.86.

52 El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. De los 538 casos de violación sexual, 527 fueron contra mujeres y 11 contra hombres. Tomo VIII, p. 66 y Tomo IX, p. 371.

53 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI. p. 277.

Hemos encontrado 16 casos de los cuales 14 de ello se encuentran en etapa de investigación preliminar, a nivel del Ministerio Público y tan solo 3 casos han sido judicializados, es decir, que se encuentran con proceso penal abierto a nivel del Poder Judicial. Esos 16 casos comprenden una cantidad de 60 mujeres víctimas de este delito.

De los 16 casos registrados, 9 son casos cuya investigación está a cargo de las fiscalías penales supraprovinciales de Ayacucho. Todos estos casos se encuentran en etapa de investigación preliminar a nivel del Ministerio Público. Los casos registrados con apertura de proceso judicial pertenecen a Lima, Cusco y Ayacucho.

Es necesario advertir que el caso de las mujeres violadas en las comunidades de Manta y Vilca tiene ahora una doble condición, ya que el caso de 7 mujeres ya se encuentra judicializado, pero el caso de otras 17 mujeres aún no han sido denunciado por el Poder Judicial, razón por la cual es necesario que se consigne bajo un doble registro.

Por lo demás, del universo de casos registrados, solo 8 casos cuentan con patrocinio legal de organizaciones no gubernamentales como la Asociación pro Derechos Humanos, el Instituto de Defensa Legal, la Vicaria de la Solidaridad de la Prelatura de Sicuani y DEMUS.

Como mencionamos, la CVR en su Informe Final registró 538 casos de violación sexual contra mujeres ocurridos en la época de la violencia política[54], actos que se produjeron en por lo menos 15 departamentos del país, entre ellos: Ayacucho, Huancavelica, Huánuco, Apurímac,

54 El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación da cuenta de 538 casos de violación sexual (527 contra mujeres y 11 contra hombres). De los 527 casos, 449 eran imputables a agentes del Estado y comités de autodefensa. Comisión de la Verdad y Reconciliación «Informe Final», Tomo VIII, p. 66 y Tomo IX, p. 371.

| | Caso | Número de víctimas | Departamento | Estado del caso |
|---|---|---|---|---|
| 1) | Violación sexual en Huancavelica: Las Bases Militares de Manta y Vilca | 07 | Lima | Instrucción |
| 2) | Violencia sexual de M.M.M.B. | 01 | Lima | Investigación preliminar |
| 3) | Violación de cinco pobladoras en las Bases Militares de Capaya y Santa Rosa. | 05 | Abancay | Investigación preliminar |
| 4) | Violación sexual de R.M.D.M. | 01 | Oxapampa-Pasco | Investigación preliminar |
| 5) | Violación sexual de LQ.I | 01 | Apurímac | Investigación preliminar |
| 6) | Violación sexual en Pampacangallo | 05 | Ayacucho | Investigación preliminar |
| 7) | Caso Llusita N° 01 | 05 | Ayacucho | Investigación preliminar |
| 8) | Violación sexual en la Base Militar de Huancapi | 01 | Ayacucho | Investigación preliminar |
| 9) | Violación sexual en Huanta – Virú | 01 | Ayacucho | Investigación preliminar |
| 10) | Violación sexual en Huancaraylla | 01 | Ayacucho | Investigación preliminar |
| 11) | Violación sexual en el cuartel Los Cabitos | 01 | Ayacucho | Investigación preliminar |
| 12) | Violación sexual en la Base Militar de Totos | 01 | Ayacucho | Investigación preliminar |
| 13) | Violación sexual de C.V.C. | 01 | Ayacucho | Investigación preliminar |
| 14) | Caso Llusita N°2 | 11 | Ayacucho | Investigación preliminar |
| 15) | Caso Chumbivilcas | 1 | Cusco | Proceso judicial |
| 16) | Violación sexual en Huancavelica: Las Bases Militares de Manta y Vilca | 17 | Huancavelica | Investigación preliminar |

Junín, Cusco, San Martín, Ucayali, Lima y Puno[55]. Por lo que las cifras mostradas, que dan como resultado la existencia de tan solo 16 casos

55 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI. p. 277.

entre las investigaciones preliminares y los procesos judiciales por violación sexual contra mujeres ocurridas durante el conflicto armado interno, reflejan un grave desencuentro entre la dimensión del crimen de violación sexual y las posibilidades de acceder a la justicia que puedan tener sus víctimas. Además de la vergüenza y el miedo a las represalias que experimentan las víctimas, es evidente que los mecanismos de nuestro sistema de justicia no están funcionando correctamente. Lamentablemente esto implica la postergación de la justicia y la reparación para las numerosas mujeres víctimas de estos delitos.

A continuación presentamos los aspectos más resaltantes de las dificultades encontradas en los diferentes departamentos que la CVR identificó como los lugares en los que se perpetró el crimen de violación sexual. Tal como ya hemos señalado, el departamento de Ayacucho comprende la mayor cantidad de casos en investigación.

## 2.1. Departamento de Ayacucho

En lo que respecta al lugar de ocurrencia de los hechos, el departamento de Ayacucho presenta el mayor registro de investigaciones preliminares por este delito. Se aprecia la existencia de 09 casos registrados en agravio de 27 mujeres. Estos casos se encuentran siendo investigados por las Fiscalías supraprovinciales de la zona.

El impulso de las investigaciones preliminares se realiza de oficio por el Ministerio Público, porque existe como denominador común que la mayoría de las mujeres víctimas no cuenta con patrocinio legal de organismos de derechos humanos o defensa particular. Esto debería ser considerado como un elemento negativo que no facilita que estos casos sean judicializados. Como en los otros tipos de casos de violaciones de derechos humanos la situación de indefensión es la característica central de la víctima.

La mayoría de las víctimas son campesinas de condiciones económicas extremas y que viven en zonas alejadas de la ciudad de Huamanga, por ello cuando los órganos de administración de justicia notifican a las víctimas para que concurran a sus declaraciones preventivas esto les representa un gasto económico imposible de costear, impidiendo en muchas la realización de las diligencias de investigación, como por ejemplo las declaraciones de las agraviadas. En muchas oportunidades, las notificaciones son recibidas por las víctimas días después de la fecha señalada para que declaren ante la autoridad, debido a lo alejado de las zonas en las que domicilian.

Adicionalmente, el Ministerio de Defensa no proporciona ninguna información requerida por el Ministerio Público para identificar a los miembros de las Fuerzas Armadas que se encuentren comprendidos en estos delitos, tampoco proporciona información detallada de los Jefes e integrantes de las bases Militares en cuya jurisdicción se cometieron los delitos sexuales. Este escenario, contribuye a impedir avances en la identificación de los perpetradores e imposibilita la formalización de denuncias penales. El Ministerio Público ha reiterado al Ministerio de Defensa para que cumpla con informar lo requerido bajo apercibimiento de denunciar penalmente a los funcionarios responsables por resistencia a la autoridad, pero la respuesta siempre es la negativa a brindar la información solicitada.

Las Fiscalías Supraprovinciales de Ayacucho, en su compromiso de impulsar los procesos de judicialización de los casos de Derechos Humanos en especial los relacionados a los delitos de violencia sexual que investigan, han aplicado no solo la legislación penal nacional sino que también han recurrido al derecho penal internacional. En las investigaciones preliminares abiertas por este delito, los hechos han sido tipificados como delitos de violación sexual como forma de tortura y por consiguiente como crimen de lesa humanidad por la sistematicidad y/o generalidad con que se cometieron.

El 90% de las denuncias han sido presentadas por las propias víctimas, con el afán de ser reconocidas como tales en los procesos de reparación post Comisión de la Verdad y Reconciliación, sin embargo gran parte de las agraviadas no han podido concurrir nuevamente a la ampliación de sus declaraciones; ni a las demás diligencias programadas por el Ministerio Público, esto debido –como ya lo hemos mencionados– a lo alejado de la zona donde domicilian las víctimas y al apremio económico de las agraviadas.

## 2.2. Departamento de Huancavelica

Como recordaremos el Informe Final de la CVR documentó el caso de «Violación sexual en Huancavelica: las Bases Militares de Manta y Vilca» en el cual se comprendía a 24 mujeres agraviadas de estas comunidades. La investigación preliminar se inició en la Fiscalía Provincial Penal de Huancavelica y luego fue asumida por la Fiscalía Provincial Penal Supraprovincial de Huancavelica la cual formuló denuncia penal contra 10 efectivos militares en agravio de 07 mujeres.

Debe reconocerse el rol que la Fiscalía Provincial Penal Supraprovincial de Huancavelica desempeñó en la investigación preliminar del caso de violencia sexual a su cargo ante la negativa del Ministerio de Defensa de alcanzar información necesaria. La labor de identificación de los presuntos responsables de estos crímenes para la formalización de la denuncia penal se tornaba en una tarea sumamente difícil, sin embargo el Ministerio Público construyó una base de datos importante en relación a información obtenida de otros casos de crímenes de derechos humanos que investigaba, logrando con ello arribar a esta necesaria información.

Desde el 2004 el IDL definió una estrategia de intervención jurídica y psicosocial en el presente caso, lo que permitió abordar las implican-

cias que presentan los delitos de violencia sexual, permitiendo realizar acciones fundamentales y necesarias para la incorporación de las mujeres víctimas en la investigación preliminar y en el proceso penal. El patrocinio legal de este caso, significó nuestra participación activa en la investigación preliminar, colaborando con aportar diversos elementos y medios de prueba que ayudaron a demostrar la forma y circunstancias de cómo se cometió este delito.

Aún cuando este caso ha sido judicializado es importante dar cuenta también de la existencia de serias dificultades en el curso de la investigación tal como el hecho de asumir en sus inicios que se trataba de una investigación tradicional de violación sexual o la resistencia a considerar que era un crimen de lesa humanidad.

En el presente caso la denuncia formulada por la fiscalía supraprovincial de Huancavelica comprende 7 de las 24 víctimas identificadas. Con respecto a las 17 mujeres víctimas pendientes, no se ha emitido aún la formalización de la denuncia principalmente porque no se ha logrado individualizar a los efectivos militares responsables, por lo que aún esta parte del caso permanece en investigación preliminar en el Ministerio Público de Huancavelica.

También en el presente caso se ha presentado la práctica recurrente del Ministerio de Defensa de no colaborar en alcanzar información necesaria para identificar a los miembros de las Fuerzas Armadas y los Jefes de las Bases Militares de la zona, requerida por el Ministerio Público.

Sin embargo, llama la atención que además del caso «Violación sexual en Huancavelica: las Bases Militares de Manta y Vilca» no exista en investigación preliminar del Ministerio Público de Huancavelica ningún otro caso.

## 2.3. Departamento de Apurímac

En este departamento se ha podido identificar un solo caso de investigación preliminar por hechos de violación sexual perpetrados durante el período de violencia política. Este único caso registrado, data de octubre de 1988 ocurrido en la zona de Aymaraes en agravio de una víctima y perpetrado por miembros del Ejército Peruano.

El caso se encuentra en etapa de investigación preliminar ante el Ministerio Público de la zona, contando con patrocinio legal de la Asociación pro Derechos Humanos (APRODEH), institución que desarrolla conjuntamente con REDINFA[56] una estrategia psicojurídica necesaria en este tipo de casos.

En esta zona el Ministerio de Defensa también se ha negado a proporcionar información requerida por el Ministerio Público para conocer las identidades de los Jefes y efectivos del Ejército Peruano que sirvieron durante esos años y esta zona. APRODEH participa de manera activa en la investigación preliminar del caso, para lograr esta información.

Lamentablemente, además del caso mencionado no se ha ubicado en el Ministerio Público ninguna otra investigación preliminar por el delito de violencia sexual en conflicto armado interno.

## 2.4. Departamento de Pasco

En este departamento también existe registrada una sola investigación preliminar en el Ministerio Público abierta por el delito violencia sexual ocurrida en conflicto armado interno.

56 Red para la infancia y la Familia.

El caso mencionado corresponde a la víctima Raquel Martín viuda de Mejía, y data de junio de 1989 ocurrido en la zona de Oxapampa, donde efectivos militares abusaron sexualmente de la agraviada. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante el Informe N°5/96 Caso 10.970 Raquel Martín de Mejía vs. Perú se pronunció sobre estos hechos, señalando que, *«la violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima»;* para que el hecho sea considerado tortura debe ser cometido de manera intencional y este acto debe ser perpetrado por un oficial público o por una persona privada de su libertad a instigación del primero. Con todo lo mencionado, la Comisión Interamericana concluyó que en el presente caso, se conjugan los tres elementos de la definición de tortura y que el Estado Peruano es responsable de los hechos ocurridos; esto significó un importante avance en temas de judicialización.

Los hechos narrados se encuentran ante el Ministerio Público en etapa de investigación preliminar, siendo patrocinado por la institución APRODEH. El principal esfuerzo desplegado hasta la fecha es el de identificar a los responsables del crimen.

De igual forma que en los anteriores distritos judiciales mencionados, el Ministerio de Defensa no ha proporcionado ninguna información requerida por la fiscalía penal obstaculizando gravemente la formalización de la denuncia penal.

## 2.5. Departamento de Cusco

En este distrito judicial se registró la existencia de un proceso penal iniciado por el delito de violencia sexual en conflicto armado interno. En un inicio este proceso judicial correspondía a un caso patrón relacionado al delito de ejecuciones extrajudiciales, sin embargo producto del avance de la instrucción judicial se obtuvo testimonios de la existencia

de violaciones sexuales en agravio de mujeres, lográndose la ampliación del Auto Apertorio de instrucción también por este delito.

Los hechos datan de abril de 1990 y son perpetrados por miembros del Ejército Peruano que incursionan en varias localidades del distrito de Chumbivilcas. Este caso es patrocinado por dos organismos de derechos Humanos: APRODEH y la Vicaria de Solidaridad de la prelatura de Sicuani quienes vienen participando activamente en el proceso judicial.

Adicionalmente, no existe registro de otro caso en investigación preliminar y/o proceso judicial abierto en este distrito judicial.

## 2.6. Departamento de Junín

La Comisión de la Verdad y Reconciliación en su informe Final señaló la existencia de un gran número de víctimas de violencia sexual durante el período de violencia en el departamento de Junín, sin embargo realizado un registro de los casos en el Ministerio Público se constató que no existía ningún caso en etapa de investigación preliminar y/o proceso judicial.

La Fiscalía Penal Supraprovincial de Junín esta avocada al conocimiento de graves violaciones contra los derechos humanos, recayendo su carga principal en la comisión de delitos de desaparición forzada de personas y ejecuciones extrajudiciales.

## 2.7. Departamento de Lima

Entre los casos documentados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, se presentaron dos casos paradigmáticos de violencia sexual ocurrido en el contexto de conflicto armado interno que atravesó nues-

tro país, los cuales son denominados: «Violencia sexual en Huancavelica: Las Bases Militares de Manta y Vilca» y el caso de «Violencia sexual de M.M.M.B.». Desde el año 2004 y en ambos casos, el IDL asumió el patrocinio legal de las víctimas de estos delitos.

Con respecto al primer caso mencionado, si bien los hechos perpetrados ocurrieron en Huancavelica y la formalización de la denuncia penal fue emitida por la Fiscalía Penal Supraprovincial de Huancavelica, el Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N°075-2005 establecía que los juzgados supraprovinciales que funcionaban en el distrito judicial de Lima tenían competencia a nivel nacional para el juzgamiento de delitos de lesa humanidad y graves violaciones contra los derechos humanos por ello en el presente caso, la denuncia penal fue remitida en noviembre del 2007 al Cuarto Juzgado penal supraprovincial de Lima, que el 03 de abril del 2009 acogió la denuncia y abrió proceso penal por el delito de violencia sexual como crimen de lesa humanidad contra 10 efectivos militares en agravio de 07 mujeres de la comunidad de Manta.

Asimismo, en relación al caso denominado «Violación sexual de M.M.M.B.» los hechos perpetrados ocurrieron en el departamento de Lima, por lo que la Fiscalía Especializada para Desapariciones Forzosas, Ejecuciones Extrajudiciales y Exhumación de Fosas Clandestinas abrió investigación preliminar en mayo del 2004, posteriormente en enero del 2007 la investigación fue remitida a la Tercera Fiscalía Supra-provincial Penal de Lima, la que desde esa fecha mantiene la dirección de la investigación preliminar. Lamentablemente a pesar de haber transcurrido 6 años de iniciada las investigaciones por el Ministerio Público, y a pesar de haberse obrado diligencias importantes que conllevaron a la identificación de los perpetradores del delito, así como de la abundante prueba existente en este caso, no existe a la fecha denuncia penal correspondiente por el Ministerio Público.

Más allá de este caso, el mismo que desde hace 6 años se encuentra en investigación preliminar, no existe ningún otro caso de violación sexual perpetrado durante el conflicto armado en estado de investigación. Ello contrasta radicalmente con la cantidad de casos registrados por la CVR como casos ocurridos en alguna diferencia policial o militar del departamento de Lima.

## 3. EL CASO DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN LAS BASES MILITARES DE MANTA Y VILCA (HUANCAVELICA)

### El contexto de la Violencia

El departamento de Huancavelica fue uno de los escenarios donde se desarrollaron acciones subversivas casi desde el inicio del proceso de violencia política, que comenzó el 17 de mayo de 1980 con la quema de ánforas en Chuschi, Ayacucho. En los dos primeros años del accionar terrorista, la entonces Guardia Civil asumió la lucha contrasubversiva. El 26 de marzo de 1982, mediante el Decreto Supremo 006-82-IN, las Fuerzas Armadas asumieron el control de todas las zonas declaradas en emergencia.

En febrero de 1983, mediante el Decreto Supremo 003-83-IN se incluyó a las provincias de Tayacaja y Acobamba en la lista de zonas declaradas en emergencia, renovándose dicho decreto en forma permanente. Y en diciembre de ese año, a través el Decreto Supremo 061-83-IN, se sumó todo el departamento de Huancavelica, permaneciendo en estado de emergencia por 60 días, y al igual que en las anteriores provincias, dicho decreto se renovó constantemente hasta julio de 1999, por ende Huancavelica paso a depender del Comando Político Militar de Ayacucho.

En 1983, los distritos de Moya, Vilca y Manta, ubicados en la provincia de Huancavelica, eran zonas altamente convulsionadas, debido a la permanente presencia de miembros de Sendero Luminoso, quienes realizaban acciones de propaganda y adoctrinamiento entre la población.

En marzo de 1984 el Comando Político Militar de Ayacucho al mando del General de División EP Adrián Huamán Centeno, ordenó el establecimiento de destacamentos militares en los distritos de Manta y Vilca, debido al incremento del accionar subversivo en la zona. Desde este momento, perdieron la vida varios comuneros del lugar y otros fueron detenidos y llevados a las bases de Manta y Vilca, donde fueron interrogados y sometidos a torturas, porque eran considerados colaboradores o miembros de Sendero Luminoso. Asimismo, muchas mujeres de la comunidad fueron abusadas sexualmente. Esta política de detenciones y maltratos se mantuvo en forma permanente hasta el retiro de la Base Militar en Manta que ocurrió en 1995.

## Los hechos

Para los campesinos del distrito de Manta, el 21 de Marzo de 1984 constituye un día trágico. Aquel día los militares ingresaron disparando a todo aquel que corría en busca de refugio, murieron hombres, mujeres y niños; las viviendas fueron saqueadas y quemadas; familias enteras huyeron hacia los montes y permanecieron ahí varios días alimentándose con pastos[57].

Con la instalación de la Base Militar, se dio inicio a una ola de violaciones a derechos humanos cometidas por las fuerzas del orden. Estas abarcaron desde detenciones arbitrarias, asesinatos, torturas hasta actos de

57 Revista Idéele Nª 169, abril del 2005, P. 57.

violación sexual contra las mujeres. Estas acciones se realizaron desde el momento en que las bases se instalaron, hasta que se retiraron de la zona. Aunque en los últimos años de la presencia militar, disminuyeron considerablemente.

Los abusos sexuales se cometieron tanto al interior de las bases militares, en las viviendas de las víctimas o parajes alejados, sin importar que hubiera testigos del hecho, pues contaban con pleno poder sobre la población de la zona, incluso con las autoridades locales. El trato contra las pobladoras era tan cruel que en ocasiones los abusos sexuales cometidos por los efectivos militares se llevaban a cabo en forma múltiple, es decir, por varios efectivos militares a la vez.

Ninguna de las víctimas denunció el abuso ante el Ministerio Público, ni siquiera a la policía, porque todas ellas fueron amenazadas de muerte o con ser sometidas a una nueva violación si contaban lo ocurrido.

Producto del abuso sexual cometido por efectivos militares numerosas mujeres concibieron hijos. Por ello, se han registrado 32 niños, los cuales tienen consignado como apellido paterno el grado que ostentaba el efectivo militar en ese entonces.

## LA DENUNCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL INICIO DEL PROCESO PENAL ANTE EL PODER JUDICIAL

La Comisión de la Verdad y Reconciliación presentó el caso ante la Fiscalía de la Nación con la finalidad que se inicie la investigación preliminar correspondiente. El caso fue derivado a la Fiscalía Provincial de Huancavelica. Durante tres años ésta Fiscalía Provincial se encargó de la investigación fiscal.

El 24 de setiembre del 2007, la Fiscalía de la Nación dispuso la creación de una Fiscalía Penal Supraprovincial en Huancavelica, designando

como Fiscal Titular a Juan Manuel Borja Roa. El 05 de octubre del 2007, la Fiscalía Penal Supraprovincial de Huancavelica, denunció a diez ex-efectivos militares de la Base de Manta, por haber violado sexualmente a siete mujeres de las comunidades de Manta, durante el período del conflicto armado interno.

El 03 de abril del 2009, el juez Segismundo León del Cuarto Juzgado Supraprovincial Penal en Lima, abrió proceso penal señalando que durante el contexto de conflicto armado, la violación sexual fue una práctica sistemática y/o generalizada, en consecuencia, asume la condición de crimen de lesa humanidad.

## 4. EL CASO DE LA VIOLACIÓN SEXUAL DE M.M.M.B.

M.M.M.B., fue detenida el 30 de octubre de 1992 en las inmediaciones de la Universidad Nacional de Educación «Enrique Guzmán y Valle» La Cantuta, por miembros de la Primera División de Fuerzas Especiales del Ejército (DIFE). Siendo conducida a las instalaciones de esta división militar, en el distrito de Chorrillos, donde permaneció hasta el día 03 de noviembre de 1992, fecha en que fue puesta a disposición de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE).

Durante este lapso de tiempo la detenida permaneció incomunicada en condiciones insalubres. De esta manera se le negó el acceso a las garantías fundamentales de protección de sus derechos constitucionales. Durante ese tiempo M.M.M.B. fue sometida a tortura y violación sexual por los miembros de la DIFE encargados de su custodia y como consecuencia de ello quedó embarazada.

En agosto del 2003, la Comisión de la Verdad y Reconciliación entregó a la Fiscalía de la Nación el informe jurídico referido a *«El caso de*

*M.M.M.B.»*, a fin que el Ministerio Público investigara este caso y formalizara denuncia penal.

En mayo del 2004 la Fiscalía Especializada para Desapariciones Forzosas, Ejecuciones Extrajudiciales y Exhumación de Fosas Clandestinas inició investigación preliminar en este caso. Durante el transcurso de la investigación se logró recabar la Orden General Nº 11 emitida por el General EP Luis Pérez Documet a los efectivos de la Primera División de Fuerzas Especiales (DIFE) felicitándolos por el operativo de captura de M.M.M.B. Con esta documentación se identificó plenamente a los efectivos militares que participaron de la detención M.M.M.B.

En enero del año 2007 la investigación fue remitida a la Tercera Fiscalía Supraprovincial Penal de Lima. Desde mayo del 2004 y durante el transcurso de estos seis años, se han realizado numerosas diligencias que han logrado determinar de manera fehaciente que la detención, tortura y violación sexual en agravio de M.M.M.B. se cometieron en las circunstancias que hemos descrito; esto en base a las declaraciones de la propia víctima, la declaración de la testigo B.N.T. que fuera detenida conjuntamente con M.M.M.B. en octubre de 1992 quien denunció también ser víctima de violación sexual por parte de agentes de la DIFE en esta intervención; el parte policial de marzo de 1993 donde se da cuenta de la denuncia presentada por la agraviada y la testigo B.N.T. por el delito de violación sexual ocurrido en octubre de 1992; la resolución de marzo de 1995 de la 44º Fiscalía Provincial Penal de Lima que abrió investigación preliminar por estos hechos; la resolución de mayo de 1995 de la 44º Fiscalía Provincial Penal de Lima que archiva la investigación mencionada señalando: *«que se ha logrado establecer la comisión del delito denunciado… sin embargo, pese a las investigaciones realizadas no se ha logrado identificar a los presuntos autores del ilícito penal»;* los Informes Médicos Legales de esa época que dan cuenta de la violación sufrida por la víctima; el Informe Psicológico practicado a la víctima en octubre de 1997; las declaraciones de los propios investigados que confirman su

participación en el operativo de detención de M.M.M.B., así como la incorporación de prueba documental entre otras. Sin embargo, a pesar de abundante prueba existente hasta a la fecha el Ministerio Público no ha formulado denuncia penal.

Recientemente la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial ha programado actos de prueba que no coadyuvan a los objetivos de la investigación, tales como la diligencia de toma de muestras de sangre y saliva por el laboratorio de Biología Molecular y de Genética del Instituto de Medicina Legal a nuestra patrocinada y a su menor hija. Esto solo sería útil si se tratará de una demanda de filiación. Adicionalmente esta Fiscalía ha solicitado al Instituto Nacional Materno Perinatal - Maternidad de Lima, a fin de que remita «*un informe detallado conteniendo las características físicas de la entonces recién nacida (hija de nuestra patrocinada), su edad gestacional, peso y todos los detalles del nacimiento y de los procedimientos desarrollados a la recién nacida, en suma todo lo referido a la menor y de su madre M.M.M.B.*» diligencia que en ningún sentido ayuda a lograr los objetivos de la investigación. Ante ello el IDL ha presentado nuestra oposición a las diligencias mencionadas porque resultan inútiles para los fines de la investigación.

Adicionalmente, debemos mencionar que durante los varios años que ha durado la investigación, el Ministerio Público ha destacado por lo menos cuatro fiscales diferentes a cargo de la fiscalía encargada del caso, lo cual indudablemente, ha significado una causa importante para el retraso de las investigaciones.

La falta de denuncia ante el Poder Judicial de un caso que cuenta con suficientes y contundentes elementos de prueba de su comisión y de quienes lo perpetraron, deviene en un hecho que muestra una seria falta de eficacia del Ministerio Público.

## 5. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DURANTE LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

En el Perú recién se están investigando y judicializando crímenes del pasado. Si bien durante la etapa del conflicto armado interno se cometieron innumerables violaciones a los derechos humanos, muchos de estos delitos se perpetraron hace más de una década lo que ha conllevado al desarrollo de argumentos relacionados a la vigencia de la acción penal y la prescripción de estos crímenes, intentando negarse con esto la demanda de justicia de las víctimas.

La violación sexual ocurrida en el marco del conflicto armado interno, de acuerdo con la legislación internacional al momento de su comisión, –como en la actualidad– constituye un crimen de lesa humanidad, debido a que se perpetuó de manera sistemática y/o generalizada, por lo que adoptó el carácter de imprescriptible.

Existe abundante jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al deber de los Estados de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Con ello una de las consecuencias que se genera es la inadmisibilidad de disposiciones de amnistía y prescripción, así como de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables.

En este escenario, el Estado tiene al menos tres obligaciones fundamentales[58]; en primer lugar adecuar su legislación a los estándares internacionales de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo

58 Violación Sexual como crimen de Lesa Humanidad. Rodrigo Uprimny Yepes, Julissa Mantilla Falcón, Diana Guzmán Rodríguez. Amicus Curie presentado por la Organización No Gubernamental De Justicia (Colombia) ante la Primera Fiscalía Penal de Abancay, octubre 2008, p. 28.

cual incluye la «supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio»[59]. En segundo lugar, frente a este tipo de disposiciones, «los jueces, como parte del aparato del Estado»[60] tiene la obligación de verificar si las nomas que aplican vulneran la Convención Americana y en ese caso, dejar de aplicarlas en el caso concreto y finalmente el Estado tiene el deber de impulsar y viabilizar las investigaciones y el juzgamiento mediante las herramientas jurídicas que tiene a su disposición, con el fin de garantizar la realización de los derechos humanos en su territorio[61].

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que, «*(…) corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Este deber es siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundamentales de la sociedad democrática: la verdad y la justicia*»[62]

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia del 29 de Noviembre de 2006, párr. 172.

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta vs Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 173.

61 Violación Sexual como crimen de Lesa Humanidad. Rodrigo Uprimny Yepes, Julissa Mantilla Falcón, Diana Guzmán Rodríguez. Amicus Curie presentado por la Organización No Gubernamental De Justicia (Colombia) ante la Primera Fiscalía Penal de Abancay, octubre 2008, p. 29.

62 Tribunal Constitucional del Perú. Caso Villegas Namuche, Exp. 2488-2002-HC/TC del 18 de marzo de 2004, párr. 23.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos* y en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, ha reconocido que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, sin que sea un hecho trascendental el tiempo de realizada tal conducta, conforme lo tiene señalado también la Corte Europea de Derechos Humanos[63].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general, aún cuando no se encuentre tipificado al momento de su comisión. Esto es, incluso si los hechos están autorizados por la legislación interna al momento de su comisión, el hecho de que de acuerdo con el derecho internacional constituyan un crimen de lesa humanidad, convierte su judicialización y penalización en obligatoria[64].

De igual manera el Estatuto para el Tribunal Penal Internacional[65], define en el artículo séptimo que se entenderá por crimen de lesa humanidad la violación sexual, esclavitud sexual, prostitución forzada,

63 Caso Kolk y Kislytiy vs Estonia. Los crímenes de lesa humanidad cometidos por Kolk y Kislytiy se cometieron en 1949 y fueron juzgados y sancionados por ellos en las Cortes de Estonia en el año de 2003. La Corte Europea indicó que aún cuando los actos cometidos por estas personas pudieron haber sido legales por la ley doméstica que imperaba en ese entonces, las cortes de Estonia consideraron que constituían crímenes de lesa humanidad bajo el derecho internacional al momento de su comisión, y que no encontraba motivo alguno para llegar a una conclusión diferente.

64 Ibidem, p. 46.

65 Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, y aprobado por nuestro País mediante Resolución Legislativa N° 25517 del 16 de setiembre del 2001.

embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, cuando sean desplegadas como parte de un ataque generalizado y/o sistemático contra una población civil y cometidos de conformidad a la política de agentes del Estado. Esta tipificación de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad constituye una forma de reconocimiento, sin embargo debe subrayarse que la condición de crímenes internacionales no empieza con su inclusión en los tratados o tipificación, sino que le antecede[66].

Es importante mencionar además el aporte de la justicia penal. Así el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadic*[67] reconoció que los hechos de violencia sexual ocurridos en el marco de conflictos armados no constituyen actos aislados por el contrario tanto la violación como el abuso sexual pueden ser consideradas formas generalizadas y sistemáticas de violencias, usadas para aterrorizar a la población, este mismo Tribunal en el caso Foca[68] añadió que la violencia sexual produce un profundo sufrimiento en las víctimas que por sus especiales condiciones no requiere ser evidenciado para ser declarado y probado, estableciendo ciertos factores de los cuales se puede concluir su existencia[69].

66 Violación Sexual como crimen de Lesa Humanidad. Rodrigo Uprimny Yepes, Julissa Mantilla Falcón, Diana Guzmán Rodríguez. Amicus Curie presentado por la Organización No Gubernamental de Justicia (Colombia) ante la Primera Fiscalía Penal de Abancay, octubre 2008, p. 34.

67 Tribunal Penal Internacional para el ex Yugoslavia. Prosecutor vs. Tadic (IT-94-I)

68 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Caso Dragojub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic (caso Foca). a. 12 de junio de 2002. http:www.un.org/icty/foca/appeal/judgement/kun-aj020612e.pdf

69 Violación Sexual como crimen de Lesa Humanidad. Rodrigo Uprimny Yepes, Julissa Mantilla Falcón, Diana Guzmán Rodríguez. Amicus Curie presentado por la Organización No Gubernamental de Justicia (Colombia) ante la Primera Fiscalía Penal de Abancay, octubre 2008, p. 40.

Asimismo, en este tipo de delitos debe tenerse en cuenta de manera especial el contexto social y político dentro el cual se habrían producido las violaciones sexuales, siendo valioso incorporar la interpretación que el Informe Final de la comisión de la Verdad y Reconciliación presenta respecto al contexto especial en que ocurrieron y las circunstancias en las que se cometieron, para lograr la judicialización de los delitos de violencia sexual en conflicto armado como crímenes lesa humanidad.

Las estadísticas señalan que la existencia de delitos sexuales cometidos en conflicto armado son realmente elevadas, al punto que la misma Comisión de la Verdad y Reconciliación determinó que nos encontrábamos ante un delito cuya práctica fue generalizada[70], sin embargo a pesar de ello, no existía ningún precedente sobre la judicialización de estos delitos en nuestro país.

### 5.1. La falta de confianza de las víctimas en el sistema de justicia

Uno de los principales obstáculos en la presentación de estos casos, ante los órganos encargados de administrar justicia, es el sentimiento común de desconfianza de las víctimas en el sistema de justicia en general.

El hecho de que los agresores fueran agentes estatales, que tenían como función garantizar la seguridad de la ciudadanía, configuró un escenario de absoluta indefensión, en el cual las agraviadas sabían que no existía autoridad alguna que pudiera garantizar su seguridad en ese enton-

70 El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, registró 538 casos de violación sexual contra mujeres ocurridos en la época de la violencia política, actos que se produjeron en por lo menos 15 departamentos del país, entre ellos: Ayacucho, Huancavelica, Huánuco, Apurímac, Junín, Cusco, San Martín, Ucayali, Lima, Callao y Puno.

ces. Estos agentes debieron recibir las sanciones pertinentes, en tanto sus conductas configuraron flagrantes violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, no solo esto no ocurrió, sino que contaron con la tolerancia o el encubrimiento de las autoridades militares correspondientes, que garantizaban la impunidad absoluta. En los pocos casos en los que las víctimas lograron denunciar los hechos, ninguno fue investigado, por el contrario fueron archivados inmediatamente.

En ese sentido, la Comisión de la Verdad y Reconciliación ha señalado que una de las secuelas de la violencia política es el trauma psicosocial, porque el grado de afectación es tanto individual como social y está ligado al hábitat, la familia, el empleo, las redes sociales y los vínculos. Por ello señala que, «La sensación de desamparo no ésta relacionada únicamente con la pérdida de familiares o bienes económicos, la población se sintió además desamparada por las instituciones que tenían que protegerla y garantizarle justicia»[71].

Esto significó que durante esa época, la identificación inmediata del aparato judicial se encontrara asociado a la ineficacia para juzgar y sancionar a los perpetradores de actos de violencia contra las mujeres, además de la indiferencia, corrupción e impunidad; determinando sentimientos de desconfianza en las víctimas y en la comunidad en general.

Por ello, los primeros años de la intervención psicosocial con mujeres víctimas de estos delitos, planteó complejos retos a los que se debió responder. En principio, fue importante generar un proceso de diálogo y empoderamiento de las víctimas, para su presentación ante las instancias encargadas de la investigación preliminar y del proceso judicial, y dar cuenta de la tragedia sufrida en el pasado, tanto a los órganos de

71 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Perú, 2003.

administración de justicia, como a la familia que –en algunos casos– jamás supo o fue informada de los sucesos.

Es importante destacar, además, la ausencia de instancias de la administración de justicia en zonas rurales; la falta de abogados de oficio para las víctimas de violencia que no cuentan con recursos económicos; la falta de consistencia y debilidad del Ministerio Público en la investigación de los delitos; y la falta de fiscalías especializadas en violaciones a los derechos humanos. A ello hay que señalar el alto costo económico que resulta iniciar un proceso judicial y el largo tiempo que éstos demandan; lo cual termina desanimando a las víctimas a iniciar o incluso continuar proceso judicial alguno. Adicionalmente, existe una evidente falta de información de las víctimas y sus familiares sobre la forma de acceder a instancias judiciales de protección sobre el procesamiento de los casos y sobre cómo contribuir a la investigación y esclarecimiento de los hechos.

Nuestro sistema de justicia actual, carece de mecanismos adecuados para brindar protección y garantías judiciales idóneas para defender la seguridad de las víctimas, así como de los testigos durante el transcurso de procesos judiciales de esta naturaleza. Todos estos elementos, alientan a que la desconfianza en los sistemas de justicia no pueda ser aún superada.

### 5.2. Las mujeres víctimas en su mayoría son quechuahablantes

Debe mencionarse además, que la mayoría de las mujeres afectadas son de escasos recursos económicos provenientes de las zonas pobres y alejadas del país. Generalmente, su idioma materno es el quechua lo que les significa una gran dificultad para acceder a las instituciones estatales encargadas de administrar justicia.

Las mujeres víctimas son en gran número iletradas, lo que las ubica en una situación de mayor vulnerabilidad y con menores recursos para realizar trámites, reclamar sus derechos, leer documentos que pudieran comprometerlas y negarse a firmarlos. Las mujeres tienen mayores tasas de analfabetismo y en promedio ellas manejan menos el castellano que los varones. Estas dos condiciones, que son consecuencia de su marginación como mujer, la afectan negativamente haciéndola más vulnerable en el contexto de la guerra[72].

La Comisión de la Verdad y Reconciliación señaló que la violencia sexual fue una práctica reiterada y persistente que afectó en su mayoría a las mujeres más pobres y marginadas del país[73].

Las estadísticas señalan que las principales víctimas de la violación sexual fueron mujeres quechuablantes. La CVR ha registrado un 75% de mujeres quechuablantes. Por otro lado, teniendo en cuenta el universo de casos registrados, la CVR determina que de ese universo 83% son mujeres de origen rural y en el rubro de la ocupación de la víctima las estadísticas señalan que un 33% son de ocupación campesina y 30% por amas de casa. En el rubro etario las cifras de casos de la CVR señalan un 48% de mujeres jóvenes en la condición de víctimas del crimen de violación sexual. A ello se agrega que en rubro educación la CVR encuentra que un 43% de las mujeres víctimas solo tenía educación primaria.

Nuestra Constitución Política reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, lo que implica el derecho de expresarse en su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Sin embargo,

72 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación .Tomo Capítulo II «El impacto diferenciado de la violencia».

73 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI, p. 263.

esto en gran número tampoco ocurre, tanto las dependencias policiales y las fiscalías provinciales no garantizan la presencia de un intérprete del idioma quechua al castellano, lo que dificulta la recepción de denuncias por mujeres víctimas quechuablantes e impide el acceso a la justicia por parte de las mismas.

### 5.3. El ocultamiento del problema por las comunidades y la falta de información del caso

La violación no es un accidente en la guerra o un incidente inherente al conflicto armado. Su uso extendido en tiempos de conflicto armado tiene como una de sus más dramáticas consecuencias el terror que infringe en las mujeres. Es la expresión del poder especial que este crimen le da al violador sobre la víctima.

La violación sexual produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además, de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o en algunos casos quedan embarazadas. Esto significó que muchas mujeres se sientan intimidadas y avergonzadas de denunciar los hechos delictivos de los que fueron víctimas, no solo por el temor de narrar detalles dolorosos, sino por el temor de ser estigmatizadas y rechazadas por su propia familia y comunidad.

El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad si denuncian los vejámenes de las que fueron objeto. Como se aprecia, existen muchos obstáculos familiares y comunales aparte de la vergüenza y del miedo, que limitan e impiden a las víctimas informar sobre los abusos sexuales de los que fueron objeto.

La tortura sexual es una de las denuncias más complejas que se puede hacer debido al ambiente cultural, moral, social y político. En casi todas las sociedades, una mujer, hombre o niña (o), se expone con sus reclamos de violación, violencia sexual o humillación sexual, a perder y, probablemente, a sufrir presión y aislamiento extremo de las personas más cercanas, de sus familias y de la sociedad en general[74].

Esto, porque la mayoría de las víctimas, sienten que si hacen pública las violaciones sexuales de las que fueron objeto están traicionando a su comunidad, al poner en evidencia aspectos que los hacen vulnerables; Además sienten que si denuncian están haciendo pública una vergüenza no solo individual sino colectiva[75]. Al denunciar estos crímenes, y teniendo en cuenta que en gran mayoría los perpetradores de estos delitos pertenecían a las fuerzas armadas, la comunidad puede sentirse amenazada y vulnerable ante posibles «venganzas» que pudieran efectuarse; optando por rechazar y evitar que estas denuncias ocurran, generando estigmatización y ostracismo en relación a las víctimas que denuncien estos hechos.

Ocurre mucho que las autoridades de la comunidad –representada por líderes masculinos–, niegan la existencia del crimen de violencia sexual debido a que los hombres de la comunidad podrían avergonzarse de no haber sido capaces de proteger la integridad física de sus mujeres. Por todas estas circunstancias, es esta una situación sumamente delicada y que define la diferencia entre hacer público un abuso como el de silenciarlo.

74 Agnés Callamard, Metodología de investigación con enfoque de género sensible a las mujeres indígenas. Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, 2002, p. 47, trad. Pilar Rueda.

75. Ibidem.

## 5.4. La falta de información del Ministerio de Defensa

Como sabemos, en el caso de las indagaciones del Ministerio Público el Ministerio de Defensa tiene la obligación de cumplir con remitir información pormenorizada requerida por los órganos de administración de justicia, con respecto a la relación de oficiales y suboficiales que sirvieron en las diferentes bases militares al interior de nuestro país, de las diferentes acciones que realizaron, así como revelar la verdadera identidad de los miembros del ejército quienes se identificaban con seudónimos.

Sin embargo, de manera frecuente el Ministerio de Defensa ante los requerimientos de información del Poder Judicial y del Ministerio Público tendientes a identificar a posibles perpetradores integrantes de las Fuerzas Armadas, ha señalado que toda esa información ha sido destruida o incinerada.

Es necesario advertir que, el Reglamento RE – 345 – 1 Sistema de Archivos del Ejército, publicado por el Ministerio de Defensa, señala explícitamente que éstos no se pueden eliminar por constituir patrimonio documental de la Nación. Adicionalmente establece que incluso cuando se eliminen documentos autorizados sean comunes o clasificados se conservara una relación de los mismos. En ese sentido, en el supuesto de que el Ministerio de Defensa hubiese dispuesto la incineración de documentos debería haber cumplido con el procedimiento establecido en las normas del Sistema de Archivos y conservar un acta de destrucción así como la relación de los documentos incinerados. Además, debe existir una resolución de eliminación expedida por el Archivo General de la Nación. De lo contrario, la no observación de las disposiciones legales vigentes constituye una falta grave a las disposiciones administrativas existentes, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiese lugar.

Además de ello, la Directiva Nº 004-86-AGN-DGAI, aprobada por Resolución Jefatural Nº 173-86-AGN-J, «Normas para la formulación

del Programa de Control, Transferencia, Eliminación y Conservación de Documentos» establece los lineamientos para la conservación de documentos en los archivos de las entidades públicas hasta que se cumpla en el plazo correspondiente y se determine su transferencia al Archivo General de la Nación o su eliminación. Para ello, se reconoce dos tipos de documentos los de valor temporal y lo de valor permanente.

Cabe señalar, que la información requerida por la autoridades fiscales y judiciales en las investigaciones de violaciones a los derechos humanos, ésta relacionada con la situación del personal militar, la instalación de bases militares y los planes operativos, entre otros; constituyendo esto según la normatividad mencionada, documentos de valor permanente.

Esta mala práctica del Ministerio de Defensa, de negar y ocultar la información requerida, no es más que una estrategia para obstaculizar y evitar que las investigaciones judiciales prosperen, contribuyendo a generar la impunidad en graves crímenes contra los derechos humanos.

## 5.5. La falta de una estrategia eficaz de investigación del Ministerio Público

Ante la comisión de graves violaciones contra los derechos humanos o de graves crímenes contra la humanidad le corresponde al Ministerio Público desarrollar investigaciones independientes, imparciales y eficientes. Le corresponde también evitar que estas investigaciones sean una mera formalidad destinadas a fracasar. Ello, en el terreno de las investigaciones se traduce necesariamente en una actividad indagatoria que tenga como objetivo alcanzar la suficiencia probatoria para que los hechos materia de investigación sean sometidos a la justicia.

El objetivo de la investigación preliminar es recolectar los elementos de prueba que demuestren la comisión del hecho ilícito denunciado y

el reconocimiento de la identidad de los presuntos perpetradores de ese delito. Esta es una etapa en la que se trata de obtener o recoger la prueba suficiente de la comisión del delito.

Nuestra Constitución Política ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como se dispone el artículo 159º inciso 5 de dicha norma. Si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad no puede ser ejercida irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.

Una de las garantías que se deriva del derecho fundamental al debido proceso aplicables a la etapa de investigación fiscal es el que ésta se realice dentro de un plazo razonable. En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional, con respecto al plazo de investigación fiscal, se ha pronunciado en la causa 5228-2006, señalando que este plazo ésta regido por «…principios, criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantice el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a una investigación fiscal en el marco de la facultad de investigación y persecución del delito a cargo del Ministerio Público…».

No cabe duda que estamos ante delitos complejos que determinan investigaciones también complejas. En estos casos el Ministerio Público se enfrenta a todo tipo de dificultades. Pero en los casos de violación sexual existen además mayores niveles de complejidad que no necesariamente es advertido por las fiscalías.

El hecho de no haber antes realizado investigaciones por este tipo de delito marca el rumbo de la investigación. En concreto se hace evidente una falta de estrategia particular para esclarecer este tipo de casos.

Pero si bien ese fue el panorama al inicio de las investigaciones también debemos dar cuenta de avances destacables que deberían colocar en otra dimensión las investigaciones, esto es judicializarlas.

## 5.6. La actividad probatoria durante la investigación preliminar

Uno de los asuntos más complejos de las investigaciones o procesos judiciales de violaciones a los derechos humanos es la actividad probatoria. El irremediable transcurso del tiempo, la falta de atención a este tipo de casos y las diferentes estrategias de ocultamiento o encubrimiento de los hechos y de los perpetradores terminan siendo elementos que afectan seriamente la posibilidad de desarrollar investigaciones eficaces y en un corto tiempo.

A ello se debe agregar el hecho, que estamos ante crímenes ocultos sobre los cuales es difícil encontrar un testimonio directo de parte de algún elemento militar que haya conocido el hecho.

Si bien los casos de violaciones sexuales en las comunidades de Manta y Vilca y contra MMMB fueron investigados y presentados por la CVR, el resto de casos no cuenta con ese nivel de información y fundamentalmente cuenta solo con el testimonio de la mujer agraviada.

Por lo tanto, hay la necesidad de desplegar una intensa actividad probatoria para superar esa grave deficiencia. Se tratará entonces de ofrecer de manera sistemática los elementos de información necesarios para alcanzar un conocimiento veraz de los hechos y un conocimiento de quienes han participado en el crimen.

En la investigación del caso Manta y Vilca este asunto se enfrentó con la presentación del testimonio de las agraviadas como elemento central

de información, así como un listado de testigos de la propia comunidad. De igual manera se aportó el Informe Final de la CVR para ayudar a entender el contexto histórico del caso y diversos periódicos que dan cuenta del contexto de violencia en la zona de Manta, entre otros documentos. También se ha ofrecido pericias psicológicas que demuestran el daño de índole psicológico causado a la víctima.

## 5.7. Los problemas jurídico – penales

De acuerdo con el derecho penal internacional, la generalidad y sistematicidad son elementos alternativos de los crímenes de lesa humanidad, es decir, basta con que se configure uno de los dos y no se requiere que concurran en un mismo caso[76].

Durante el conflicto armado interno se cometieron una serie de violaciones a derechos humanos que si bien no estaban tipificados en nuestra legislación como delitos de lesa humanidad[77], adoptaron esta categoría en base a la aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales de las que el Perú es parte.

Ello lo ha venido haciendo la administración de justicia peruana al investigar y juzgar delitos como el asesinato y secuestro[78], que dado el

76 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Prosecutor vs. Tadic (IT-94-1)

77 Nuestra legislación penal incorporó el Título sobre delitos contra la humanidad recién en 1998, para tener como tal, los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

78 El Grupo Colina viene siendo juzgado actualmente por el Caso Barrios Altos (03/11/1991) como delito de ejecuciones extrajudiciales, lo mismo ocurre en el Caso La Cantuta (18/07/1992) por el delito de Desaparición forzada. La Sala Penal Nacional, en jurisprudencia emitida respecto a la prescripción en el caso de la matanza de Cayara señaló «(…) que los hechos materia de proceso correspondían a casos de ejecuciones extrajudiciales y, que el hecho de procesar los actos como delito de asesinato no implicaba en modo alguno negarle la condición de violaciones a los derechos humanos».

contexto de violencia política en el que se llevaron a cabo (práctica generalizada o sistemática), se han considerado como ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, que los tratados e instancias internacionales reconocen como delitos de lesa humanidad y por ende tienen el carácter de imprescriptibles. Esta interpretación ha servido a los magistrados para que el paso del tiempo no sea una garantía para la impunidad en crímenes que ya se encontraban tipificados en la legislación internacional y cuyo tipo penal encontraba su par en la legislación interna.

Este mismo criterio ha sido de aplicación por el juez Segismundo León[79], para señalar que los hechos ocurridos en las comunidades de Manta y Vilca constituyen el delito de violación sexual y dado el contexto en el que se llevaron a cabo, consecuentemente constituirían delitos de lesa humanidad conforme a la descripción que la comunidad internacional le viene dando a estos delitos desde el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para los juicios de Nuremberg hasta la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

El carácter de imprescriptible de los delitos de lesa humanidad ha sido materia de pronunciamiento por reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido que, *«… por constituir un crimen de lesa humanidad… es imprescriptible…»*[80]**.** De igual manera, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de la que somos parte desde el 2003, señala que *«son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido».*

79 Juez del 4º Juzgado Supraprovincial de Lima a cargo del proceso penal seguido por el caso Violencia sexual en Huancavelica: Las Bases Militares de Manta y Vilca.

80 Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentencia de fecha 26 de setiembre de 2006. Serie C Nº 154, párr. 152.

La adopción del delito de violación sexual en el contexto del conflicto armado como delito de lesa humanidad, constituye un importante avance en los estándares del sistema penal de justicia, porque reconoce de un lado, que las mujeres fueron afectadas de manera diferenciada que los hombres en el período de violencia, y que este no fue un daño colateral producto de la guerra sino una afectación directa sobre sus cuerpos y sus vidas.

Por otro lado, marca un precedente a nivel nacional y regional para la judicialización de los casos de violación sexual cometidos durante períodos de conflicto armado, porque a pesar que esta fue una práctica extendida en contextos de violencia, su investigación y sanción por la administración de justicia se ha tornado infructuosa.

La afectación que sufren las mujeres con la violación sexual, en el plano físico y de salud mental, también tiene implicancias en su familia y en su comunidad, quienes en muchos casos, lejos de entender lo que ellas han vivido, terminan estigmatizando y marginando a quienes solo han sido víctimas.

Si bien en la región son muchos los países que han tenido conflictos armados y casos de violación sexual, la judicialización nunca pudo concretarse; en principio porque la sola denuncia ya implicaba obstáculos, a ello se suma el paso del tiempo y el criterio de los operadores de justicia de catalogar la violación como un daño colateral, y la tipificación de la violación como un delito común que al no ser contextualizado, seguía teniendo visos de impunidad.

La apertura del proceso penal «Violencia sexual en Huancavelica: Las Bases Militares de Manta y Vilca» en abril del 2009, marcará un antes y un después y determinará el camino para la judicialización de los próximos casos de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno ocurridos en nuestro país.

## 5.8. La falta de una estrategia multidisciplinaria

En el litigio de casos de esta naturaleza la búsqueda de justicia establece como una necesidad primordial el diseño de una estrategia de intervención multidisciplinaria. Para ello, nuestra institución conjuntamente con REDINFA[81] desarrolló –desde el 2004– una estrategia de intervención jurídica y psicosocial, que permitió abordar las particulares complejidades que tiene un caso de violencia sexual en el contexto de conflicto armado interno.

En efecto, este tipo de casos requieren un acompañamiento psicosocial especialmente sensible a las víctimas, los familiares y la comunidad, capaz de dar cuenta y atender el proceso humano que viven mientras se desarrolla el proceso jurídico. Es fundamental identificar las profundas heridas emocionales que el litigio puede remover, asimismo el transcurso del proceso penal puede ser vivido con inquietud, frustración y a veces confusión por parte de las víctimas y sus familiares.

La estrategia psicojurídica permite fortalecer a la persona afectada más que en su condición de víctima, en su rol social, promoviendo recursos personales para enfrentar las frustraciones inherentes a estos largos y complejos procesos, y propiciando condiciones que logren que el litigio sea un proceso reparador.

81 Red para la Infancia y la Familia (REDINFA), organismo no gubernamental.

# CAPÍTULO III

## LA INTERVENCIÓN PSICOLÓGICA EN LOS CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO[82]

El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, registró 538 casos de violaciones sexuales. De estos, 527 son mujeres y 11 son varones. Señala que éstas fueron prácticas cotidianas, generalizadas y sistemáticas; utilizadas como estrategia de guerra y mecanismo de tortura por los actores de la confrontación militar; constituyendo un trato cruel, inhumano y degradante, esto es, un crimen contra la humanidad. Posteriormente se han empezado a ubicar y recepcionar denuncias o conocerse de nuevos casos de un importante sector de mujeres en las comunidades, que vivieron estas situaciones, constatándose la condición de sub registro del tema.

Como en toda guerra y por encima del Derecho Internacional Humanitario, las mujeres fueron víctimas de violencia sexual, por parte de las fuerzas beligerantes y otros sectores civiles involucrados en el conflicto; enfrentando –hasta hoy en día– la hostilidad y discriminación en «sus comunidades» y en los «nuevos lugares» donde se refugiaron.

82 Este capítulo ha sido elaborado por Rosa Lía Chauca, directora de la Red para la Infancia y la Familia.

Las secuelas que enfrenta una mujer violada en contextos de conflicto armado son a nivel físico como psicológico, la ira, el odio, el miedo, la vergüenza, la venganza y el resentimiento, se convierten en una parte importante de sus vidas, lo que se agrava porque en muchos de éstos casos el perpetrador perteneció a instituciones del Estado cuyo deber es proteger los derechos de las personas, lo que implicó un mayor sentimiento de vulnerabilidad y desprotección. Estas experiencias, a pesar del tiempo transcurrido han dejado también una serie de secuelas psicosociales en las mujeres, en sus familias y también en sus comunidades, que no han sido atendidos, ni resueltos.

Pues los procesos de justicia en el país, especialmente en los casos de violencia sexual, se enfrentan a las dificultades de un sistema judicial ajeno a la cosmovisión, a la cultura de las víctimas, lo que unido a la situación de discriminación y exclusión social que por décadas sufren estas poblaciones, limitan enormemente sus posibilidades de acceso a la justicia y reparación al daño recibido. Por eso creemos que es necesario que los procesos de justicia y reparación en estos casos deben adecuarse, a los contextos psicosociales de las víctimas reconociendo y valorando el carácter pluricultural, pluri-étnico y multilingüe de las comunidades más afectadas por el conflicto armado interno, de donde provienen la mayoría de las víctimas.

De esta manera los procesos de justicia y reparación, abrirían la posibilidad de establecer una nueva relación entre Estado y sociedad, entre un Estado hasta hoy ajeno y extraño a las víctimas, un Estado que reconoce y valora las diferencias y construye una justicia que se adecua a las diversas realidades, promoviendo una cultura de derechos que supera la exclusión y favorece el ejercicio pleno de la ciudadanía para todas y todos.

Por ello nos parece importante contribuir a visibilizar un delito poco atendido y comprendido, ocurrido en nuestro país entre 1980-2000, así como compartir con Uds. nuestras reflexiones, aprendizajes y pro-

puestas en torno a la estrategia psicojuridica que estamos construyendo conjuntamente la Red para la Infancia y la familia – Perú (REDINFA), con el Instituto de Defensa Legal (IDL) con el Caso Manta-Vilca (Huancavelica) desde el 2004 y con la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) con los Casos CAPAYA – Apurímac y Ayacucho desde el 2006. La característica común en estos casos es que muchas mujeres de estas comunidades y distritos fueron víctimas de violaciones de derechos humanos bajo la forma de violencia sexual. Esta información, aún cuando ya estaba consignada en el informe de la Comisión de la Vedad y Reconciliación (particularmente el caso Manta – Vilca), requirió verificarse y profundizarse. Los avances han sido lentos y progresivos, pues además de enfrentarnos a la desconfianza natural de la población afectada por el conflicto armado interno, debíamos abordar con mucho cuidado un tema que es estigmatizante para las mujeres, quienes ocultaron por mucho tiempo las violaciones a las que se vieron sometidas, incluso a sus familiares (padres, madres, esposos e hijo/as). Esta situación nos llevó a plantear como base de la estrategia psicojurídica, una intervención comunitaria en salud mental, que nos permitió crear condiciones favorables para llevar a cabo los procesos de judicialización y fundamentalmente para que las mujeres no se vean nuevamente afectadas por el estigma, la desconfianza y el rechazo de los pobladores frente a las denuncias planteadas. Con esta propuesta buscamos aportar a los procesos de recuperación emocional de las víctimas y familiares, en contextos de justicia y reparación.

La Comisión de la Verdad y Reconciliación, ha señalado que la mayoría de las mujeres afectadas por el conflicto armado interno en el Perú, vivían en las comunidades y pueblos de la sierra sur del país y comunidades nativas de la selva, se trata pues, de zonas rurales pobres, alejadas y cuyos habitantes son parte de grupos campesinos e indígenas excluidos social, económica y políticamente. Al interior de ellos las mujeres fueron las más vulnerables y vivían el conflicto armado interno desde la cotidianidad, ya que eran agredidas tanto por los grupos alzados en

armas, como por las fuerzas armadas y policiales, las utilizaban para cocinarles, atender enfermos, dar alojamiento o brindarles «servicios sexuales», en su mayoría las mujeres no tenían opciones y debían obedecer sin protestar, asimismo, tener algún vínculo afectivo o de parentesco, bien sea con los grupos subversivos o las fuerzas del orden, resultaba estigmatizante y ponía en riesgo su seguridad y su vida.

Esta situación hizo que muchas mujeres salieran de sus espacios tradicionales (casa, comunidad), para asumir la búsqueda de sus familiares detenidos - desaparecidos, poner las denuncias y pedir justicia, con los riesgos que ello significaba en el contexto de violencia que vivíamos en el país: ser víctimas de discriminación, humillación, violencia física y psicológica, violencia sexual en todas sus formas e incluso a ser detenidas y acusadas de terrorismo, por el sólo hecho de ser «serrana» y tener un familiar acusado de este delito.

Por mucho tiempo el silencio, el dolor y la indiferencia se apoderó de ellas, pero poco a poco empezaron a salir adelante, a reconstruir parte de su historia personal, familiar y comunal que había sido afectada. Algunas de ellas empezaron a hablar, a compartir su dolor guardado por tanto años y empezaron a organizarse, primero para menguar la situación de extrema pobreza en la que se encontraban, luego para la búsqueda de sus familiares, para velar por sus derechos y para solidarizarse entre ellas. Estas pequeñas organizaciones iban de la mano, con el rápido crecimiento de asentamientos humanos ubicados en las periferias de las principales ciudades del país, donde ellas se refugiaron al desplazarse de sus comunidades.

Al organizarse las mujeres empiezan a ser protagonistas de su vida y de su organización, empiezan a conocer sus potencialidades, sus recursos y capacidades. Aunque había una parte de su historia que debía permanecer oculta y en silencio, siguieron avanzando. Era muy difícil callar las injusticias, el dolor y ocultar lo ocurrido porque nadie debía saberlo.

Es así como podemos ver que las organizaciones de mujeres empiezan a tomar mayor fuerza, a cobrar vitalidad respondiendo a un contexto que abre las puertas a la verdad, sobre los hechos acontecidos en el pasado. Su voz empieza a tomar fuerza, nuevamente empiezan a hacer uso de su palabra, se sienten más productivas.

Hoy, a raíz de su participación en diferentes espacios vinculados al proceso post CVR, la difusión del Informe Final CVR y de la implementación del PIR, muchas mujeres han iniciado procesos de justicia y reparación, buscando ser reconocidas como sujetas de derechos, que requieren ser reparadas como parte de su reconocimiento ciudadano.

Sin embargo, estas posibilidades aún son limitadas en las zonas rurales, donde la exclusión aún determina el limitado acceso a la información y limita la participación en los espacios referidos en el párrafo anterior. Esto (la posibilidad de construir mayor conciencia de derechos en las poblaciones rurales, en particular las mujeres) constituye entonces un reto a asumir, por la convicción de que se trata de procesos en el que ante todo debemos respetar primero los procesos personales de las mujeres, tener una lectura de la realidad, libre de prejuicios, que nos permita «comprender» la perspectiva de derechos y de género que se da en espacios rurales, campesinos a fin de poder crear condiciones psicosociales que faciliten que los procesos de justicia y reparación fortalezca la conciencia de derechos.

## 1. IMPACTO SOCIAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL

El conflicto armado interno ha tenido graves repercusiones en la vida de las mujeres, afectando su mundo interno, sus familias y sus comunidades, al haber sido víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos. Así tenemos que se ha afectado su salud mental, sus condiciones de vida, la de sus familias (debido a

la pobreza extrema), la desintegración y dispersión familiar, y el debilitamiento de la organización comunal, del tejido social y del sistema de representación local. Con hechos de ese tipo se pretendía no sólo ganar una guerra, sino aniquilar a un pueblo, quitándole su dignidad, sus recursos comunitarios y los pilares que sustentan su identidad. Nos parece que intencionalmente se intentaba minimizar una comunidad mediante el miedo, la tortura. De esta manera se provocan situaciones en las que no existe ningún punto de referencia seguro para vivir, así se resquebraja el tejido social, se rompe su sistema de valores, creencias, obligando a las personas a disgregarse, desarraigarse. « *..Más que ganar una guerra se pretendía desvertebrar un pueblo*...». Así se pierde la identidad social y se dificulta cualquier proceso de recuperación o respuesta como grupo, colectivo.

En este marco el impacto de la violencia sexual ha sido devastador para la vida de las mujeres que sobreviven, especialmente cuando no tienen apoyo emocional o social de sus familias y personas más cercanas a ellas o cuando no reciben la atención adecuada para recuperarse física y mentalmente. La violación, además del impacto físico y mental, conlleva el riesgo de un embarazo no deseado o el contagio de enfermedades de transmisión sexual, como el VIH/sida.

La violencia sexual también puede aumentar el riesgo de desarrollar otros problemas de salud a largo plazo, como dolor crónico, discapacidad física, abuso de drogas y alcohol y depresión. Las secuelas traumáticas suelen acompañar a las víctimas durante largos períodos –o durante toda su vida– si no reciben asistencia especializada. El menoscabo de la confianza en sí mismas afecta el desarrollo de sus actividades cotidianas.

Además muchas de ellas tienen hijos o hijas producto de la violación sufrida, que conlleva un vínculo entre ellos sumamente delicado, emocionalmente difícil, duro, complejo; produciendo que estos hijos e hi-

jas tengan a su vez severos conflictos emocionales, e inadecuados vínculos sociales; a los cuales tampoco son ajenas las propias madres.

Añadiendo otro aspecto negativo: la estigma sobre ellos al no contar con «un apellido» y «un padre», elementos fundamentales en la cosmovisión andina que afirman la identidad y la pertenencia a una comunidad. Esto lleva a las mujeres a vivir en la expectativa de lograr encontrar al padre de sus hijos o hijas –a pesar de ser perpetrador de la violación– y que los reconozcan legalmente.

Por otro lado, la población de las comunidades donde viven, son recelosas a tratar el tema de la violación sexual, por sus implicancias de vergüenza, el temor «al qué dirán los demás», a la vigencia del paternalismo y machismo que implica una vulnerabilidad de los hombres pues «no han sabido proteger a sus mujeres», cargándola como estigma y culpa; que los hace aún más desconfiados y violentos contra quienes pretenden abordar el tema.

De parte de las mujeres de la comunidad, también hay un sentimiento adverso a las mujeres violadas, por una parte sumamente compasivas, victimizándolas; y por otro, censurando sus conductas pasadas, culpabilizándolas. Se entiende que la intención de este sector de la población es que nadie las confunda a ellas con este grupo de mujeres.

La violencia sexual que se cometió durante las incursiones a las comunidades (campo, domicilios), en las bases militares instaladas, en contextos de detención, o de búsqueda de los familiares detenidos, desaparecidos, entre otros, estuvo rodeada de un contexto de impunidad, tanto al momento en que los hechos se produjeron como cuando las víctimas decidieron acusar a sus agresores. Diversos médicos legistas contribuyeron a esta situación, ocultando lo sucedido o practicando evaluaciones sin protocolos adecuados, sometiendo a las afectadas a situaciones de re victimización.

La desigualdad de oportunidades, la discriminación étnica, social, económica y de género son factores que estuvieron en la base del conflicto y continúan siendo aspectos débiles en la agenda nacional peruana, sumándose a ello, el reto histórico por el acceso a la justicia, resarcimiento y dignificación de las mujeres afectadas; como estrategia de recuperación emocional que transforme a las víctimas-afectadas en personas libres del miedo y la desesperanza, potencie sus protagonismos en los procesos de recuperación de la institucionalidad comunal y del país, de la política y la ética; vigilantes de que la memoria no se vuelva ingrata; constructoras de paz con equidad y de una sociedad libre y armoniosa, donde ejerzamos nuestro derecho a confiar, ser respetadas y felices.

La crueldad de la guerra tomó a las mujeres de sorpresa. Esta ingresó a la tranquilidad de sus hogares, arrancando de raíz sus vidas, seres queridos, e identidad, pero sobretodo, arrebatándoles la poca sensación de seguridad y confianza que hasta entonces tenían en la humanidad y sus instituciones. Nos tomó en momentos en que recién aprendíamos (de manera masiva) a ejercer ciudadanía: inicio del proceso de transición democrática –luego de la dictadura militar de Velasco y Bermúdez–, se había ampliado el voto a los iletrados -mayormente campesinos y mujeres-; y en que nuestra participación generalmente se daba en organizaciones sociales solidarias para enfrentar el impacto de las crisis o «paquetazos» económicos de esos tiempos; siendo menos las que participábamos en espacios partidarios, de lucha por los derechos de las mujeres o grupos feministas; siendo más reducido aún el grupo que decidió involucrase con la propuesta de lucha armada.

Las mujeres (esposas, hermanas, hijas) generalmente desconocían la labor política partidaria que desarrollaba el «hombre» de la casa. Estos no solían hablar de «política con ellas porque era tema de hombres». La otra razón fue el compartimentaje practicado en las organizaciones de izquierda, y en particular de los alzados en armas, así como en las «fuerzas del orden».

Hay otro impacto del que no se habla o poco se ha tomado conciencia: la limitación en el ejercicio de ciudadanía de estas mujeres. Es en los espacios públicos donde se refleja en su verdadera dimensión el daño que la violencia sexual les ha dejado, pues ellas son acalladas de manera agresiva (se las insulta a ellas y a sus hijos aludiendo a su situación) cada vez que expresan discrepancias con propuestas o gestiones poco transparentes de funcionarios, autoridades o liderazgos inadecuados, dificultando o limitando su participación; alimentando el círculo vicioso de discriminación, exclusión y violencia, así como el riesgo de seguir «naturalizando» este delito.

Entonces hablamos no sólo de los recuerdos, porque son hechos que han trascendido los tiempos. No es parte de su pasado, es mas bien parte de su actual realidad; estableciendo una tensa relación entre la impunidad y los logros conseguidos por las mujeres y la sociedad en general, en materia de derechos humanos, civiles y políticos.

## 2. ESTRATEGIA PSICOJURÍDICA

Entendemos como estrategia psicojurídica el proceso de trabajo conjunto desarrollado por equipos legales y psicosociales o de salud mental motivado y comprometido en la defensa de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral. Para lo cual unen esfuerzos para identificar sus necesidades a partir de la valoración integral de los daños sufridos por las violaciones a los derechos humanos. Estos procesos implican investigación y sustentación del caso y acompañamiento psicosocial a las víctimas, sus familias y comunidades, durante todo el proceso. De ahí que sea fundamental la construcción de un lenguaje y acciones comunes, que tome en cuenta las necesidades integrales de las víctimas en los diferentes momentos del proceso de búsqueda de justicia.

Por lo que proponemos acciones que apoyen a las personas a re significar la experiencia vivida, a través de diferentes manifestaciones a nivel individual, familiar, social y político que implica comprensión, soporte emocional y apoyo para la recuperación emocional de las personas, así como la reconstrucción del tejido social.

## 3. PAUTAS GENERALES DE INTERVENCIÓN

- Establecer mecanismos de comunicación y coordinación permanente entre equipos legales, y de salud mental que permitan elaborar una propuesta sobre la base de criterios comunes que pueda adaptarse según las diferentes realidades en las que intervenimos. Así como evaluar permanentemente el caso, así como las implicaciones del proceso de justicia para las víctimas y sus familias.
- Favorecer espacios de intercambio, análisis, evaluación de las circunstancias actuales del proceso, valorando el grado de información que se tiene sobre el caso. Igualmente es necesario evaluar las acciones desarrolladas, haciendo un balance periódico sobre los avances, dificultades.
- Visibilizar en todo el proceso los enfoques: Psicosocial, Intercultural, de derechos y de Género.
- Manejar el idioma materno de las víctimas y conocer y valorar su cosmovisión. Esto facilita la transmisión de información sobre el proceso, así como de los procedimientos y tiempos que implican.
- Sensibilizar e involucrar a los actores locales (ONGs, Organizaciones de mujeres, organizaciones de afectados, redes institucionales) quienes ya tienen vínculos de confianza con las comunidades y podrían asumir una labor de sensibilización y aportar en el proceso de construcción de la memoria histórica local y el soporte emocional a las mujeres.
- Hacer un trabajo coordinado y articulado a procesos locales iniciados por instituciones y organizaciones de las zonas. Eso nos garan-

tiza tener un canal confiable para la población a través del cual podemos establecer un vínculo, contribuye al fortalecimiento de capacidades locales en temas de derechos humanos, género e intervención psicosocial y por último garantiza una presencia más cercana y permanente de un referente en la zona.

- Promover la seguridad de las víctimas, para lo cual la confidencialidad es clave.

## Durante las diligencias

- Vemos necesario que en el trabajo de acompañamiento psicosocial abordemos las angustias, temores, problemas que genera las experiencias vividas y re-vividas en el proceso desde una perspectiva de género[83], así como el proceso judicial en sí mismo; brindando información y orientación a las personas en relación a procedimientos legales, limitaciones, dificultades que constituyen elementos que les generan mayor ansiedad por la expectativa puesta en ello, por las implicancias para sus vidas, entre otras cosas.
- Igualmente, los equipos que trabajan el aspecto jurídico evalúan y plantean sus estrategias tomando en cuenta el impacto de sus procedimientos en las mujeres, sus familias y la comunidad en general. Con respecto a los equipos legales es importante que cuenten con espacios de soporte emocional, que les permita expresar sus sentimientos, expectativas, dudas, lo cual fortalece al equipo y además ayuda a una mejor comprensión de la incorporación de enfoques psicosocial, intercultural y de género en el proceso.

83 Que nos permite visibilizar lo que ellas vivieron, tomar conciencia de que fueron victimas de violaciones a sus derechos no solo por su condición de ser campesinas de la zona y familiares de víctimas sino también por el hecho de ser mujer.

- Apoyo psicosocial para la preparación, durante y luego de los testimonios.

## Después de las diligencias

- Brindar soporte emocional a las víctimas después de cada diligencia, en la cual participen.
- Intercambio y retroalimentación de equipos jurídico y psicológico
- Estas circunstancias determinan que las mujeres teman (con toda razón) una reacción negativa de sus comunidades si se enteran que ellas están haciendo denuncias –Hay que considerar el interés colectivo por encima del interés individual que aún es vigente en la cultura andina–. Además, hemos podido constatar, en el caso de Manta, que frente a la decisión de algunas señoras de hacer denuncias ante la fiscalía, enseguida surgieron rumores de la presencia de extraños en la comunidad y se culpabilizó indirectamente a las mujeres, quienes por un tiempo se alejaron del proceso.
- Brindar testimonio y denunciar las violaciones a derechos humanos los expone a represalias de los militares, quienes tienen presencia aún en establecimientos cercanos (como es el caso de Cabitos) o se fueron dejando la amenaza de estar siempre cerca (en el caso de Manta – Vilca y Capaya).
- Cierre del proceso con las víctimas:
  - Manejo de emociones generados por las audiencias
  - Abordaje de expectativas sobre la sentencia
  - Temores sobre el futuro
- Se necesita y se trabaja permanentemente la reflexión y análisis de los casos para ayudar a las mujeres a reconocerse como víctimas de una violación a sus derechos fundamentales y que esto amerita un proceso de búsqueda de justicia para ellas y para muchas mujeres que han sufrido este tipo de violaciones.

# CAPÍTULO IV

# EL PROTOCOLO PARA LA INVESTIGACIÓN DE CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO

## 1. EL OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL MINISTERIO PÚBLICO

Si bien los casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno fueron develados por el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación como una práctica generalizada, es evidente que desde la presentación del mencionado Informe la labor de investigación y denuncia de ese tipo de sucesos está en manos del Ministerio Público.

El Ministerio Público tiene la misión constitucional de perseguir los delitos y conducir la investigación y cuenta con dependencias organizadas para cumplir tal misión. Para los casos de violaciones a los derechos humanos desde el año 2004 existen fiscalías penales de nivel supraprovincial y superior encargadas de la investigación y acusación, en Lima, Ayacucho y Huancavelica. Dichas fiscalías conforman el denominado sub sistema penal de derechos humanos el cual que fue creado en cumplimiento de una de las recomendaciones de la CVR. En otros departamentos como Junín o San Martín existen fiscalías provinciales comunes encargadas de la investigación de estos delitos.

Luego que el Ministerio Público toma conocimiento de la comisión de un hecho delictivo corresponde que la instancia encargada de inicio a una investigación preliminar. Por lo general en estos casos el Ministerio Público toma conocimiento por las denuncias que las organizaciones de derechos humanos y los familiares de los agraviados formulan. Inmediatamente después le corresponde a la fiscalía determinar y desarrollar los más elementales actos de investigación (declaraciones del o los agraviados, declaraciones de los denunciados, declaraciones de testigos, etc.) y la recopilación de la prueba. Esta investigación está cargo de un fiscal penal.

El objetivo de esta investigación es muy concreto: determinar si los hechos denunciados y sometidos a investigación preliminar constituyen hechos delictivos de acuerdo a la ley penal, determinar la forma y circunstancias que ese hecho fue cometido y lograr la individualización de los presuntos autores. En los casos de graves violaciones a los derechos humanos lograr este objetivo dependerá de diversos factores que van desde la poca o mucha complejidad del delito hasta la existencia o no de niveles de influencia política sobre las decisiones del Ministerio Público.

Esta es una etapa en la que fundamentalmente se debe recolectar la prueba y en la que consecuentemente resulta imprescindible que la fiscalía cuente con una estrategia de investigación claramente definida para enfrentar delitos complejos frente a los cuales, con frecuencia, se implementan estrategias de encubrimiento para evitar su esclarecimiento.

En nuestro procedimiento penal no existe un plazo predeterminado para que la fiscalía desarrolle las investigaciones de carácter preliminar. En realidad este plazo queda estrictamente supeditado a las propias dificultades que la fiscalía deba enfrentar en el trabajo de recopilación de la prueba, pero también está supeditado al nivel de prioridad que determine para el caso concreto. En este aspecto se debe destacar que uno de los aspectos más relevantes al momento de determinar la ex-

tensión del plazo de las investigaciones ha sido, sin duda, la sistemática negativa del Ministerio de Defensa, para brindar información oficial sobre el personal militar involucrado en los hechos investigados y sobre las operaciones militares en las que se perpetraron los hechos.

De hecho un dato fundamental de la realidad es que frente a crímenes complejos o crímenes cometidos por organizaciones jerarquizadas como las Fuerzas Armadas resulta indispensable contar también con una estructura especializada para afrontar la investigación de los hechos. Ese es el papel que ahora deben cumplir las fiscalías penales supraprovinciales como instancias especializadas en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos. Esa especialidad la comparten con los llamados juzgados penales supraprovinciales y la sala penal nacional encargados de la investigación judicial y del juzgamiento de estos delitos.

Debemos señalar que si bien esta etapa no es una etapa de carácter jurisdiccional –es decir, que no es dirigida por un juez penal– se rige también por las reglas elementales del debido proceso. Eso significa fundamentalmente que la investigación se desarrollará respetando el derecho de defensa de los investigados, el cual contiene la posibilidad de ofrecer todos los medios de prueba a su favor, pero también el deber de informarle oportunamente y de manera clara los términos de la imputación que se ha presentado en su contra.

Cuando la fiscalía considere que los hechos están demostrados y, además, haya establecido la identidad de los presuntos perpetradores deberá formular denuncia penal ante el Poder Judicial. Este paso, procesalmente hablando, resulta fundamental puesto que los términos en que la fiscalía presente los hechos, determine la responsabilidad de los denunciados y señale el delito por el cual solicita se les abra proceso serán decisivos frente al futuro proceso penal. Toda esa información deberá estar contenida en un documento que es la denuncia penal, la cual en buena cuenta es el resultado del conjunto de las investigaciones

desarrolladas por el Ministerio Público. La denuncia penal marcará la pauta del proceso judicial.

Ciertamente en esta etapa de la investigación preliminar cuando la fiscalía formula denuncia es porque ha encontrado prueba suficiente que ayuda a demostrar que el hecho fue cometido y que las personas investigadas aparecen como los responsables.

## 2. LA PARTICULAR COMPLEJIDAD DEL CRIMEN DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

Los crímenes complejos determinan irremediablemente investigaciones complejas. La actividad criminal cometida por organizaciones criminales como el terrorismo, el narcotráfico, la trata de personas u otras, así como los crímenes cometidos por una organización estatal exigen el desarrollo de una investigación radicalmente diferente a la investigación que regularmente el Ministerio Público desarrolla frente a delitos comunes. La existencia de una organización jerarquizada que funciona sobre la base de decisiones u órdenes que provienen de quienes ocupan una posición de poder y se ubican en el vértice superior de la organización, la existencia de numerosos ejecutores que cumplen determinadas responsabilidades, la existencia de numerosos hechos delictivos que regularmente se cometen en un ámbito territorial que comprenden diversos departamentos, la existencia de mecanismos de encubrimiento son algunos de los elementos que determinan que estamos ante otro tipo de delitos que requieren de parte de las agencias del sistema de justicia penal, de una respuesta completamente diferente a la que genera para enfrentar los delitos denominados comunes.

Este es el caso de las violaciones contra los derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado interno de Perú. A la luz de las in-

vestigaciones del Ministerio Público, del Poder Judicial y de la Comisión de la Verdad y Reconciliación aquellas fueron perpetradas por elementos de las fuerzas del orden (Fuerzas Armadas y Policía) como parte de la respuesta al accionar criminal de las organizaciones terroristas.

En los casos de graves violaciones a los derechos humanos las investigaciones del Ministerio Público no solo deben enfrentar aquellas dificultades ya señaladas, sino que adicionalmente deben enfrentar el transcurso del tiempo, ya que como consecuencia de la implementación de diversas estrategias de impunidad estos crímenes jamás fueron investigados. No podemos dejar de tener en consideración que en el caso peruano el sistema de justicia no solo abdicó de su misión constitucional de administrar justicia, sino que además se terminó otorgando un poder *de facto* a la justicia militar para juzgar este tipo de casos y a mediados de 1995 se dictaron dos leyes de amnistía que tuvieron como único objetivo archivar definitivamente los pocos casos judiciales y las pocas investigaciones del Ministerio Público que en ese momento existían y adicionalmente poner en libertad a algunos de los integrantes del destacamento de inteligencia Colina presos por el crimen de Barrios Altos.

En la casi totalidad de casos esos crímenes contra los derechos humanos recién han comenzado a ser investigados a inicios de la década del 2000 tras la caída del régimen fujimorista, la instalación del régimen de transición democrática de Valentín Paniagua y la creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Es evidente que esta circunstancia –el transcurso del tiempo– tendrá consecuencias decisivas sobre las condiciones y probablemente sobre el resultado mismo de las investigaciones.

Ello se torna más complejo si las investigaciones del Ministerio Público e inclusive las investigaciones del Poder Judicial no pueden avanzar debido a una negativa sistemática del Ministerio de Defensa para entregar información oficial relacionada al caso sometido a investigación.

Pero en los casos de violación sexual perpetradas durante el conflicto armado interno las investigaciones deben considerar y enfrentar no solamente este tipo de complejidades y problemas comunes a todos los casos de violaciones a los derechos humanos, sino que adicionalmente deben enfrentar otras complejidades propias de crímenes ocultos como la violación sexual. Si frente a un caso de ejecución extrajudicial o desaparición forzada los familiares de las víctimas optaron siempre por denunciarlos ante diferentes instancias y hacer público su testimonio, en los casos de violación sexual la práctica de parte de las víctimas y de sus familiares fue ocultar los hechos. Esto propone un tipo de casos de violación a los derechos humanos completamente diferentes a los demás.

Sin duda alguna esa es una de las principales complejidades adicionales que este tipo de casos plantea y ello está directamente relacionado a la posibilidad de conocimiento del caso y las circunstancias en que se perpetró. Es evidente que en este tipo de crímenes ocultos si no hay denuncia será casi imposible descubrir cómo y cuándo se perpetró. En ese sentido el rol de la víctima será simplemente decisivo para alcanzar verdad y justicia. Pero adicionalmente en aquellos casos en los que se ha logrado vencer esa primera resistencia denunciando el crimen, debemos inmediatamente enfrentar un segundo problema: la inmensa falta de confianza de la víctima hacia los operadores del sistema de justicia. Aquí no solo se trata de víctimas de un crimen contra los derechos humanos, sino que debemos de considerar que las víctimas de las violaciones sexuales en conflicto armado han sido mujeres campesinas, lo cual le agrega al caso varios niveles de complejidad por el hecho de que aquellas mujeres son en su mayoría quechuahablantes y provienen de comunidades en las que existe una cultura de absoluto predominio de los varones y en las que las mujeres ocupan una posición social y económica sumamente relegada. Ese tipo de características de una víctima de violación sexual termina siendo determinante para entender la relación que aquella establece con los operadores del sistema de justicia y entonces será la desconfianza en aquellos lo que puede terminar imperando.

Pero adicionalmente si se han superado aquellas dos complejidades debemos enfrentar una tercera. Es la referida a cómo se hace una investigación por un crimen de violación sexual perpetrada en un conflicto armado interno. Es un dato de la realidad que el Ministerio Público ahora ya tiene una notable experiencia en la investigación de crímenes contra los derechos humanos, pero resulta también evidente que sobre este tipo de casos no ha logrado aun desarrollar una estrategia de investigación. Pero a la vez, esta misma carencia se puede observar en las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

## 3. EL PROCESO DE JUDICIALIZACIÓN DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Tal como ya hemos afirmado anteriormente, un deber fundamental de los Estados es investigar, juzgar y sancionar los graves crímenes contra los derechos humanos. En el caso peruano este proceso de investigación y judicialización de casos de violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado interno, tuvo un momento decisivo en el retorno a la democracia tras la caída del régimen fujimorista a fines del año 2000. Como consecuencia de ello se instala el llamado Gobierno de Transición Democrática el mismo que creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Durante los dos años de trabajo la CVR se convirtió en un factor fundamental de impulso del proceso de investigación y judicialización de crímenes contra los derechos humanos. Junto a ella algunas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de la desaparición del estudiante Ernesto Castillo Páez (1997), la matanza en El Frontón (2000) y la matanza de Barrios Altos (2001) también ayudaron a impulsar este proceso de judicialización de crímenes del pasado. De hecho la última de las sentencias mencionadas había

declarado sin efectos jurídicos las leyes de amnistía dictadas por el gobierno de Alberto Fujimori a mediados de 1995.

Luego la creación en el 2004 del llamado sub sistema penal de derechos humanos se convirtió en otro importante impulso al proceso de justicia en el Perú. Hay que mencionar que durante los primeros años de existencia de este sub sistema de justicia penal no solo se instauraron numerosos procesos penales en casos emblemáticos de violaciones a los derechos humanos, sino que además, se resolvieron vía decisiones judiciales diversos asuntos jurídicos que desde hacía muchos años atrás habían sido parte de un debate permanente, entre los cuales podemos identificar las amnistías, la competencia de la justicia militar, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, la cosa juzgada fraudulenta entre otros temas.

Por lo demás inclusive en esos primeros años se obtuvo importantes sentencias en las cuales se sancionaron a efectivos policiales y militares por la comisión de delitos de desaparición forzada y asesinato, como las dictadas en los casos Castillo Páez (2006) y Chuschi (2007).

Pero este proceso de investigación y judicialización de graves crímenes contra los derechos humanos se ha venido estancando e inclusive puede sostenerse que hoy existen algunos retrocesos significativos. La razón de esto pareciera ser la existencia de un discurso político que desde la llegada del segundo gobierno del presidente García Pérez se ha venido propalando desde las más altas esferas del Estado contra la continuidad de este proceso de justicia y verdad.

Los casos de violación sexual no han estado apartados de las consecuencias de estos hechos. La existencia de solo tres casos de violación sexual judicializados, de los cuales solo uno de ellos ha sido instaurado considerando a la violación sexual como el delito que dio origen a las investigaciones es una evidencia que los problemas que afectan regular-

mente los procesos judiciales por graves violaciones a los derechos humanos también afectan este tipo de casos. Pero si bien podemos reconocer que es innegable que existen problemas de índole política, también debemos reconocer que en estos casos existen diversos problemas adicionales y por ello deseamos que este documento ojalá se convierta en un instrumento para superar aquellas dificultades que hemos enfrentado en el patrocinio de casos de violación sexual.

En la actualidad la instauración de procesos penales ya no solo significa la búsqueda de represión penal contra el perpetrador de un crimen, sino que a todas luces constituye un instrumento de lo que ahora se denomina como justicia transicional, es decir, como un mecanismo para conseguir verdad, reparación y dignificación de la víctima, pero también de la sociedad en su conjunto. De esta manera el proceso penal asume una nueva dimensión política y social destinada a fortalecer los principios fundamentales del sistema democrático.

## 4. EL ROL DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Un dato característico de los procesos de judicialización de los países de la región es que a pesar de que los crímenes de violación sexual en conflictos armados se han perpetrado de manera masiva y sistemática estos no han sido judicializados. Los crímenes como el asesinato o la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada, la tortura e inclusive la detención arbitraria han sido sometidos a la justicia de manera considerable en nuestros países, pero la violación sexual no.

Frente a esa realidad han sido los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda y más recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los que han abordado el tratamiento de casos de violación sexual perpetrados durante conflictos armados internos. De esta manera actualmente es posible encontrar en

diferentes sentencias una interpretación jurídico penal del delito de violación sexual a la luz de las reglas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos.

Así, en el caso conocido como Caso *Celebici* la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional (TPI) para la ex Yugoslavia, el 16 de noviembre de 1998 consideró que, *«…la violación de cualquier persona como un acto repudiable que atenta contra la esencia misma de la integridad física y la dignidad humana. La condena y sanción de los actos de violación son tanto más urgentes cuando los comete o instiga un agente del estado o terceros con su beneplácito o consentimiento. La violación causa enormes daños y sufrimientos, tanto físicos como psicológicos. El daño psicológico que sufre una persona violada puede además verse exacerbado por factores sociales y culturales y puede llegar a ser especialmente agudo y perdurable. Cuesta imaginar que una violación cometida o instigada por un agente del estado o por terceros con su beneplácito o consentimiento no constituya, de alguna forma, un acto de castigo, coacción, discriminación o intimidación. A juicio de la Sala, ello es inherente a situaciones de conflicto armado»*[84].

Por su parte el Tribunal Penal Internacional (TPI) para Ruanda, en la sentencia del caso *Akayesu*, del 2 de setiembre de 1998, consideró a *«…la violación como una forma de agresión y que para apreciar los elementos constitutivos del delito no basta con la mera descripción mecánica de objetos y órganos corporales. El Tribunal está además consciente de las sensibilidades culturales que inciden sobre la discusión pública de asuntos íntimos, y recuerda la dolorosa reticencia e incapacidad de las testigos para revelar detalles de la violencia sexual de que fueron víctimas. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de Naciones Unidas no cataloga actos específicos al definir la tortura, orientándose más bien a definir el marco*

84 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia caso Celebici del 16 de noviembre de 1998. Párr. 495.

*conceptual de la violencia amparada por el Estado. El Tribunal considera que este enfoque es de mayor utilidad en el contexto de Derecho Internacional. Al igual que la tortura, la violación se utiliza para intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar, controlar o destruir a una persona. Al igual que la tortura, la violación es un atentado contra la dignidad de la persona, y de hecho se constituye en tortura cuando la comete o la instiga un agente del Estado o terceros con su beneplácito o consentimiento.*

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos el complejo asunto de la violencia y violación sexual es abordado con mayor extensión en la sentencia que la Corte Interamericana emitió en el caso de la matanza de Castro Castro perpetrada en mayo de 1992. En la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2006 en la Corte señala lo siguiente: «Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como «un medio simbólico para humillar a la parte contraria»[85].

Agrega la Corte que, «Es reconocido que durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma

85 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castro Castro Vs. Perú, del 25 de noviembre de 2006. Párr. 223

directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección»[86].

Para la Corte, siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril.

La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima «humillada física y emocionalmente», situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas[87].

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Raquel Martín de Mejía* ha señalado que, «La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aún quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un

86 Ibidem. Párr. 224.

87 Ibidem, párr. 311.

trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de las que fueron objeto. Raquel Mejía fue víctima de violación, y en consecuencia de un acto de violencia contra su integridad que le causó «penas y sufrimientos físicos y mentales».

Esta jurisprudencia permite en la actualidad que los Ministerios Públicos y los tribunales penales nacionales encuentren una pauta para el desarrollo de investigaciones y la instauración de procesos judiciales por este tipo de delitos.

Otro ámbito en el que también los tribunales penales internacionales han desarrollado un aporte significativo es el referido a los principios generales de la prueba que se debe considerar para este tipo de delitos de violación sexual. Al respecto el profesor español Javier Chinchón Álvarez[88], señala que dentro de aquellos se debe de considerar 1) La no exigencia de corroboración del crimen por parte de terceros; 2) La ausencia de defensa basada en el consentimiento otorgado cuando la víctima haya sido objeto, o tema serlo, de violencia, amenazas, detención o presiones psicológicas, o si razonablemente cree que si se negase otro/s pudiera/n ser objeto de actos o presiones similares. En la valoración de estas circunstancias, la jurisprudencia ha reconocido la importancia radical del contexto, en el que se encuentra inmerso la víctima para determinar la posibilidad de existencia de un auténtico consentimiento libre; 3) Si el acusado alegase el consentimiento de la víctima como defensa, deberá demostrar en una audiencia previa que sus

88 Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los Tribunales Penales internacionales: Su aplicación en las instancias judiciales internas. Javier Chinchón Álvarez en Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno PCS, p. 202. Lima, abril de 2007.

evidencias en tal defensa son relevantes y creíbles; y 4) La conducta sexual anterior de la víctima es irrelevante a los efectos de prueba.

## 5. EL OBJETIVO DEL PROTOCOLO DE INTERVENCIÓN

El objetivo del presente Protocolo de Intervención es brindar a los profesionales del Ministerio Público, del Poder Judicial, de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos u otras entidades las pautas básicas para impulsar eficazmente las investigaciones de casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno.

Después de varios años de iniciado el proceso de judicialización de graves violaciones a los derechos humanos las estadísticas señalan que solo 03 casos de violación sexual han sido denunciados y judicializados ante el Poder Judicial. Ello pone en evidencia que más allá de las complejidades que regularmente se presentan en las investigaciones de graves crímenes contra los derechos humanos existen otros problemas que no están siendo resueltos o tal vez siquiera identificados.

Las pautas básicas que a continuación presentamos han sido elaboradas a partir de nuestra experiencia desarrollada durante varios años en el patrocinio de casos típicos y emblemáticos de graves violaciones a los derechos humanos y de manera especial de casos de violación sexual.

Definitivamente las pautas que contienen este Protocolo, aun cuando son el resultado de la experiencia, no pretenden ser ni definitivas ni exclusivas. La intervención en la denuncia, seguimiento o el patrocinio legal de casos de violación sexual seguramente determinará nuevas pautas que pueden ser incorporadas a las que se presentan en este documento. Tampoco se puede pretender que en todos los casos se apliquen todas y cada una de las pautas que se señalan. Estamos seguros que cada caso, por involucrar la acción de seres humanos en situaciones particu-

larmente críticas y difíciles, presentará sus propias exigencias y sus propias limitaciones.

## 6. LAS LÍNEAS BÁSICAS DEL PROTOCOLO DE INTERVENCIÓN

### 6.1 Se debe desarrollar una intervención multidisciplinaria

Los crímenes contra los derechos humanos son crímenes particularmente complejos. En los siguientes puntos damos cuenta de ello y cuáles serían o deberían ser las pautas para ayudar a superar esa particular complejidad. Por ello, la primera pauta que debemos tener siempre presente al iniciar o impulsar una investigación preliminar de esta naturaleza tiene que ver con el tipo de intervención que debemos desarrollar. ¿Deberá ser una intervención estrictamente tradicional concentrada en los asuntos procesales o jurídico-penales? O ¿deberá ser una intervención de otro tipo?

La sola naturaleza y complejidad de este tipo de crímenes determina que la intervención que debemos desarrollar frente estos casos deberá ser bastante diferente de aquella que se desarrolla frente a investigaciones preliminares de delitos comunes. En estos casos de violaciones a los derechos humanos ya no basta la intervención tradicional que por lo general se sustenta exclusivamente en el manejo y actuación de los asuntos estrictamente procesales o jurídicos. Las investigaciones de estos delitos para que sean eficaces exigen mucho más.

El hecho que estemos ante crímenes calificados como crímenes de sistema, que se han perpetrado por elementos integrantes de una organización militar y por lo tanto en cumplimiento de órdenes superiores, que sean crímenes cometidos masivamente en diferentes partes del país y que su comisión siga generando un grave impacto sobre las víctimas

plantea la necesidad de que la intervención que se debe desarrollar sea multidisciplinaria. Esto quiere decir, que la intervención requerirá de especialistas en diversos asuntos.

Sin duda alguna el asunto jurídico es uno de los ámbitos de la intervención, porque estamos ante hechos delictivos calificados por la ley penal nacional e internacional como tales, pero a la vez estos casos exigen la intervención de especialistas en el funcionamiento de la organización militar para permitir al investigador conocer las reglas, principios y costumbres sobre los cuales los elementos militares actúan. En el curso de las investigaciones este es uno de los elementos de mayor desconocimiento y la posibilidad de avanzar en el curso de una investigación radicará en saber qué es lo que se busca saber.

De igual manera las investigaciones exigen un conocimiento especializado sobre la definición y aplicación de las denominadas estrategias contrasubversivas, en las que se pueda verificar el tipo de decisiones políticas que el Estado y sus representantes emiten o dictan para enfrentar al fenómeno subversivo en un momento determinado. En este punto será clave analizar el tipo de relación entre la autoridad civil y el elemento militar.

Así mismo, la necesidad de conocer con detalle e interpretar el contexto histórico en el que se produjeron las graves violaciones a los derechos humanos determina que los investigadores deberán contar con un apoyo de especialistas en esta materia o por lo menos con elementos de información documental que puede superar esa necesidad. Por ejemplo, el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación es un documento de carácter histórico que ayuda a conocer el contexto en el que se produjeron las violaciones sexuales durante el conflicto armado interno.

El impacto psicológico del crimen en las víctimas es otro ámbito de la investigación que exige la intervención de especialistas en la materia.

Este asunto –tal como lo veremos más adelante– es un tema clave en el curso de la investigación no solo en cuanto se refiere a la necesidad de que las víctimas reciban una atención psicológica, sino también como un instrumento de la investigación para demostrar el hecho materia de la misma.

De igual manera este tipo de casos de violación sexual también puede plantear la necesidad de utilizar especialistas forenses para el desarrollo de investigaciones científicas.

## 6.2 Las investigaciones deben estar a cargo de fiscalías especializadas

El nivel de complejidad de los casos de violaciones a los derechos humanos y, de manera particular, los casos de violación sexual determinan que un elemento central de la investigación preliminar sea que esta investigación esté a cargo de una instancia especializada del Ministerio Público.

No es correcto ni apropiado que la investigación de estos casos esté a cargo de una fiscalía provincial penal dedicada a la investigación de delitos comunes. Es altamente probable que ese tipo de fiscalía tenga una carga procesal que no le permita atender con dedicación casos de esta naturaleza y también es altamente probable que el fiscal encargado no esté familiarizado o especializado en la investigación de estos delitos. Definitivamente investigar un caso de violación sexual común no es lo mismo que investigar un caso de violación sexual perpetrada en el curso de un conflicto armado interno. Si son dos problemas sustancialmente diferentes entonces las estrategias y exigencias de las investigaciones deberán marcar esas diferencias.

La creación del denominado sub sistema penal de derechos humanos, integrado por las fiscalías y juzgados penales supraprovinciales en Lima

y en Ayacucho y por la Sala Penal Nacional y las Fiscalías Penales Superiores, ha pretendido ser la respuesta frente a esa necesidad. Los primeros son fiscalías y juzgados con competencia supraprovinciales, es decir, que tienen competencia para investigar y juzgar casos de crímenes perpetrados en cualquier departamento del Perú.

Teniendo en consideración las características de los crímenes contra los derechos humanos la Comisión de la Verdad y Reconciliación presentó entre sus recomendaciones, la creación de un subsistema especializado para la investigación y juzgamiento de este tipo de crímenes. Dentro de ese sub sistema la existencia de fiscalías penales especializadas en la investigación de crímenes contra los derechos humanos. Esas fiscalías deberán tener una dedicación exclusiva para investigar ese tipo de casos y deberán desarrollar estrategias específicas para el esclarecimiento de esos casos.

## 6.3 El conocimiento del caso e identificación de las víctimas

Uno de los principales problemas que se enfrenta en los casos de violación sexual en conflicto armado interno es que los casos no han sido denunciados por las víctimas. A diferencia de los casos de ejecuciones extrajudiciales o desaparición forzada de personas en los que los familiares de las víctimas denunciaron el crimen desde los momentos inmediatamente posteriores a su comisión y hacen público su testimonio ante diferentes entidades y autoridades del sistema de justicia, en los casos de violación sexual eso simplemente no ocurre. Las víctimas de casos de violación sexual por lo general jamás denunciaron el crimen. Inclusive en muchos casos las mujeres denunciaron los crímenes perpetrados en agravio de algún familiar víctimas de asesinato o de desaparición forzada, pero en cambio no denunciaron el crimen de violación sexual del cual ellas fueron víctimas.

Entonces ese hecho coloca la necesidad de conocer el caso como la primera pauta fundamental para construir un caso con bases sólidas. Ahora bien, dadas las características del hecho este conocimiento del caso solo será posible obtenerlo de manera directa de parte de las propias víctimas. Solo ellas podrán proporcionar al investigador del Ministerio Público o de la ONG la información concreta y detallada en la cual señale la forma y circunstancias en que se cometió el crimen.

Esta información es fundamental para la construcción del caso. Pero hay que tomar en cuenta que por la propia naturaleza del agravio lo más conveniente y aconsejable es que el investigador desarrolle los suficientes niveles de confianza con la agraviada para que esta cuente con la libertad para narrar un evento tan dramático y horrible para su existencia. Resultará un hecho normal que las mujeres víctimas de este delito demuestren diferentes niveles de resistencia para ofrecer su testimonio de manera constante. Es por lo tanto de mucha importancia contar con el tiempo suficiente y necesario para recibir de manera ordenada el testimonio de la agraviada y con este poder determinar haber logrado el conocimiento del caso.

Un elemento fundamental para mejorar la relación de confianza del investigador con la persona agraviada es que el recojo de ese testimonio se tenga que realizar en un lugar cercano al ámbito social, cultural y familiar de la víctima. Se trata de que el testimonio de la víctima se desarrolle en un espacio de confianza.

Después de este paso seguramente resultará necesario ajustar o mejorar algún ámbito de la información proporcionada por la agraviada para terminar de construir la versión del caso. Esto se deberá realizar sobre las reglas ya señaladas, tratando siempre de consolidar la confianza de la agraviada, reiterando siempre que solo su testimonio puede hacerla acceder a la justicia.

## 6.4 El conocimiento del escenario del crimen

El conocimiento del lugar de los hechos es una pauta fundamental para la construcción del caso. Si bien en cualquier evento criminal este dato es de vital importancia en los casos de graves violaciones a los derechos humanos el reconocimiento del lugar en el que se perpetraron los hechos es un dato determinante.

Las graves violaciones a los derechos humanos fueron perpetradas en lugares concretos los cuales estuvieron directamente asociados a determinados contextos sociales y políticos del proceso de violencia política. El lugar de los hechos (por ejemplo, las comunidades de Manta y Vilca) nos indica también un determinado contexto y ese contexto nos ayuda a tener un mejor reconocimiento de los eventos criminales perpetrados en un momento determinado.

El conocimiento del lugar de los hechos no solo nos permite responder la pregunta ¿dónde fue el crimen?, sino que además nos permite reconocer qué tipo de condiciones geográficas influenciaron o favorecieron la realización del evento criminal.

Por lo tanto, en los casos de violaciones a los derechos humanos el lugar del crimen no solo es un dato criminalístico, sino también histórico.

## 6.5 La definición de un ámbito de coordinación con el Ministerio Público

La posibilidad de desarrollar un esfuerzo común entre el Ministerio Público y los representantes de las víctimas debe convertirse en un elemento central para el impulso de las investigaciones.

La singular complejidad de los casos de violación sexual en conflicto armado interno determina que existe una necesidad de desarrollar un espacio constante de coordinación entre las partes interesadas en el conocimiento de la verdad. Este espacio de coordinación se materializará sobre la base de un caso concreto que haya sido denunciado ante el Ministerio Público y frente al cual dicha institución haya dispuesto el inicio de una investigación preliminar.

No cabe duda que esta iniciativa debe partir de los representantes de las víctimas, porque aquellos tienen una mayor flexibilidad y libertad para actuar en el ámbito de la investigación y menos restricciones institucionales que facilitan el impulso de espacio de coordinación.

De hecho esta pauta señala la necesidad de que los representantes de las víctimas al momento de que el caso sea presentado ante la fiscalía formulen esta posibilidad de manera expresa. Finalmente se trata de definir de una manera más clara el trabajo de aquellos que son las partes acusadoras de un proceso penal.

Ese espacio de coordinación se tendrá que desarrollar sobre acciones e iniciativas concretas y tendrá un objetivo en común: el esclarecimiento de los hechos y consecuentemente la denuncia de los mismos ante la autoridad judicial. Para tal efecto resultará indispensable que tanto el Ministerio Público como los representantes de las víctimas implementen una estrategia de investigación común o por lo menos compartan los elementos centrales de aquella. De no ser así las probabilidades de no alcanzar el objetivo común se incrementarán ostensiblemente.

En el caso de los representantes de las víctimas resulta de vital importancia, para alentar este ámbito de coordinación, que estos mantengan la iniciativa sobre las acciones o actos de investigación que resultan necesarios de actuar en esta primera etapa. En el caso del Ministerio Público resultará de vital importancia que tenga la capacidad necesaria

para asumir las propuestas y darles coherencia en el curso de la investigación.

El desarrollo de este ámbito de coordinación debe tener la virtud de ser constante y permanente en el tiempo, ya que regularmente las investigaciones por casos de graves violaciones a los derechos humanos son extensas y más aun la etapa de la investigación preliminar no tiene un plazo predeterminado. En esas condiciones la coordinación se convierte en una pauta fundamental del proceso de investigación.

## 6.6 La identificación de los presuntos perpetradores

Uno de los principales problemas de las investigaciones en casos de violaciones a los derechos humanos es la falta de información sobre los perpetradores de los crímenes, sobre todo si nos referimos a los perpetradores materiales. La forma de ejecución de estos crímenes y el hecho que sean cometidos por elementos de una organización militar que desarrolló métodos de ocultamiento de los mismos determina ese resultado.

Las fuerzas del orden desarrollaron diversos métodos para que el personal militar o policial destacado a bases militares en zonas de emergencia oculte su identidad. La utilización de seudónimos, el traslado permanente del personal de un lugar a otro y la negativa de brindar información de parte de los jefes militares cuando se instauraba alguna investigación preliminar del Ministerio Público fueron las principales dificultades que en aquellos años se presentaron de manera constante.

En la actualidad el problema se ha convertido en un asunto complejo, en innumerables casos está determinando el estancamiento de las investigaciones porque simplemente no se conoce quiénes son los autores del crimen a quien se debe investigar. Es evidente que este desco-

nocimiento termina, tarde o temprano, de condicionar los resultados de una investigación. Ello es aun más grave si nos encontramos con una negativa sistemática del Ministerio de Defensa para brindar información sobre el personal militar de una determinada dependencia militar (base o cuartel) que tenía el control de la zona en la que se perpetró el crimen o para brindar información relevante sobre alguna operación militar o sobre los planes o la doctrina vigente en el momento en que se ejecutó el hecho sometido a investigación preliminar.

Si bien el argumento permanente de las autoridades del sector defensa ha sido que tal información ha sido incinerada, lo cierto es que de acuerdo a las normas reglamentarias del Ejército Peruano, específicamente el Reglamento RE 345-1 Sistema de Archivos del Ejército, la información relacionada al personal militar en actividad, a las operaciones militares contrasubversivas e inclusive lo relacionado a la doctrina militar se archiva en determinados campos funcionales pre establecidos en el sistema de archivo del Ejército.

Ahora, si bien en algún tipo de casos –como el crimen de desaparición forzada– procesalmente es posible judicializar un hecho criminal sin que necesariamente se pueda conocer la identidad de quien perpetró la detención de la persona agraviada, en los casos de violación sexual en conflicto armado interno resulta sumamente complicado avanzar las investigaciones sin que se tenga conocimiento de la identidad de alguno de los perpetradores.

Para tal efecto se debe utilizar diferentes alternativas para obtener el conocimiento de la identidad. De hecho, el más directo será que alguna de las víctimas o algún testigo conozca la identidad del perpetrador. Esta es la alternativa más directa y más eficaz. La segunda alternativa es que la agraviada conozca el seudónimo o el grado militar del perpetrador. Esta alternativa determinará la necesidad de que el Ministerio Público y los representantes de la víctima desarrollen un esfuerzo inicial

de indagación para obtener la identidad del perpetrador. Una tercera alternativa –ciertamente la más difícil– es que al inicio de las investigaciones sólo se tenga alguna característica física del perpetrador.

En esta alternativa y en la anterior es evidente que un primer dato para iniciar las investigaciones será el año en el que se perpetró el crimen, el lugar y la base militar que estaba a cargo de la zona en la que cometieron los hechos objeto de la investigación.

Es probable que el papel de los testigos brinde información adicional al conocimiento de las personas agraviadas. Cuando nos referimos a testigos nos estamos refiriendo a familiares, amistades, vecinos e integrantes de la comunidad, como también otros elementos militares que ya se encuentren identificados y que hayan prestado testimonio en el curso de la investigación.

## 6.7 Los requerimientos de información oficial

Tal como se comenta en el punto anterior la falta de información oficial en un problema complejo en las investigaciones en casos de violaciones a los derechos humanos. El conocimiento de los casos nos muestra que los eventos criminales de esta naturaleza fueron perpetrados por elementos de una organización militar la cual se regía por normas, reglamentos y una jerarquía previamente establecidos. Por lo tanto es altamente probable –como ha sucedido en muchos casos– que las operaciones militares hayan generado algún tipo de registro al interior de la organización.

Bajo ninguna circunstancia nos estamos refiriendo a las órdenes para perpetrar los crímenes, porque se conoce perfectamente que estas son de carácter verbal y clandestino. A lo que nos estamos refiriendo es a un determinado tipo de información relacionada a aspectos de carácter

administrativo (destaques, permisos, felicitaciones, sanciones, evaluaciones, etc.) o eventualmente planes militares que en algunas oportunidades se ha demostrado que existen y que pueden ser considerados como prueba documental.

Ahora bien, tal como ya lo comentamos líneas arriba esta información ha sido sistemáticamente archivada por el sistema de archivo del Ejército y siendo una información relevante para el esclarecimiento de un hecho criminal, entonces resulta necesario que la autoridades a cargo de la custodia de tales documentos la proporcionen al Ministerio Público. El problema es que –tal como ya advertimos– existe una constante respuesta de las autoridades del sector defensa de negar el acceso a tal información.

Frente a ello la principal alternativa es que el Ministerio Público exija la entrega de dicha información sobre la base de que se trata de una información de carácter oficial y señalando que las normas reglamentarias del Ejército dan cuenta de la existencia de tales documentos y por lo tanto cualquier autoridad está en la obligación de entregarla. Pero también existe una segunda alternativa que va más en el sentido de reconstruir dicha información oficial sobre la base de los documentos que muchas veces los propios investigados proporcionan al Ministerio Público o Poder Judicial. Nos referimos fundamentalmente a los llamados legajos personales (archivos de la trayectoria del militar en actividad) que se suelen presentar para demostrar que el investigado ha tenido una trayectoria destacada en algún instituto militar. En esos documentos suele existir información referencial que puede dar la posibilidad de ayudar a reconstruir los hechos que son materia de la investigación.

En este caso se debe tener como una alternativa la posibilidad de accionar legalmente contra la autoridad que niega la información oficial, toda vez que tratándose de un funcionario público que niega ese tipo

de información nos encontramos ante un hecho que califica como delito de resistencia a la autoridad.

## 6.8 La identificación de los elementos del contexto social y político del lugar de los hechos

Los crímenes contra los derechos humanos fueron perpetrados en el escenario de un proceso de conflicto armado interno que el Perú vivió durante casi dos décadas. Por ello resulta indispensable incorporar en la investigación preliminar elementos relevantes de información sobre el contexto social y político del lugar o la zona en la que se perpetró el crimen.

Resulta ser un dato de la realidad que los procesos de violencia política alteran sustancialmente la vida política y social de los países en los que se desarrollan. El caso peruano no ha sido una excepción a esta regla. Muy por el contrario en diferentes departamentos en los que se inició y consolidó ese proceso de violencia política la alteración a la vida social y política fue determinante para la instalación de una práctica de violación a los derechos humanos. En muchos departamentos el orden legal y constitucional establecido simplemente desapareció y con él todos los mecanismos de control y protección de los derechos fundamentales de las personas.

Ese tipo de información resulta fundamental que sea incorporada a la investigación preliminar e inclusive al proceso judicial en curso. Pero de igual manera resulta esencial que se incorpore todo tipo de información relacionada a los hechos de violencia generados tanto por los grupos terroristas como por las fuerzas del orden. Se trata de demostrar que estos delitos fueron perpetrados en un contexto de violencia y que ese contexto es un elemento determinante para garantizar las condiciones en que se cometieron esos crímenes.

En ese sentido resulta de primera importancia que se tenga la posibilidad de presentar prueba documental sobre la existencia de crímenes de igual magnitud, de igual naturaleza, en los que aparezca un determinado *modus operandi* o con los que se pueda demostrar la existencia de una práctica sistemática o generalizada de un determinado evento criminal. Creemos que para ello la presentación del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, de los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de los Informes temáticos o sobre el país de organizaciones internacionales de derechos humanos como Amnistía Internacional, de los informes temáticos de las organizaciones nacionales de derechos humanos como la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, de los Informes de algunas comisiones investigadoras del Congreso de la República, de reportes periodísticos o simplemente de noticias periodísticas que den cuenta de hechos perpetrados en un lapso de tiempo determinado ayudarán de manera significativa para demostrar el contexto en el que se produjeron los hechos criminales que son materia de la investigación.

Si bien este debe ser un esfuerzo de quien tiene la carga de la prueba –el Ministerio Público– consideramos que son los que ejercen la representación de las víctimas los que probablemente tengan más disponibilidad y manejo de ese tipo de documentación.

Ahora bien, este esfuerzo de conectar un caso a una realidad determinada debe ser permanente y constante durante el tiempo que dure la investigación preliminar y debe tener como objetivo lograr que primero la fiscalía y luego el Poder Judicial interpreten la realización del evento criminal sometido a investigación como parte de un proceso y no como un evento criminal aislado. Esto definitivamente tendrá consecuencias directas en la valoración e interpretación final del caso, ya que el interpretar un hecho criminal como parte de un proceso nos debe conducir a indagar sobre las responsabilidades superiores de quienes dieron las órdenes y no solamente sobre las responsabilidades de

quienes ejecutaron materialmente el crimen. En cambio interpretar estos hechos como eventos aislados nos conduce irremediablemente solo a lo segundo.

## 6.9 La definición de los elementos de información

Los elementos de información que resultan aconsejables ubicar y presentar en casos de esta naturaleza para lograr demostrar la existencia de un contexto social y político de violencia se refieren fundamentalmente a información de carácter documental. Entendiendo, claro está al documento como el impreso, el audio, el video, el gráfico.

En ese sentido los elementos de información deberían ser los siguientes: del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, de los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de los Informes temáticos o sobre el país de organizaciones internacionales de derechos humanos, de los informes temáticos de las organizaciones nacionales de derechos humanos, de los Informes de algunas comisiones investigadoras del Congreso de la República, de reportes periodísticos o simplemente de noticias periodísticas.

Adicionalmente a estos documentos también será importante ubicar y ofrecer fotografías que demuestren la presencia física de los presuntos perpetradores en el lugar y documentos oficiales que demuestren la relación entre los elementos militares y las autoridades o pobladores de la comunidad. En el caso Manta y Vilca se han logrado presentar ambos tipos de documentos. Se ha presentado fotografías en los que aparecen elementos militares de la base contrasubversiva de Manta y salvoconductos o permisos que los diferentes jefes militares de dicha base emitían a las autoridades de dicha comunidad cuando estos debían salir de dicho lugar para desarrollar alguna gestión oficial.

## 6.10 La identificación de la historia personal de la víctima post evento criminal

Una de las características del proceso penal es que la formalidades de los procedimientos terminan por *invisibilizar* a las víctimas, pero los casos de violaciones a los derechos humanos marcan una diferencia sustancial en este sentido. La víctima es un actor central del proceso. Por lo general la única forma de que estos casos del pasado ahora se investiguen y judicialicen es porque la víctima o generalmente sus familiares desarrollan una lucha contra la impunidad que dura muchos años.

Siendo esto así, también es cierto que hay que tomar en cuenta que en los casos de violación sexual en conflicto armado interno las víctimas, por lo general, han ocultado el crimen y con ello han casi desaparecido su condición de víctimas. Eso es justamente lo que hay que rescatar y reconstruir durante la investigación preliminar.

Para ello resultará indispensable hacer una suerte de reconstrucción de la historia personal de la víctima post evento criminal. ¿Por qué nos deben interesar los momentos o la historia posterior al evento? Porque la experiencia y las investigaciones señalan que un evento criminal de esa naturaleza –la violación sexual– se convierte en un hecho que marca un antes y un después en la vida de la persona que la ha sufrido. Es un evento que inclusive termina marcando un nivel diferente de relaciones personales entre la agraviada y quienes conviven con ella y también entre aquella y los demás integrantes de la comunidad. Es un hecho que trastorna la vida de la víctima. Ello es mucho más severo y radical en los casos perpetrados contra mujeres campesinas. Tal vez la frase reiterada durante la investigación del caso Manta y Vilca de que las mujeres afectadas eran llamadas como *«las mujeres de los militares»* es una frase que puede sintetizar ese trastorno en la vida de estas personas.

Esta tarea la debe emprender y desarrollar la institución que patrocine el caso desde el inicio de sus indagaciones y del conocimiento del crimen con ayuda profesional, para no terminar re victimizando a las agraviadas.

De igual manera quien maneje el caso deberá tener el cuidado y el tino necesario para saber decidir qué tipo de información sobre la vida personal de la víctima incorpora a la investigación preliminar. Solo podrá ser aquella información que no genere un mayor agravio y que sirva al objetivo de la investigación.

Este elemento –la historia personal post evento criminal– se convierte en más relevante cuando estamos ante un caso con varias víctimas, porque permite ya no solo a la institución que presenta y patrocina el caso, sino también al propio Ministerio Público entender –y consecuentemente demostrar– los diferentes grados de afectación y daño que un evento de esta naturaleza puede generar en quien o quienes lo han sufrido. De hecho el caso de las mujeres violadas en las comunidades de Manta y Vilca es un buen ejemplo.

## 6.11 Los testigos

En los casos de graves violaciones a los derechos humanos el rol de los testigos por lo general le corresponde a los familiares más directos: padres, hermanos, esposos e hijos. La razón es muy concreta. Por lo general los crímenes como ejecuciones extrajudiciales o desaparición forzada se perpetraron en un lugar muy cercano al seno familiar o en el mismo domicilio de la víctima. En los casos de violación sexual en conflicto armado no sucede lo mismo.

La violación sexual es un crimen oculto, para cuya ejecución el o los perpetradores suelen aprovechar o generar condiciones para que el acto

sexual violento (acción delictiva) no sea observado por nadie. El caso judicializado Manta y Vilca –y los varios casos que se encuentran aun en investigación preliminar– dan cuenta de esa práctica como un modus operandi. Los sucesos criminales se perpetraron al interior de bases o cuarteles militares y ello terminó siendo el elemento que garantizaba de manera absoluta el ocultamiento del crimen. En las dependencias militares nadie observa.

En ese sentido será poco probable que se pueda ubicar algún testigo presencial de la violación sexual para que sea ofrecido como testigo directo del crimen objeto de la investigación preliminar.

Entonces, ¿quién debe ser presentado u ofrecido como testigo de un caso de violación sexual en el conflicto armado interno? los testigos a presentar serán aquellas personas que tengan alguna información o conocimiento sobre hechos o eventos relacionados con el crimen. Podrá ser información anterior o posterior al momento de la comisión del hecho delictivo o sobre algún evento en particular pero relacionado al caso y que tenga la cualidad de proporcionar al Ministerio Público y luego al juzgador un elemento para corroborar la comisión del delito. En sentido estricto estamos hablando de testigos indirectos.

Ahora bien, también es cierto que los testigos podrían ayudar a que el Ministerio Público o el Poder Judicial tengan un más directo conocimiento sobre la situación y estado de la violencia en un lugar determinado en el que se ha perpetrado el delito.

## 6.12 Desarrollo de la estrategia de acompañamiento psicológico para las víctimas y sus familiares

Es difícil sostener que solo los crímenes contra los derechos humanos causan efectos psicológicos en las víctimas. En realidad todos los crí-

menes pueden tener la capacidad de generar diferentes niveles de impacto psicológico sobre las víctimas. El hecho es que en el caso de los crímenes perpetrados en escenarios de conflicto armado interno estos se cometen regularmente porque a partir de decisiones políticas se diseña una estrategia contrasubversiva que concibe la eliminación del enemigo como elemento central de la misma y para ello se asume que la eliminación debe ser en cuanta dimensión sea posible. Por ello este tipo de crímenes tiene también como objetivo someter o neutralizar psicológicamente a la víctima.

Al igual que el crimen de desaparición forzada de personas, las ejecuciones extrajudiciales y la violación sexual constituyen un listado de crímenes horrendos que entre sus principales secuelas debemos contabilizar las secuelas o daños psicológicos que producen por períodos indeterminados o muy probablemente durante toda la vida de la víctima y de sus familiares.

En el caso de la violación sexual los niveles de afectación psicológica a la víctima pueden ser extremos, tanto en la víctima como en sus familiares, pero es cierto que por la forma de perpetración de estos crímenes en el conflicto armado peruano esa afectación está concentrada principalmente en las víctimas. Un dramático ejemplo de esta afirmación es la constatación que se logró hacer durante la investigación del caso de las mujeres víctimas de violencia sexual en las comunidades de Manta y Vilca en la cual en varios casos pudimos constatar que aquellas mujeres jamás habían contado o narrado a ninguno de sus familiares el evento criminal del que habían sido víctimas. Tal vez otra muestra de la perversión que este crimen puede generar entre las personas que rodean a las víctimas en las comunidades es la denominación a las mujeres víctimas como *«las mujeres de los militares»*.

Bajo estas condiciones no es complicado imaginar los niveles de desconfianza que las mujeres puedan tener ya no solo frente al sistema

de justicia, sino frente a cualquier entidad, organización o persona que pretenda indagar sobre el evento criminal. Al inicio de la investigación de un caso ese es uno de los principales retos por superar.

Para ello ya no es suficiente la buena disposición que pueda mostrarse para escuchar un relato de un hecho horrible. Será indispensable contar con personal profesional especializado y, además, con una estrategia de intervención. Estamos hablando de la necesidad de contar con psicólogos y de que estos definan una estrategia clara de intervención psicológica para el caso concreto.

El IDL ha logrado empatar el proceso de intervención legal y jurídica a un proceso de intervención psicológico que ha estado a cargo de REDINFA (Red Para la infancia y la Familia). Este proceso de intervención psicológico ha estado concentrado en el desarrollo de una línea de acompañamiento psicológico a la mujer como víctima y de igual manera a sus propios familiares. De hecho algunos de los principales objetivos de este proceso de intervención han sido la reconstrucción de la identidad como persona que tiene derechos, la dignificación de la condición de víctimas y el restablecimiento de los niveles de confianza.

## 6.13 Desarrollo de medidas de confianza en los operadores del sistema de justicia

Uno de los principales problemas que afecta al conjunto de las instituciones del sistema de justicia es la falta de confianza de la población. Esta percepción es mucho más acentuada en las víctimas de casos de graves violaciones a los derechos humanos porque resulta evidente que cuando aquellas denunciaron los crímenes, el sistema de justicia les dio la espalda. Al respecto el Informe Final de la CVR señala que el sistema de justicia abdicó de su función constitucional al dejar de cumplir con el rol elemental de administrar justicia.

Por lo tanto este es uno de los asuntos más relevantes a trabajar en este tipo de casos. Si asumimos que la víctima no puede ser un convidado de piedra en el curso de una investigación o de un proceso judicial, entonces es fundamental que su intervención se sustente en una elemental confianza en el sistema de justicia. La pregunta clave ¿eso cómo se logra?

Definitivamente eso no se podrá lograr de la noche a la mañana, ya que esa desconfianza es parte elemental de la percepción que durante mucho tiempo ha mantenido una persona que tiene la condición de víctima. Entonces tendrá que ser un proceso que solo podrá consolidarse con acciones objetivas y sostenidas en el tiempo.

No cabe duda que una primera acción será que la víctima sea escuchada. Teniendo en consideración el tipo de caso resulta indispensable que esto se realice en un lugar apropiado. Se trata de escuchar un relato sobre un crimen horrendo que en muchos casos ha sido ocultado por la propia víctima durante años. Por lo tanto no puede ser un típico «interrogatorio». Además, lo ideal es que este relato sea realizado por la víctima en su propio idioma. Luego, es fundamental que la víctima pueda reconocer que su testimonio ha dado origen a una investigación. Es decir, que sepa reconocer que su testimonio ha tenido un efecto que en el pasado no tuvo y que está generando la acción de alguna institución del sistema de justicia. Así mismo, otro paso importante será que la víctima sepa que durante la investigación se están haciendo –de parte del Ministerio Público– todas las acciones necesarias para ayudar a descubrir la verdad de los hechos (citación a los perpetradores, a los testigos, etc.). El esfuerzo inicial del Ministerio Público resulta a todas luces fundamental para la recuperación de la confianza.

La intervención o participación de las víctimas en el proceso de investigación es una estrategia clave para la recuperación de la confianza. Es necesario que las propias personas puedan constatar que su decisión de denunciar los hechos en las que resultaron agraviadas es capaz de mo-

vilizar a una institución del Estado como el Ministerio Público y que, además, con el transcurrir del tiempo pueda verificar que las investigaciones avanzan y que la verdad se abre paso.

Otra de las acciones que definitivamente ayudarán a generar confianza serán la comunicación fluida y constante entre las mujeres agraviadas y los responsables del equipo de intervención en el caso.

## 6.14 Preparación de la presentación del caso de parte de las víctimas (declaraciones ante el Ministerio Público)

Si bien ya lo mencionamos en el punto anterior, la importancia que tiene el tema que proponemos aquí determina que sea abordado en un punto específico. Todo caso tiene como uno de sus principales fundamentos el testimonio de la víctima o de la persona agraviada. En el caso de las violaciones sexuales durante el conflicto armado interno no es una excepción. Muy por el contrario confirma esa regla elemental para cualquier investigación de carácter criminal.

Se trata esencialmente de que en el momento en que las víctimas presenten su testimonio formal ante el Ministerio Público este testimonio sea un relato ordenado, lógico, coherente y con todos los elementos de información necesarios e indispensables para que la fiscalía tenga un conocimiento lo más cercano a la realidad de los hechos y con ello marque de manera más clara el curso de sus investigaciones preliminares. Pero esto no siempre es una tarea fácil, sobre todo si tenemos en consideración la muy seria afectación psicológica que un evento criminal como la violación sexual generalmente produce en las víctimas.

Entonces, resulta elemental invertir una considerable cantidad de tiempo para, junto con la agraviada, ir re-construyendo esa versión ordenada y

coherente. Seguramente este paso fundamental significará la necesidad de desarrollar varias reuniones o conversaciones para ir actualizando los recuerdos y ordenando los acontecimientos del pasado. Pero, además, estas conversaciones también deben ayudar a cumplir un papel fundamental en este tipo de casos: ayudar a diluir o desaparecer en la agraviada el temor o la vergüenza por narrar un evento que afecta su mayor intimidad.

Por lo tanto, este fundamental paso no solo requerirá la participación de los abogados de preparar el testimonio de la agraviada, sino también exigirá la intervención de psicólogos.

La buena preparación del testimonio de la agraviada también será determinante en el sentido de que si esta proporciona un testimonio ordenado y coherente, de seguro ello evitará que el Ministerio Público se vea obligado a citarla nuevamente para ampliar su testimonio. Obviamente este importante esfuerzo debe estar necesariamente acompañado por el esfuerzo que el Ministerio Público debe desarrollar en preparar adecuadamente el contenido de las preguntas a formular a las mujeres agraviadas.

### 6.15 Presentar el caso como un crimen de sistema

Si bien resulta de suma importancia la presentación de evidencias e información relevante que den cuenta que estos delitos fueron perpetrados en un contexto de violencia política, también resulta muy relevante presentar el caso como parte de un patrón de violación a los derechos humanos.

Por lo general, las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado interno fueron hechos cometidos sobre la base de decisiones y órdenes superiores que las fuerzas armadas

ejecutaron como parte elemental de la estrategia contrasubversiva del Estado. Los crímenes de desaparición forzada de personas, ejecución extrajudicial, tortura y la propia violación sexual no respondieron a decisiones aisladas o individuales de algún efectivo militar, sino a órdenes superiores. La frecuencia, la temporalidad, el modus operandi, las características de las víctimas y otros elementos determinan que muchos de estos crímenes constituyeron parte de un método de lucha contrasubversiva.

Estos elementos determinan que tales eventos criminales se perpetraron respondiendo a un patrón preconcebido. Es decir, respondieron a un sistema que fue ejecutado por diferentes elementos en diversos lugares y momentos.

Los casos de violación sexual no son una excepción. El Informe Final de la CVR da cuenta de un muy elevado número de casos denunciados que brinda una sola conclusión: la práctica de este delito fue recurrente y generalizada en diferentes lugares y momentos del conflicto armado interno.

Entonces este dato no puede ser desconocido en el curso de una investigación preliminar y menos en el curso de un proceso penal. Al contrario, debe ser un elemento fundamental, porque los estándares de intervención en una investigación preliminar de un delito común sin conexión alguna con otro evento criminal resultan ser sumamente diferentes a los estándares de intervención en una investigación preliminar por un crimen de sistema que responde a un patrón delictivo y a órdenes superiores. De hecho el principal ámbito de estas diferencias las podemos encontrar en el aporte y las exigencias probatorias entre uno y otro caso.

Consideremos que  podemos ubicar tres elementos centrales sobre los cuales será determinante trabajar para demostrar la sistematicidad del

crimen. Uno primero será la temporalidad. Es decir, que debemos ayudar a demostrar que en una determinada época se perpetraron el mismo tipo de delitos. Un segundo elemento es la demostración de las características del delito. La posibilidad de aportar elementos que ayuden a demostrar que el caso sometido a investigación contiene el mismo *modus operandi* de otros crímenes será determinante. Un tercer elemento será el ámbito geográfico. Será importante demostrar que ese tipo de delito se perpetró en una zona determinada. El mejor ejemplo de este elemento es el caso de las mujeres víctimas de violación sexual en las comunidades de Manta y Vilca.

## 6.16 Preparación y presentación de la estrategia jurídica del caso

Si bien en todos los casos y en todas las investigaciones resulta de primera importancia la definición de una estrategia jurídica en los casos de violación sexual en conflicto armado interno este tema asume una mayor relevancia, ya que a excepción del caso Manta y Vilca, en el país y en la región no hay antecedentes sobre el tratamiento jurídico frente a este delito.

Sin duda no estamos ante delitos de violación sexual comunes. Estamos ante casos bastante diferentes no solo por el lugar en el cual se perpetraron, sino también por la frecuencia en que se cometieron estos delitos, por la forma o modo en que se cometieron y, adicionalmente, por el móvil por el que se perpetraron. Entonces el tratamiento jurídico penal no puede limitarse a señalar que se trata de una violación sexual y verificar las disposiciones o tipos penales del código penal de 1924 o el código penal de 1991 aun cuando entre una y otra norma legal hay una variación significativa en la misma figura delictiva. Recordemos que para el código de 1924 este delito era un delito contra el honor sexual y para el código de 1991 es un delito contra la libertad sexual.

Pero aún así se trata de alcanzar una nueva y diferente interpretación jurídico penal frente a un delito que en realidad es bastante diferente a la violación sexual común.

Los principales elementos de la estrategia jurídica que los representantes de las víctimas debemos proponer al Ministerio Público el curso de una investigación se sustentan en normas del derecho en penal internacional y son los siguientes:

*La violación sexual en conflicto armado interno es una grave violación a los derechos humanos*. La violación sexual afecta gravemente diversos derechos fundamentales de la persona humana los cuales están protegidos por normas constitucionales y normas del derecho internacional de los derechos humanos.

*La violación sexual es una forma de tortura.* La violación sexual fue perpetrada por efectivos militares que se encontraban en una evidente posición de poder, lo cual determinó una relación con las víctimas de absoluta subordinación y sometimiento, configurando de esta manera una forma de tortura.

*La violación sexual constituye un crimen contra la humanidad*. Las graves violaciones contra los derechos humanos que hayan sido perpetradas de manera sistemática o generalizada constituyen para el derecho internacional crímenes contra la humanidad. Se debe de considerar como generalizado cuando estamos ante una cantidad numerosa de eventos ilícitos cometidos de manera frecuente o ante una cantidad considerable o numerosa de víctimas. Se debe considerar como sistemático cuando estamos ante la comisión de eventos ilícitos que responden a un plan concertado o a una política.

*La violación sexual es un crimen imprescriptible.* Esta es una característica de los crímenes contra la humanidad. Se sustenta en que los perpetrado-

res deben ser investigados, juzgados y sancionados a pesar del transcurso del tiempo desde la comisión del delito. Ello en razón de que el ataque a un individuo en realidad es el ataque a la humanidad entera y eso debe determinar una forma diferente de persecución penal. El crimen de lesa humanidad coloca a la humanidad entera como víctima.

Serán los propios hechos objeto de la investigación preliminar, sus características y la forma de su comisión los que determinen si estos elementos están presentes. Si lo están entonces habrá que ofrecer los instrumentos y sustentación jurídica necesaria para que la fiscalía asuma tal calificación de los hechos al momento en que formule denuncia penal ante el Poder Judicial.

De igual manera debe ser una estrategia destinada a enfrentar y eliminar los obstáculos jurídicos que de manera recurrente enfrentan las investigaciones por casos de violaciones a los derechos humanos. Nos referimos a los pedidos de amnistías, prescripción de los delitos, cosa juzgada e inmunidades. En la actualidad no solo existe una importante literatura que brinda un soporte doctrinario para enfrentar estos obstáculos jurídicos, sino que además existe una sólida jurisprudencia nacional e internacional en las que los tribunales internacionales y el Poder Judicial han emitido decisiones que han permitido la acción eficaz de la justicia.

### 6.17 El idioma de las víctimas

Uno de los medios más elementales pero a la vez determinantes para acceder a la justicia es permitir que los investigados y los agraviados intervengan en las investigaciones preliminares o en el proceso judicial haciendo uso de su lengua materna.

En los casos de violaciones a los derechos humanos cometidos en nuestro país este problema tiene una particular relevancia toda vez que los

principales escenarios del proceso de violencia política y consecuentemente de la comisión de diversos delitos han sido las zonas de la serranía peruana y ello determina que un porcentaje sumamente considerable de víctimas tenga al quechua como lengua materna.

Ello en la mayoría de los casos no es considerado al momento de instaurarse una investigación preliminar o un proceso judicial. Son pocos los casos en los que fiscales, jueces o defensores son bilingües. En la mayoría de las veces los operadores del sistema de justicia requieren de traductores y ello –por lo general– no es un recurso que las dependencias del sistema de justicia tengan a la mano.

Para ello es importante que la institución que patrocina el caso advierta de ello a la fiscalía, para que en el momento de la presentación de la agraviada, el Ministerio Público haya cumplido con hacer estar presente a un traductor.

## 6.18 Presentación de peritajes psicológicos

Tal como ya hemos advertido uno de los problemas más complejos en los casos de graves violaciones a los derechos humanos es el problema probatorio. Esto es doblemente complejo en los casos de violación sexual, porque se suele interpretar y asumir que este delito se caracteriza porque es un crimen en el que no se suele dejar una huella material o física sobre la víctima y si existió el irremediable transcurso del tiempo la ha borrado de manera definitiva.

El registro y análisis que nos presenta el Informe Final de la CVR da cuenta que la mayoría de los casos de violación sexual en conflicto armado fueron perpetrados al interior de las bases o dependencias militares. Este hecho ha resultado determinante para señalar o marcar las condiciones y el escenario en las que se perpetró el crimen, pero tam-

bién fue determinante para marcar el nivel y el grado de resistencia de las víctimas, más aun si estas son en su gran mayoría mujeres campesinas. Sin duda alguna estamos ante un escenario y ante condiciones tremendamente favorables para que los perpetradores actúen y ejecuten su acción criminal. Por lo tanto es posible indicar, a modo de conclusión, que aun cuando haya existido algún tipo de resistencia física de parte de las mujeres –que seguramente la hubo en muchos casos– esa fue vencida muy rápida y fácilmente. Y si hubo las huellas que pudieron haber generado el sometimiento o maltrato físico seguramente en un corto tiempo desaparecieron.

La pregunta entonces que surge es ¿cuál es la prueba científica que se puede ofrecer y aportar a la investigación para ayudar a demostrar una violación sexual perpetrada hace 15, 20 ó 25 años? Definitivamente no podrá ser el típico examen médico legal que se suele ordenar se practique a las mujeres víctimas en los casos de violación sexual común. Ese examen simple y llanamente es un instrumento inservible que no podría aportar nada a la investigación.

Frente a ello la alternativa es que se practique a las mujeres agraviadas un examen o pericia psicológica. Ya no se trata de demostrar el daño físico producido en el cuerpo de la víctima sino de demostrar el daño psicológico o interior producido a la persona que ha sufrido la violación sexual. A diferencia de las típicas lesiones físicas que se suelen presentar en los casos de violación sexual común y que son registradas rápidamente en los exámenes médico legales, el examen o pericia psicológica buscará encontrar un daño que no es evidente y que solo podrá ser identificado y determinado luego de un examen al ser interior de la persona.

Esta prueba pericial se debe convertir en un instrumento fundamental de la construcción del caso, toda vez que constituye el instrumento de carácter científico que corroborará el testimonio de la víctima y te-

niendo un carácter científico debe significar la existencia de una prueba irrefutable sobre la comisión del crimen.

Será ideal ofrecer esta pericia en la etapa de la investigación preliminar del Ministerio Público porque resultará de particular relevancia que esta prueba pericial sea incorporada al caso en el momento que está afianzando la construcción del caso. Cuanto más sólidas bases probatorias tenga la investigación será mucho más importante.

Ahora bien esta prueba pericial podría ser ofrecida como una pericia de parte por la defensa de las agraviadas o también como una pericia de carácter oficial solicitando a la misma fiscalía que investiga el caso disponga al Instituto de Medicina Legal desarrolle una pericia de esta naturaleza.

## 6.19 Búsqueda de respaldo de las autoridades de la comunidad

Debemos reconocer que uno de los aspectos más difíciles de tratar en los casos de violación sexual en conflicto armado interno ha sido la relación que las autoridades de las comunidades de la sierra terminan estableciendo con el caso y con las propias víctimas del caso.

Es probable que la reacción de las autoridades de la comunidad sea de distancia y rechazo al problema. En el caso Manta y Vilca pudimos apreciar que la percepción que algunas autoridades tuvieron sobre el caso es que «este problema traería de vuelta el pasado».

Si estamos frente a un caso en el que hay un número considerable de mujeres afectadas que pertenecen a una misma comunidad es de suma importancia intentar tener el respaldo de las autoridades de esa comunidad, porque de lo que se trata es que las mujeres agraviadas cuenten

con un respaldo en ese nivel frente a cualquier exigencia de la investigación. Nos referimos principalmente a testimonios, pero también mencionamos algún otro tipo de evidencia.

## 6.20 Incorporación de la jurisprudencia internacional

Los crímenes de violación sexual y violencia sexual durante el conflicto armado interno fueron develados por las investigaciones y por el Informe Final de la CVR. Por lo tanto, con anterioridad a este documento no podemos encontrar un registro de investigaciones a nivel del Ministerio Público y menos procesos judiciales en los que se haya emitido alguna resolución sobre este delito.

Por ello resulta no solo pertinente sino necesario acudir a la experiencia y a la jurisprudencia internacional para poder verificar cuál ha sido el tratamiento del crimen de violación sexual en el curso de las investigaciones preliminares y en las decisiones de fondo sobre los casos judicializados en otros países en los que también se ha perpetrado este mismo tipo de delito durante conflictos armados internos.

Ahora bien, la realidad latinoamericana también nos indica que en los procesos de judicialización de crímenes contra los derechos humanos en otros países tampoco existe una experiencia en la judicialización de este tipo de delitos. Por ello, debemos recurrir necesariamente a la jurisprudencia que los tribunales penales internacionales y los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han emitido sobre este crimen.

Así, tenemos entre lo más conocido y relevante, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, emitida en el caso *Celebici* el 16 de noviembre de 1998; la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia emitida en el caso *Furundzija* el 12 de diciem-

bre de 1998; la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda emitida en el caso *Akayesu* el 2 de setiembre de 1998, y de manera especial la sentencia emitida por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Kunarac* el 22 de febrero de 2001.

A nivel del sistema interamericano tenemos la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida en el caso *Castro Castro Vs. Perú* el 25 de noviembre de 2006, de igual forma el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitida en el caso *Raquel Martín de Mejía* del 01 de marzo de 1996.

De igual manera a nivel del sistema europeo de derechos humanos se debe considerar el dictamen de la Comisión Europea de Derechos Humanos emitida el 25 de setiembre de 1997 en el caso *Aydin Vs Turquía*.

Así mismo, se deberá considerar la doctrina elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitida en el Informe titulado *Acceso a la Justicia para las Mujeres víctimas de la violencia en las Américas,* publicado el año 2007.

A nivel de sede nacional se debe necesariamente considerar la denuncia de la Fiscalía Penal Supraprovincial de Huancavelica emitida en el caso de las mujeres víctimas de violencia sexual en las comunidades de *Manta y Vilca* el 5 de octubre de 2007 y la resolución judicial del 3 de abril de 2009 emitida por el Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial de Lima que abre proceso penal en este mismo caso.

## 6.21 Impulso del debido proceso

El cumplimiento estricto y riguroso de las reglas fundamentales del debido proceso será una pieza fundamental de las investigaciones preliminares y de los procesos penales seguidos contra presuntos violadores

de derechos humanos. En la actualidad no cabe duda que el ejemplo brindado por la Sala Penal Especial que juzgó al ex presidente de la república Alberto Fujimori en cuanto al respecto de las normas sustancial del debido proceso legal, entre las que destaca el respeto al derecho a la defensa, debe marcar una pauta en cuanto se refiere al cumplimiento de los estándares internacionales de una investigación y proceso judicial.

Cuando hablamos del respeto a las normas del debido proceso, nos estamos refiriendo a la necesidad exigir magistrados independientes, a la necesidad de tener procesos públicos y sin demoras. También se refiere a las garantías de la defensa en materia penal como son el derecho a ser informado de las imputaciones, el derecho al tiempo y las facilidades necesarias para la defensa, el derecho a contar con intérprete, el derecho a estar presente en el proceso, el derecho a que se le presuma inocente, entre otras.

De igual modo podemos referirnos a las garantías relativas a la prueba o evidencia como son la igualdad de armas, el derecho a contar con documentos traducidos, el derecho a interrogar y contra interrogar, el derecho a permanecer en silencio durante los interrogatorios y a no declarar contra si mismo, el derecho a presentar evidencia en su favor.

Así mismo, entre los derechos y garantías subsecuentes al proceso tenemos el derecho a apelar y el derecho a no ser procesado más de una vez por un mismo hecho (*non bis in idem*).

# ANEXOS

## 1. CUADRO COMPARATIVO DE CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL REPORTADOS POR LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN Y CASOS EN INVESTIGACIÓN

A continuación, sobre la base de la cantidad de casos registrados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación y la cantidad de casos identificados en estado de investigación preliminar en el Ministerio Público y en proceso penal en el Poder Judicial, hemos elaborado algunos cuadros comparativos que seguramente permitirán al lector contrastar el estado de avance del proceso de investigación y de judicialización en lo que corresponde al crimen de violación sexual en el Perú. En realidad, a pesar de que en cuanto a otros delitos es posible hablar de la existencia de relativos avances en el proceso de investigación y judicialización, en el caso de los delitos de violación sexual las cifras de las investigaciones penales hablan por sí solas determinando que los avances en este proceso han sido casi inexistentes. De 538 casos identificados y registrados por la CVR tan solo 13 casos se encuentran en una etapa de investigación a nivel del Ministerio Público y únicamente 3 casos se encuentran judicializados. Consecuentemente, a pesar de la gravedad de los hechos y la generalidad con la que se cometieron los delitos de violación sexual lo cierto es que hasta la fecha nadie en el Perú ha sido sancionado penalmente.

La pregunta que resulta obligatoria formular es ¿cuáles son las razones que han determinado que el crimen de violación sexual sea hasta la fecha tan insuficientemente investigado? En realidad encontramos que existen diversas razones que van desde la particular y especial comple-

jidad de las investigaciones que el Ministerio Público debe desarrollar para ayudar al esclarecimiento de los hechos, hasta razones de corte política relacionadas a una suerte de estancamiento del impulso del proceso de investigación y judicialización de crímenes contra los derechos humanos.

A pesar de ello, la existencia del proceso judicial ante un juzgado supraprovincial penal de Lima instaurado en el caso de las mujeres víctimas de violación en las comunidades de Manta y Vilca, caso que fuera investigado y presentado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, significa un logro muy destacable, no solo por el hecho de que este caso constituye el caso más emblemático de la práctica de la violación sexual en el conflicto armado interno, sino también porque significa el primer caso de este tipo que se judicializa en la región.

**CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL REPORTADOS POR LA CVR Y CASOS EN INVESTIGACIÓN Y/O JUDICIALIZADOS**

| Casos reportados por la CVR del total de departamentos del Perú | Casos investigados/judicializados ante el Ministerio Público y el Poder Judicial |
|---|---|
| 538 casos | 16 casos |

Vale indicar que los casos judicializados son las violaciones sexuales perpetradas en las comunidades de Manta y Vilca (Huancavelica), las violaciones sexuales en el Cuartel Los Cabitos (Ayacucho) y las violaciones sexuales en los hechos de Chumbivilcas (Cusco).

En relación a estos tres casos es imprescindible señalar que solo en el caso de Manta y Vilca las investigaciones y el proceso judicial se han originado como consecuencia de los actos de violación sexual contra mujeres campesinas. Inclusive en el proceso judicial no existe otro delito sujeto a investigación. En cambio en los casos del Cuartel Los Cabitos y Chumbivilcas el delito que ha originado las investigaciones y el

**CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL MINISTERIO PÚBLICO Y PROCESO PENAL EN EL PODER JUDICIAL**

| Departamento | Casos registrados por la CVR por departamento | Casos ante el Ministerio Público | Casos ante el Poder Judicial |
|---|---|---|---|
| Amazonas | 1 | | |
| Ancash | 3 | | |
| Apurimac | 52 | 2 | |
| Arequipa | 1 | | |
| Ayacucho | 230 | 10 | 1 |
| Cajamarca | 2 | | |
| Callao | 2 | | |
| Cusco | 20 | | 1 |
| Huancavelica | 62 | | 1 |
| Huanuco | 54 | | |
| Junin | 38 | | |
| La Libertad | 1 | | |
| Lambayeque | 5 | | |
| Lima | 12 | 1 | |
| Pasco | 10 | | |
| Piura | 4 | | |
| Puno | 5 | | |
| San Martín | 20 | | |
| Ucayali | 16 | | |
| Total | 538 | 13 | 3 |
| | | | 16 Casos |

propio proceso penal han sido crímenes de asesinato y desaparición forzada a los cuales se les ha ampliado, procesalmente hablando, el crimen de violación sexual de mujeres.

Es necesario advertir, que como se ha indicado en páginas anteriores, el caso de las mujeres víctimas de violencia sexual en Manta y Vilca está a cargo del Juzgado Penal Supraprovincial de Lima.

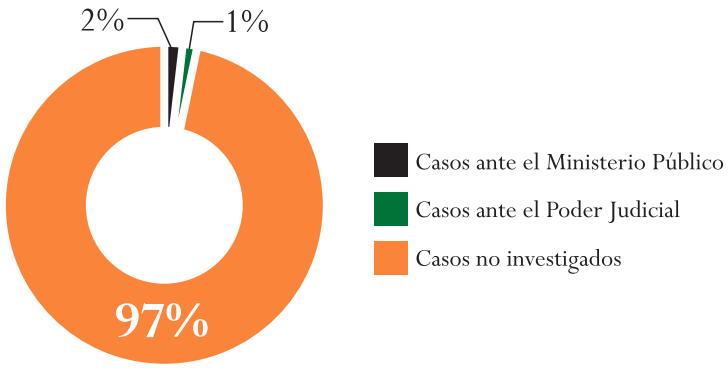
Las cifras son absolutamente contundentes. Como en el caso de otros delitos contra los derechos humanos el departamento de Ayacucho lleva una muy significativa delantera a todo el resto de departamentos, pero esa situación no se refleja en la existencia de un número considerable de casos en investigación preliminar o en proceso judicial. A nivel

del Ministerio Público se investigan solo 9 casos y en el Poder Judicial existe 1 caso y nada más.

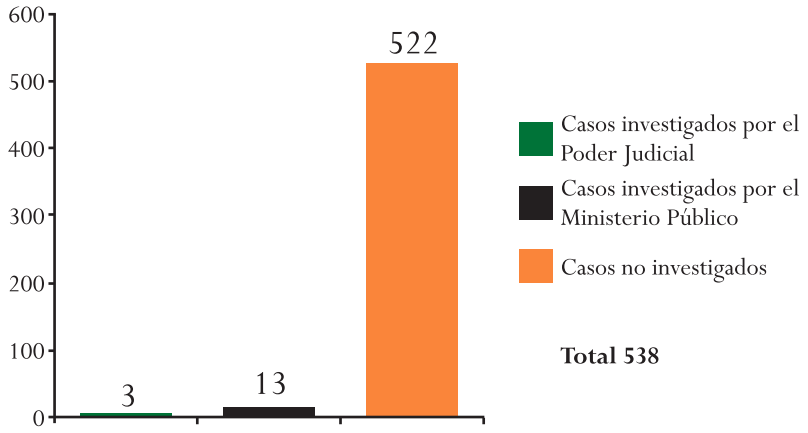
Los resultados de la investigación desarrollada, dan cuenta que estamos en una situación en la cual el 97% de casos de violación sexual registrados por la CVR ni siquiera el Ministerio Público los está investigando.

**PORCENTAJE DE CASOS REGISTRADOS POR LA CVR Y DE CASOS EN INVESTIGACIÓNY JUDICIALIZADOS**

**Esquema porcentual de casos investigados vs. casos no investigados**




**Número de casos investigados por el Poder Judicial y Ministerio Público vs. casos no investigados**



## 2. BASES, CUARTELES MILITARES Y OTRAS DEPENDENCIAS ESTATALES EN LOS QUE LA CVR HA REPORTADO CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO 1980-2000

El listado que presentamos a continuación fue elaborado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación y registra, a partir de testimonios, las bases y cuarteles militares, comisarías y puestos de la PNP, establecimientos penitenciarios y otras dependencias del Estado, en los que se perpetraron casos de violación sexual contra mujeres durante el conflicto armado interno.

| BASES, CUARTELES MILITARES Y OTRAS DEPENDENCIAS DEL ESTADO |
|---|
| Casos reportados en Apurimac |
| 1. Base militar de Santa Rosa |
| 2. Base militar de Capaya |
| 3. Base del Ejército de Abancay |
| 4. Base Contrasubversiva Cóndor, Chalhuanca |
| 5. Base de Cotarusi |
| 6. Base de Suracasi |
| 7. Militares de la base de Abancay |
| 8. Militares de la base de Haquira |
| 9. Puesto Policial de Lambrama |
| 10. Puesto Policial de Andarapa, provincia de Andahuaylas |
| Casos reportados en Ayacucho |
| 11. Base militar de Carhuarán |
| 12. Base militar de Chungi |
| 13. Base militar de Chapi |
| 14. Base militar de Hualla |
| 15. Cuartel «Los Cabitos», provincia de Huamanga |
| 16. Base militar de Huamanga |
| 17. Base Militar de Huancapi, provincia de Víctor Fajardo |
| 18. Cuartel de la Marina de Guerra del Perú (Estadio de Huanta) |
| 19. Base Militar de Sivia |
| 20. Base Militar de Pampacangallo |
| 21. Base Militar de San Miguel |
| 22. Base de Ayahuanco, provincia de Huanta |
| 23. Base Militar de Ccoisa, Huamanga |
| 24. Base Militar de Cayara, departamento de Víctor Fajardo |
| 25. Cuartel de Vizchongo, provincia de Cangallo |

| |
|---|
| 26. Cuartel del Ejército Peruano, distrito de Cangallo, provincia de Cangallo. |
| 27. Centro de Inteligencia «Casa Rosada», provincia de Huamanga |
| 28. Unidad Militar de Tambo de Ayacucho |
| 29. Base Militar de Cangallo, distrito de Cangallo, provincia de Cangallo. |
| 30. Base Militar de Totos, provincia de Cangallo |
| 31. Base Militar de San Pedro de Cachi |
| 32. Unidad Militar de Tambo de Ayacucho |
| 33. Militares de la Base de Pichari |
| 34. Militares de la Base de Accomarca |
| 35. Militares del Cuartel de Quicapata, distrito de Carmen Alto, provincia de Huamanga |
| 36. Militares de la Base de Vilcashuaman |
| 37. Militares de la Base de San José de Secce, distrito de Santillana, provincia de Huanta |
| 38. Militares de la base de Huamanquiquia, provincia de Víctor Fajardo. |
| 39. Militares de la Base de Cangallo, provincia de Cangallo |
| 40. Militares de la Base de Putis, provincia de Huanta |
| 41. Estación de Policía de Vilcashuamán (Sinchis) |
| 42. DECOTE |
| 43. Puesto Policial de Ocros, provincia de Huamanga |
| 44. Puesto Policial Huancapi, provincia de Víctor Fajardo |
| 45. Puesto Policial del Tambo, distrito y provincia de La Mar |
| 46. DIRCOTE – Ayacucho |
| Casos reportados en Cusco |
| 47. Militares de la base de Antabamba |
| 48. Comisaría de Torocoma |
| 49. Establecimiento Penal de Sicuani |
| Casos reportados en Hancavelica |
| 50. Base militar de Huancavelica |
| 51. Base militar de Manta |
| 52. Base militar de Vilca |
| 53. Base militar de Julcamarca |
| 54. Militares de la base de Pampas |
| 55. Militares de la base de Lircay |
| 56. PIP de Huancavelica |
| Casos reportados en Huánuco |
| 57. Base Militar Los Laureles, provincia de Huamalies |
| 58. Base de Aucayacu, provincia de Leoncio Prado |
| 59. Base de Monzón |
| 60. Base Contra subversiva de Yanac, provincia de Huánuco |
| 61. Base de Uchiza |
| 62. Base Contra subversiva 314 del Ejército, provincia de Tingo María |
| 63. PIP de Tingo María, provincia de Leoncio Prado |

| Casos reportados en Junin |
|---|
| 64. Cuartel de La Oroya, Provincia de La Oroya |
| 65. Base de Satipo |
| 66. Base 48 de Pangoa, Provincia de Satipo |
| 67. Cuartel 9 de diciembre, Huancayo |
| 68. Cuartel de Chilca |
| 69. Cuartel de Concepción |
| 70. Base militar del distrito de Ulcumayo |
| 71. Militares de la Base de Vista Alegre |
| 72. Policía de investigaciones de Huancayo |
| 73. Comisaría de Huancayo |
| Casos reportados en La Libertad |
| 74. Cuartel de Trujillo conocido como «La Veterinaria» |
| Casos reportados en Lima |
| 75. Base de la FAP (Las Palmas) |
| 76. Base de la Fuerza Área del Perú (FAP) de Lima, provincia de Lima, distrito de Jesús María |
| 77. Cuartel general del Ejército |
| 78. Cuartel de la División de Fuerzas Especiales del Ejército |
| 79. 13º Comisaría del Distrito de Chorilllos |
| 80. Comisaría de Infantas |
| 81. Comisaría de Ate Vitarte |
| 82. Comisaría de Santoyo, El Agustino |
| 83. Comisaría de San Felipe, Comas |
| 84. Comisaría de Miraflores |
| 85. Comisaría de Maranga |
| 86. Comisaría de Mirones, Cercado |
| 87. Comisaría de Canto Grande, San Juan de Lurigancho |
| 88. Comisaría de 28 de Julio, Villa El Salvador |
| 89. Prefectura del Callao |
| 90. Comisaría de Surquillo |
| 91. Comisaría radiopatrulla, La Victoria |
| 92. Comisaría de Carabayllo |
| 93. Comisaría de Las Palmeras, Los Olivos |
| 94. Comisaría de la Cooperativa de Vivienda Vainsa, Puente Piedra |
| 95. DINCOTE, Lima |
| 96. Establecimiento Penal de Chorrillos |
| 97. Establecimiento Penal de Canto Grande |
| Casos reportados en Puno |
| 98. Comandancia de Juliaca |
| 99. Comandancia de Azángaro |
| 100. Comisaría de Juliaca |
| 101. Comisaría de Azángaro |
| 102. Establecimiento Penal de Puno |

| |
|---|
| Casos reportados en San Martín |
| 103. Base militar de Tabalosos, provincia de Lamas |
| 104. Base contrasubversiva del Ramal Aspuzana, provincia de Tocache |
| 105. Base militar de Pizana, Tocache |
| 106. Militares de la Base de Tocache |
| Casos reportados en Ucayali |
| 107. Base militar de Aguaytía, provincia del Padre Abad |
| Casos reportados en Piura |
| 108. JECOTE de Piura |
| Casos reportados en Ica |
| 109. Penal Cristo Rey de Cachique |

## 3. AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN DEL CASO DE LAS MUJERES VIOLADAS EN LAS COMUNIDADES DE MANTA Y VILCA, DEL 3 DE ABRIL DE 2009

Expediente : 2007-00899-0
Secretario : Lescano

AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN

//Lima, tres de abril del dos mil nueve.-

AUTOS Y VISTOS:

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Penal Supraprovincial

Con la denuncia formalizada por el Señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal Supraprovincial del Distrito Judicial de Huancavelica, por el cual acusa a los denunciados **RUFINO DONATO RIVERA QUISPE, VICENTE YANCE COLLAHUACHO, EPIFANIO DELFIN QUIÑONES LOYOLA, SABINO RODRIGO VALENTIN RUTTI, AMADOR GUTIERREZ LISARBE, JULIO JULIAN MEZA GARCIA, PEDRO CHANEL PÉREZ LÓPEZ y MARTIN SIERRA GABRIEL**, como presuntos autores del delito contra la Humanidad – Tortura – Modalidad de Violación Sexual (Violación Sexual como actos o Modalidades de Tortura) en agravio de [redacted] y [redacted]; y contra **FELIX ADOLFO UNDA ROJAS y RAÚL ANGEL PINTO RAMOS**, como presuntos **cómplices** de la comisión del delito Contra la Humanidad – Tortura – Modalidad de Violación Sexual (Violación Sexual como actos o Modalidades de Tortura) en agravio de [redacted] y [redacted], y;

CONSIDERANDO:

I. FUNDAMENTACION FACTICA:

CONTEXTO HISTÓRICO

PRIMERO.- Que, aproximadamente en Agosto de mil novecientos ochenta y dos, se había declarado en estado de emergencia a todo el país, debido al accionar subversivo desarrollado por el grupo terrorista Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru; mediante el Decreto Supremo número sesenta y ocho – ochenta y dos – IN el veintiocho de Julio de mil novecientos ochenta y tres, el Consejo de Ministros "prorroga el estado de emergencia en todo el territorio nacional" por sesenta días. La provincia y departamento de Huancavelica se mantuvo en estado de emergencia durante los años de mil novecientos ochenta y

DAVID L. POMA OLIVA
SECRETARIO
Segundo Juzgado Penal Supraprovincial

cuatro y mil novecientos ochenta y cinco, establecido mediante sucesivos Decretos Supremos que prorrogaban esta situación cada sesenta días.

HECHOS

SEGUNDO.- Que, debido al incremento del accionar subversivo en el departamento de Huancavelica y específicamente en los distritos de Manta y Vilca, el Comando Político Militar de la Zona de Seguridad Sur, dispuso a principios de mil novecientos ochenta y cuatro, el establecimiento de bases militares contraguerrillas en los referidos distritos, las mismas que se instalaron el día veintiuno de Marzo de mil novecientos ochenta y cuatro.

TERCERO.- Que, dichos destacamentos debían dar mayor seguridad a los pobladores de las citadas localidades, aún más, estos destacamentos tenían como función principal regular la seguridad y el orden interno en las localidades que se encontraran dentro de esa jurisdicción; sin embargo, debido al incremento del accionar subversivo, los miembros de las fuerzas del orden aparentemente habrían cometido una serie de violaciones contra los derechos humanos, partiendo del supuesto que gran parte de los campesinos que habitaban dichos distritos colaboraban o eran miembros de la organización terrorista de Sendero Luminoso; en ese sentido en una practica sistemática de revancha, escarmiento e intimidación, dentro de los varios delitos que presuntamente habrían cometido encontramos violaciones sexuales a varias mujeres del Distrito de Manta y Vilca, las mismas que habrían ocurrido en el periodo comprendido de mil novecientos ochenta y cuatro a mil novecientos noventa y cinco.

CUARTO.- Que, en ese orden de ideas, aproximadamente en Noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, a horas de la mañana, el denunciado **RUFINO DONATO RIVERA QUISPE** se apersonaría al domicilio de [redacted], aduciendo que el "teniente" le estaba esperando para recibir su declaración, y cuando se dirigía a la base militar, estando a una distancia aproximada a treinta metros, el denunciado procedería a pararla y empujarla al suelo, lugar en donde procedería a violarla para luego pedirle que sea su pareja, aceptando por temor, desde aquel entonces sostuvo relaciones sexuales con el denunciado obligada por la situación en la que se encontraba; producto de ello nació [redacted].

QUINTO.- Que, en Julio de mil novecientos ochenta y cinco, la persona de [redacted], fue ultrajada en circunstancias en que a altas horas de la noche se hace presente **VICENTE YANCE COLLAHUACHO**, el cual le solicita a la afectada que le de posada; al momento en que la afectada se niega, este haría ingreso de manera prepotente y en el interior, le manifestaría a la afectada que deseaba sostener relaciones coitales con ella, ante su negativa, le amenazaría con ser violada en grupo, por lo que ésta accede al requerimiento carnal de aquel, y producto de ello quedó en estado de gestación. YANCE COLLAHUACHO en un primer momento no aceptó la paternidad del hijo producto de la mencionada violación, sin embargo, posteriormente reconoce a su hijo naciendo el ocho de Marzo de mil

novecientos ochenta y seis, no teniendo posteriores noticias debido a que el mencionado fue trasladado a la base militar de Pampas. Posteriormente en el mes de Abril de mil novecientos ochenta y seis, a un mes de haber dado a luz, la agraviada es conducida a la Base Militar de Manta, debido a que su padre y hermano fueron sindicados como miembros subversivos, encontrándose ya dentro de la mencionada base, es conducida a la habitación del capitán conocido con el apelativo de "Papilón", quien responde al nombre de EPIFANIO DELFIN QUIÑONEZ LOYOLA, el mismo que le solicita tener relaciones sexuales con él, caso contrario, enviaría a prisión a toda su familia, ante la negativa de la agraviada, el denunciado en forma violenta la tiraría al suelo, le bajaría su ropa interior y procedería a violarla; culminado el mencionado acto procede a ser trasladada a otro ambiente para que al día siguiente fuese liberada conjuntamente con su familia.

SEXTO.- Que, de acuerdo a la denuncia ampliatoria presentada por el Representante del Ministerio Público, obrante en autos de *folios ciento setenta y uno* del acompañado, el cuatro de Agosto de mil novecientos ochenta y cinco, siendo aproximadamente las quince horas, en circunstancias en que la agraviada [redacted] procedía a dirigirse a la Base Militar de Manta debido a que tenía que sacar una autorización para poder viajar a la provincia de Pampas Tayacaja en compañía de su sobrina [redacted], les alcanzaron cuatro militares quienes les indicaron que ingresen a la mencionada Base Militar; circunstancias en las que en denunciado **SABINO RODRIGO VALENTIN RUTTI** la cogería de la chompa y agresivamente procedería a hacer ingresar a la agraviada conjuntamente con su sobrina para posteriormente proceder a violar a la agraviada, mientras que otro efectivo militar violaría a su sobrina; en ese acto el denunciado le propinaría una serie de ataques físicos e insultos tales como "terruca a cuanta gente has matado", "ahora tienes que avisar a cuanta gente has matado" ó "ahora vas a morir terruca"; seguidamente el denunciado violaría a la agraviada en una segunda oportunidad luego de haberle ordenado al segundo efectivo militar que procediera a violarla, mencionándole en esta ocasión "no vas a salir Terruca", y procedería a traer licor con la intención de embriagar a la agraviada.

SÉPTIMO.- Que, en Noviembre y Diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, [redacted], se encontraba en su domicilio ubicado en el Distrito de Manta en compañía de su abuela [redacted], en esas circunstancias harían su ingreso un grupo de efectivos militares y dentro de ellos el denunciado **AMADOR GUTIERREZ LISARBE** quienes procederían a insultar a la persona de [redacted] con palabras soeces y frases como "...vieja terruca tu sabes donde están los terroristas...", posteriormente la encerraron en un cuarto aparte, mientras que **AMADOR GUTIERREZ LISARBE** procedió a violar a [redacted]; producto de ese acontecimiento quedo en estado de gestación dando a luz a una hija llamada [redacted].

OCTAVO.- Que, en mil novecientos ochenta y ocho siendo aproximadamente las veintitrés horas, en circunstancias en que la agraviada [redacted] se encontraba con su prima [redacted], harían su aparición dos efectivos

militares, los cuales pertenecerían a la base contra subversiva de Manta, siendo que uno de ellos preguntó por la citada prima, quien sale al encuentro de éstos, procediendo luego a retirarse junto con uno de ellos, es en ese contexto que JULIO JULIAN MESA GARCIA aprovecharía que [redacted] se había quedado sola, para agarrarla de las manos y jalarla con la intención de sacarla hacia la parte posterior del domicilio, a lo que la agraviada se resistía pidiendo auxilio, motivos por los cuales el agresor le taparía la boca y seguidamente procedería a violarla, repitiéndose la agresión en diferentes ocasiones, producto de lo cual esta persona queda en estado de gestación, dando a luz posteriormente a [redacted].

NOVENO.- Que, el sábado del ocho de Agosto de mil novecientos noventa y tres a la una de la tarde aproximadamente, la agraviada [redacted], se encontraría pasteando sus animales en el campo de Mutuypucro del anexo de "Sallcahuara" comprensión de Vilca, siendo la una de la tarde aproximadamente haría su aparición el denunciado PEDRO CHANEL PÉREZ LÓPEZ quien trataría de buscarle conversación, lo que la agraviada habría rechazado optando por retirarse, motivo por el cual aquel la seguiría hasta la altura de un paraje que cruza un riachuelo, lugar en el cual el denunciado la cogería por la espalda cuando esta se aprestaba a cruzar el río, tirándola al suelo para luego obligarla a sostener relación sexuales, logrando su cometido no obstante la renuencia de ésta; posteriormente el denunciado busco un acercamiento con su familia quedando como su enamorado. En esas circunstancias se efectuaría una segunda violación en el mes de Setiembre de ese año aproximadamente a las cuatro de la mañana, ingresando el denunciado a su habitación sin autorización alguna y en estado etílico y portado su armamento, procedería por la fuerza a violarla sexualmente aduciendo que no debía desconfiar porque ya había conversado con su madre; producto de ello quedó en estado de gestación, procreando después a [redacted].

DECIMO.- Que, en el mes de Julio de mil novecientos noventa y cinco, [redacted] se encontraba en "Accaccatunacc" acompañando a su tía [redacted], quien se prestaba a retornar a la ciudad de Lima, en el camino hacia el Distrito de Manta por la carretera, se percataría que cuatro soldados la sobrepasan montados a caballo los cuales se dirigían a "Ccaramanta", posteriormente aparecieron dos efectivos militares montados a caballos, uno de ellos identificado como MARTIN SIERRA GABRIEL quien le diría "...ahora quien te va a violar, el loco y yo..." prosiguiendo con su marcha; en circunstancias en que se encontraba en el lugar denominado "Jalacc" el denunciado SIERRA GABRIEL, empezaría a fastidiarla quitándole el sombrero, para después con insultos le tiraría al suelo con espinas, y a viva fuerza le bajaría el buzo, y con amenazas lograría violarla sexualmente, momentos después la amenazaría de muerte si es que cuenta lo sucedido; pasado dos meses del hecho mencionado precedentemente, la agraviada se percata que se encontraba en estado de gestación, dando a luz posteriormente a [redacted].

UNDÉCIMO.- Que, todos los hechos ocurridos fueron perpetrados dentro de la zona que se encontraba bajo competencia militar y política directa del Jefe del Batallón cuarenta y ocho del Ejercito Peruano, cuya sede se encontraba en la

Provincia de Pampas Tayacaja – Región Huancavelica, quien debido al grado de confrontación existente asumió en la práctica el control general de las actividades que en esa zona se desarrollaban, asumiendo el cargo, no solo de la seguridad sino el orden interno de las mismas, las que posteriormente fueron asignadas de manera formal con la dación de la Ley veinticuatro mil ciento cincuenta, promulgada del seis de Junio del mis novecientos ochenta y cinco, según la cual se estableció que las Fuerzas Armadas asumieran el control del orden interno, en todo o en parte del territorio[1]; en ese sentido es que los respectivos jefes militares de la zona tuvieron que recibir información respecto de los hechos que acontecían en esa jurisdicción, tanto más cuando conforme se expone más adelante hubieron denuncias individuales y hasta periodísticas de abusos cometidos por miembros de las Fuerzas del Orden, situaciones que no sólo estaban en la obligación de prevenir e impedir, sino también de adoptar las medidas correctivas que ello ameritaba, lo que al no suceder, no obstante lo reiterado de las vejaciones, nos pone en el supuesto jurisdiciario que para tales actos se contó con su aquiescencia.

DUODECIMO.- Que, desde Enero de mil novecientos ochenta y cuatro a Diciembre del mismo año, se encontraba como Jefe del Batallón cuarenta y ocho la persona de **FELIX ADOLFO UNDA ROJAS,** periodo en el que acontecería la violación sexual de [redacted] efectuada presuntamente por **RUFINO DONATO RIVERA QUISPE** en Noviembre de ese año.

DECIMOTERCERO.- Que, desde Enero al treinta y uno de Diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, se encontraba como Jefe del Batallón cuarenta y ocho, la persona de **RAÚL ANGEL PINTO RAMOS,** periodo en el que acontecerían las siguientes violaciones sexuales: en Julio, la violación sexual de [redacted] propinada por **VICENTE YANCE COLLAHUACHO;** el cuatro de Agosto, la violación sexual de [redacted] propinada por **SABINO RODRIGO VALENTIN RUTTI;** en Noviembre y Diciembre, la violación sexual de [redacted] propinada por **AMADOR GUTIERREZ LISARBE.**

## II. IMPUTACIÓN DE CONDUCTAS

DECIMOCUARTO.- Para expedir el Auto de apertura de Instrucción, debe calificarse la denuncia, con el rigor técnico jurídico exhaustivo correspondiente, con la finalidad de evitar el inicio de causas destinadas al sobreseimiento. En ese orden de ideas, se considera que al momento de calificar la denuncia penal, se debe analizar rigurosamente, no sólo la posibilidad de calificar el hecho denunciado como delito, sino su justiciabilidad penal íntegramente considerada y las condiciones objetivas que determinan la competencia del Juez.

PODER JUDICIAL
Segismundo Isaac Quispe Velasco
JUEZ PAZ LETRADO

DAVID L. PONCE OLIVA
SECRETARIO
4to Juzgado Penal Supraprovincial

[1] **"Artículo 4.- El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un Comando Político Militar que esta a cargo de un Oficial de Alto Rango designado por el Presidente de la República, a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, quien desempeñaba las funciones inherentes al cargo que establece la presente Ley en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con las directivas y planes aprobados por el Presidente de la República."**

DECIMOQUINTO.- Lo que debe analizarse, en suma, es si la denuncia propone una causa probable, entendiendo como tal una causa frente a la que será posible imponer condena, siempre que se pruebe el hecho denunciado; consecuentemente, se debe hacer un análisis global de los hechos denunciados contrastándolos con los supuestos establecidos en el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales.

DECIMOSEXTO.- Del mismo modo, se debe precisar que bajo el amparo del Principio de Imputación Necesaria, que garantiza –a su vez- los principios de legalidad y defensa de todo procesado, el Auto Apertorio de Instrucción debe contener requisitos fácticos, lingüísticos y normativos, es decir, dentro de lo fáctico, la denuncia (y por ende el Auto Apertorio) debe expresar en forma precisa los hechos en que se funda la imputación, la clase de comportamiento típico (acción u omisión) y el resultado; asimismo, el sujeto activo y su grado de intervención, la razonabilidad de la relación de causalidad y la imputación objetiva; así como el tipo subjetivo (dolo o culpa), el grado de desarrollo del delito y las circunstancias del tiempo, modo y lugar; la exposición debe ser formulada en un lenguaje claro, sencillo y entendible, debe ser cierta e inequívoca y en su aspecto normativo la concreción de la modalidad típica imputada.[2]

DECIMOSEPTIMO.- Igualmente, el Tribunal Constitucional –con relación al principio de imputación necesaria- en la sentencia recaída en el Expediente tres mil trescientos noventa – dos mil cinco -PHC/TC – Caso Jacinta Margarita Toledo Manrique, ha señalado: "...es derecho de todo encausado el que conozca de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra..." el mismo que se ratifica en el Expediente ocho mil ciento veinticinco - PHC/TC – Caso Jeffrey Immelt y otros, en que el máximo Tribunal afirma que "...la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa...".[3]

DECIMOCTAVO.- Con relación al grado de autoría y participación de los denunciados se tiene las siguientes imputaciones:

PRESUNTOS AUTORES

Con respecto de RUFINO DONATO RIVERA QUISPE

Se le imputa ser autor de la comisión del delito de violación sexual, obligando con violencia a la persona de [redacted] a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio; hecho ocurrido en Noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, de las dieciocho horas con treinta minutos a diecinueve horas aproximadamente.

Con respecto de VICENTE YANCE COLLAHUACHO

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Penal de Vilcas
Juez
DNI

DAVID L. POMA OLIVA
SECRETARIO
4to Juzgado Penal Corporativo Especial

[2] Gaceta Jurídica. Tomo 161. Abril 2007. Ed. Gaceta Jurídica, pp.136 y siguientes.
[3] Sentencias extraídas de la página web del Tribunal Constitucional. EN: www.tc.gob.pe

- Se le imputa ser autor de la comisión del delito de violación sexual, obligando con violencia y grave amenaza a la persona de [redacted] a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio; hecho ocurrido en Julio de mil novecientos ochenta y cinco.

Con respecto de EPIFANIO DELFIN QUIÑONES LOYOLA

- Se le imputa ser autor de la comisión del delito de violación sexual, obligando con violencia y grave amenaza a la persona de [redacted] a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio; hecho ocurrido en Abril de mil novecientos ochenta y seis.

Con respecto de SABINO RODRIGO VALENTIN RUTTI

Se le imputa ser autor de la comisión del delito de violación sexual, obligando con violencia y grave amenaza a la persona de [redacted] a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio; hecho ocurrido cuatro de Agosto de mil novecientos ochenta y cinco.

PODER JUDICIAL
Segismundo Lizardo Velasco
JUEZ PENAL

Con respecto de AMADOR GUTIERREZ LISARBE

- Se le imputa ser autor de la comisión del delito de violación sexual, obligando con violencia a la persona de [redacted] a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio; hecho ocurrido en Noviembre y Diciembre de mil novecientos ochenta y cinco.

Con respecto de JULIO JULIAN MEZA GARCIA

- Se le imputa ser autor de la comisión del delito de violación sexual, obligando con violencia a la persona de [redacted] a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio; hecho ocurrido en mil novecientos ochenta y ocho a las veintitrés horas aproximadamente.

Con respecto de PEDRO CHANEL PÉREZ LÓPEZ

Se le imputa ser autor de la comisión del delito de violación sexual, obligando con violencia y grave amenaza a la persona de [redacted] a practicar acto sexual a mano armada; hecho ocurrido ocho de Agosto de mil novecientos noventa y tres a las trece horas aproximadamente.

DAVID L. POMBO OLIVA
SECRETARIO
4to. Juzgado Penal Supraprovincial

Con respecto de MARTIN SIERRA GABRIEL

Se le imputa ser autor de la comisión del delito de violación sexual, obligando con violencia y grave amenaza a la persona de [redacted] a practicar acto sexual; hecho ocurrido en Julio de mil novecientos noventa y cinco.

PRESUNTOS COMPLICES

Con respecto de FELIX ADOLFO UNDA ROJAS

- Se le imputa ser cómplice de la comisión del delito de violación sexual, teniendo conocimiento del hecho presuntamente efectuado por el denunciado RUFINO DONATO RIVERA QUISPE en agravio de la persona de [redacted] obligándola con violencia a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio; hecho ocurrido en Noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, de las dieciocho horas con treinta minutos a diecinueve horas aproximadamente.

Con respecto de RAÚL ANGEL PINTO RAMOS

- Se le imputa ser cómplice de la comisión del delito de violación sexual, teniendo conocimiento de los hechos presuntamente efectuados por los denunciados VICENTE YANCE COLLAHUACHO, SABINO RODRIGO VASQUEZ TIN RUTTI y AMADOR GUTIERREZ LISARBE en agravio de [redacted] y [redacted], obligándolas con violencia y grave amenaza a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio; hechos ocurridos en Julio, Agosto, Noviembre y Diciembre de mil novecientos ochenta y cinco.

En lo que respecta a estas dos últimas personas denunciadas en calidad de cómplices, es menester señalar que del recuento de los hechos descritos, estando al contexto político – militar de las zonas declaradas en emergencia, resulta evidente que la comisión de los delitos citados, por obra presunta de sus subalternos tuvo que haberse producido con la aquiescencia de éstos, pues eran ellos quienes detentaban no sólo poder de mando militar, sino también político, de aquellas zonas, lo que en el terreno implicaba un poder real y centralizado respecto de lo que acontecía en las mismas, respecto de cuyos hechos, como se anoto líneas arriba no habrían adoptado acción alguna ni para prevenirlas ni para sancionarlas, motivo por el cual se les atribuye complicidad en las mismas[4].

[4] No obstante ello, en su oportunidad deberá examinarse la calidad otorgada a la presunta participación delictiva de estas dos personas, pues desde que fueron designadas como Jefes Militares de la Base establecidas en los Distritos de Manta y Vilca, se irguieron para ellos obligaciones especiales, las que de haber sido inobservadas generaron *"... una lesión del mundo en común que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección"*. En efecto, cuando *"... el portador de un deber especial no administra correctamente su ámbito de competencia institucional no importa si la lesión es realizada mediante una acción o mediante una omisión (...) la infracción del deber es independiente de la organización y de la forma en que se lleve a cabo la conducta lesiva"*, por lo que en este sentido, la acción a ellos atribuida caería dentro de la autoría por infracción del deber. (Citas tomadas del artículo: Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de Deber, José Antonio Caro John, En Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2003, Pag. 67-68. Sobre el particular también podrá revisarse la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2528-99. Lima, del 28 de agosto de 1999.

III. FUNDAMENTACION JURIDICA:

En cuanto a las conductas atribuidas a los denunciados RUFINO DONATO RIVERA QUISPE, VICENTE YANCE COLLAHUACHO, EPIFANIO DELFIN QUIÑONES LOYOLA, AMADOR GUTIERREZ LISARBE, JULIO JULIAN MEZA GARCIA, SABINO RODRIGO VALENTIN RUTTI las mismas se encontrarían inmersas dentro de la regulación del Código de mil novecientos veinticuatro, en la Sección Tercera –Delitos contra las buenas costumbres– Titulo I –Delitos contra la libertad y el honor sexuales– Artículo ciento noventa y seis[5].

En cuanto a la conducta atribuida al denunciado PEDRO CHANEL PÉREZ LÓPEZ se encontraría dentro de la regulación del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, en el Libro Segundo Parte Especial –Delitos– Titulo IV –Delitos contra la libertad– Capitulo IX –Violación de la Libertad Sexual– Artículo ciento setenta[6].

En cuanto a la conducta atribuida al denunciado MARTIN SIERRA GABRIEL, se encontraría dentro de la regulación del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, en el Libro Segundo Parte Especial –Delitos– Titulo IV –Delitos contra la libertad– Capitulo IX –Violación de la Libertad Sexual– Artículo ciento setenta[7], modificado por la ley veintiséis mil doscientos noventa y tres.

Por ultimo, los hechos imputados a los denunciados FELIX ADOLFO UNDA ROJAS y RAÚL ANGEL PINTO RAMOS se encontrarían regulados dentro del Código de mil novecientos veinticuatro, en la Sección Tercera –Delitos contra las buenas costumbres– Titulo I –Delitos contra la libertad y el honor sexuales– Artículo ciento noventa y seis.

Sobre el particular, conforme ya lo expresáramos en nuestra resolución del 11 de noviembre del 2008, subsumir la conducta antes descrita dentro de la tipificación prevista en el artículo 321 del actual Código Punitivo, es decir, como Tortura, constituiría una clara confrontación con el principio de Legalidad e irretroactividad de la ley penal, previsto en el artículo 2°, inciso 24), acápite d), de la Constitución Política del Estado y del artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el texto del artículo antes mencionado ha sido incorporado al Código Penal, recién el 21 de febrero de 1998, a través de la Ley N° 26926, fecha

PODER JUDICIAL
Segismundo Isaac León Velasco
JUEZ ESPECIAL

DAVID L. POMEZ CLIVA
SECRETARIO
Sala Penal Supraprovincial

[5] "Artículo 196.- Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio."
[6] "Artículo 170.- El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.
Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será de cuatro ni mayor de doce años"
[7] "Artículo 1 de la Ley N° 26293 (publicado 14-02-94), cuyo texto es el siguiente:
Artículo 170.- El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.
Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será de ocho ni mayor de quince años"

posterior a la ocurrencia de los hechos que se menciona en la denuncia materia del presente pronunciamiento.

Evidentemente que esta Judicatura coincide con el Representante del Ministerio Público en el sentido que ciertas garantías otorgadas a las personas sometidas a un proceso penal, a efectos que éstas no sean objeto de arbitrariedades dada la constatación histórica de los vejámenes sufridos en el antiguo procedimiento penal[8], han sufrido una sería restricción debido a graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos acontecidos en diversas latitudes del planeta y que han significado un atentado contra la propia conciencia de la humanidad. Dentro de las garantías que se han limitado encontramos el referido a la no prescripción del ejercicio de la acción penal para casos que impliquen violaciones graves a los derechos humanos, que no obstante el desarrollo normativo nacional o internacional que sobre el particular se ha experimentado, no requerían de los mismos los efectos de ser aplicados por las instancias jurisdiccionales.

Cosa distinta sucede en el caso del delito de tortura, pues si bien la prohibición de cometer ese tipo de actos se encuentra proscrita por distintas convenciones de carácter internacional, las mismas implicaban la necesidad de efectuar, en cumplimiento de ellas, acciones legislativas a efectos de plasmar en el ordenamiento legal interno, dicha figura penal, describiendo no sólo las conductas[9] que se entenderán dentro de ella, sino también las agravantes y atenuantes que ella pudiera albergar y la pena que correspondería a cada una de ellas. Tal situación, fue resuelta en el caso del Perú con la Ley N° 26926, del 21 de febrero de 1998, y sólo a partir de ahí podemos procesar y sancionar por las conductas descritas en dicho tipo penal en aplicación del principio de legalidad, pilar fundamental del derecho penal, y que jurisdiccionalmente ha sido relativizado únicamente por tribunales excepcionales de carácter internacional, como el de Nuremberg, para sancionar a personas, mientras que los pronunciamientos de las instancias supranacionales de protección de los derechos humanos, sólo se refieren a la responsabilidad de los Estados por no sancionar hechos que podrían caer dentro de esa concepción, pero que aún así no tendrían que ser obligatoriamente sancionadas bajo el título de tortura.

PODER JUDICIAL ... JUEZ PENAL

DAVID L. PONCE CELIS SECRETARIO Juzgado Especial Supraprovincial

---

[8] Es que como lo dijera el profesor Eberhard schmidt, "se debe pensar que aquí, en la administración de justicia penal pública, el poder estatal se coloca frente a los individuos en forma drástica y peligrosa. Todo manejo del poder envuelve la posibilidad de abusos. Hecha abstracción de las empresas guerreras de los detentadores del poder, nada a causado a la humanidad tanto sufrimientos, tormentos y lágrimas como el poder del Estado que se realiza en la actividad penal pública. Es por esto que la gran idea del Estado de Derecho, que se desconfía a si mismo y que por eso reprime y compromete su poder teniendo en cuenta las trágicas experiencias que la historia del derecho penal nos proporciona, se impone en forma subyugante a cualquiera que se muestre sensible frente a las enseñanzas de la historia". En, Marcelo Alfredo Riquert y Eduardo Pablo Jiménez, Teoría de la Pena y Derechos Humanos, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pag. 148/149.

[9] Descripción que ni siquiera efectúa la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas, que define más bien el marco conceptual de la violencia que ella puede implicar y que se encuentra amparada por el Estado.

En el sentido antes expuesto, esta Judicatura considera que la grave violación de derechos humanos, a efectos de ser sancionados dentro del ámbito interno no puede ser causa para relativizar el principal y fundamental principio que gobierna el derecho penal, esto es el principio de legalidad, por lo que compartiendo el criterio del señor Representante del Ministerio Público, se procederá abrir instrucción en contra de las personas denunciadas por las presuntas agresiones sexuales de las cuales serían autores y cómplices, respectivamente, bajo el rotulo de Violación de la Libertad Sexual[10], pero discrepando con él, no se abrirá bajo el rotulo de Tortura, circunstancia que por lo demás podrá ser retomada posteriormente, de ser el caso, por el Tribunal de Juzgamiento, conforme a la teoría de la desvinculación procesal admitida por el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116.

III. REQUISITOS DE APERTURA

DECIMONOVENO.- Conforme lo dispone el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales, sólo se abrirá instrucción cuando existan indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se haya individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.

SOBRE LA PRESUNTA EXISTENCIA DEL DELITO

VIGÉSIMO.- En principio, para establecer la presunta existencia del delito, se hace imprescindible establecer que en los distritos de Manta y Vilca efectivamente se establecieron bases contra subversivas, y a partir de esta afirmación establecer que en dichas bases se efectuaron actos arbitrarios de autoridades militares guiadas en contra de las mujeres de Manta y Vilca; así tenemos que conforme oficio cuarenta y ocho – dos mil cuatro – IN – mil quinientos ocho – P – HVCA – G – D – Vilca, obrante en autos de *folios doscientos dieciocho*, el Gobernador de Vilca Bernardo Huamán Gómez refiere que "...se sabe el establecimiento de la Base Militar en el Distrito de Vilca los años de 1984...". Adicionalmente, tenemos que conforme obra en el certificado emitido por el Jefe Político Militar de Manta obrante en autos de *folios ciento quince*, este certifica que la persona de Ciro Araujo Ruiz se desempeña como secretario del Consejo Distrital de Manta, estando fechado dicho certificado con fecha treinta de junio de mil novecientos ochenta y cinco, de lo que se colige que dicho distrito se encontraban al mando de jefes militares y que estos no solamente se encargarían de la seguridad sino que también desempeñarían otros roles; esta presunción se ve corroborada a través de las autorizaciones obrantes en autos de *folios ciento dieciséis a ciento diecisiete*, cuyo contenido autoriza a la

[10] Motivo por el cual esta Judicatura no considera necesario procesalmente, declarar un No Ha Lugar respecto a la mención que hace el señor Representante del Ministerio Público, al delito de Tortura, pues la discrepancia sobre el particular no incide en el procesamiento de los hechos delictivos por el denunciado y bajo el título por el mismo esbozado, es decir el de Violación de la Libertad Sexual, lo que además tendrá su oportunidad de ser debatido, al momento de prepararse el juicio oral o en la secuela de éste.

persona de Ciro Araujo Ruiz a que pueda trasladarse a la ciudad de Huancavelica, dichos documentos se encuentra con fecha treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco y cuatro de noviembre del mismo año.

VIGESIMOPRIMERO.- Por otro lado, siendo que en Huancavelica y específicamente en los distritos de Manta y Vilca existieron bases militares que regulaban no solo la seguridad de la zona sino que toda la administración de dichos distritos, se tiene que se efectuarían abusos de autoridad por parte de efectivos militares, habiendo sido publicado en diferentes diarios, de esa forma editaban artículos respecto a los acontecimientos que sucedían en estos distritos, así tenemos que conforme el diario "CORREO" en su pagina doce del viernes nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro obrante en autos de *folios ciento dieciocho*, los huancavelicanos se dirigen al presidente solicitándole el levantamiento de estado de emergencia debido a que estarían siendo violados sus derechos humanos y derechos fundamentales como derecho a la vida, intimidad; refiriendo también que las fuerzas del orden cometen violaciones de domicilio, detenciones arbitrarias, sustracciones de bienes, secuestros, desapariciones de personas, violaciones de mujeres, etcétera. Adicionalmente a los antes expuesto tenemos que conforme articulo del diario "CORREO" de fecha veintitrés de enero de mil novecientos ochenta y cinco obrante en autos de *folios ciento diecinueve*, este refiere que en el Huancavelica un comerciante denuncia abuso de efectivos policiales por abuso de autoridad y violación. Por otro lado, conforme puede apreciarse en un articulo del diario "EL PERUANO" del diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y cinco obrante en autos de *folios ciento veinte*, refieren que el jefe político militar del departamento de Huancavelica tendrá que explicar a los magistrados limeños la muerte de cuatro campesinos de la localidad de MANTA.

VIGESIMOSEGUNDO.- En ese orden de ideas, tenemos diversas manifestaciones que narran los presuntos abusos que se efectuarían por parte del personal militar y Jefes de Bases Militares que comandaban en todo Huancavelica; así tenemos la Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios ciento diecisiete a ciento veinte*, ofrecida por [redacted][11], quien refiere que aparte de su persona había otras personas detenidas en el interior de la base militar de Vilca entre mujeres y varones de toda edad, a quienes los hacían ingresar de noche[12]. [redacted] en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios trescientos cuarenta y nueve a trescientos cincuenta y dos*, narra un hecho que materializaría los abusos de autoridad por parte del personal militar, esto es el que en el periodo en el que se desempeño como Registrador Civil de la Municipalidad del Distrito de Manta, registró aproximadamente la cantidad de treinta y dos niños producto de las violaciones sexuales de las que fueren victimas varias pobladoras del lugar[13]. Además de lo anteriormente expuesto, tenemos que en la Manifestación

PODER JUDICIAL Segunda Sala Penal Liquidadora Sede Huancavelica

DAVID L. POMEZ OLIVA SECRETARIO Segunda Sala Penal Liquidadora

[11] **Conforme expone en su manifestación esta persona sería detenida por casi una semana y presuntamente violada en reiteradas ocasiones por el Teniente "BURO" en la Base Militar de Vilca.**
[12] **"...Que, si hacían llegar varias personas, entre mujeres y varones de toda edad a quienes los hacían ingresar de noche, y desconozco cual haya sido el destino de estas personas a quienes no conocía..."**
[13] **"...Que son varios de las cuales no recuerdo sus nombres y prueba de ello están los hijos de estas personas, de los cuales como Registrador Civil de la Municipalidad del Distrito de Manta he registrado a treinta y dos niños producto de violaciones sexuales por parte de miembros del ejército, de ellos**

Preliminar de [redacted][14] obrante en autos de *folios ciento treinta y seis a cientos treinta y ocho*, ésta menciona que no pudo reconocer a las personas que presuntamente la violaron, sin embargo, tuvo referencias que en otras comunidades sucedían estos hechos de abuso sexual[15]. [redacted] en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios ciento cuenta y ocho a ciento sesenta y dos*, narra los presuntos abusos efectuados por parte de efectivos militares, quienes asesinarían a su padre, madre, hermana y sobrino, sino que también sería victima de violación sexual a manos de varios soldados, luego estaría vigilada por cinco efectivos militares por ordenes superiores, logrando escapar de su propio domicilio por espacio de tres días, encontrando en uno de los caminos denominado Accopampa los cadáveres de de sus familiares; posteriormente narra que estos cadáveres, conjuntamente con otros que estarían enterrados en diferentes puntos de la ciudad, serían removidos debido a las publicaciones que la prensa hacía respecto de personas asesinadas por efectivos militares. [redacted] en su Manifestación Policial obrante en autos de *folios ciento sesenta y tres a ciento sesenta y cinco*, menciona que a su padre lo detuvieron presuntamente por tener vinculación y contactos con los terroristas, no conociendo a la fecha el paradero del mismo, además narra como es que a su madre hermanos fueron llevados a la Base Militar de Vilca y en aquel lugar fueron obligados a atender a los militares, siendo que en el tiempo en el que se encontraban en cautiverio, su madre era llamada todas las noches presuntamente para dar su manifestación, sin embargo, volvía nerviosa y se dedicaba a llorar. [redacted] en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios doscientos veintinueve a doscientos treinta y dos*, narra que fue victima de violación sexual de parte de un efectivo militar un domingo en circunstancias en que se realizaba en alza de la bandera, refiriendo además que fue testigo que en el Distrito de Manta los efectivos militares hacían fiestas y estilaban ordenar a las chicas que se quedasen para posteriormente violarlas utilizando la fuerza y disparando, por ultimo refiere que muchas de las chicas que eran violadas provenían de los distritos de Acobambilla, Viñas, Anccapa, Payccapampa, Pampahuasi, Jerusalén, Chaquicocha, Salccahuara, Huancallpi, Manta, Collpa, Corisoto y Santa Rosa. [redacted] en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios doscientos setenta y dos a doscientos setenta cuatro*, narra la forma en que perdió a su cónyuge en circunstancias en que efectivos militares hacían ingreso al distrito de Manta disparando sin cesar logrando huir de dicha balacera, sin embargo su esposo no lo lograría, encontrando su cadáver días después; además narra que fue victima de violaciones sexuales en tres ocasiones, y por último narra que dos meses después de la violación de la que fuere víctima su hijo [redacted] fue acusado del delito de robo y torturado, presentando excoriaciones y heridas graves en el cuerpo.

PODER JUDICIAL
Segismundo Cruz Sevilla
JUEZ PENAL

DAVID L. POMEZ OLIVA
SECRETARIO
Juzgado Penal Supraprovincial

**algunos han sido reconocidos e incluso se han casado la victima con el agresor, pero esto posterior a haber sido registrado los nacimientos de estos niños..."**

**[14] Conforme puede colegirse en su manifestación, esta persona sería ultrajada por cinco efectivos militares en circunstancias en que la acusaban de terrorista.**

**[15] Que, no los he reconocido. Y que por referencias que en otras comunidades pasaba lo mismo y mas aun por la palabra de "terruco" que usaban estas personas cree que eran militares.**

VIGESIMOTERCERO.- Por su parte, la Comisión de la Verdad y Reconciliación elaboró un Informe Final en agosto de dos mil tres, sobre los sucesos acontecidos en los distritos de Manta y Vilca titulado "VIOLENCIA SEXUAL EN HUANCAVELICA: LAS BASES MILITARES DE MANTA Y VILCA"[16] en cuyos anexos adjunta diversas declaraciones preliminares que describirían el contexto de violencia que sufrían los pobladores por parte de los Grupos Terroristas, así como también por parte de autoridades militares que se encontraban destacados en dicho lugar, delitos como matanzas, violaciones, torturas entre otros, contenidas en los Testimonios Nº 307509, 302403, 302398, 310599 obrante a *folios noventa y seis a ciento catorce*, Testimonios Nº 314025, 310583, 300557, 300561, 301057, 301059, 301060, 302024, 302065, 302072, 302074, 302075, 302076, 302082, 302393, 302405, 303013, 303345, 305006, 305006, 305037, 310541, 310542, 310552, 314001, 300556, 302389, 302397, 303017, 303018, 301062 obrantes de *folios ciento treinta y uno a trescientos veintidós*. Adicionalmente existen Testimonios que narrarían los abusos que se habrían efectuado por parte del Personal Militar en Huancavelica en los años en que prolifero en Terrorismo, así tenemos que, conforme menciona [redacted] en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios ciento diecisiete a ciento diecisiete*, desde que llegaron los militares en mil novecientos ochenta y cuatro, hasta en periodo en que se retiraron mil novecientos ochenta y ocho eran frecuentes los robos de animales, prendas de algunas casas, abusos sexuales, es éste último caso sostiene que se llevaban a cabo en un promedio de dos violaciones sexuales al mes[17]. [redacted] en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios trescientos cincuenta y cinco a trescientos cincuenta y nueve*, narra como es que desde que llegaron los militares a Manta en mil novecientos ochenta y tres, los militares cometían una serie de abusos como el robo de animales, y de violaciones a las mujeres de manta, llevándolas hasta la Base Militar y en aquel lugar perpetrarían el ilícito[18].

SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS PRESUNTOS AUTORES Y COMPLICES

VIGESIMOCUARTO.- Dado los momentos de convulsión nacional debido al alzamiento subversivo, es que en diversas zonas de la sierra central, se establecieron bases militares, dos de ellas ubicadas en los distritos de Manta y Vilca, las mismas que tenía como función la seguridad de las zonas asignadas a su cargo y adicionalmente la administración en otros rubros de dichas zonas; lo cual generó

---

[16] El mismo que obra en dos tomos como acompañado del expediente principal.

[17] "...El declarante refiere que desde que llegaron los militares en 1984 hasta que se retiraron en 1988 era frecuente los efectivos robaran animales, prendas de algunas casas, abuses sexuales, en éste ultimo caso sostiene que se llevaban a cabo en un promedio de dos violaciones sexuales al mes. Manifiesta que la mayor parte de las victimas era menores de edad, tendrían entre 14 y 15 años de edad, quienes era retiradas en contra de su voluntad, maltratando a los familiares de ellas..."

[18] "...que los efectivos militares, a quienes reconocía por el uniforme verde, botas, y una chompa negra, y que se identificaban como militares, llegaron a Manta en 1983 ó 1984, cuando la declarante residía en esa zona. La declarante refiere que desde su llegada, los militares cometían una serie de abusos como el robo de animales, incluso ella ha sido victima de sustracciones de ese tipo, cuenta que en una oportunidad se llevaron un carnero de su propiedad. Añade que ella ha sido testigo de que los efectivos militares sacaban a las mujeres residentes de Manta de sus viviendas y las llevaban a la base, ubicada en ese entonces en la escuela de Manta..."

un uso indiscriminado de esa potestad, al realizarse diversos abusos de autoridad dirigidas a las mujeres de la zona, siendo que estos actos efectuados por parte de personal militar, se efectuaron en reiteradas oportunidades. En ese orden de ideas, los actos de abuso de autoridad serían efectuados por los siguientes miembros de las fuerzas armadas:

VIGESIMOQUINTO.- Que, respecto a RUFINO DONATO RIVERA QUISPE se tiene la vinculación del denunciado con los hechos ilícitos de Violación Sexual en función a la sindicación de la agraviada [redacted] quien a *folios ciento veintiséis*, identifica a RIVERA QUISPE, después de habérsele mostrado la respectiva ficha de información de identidad, como la persona que la agredió sexualmente; notándose que en la misma declaración obrante en autos de *folios cientos veintiséis*, la agraviada menciona que producto del ultraje sexual del cual fue víctima nació [redacted], comprobándose tal afirmación con la Partida de Nacimiento expedida por la Municipalidad Distrital de Manta obrante en autos de *folios ciento ochenta y cuatro*, en la cual se aprecia el nombre del denunciado como padre y de la agraviada como madre; pruebas que producen el afianzamiento del nexo causal que posee el denunciado con respecto a los hechos materia de investigación, más aún, si los actos que presuntamente a cometido produjeron consecuencias permanentes y secuelas a la agraviada y a su hija tal y conforme obra en autos de *folios doscientos ochenta y siete a doscientos noventa* y *seiscientos cuarenta y dos a seiscientos cuarenta y cinco*, en donde se aprecia en la conclusión a la que llega el Instituto de Medicina Legal a través de Protocolo de Pericia Psicológica número once mil doscientos cuarenta y nueve – dos mil cinco – PSC, que la agraviada presenta rasgos pasivo agresivos de personalidad y reacción de estrés postraumático con síntomas activos. Con respecto a [redacted] se tiene que a *folios cuatrocientos cincuenta y uno a cuatrocientos cincuenta y cuatro*, obra la conclusión a la que llega el Instituto de Medicina Legal a través de Protocolo de Pericia Psicológica número cuarenta y cuatro mil novecientos noventa y dos – dos mil seis – PSC, refiere que la mencionada tiene personalidad con rasgos inestables y que requiere de tratamiento psicológico, lo que deja ver que efectivamente hubieron actos que afectaron de manera significativa en la *psiquis* de las antes mencionadas; adicionalmente tenemos que el denunciado de acuerdo a su declaración obrante en autos de *folios trescientos dos a trescientos tres*, se encuentra domiciliado en el distrito de Acobamba provincia de Tarma departamento de Junín, dedicándose a la agricultura. Por ultimo, conforme puede apreciarse en el acompañado de *folios trescientos cuarenta y tres*[19], el denunciado firmó un acta de compromiso mediante el cual asegura la relación que sostenía con la denunciada y acepta ser el padre del niño de la misma.

VIGESIMOSEXTO.- Que, respecto a VICENTE YANCE COLLAHUACHO se tiene la vinculación del denunciado con los hechos ilícitos de Violación Sexual en función a la sindicación de la supuesta agraviada [redacted] quien a *folios doscientos sesenta y tres*, identifica a YANCE COLLAHUACHO, como la

[19] **Foliatura que se encuentra en el cuaderno que acompaña al principal titulado "RELACIÓN DE PERSONAL QUE PRESTARON SERVICIOS DURANTE EL AÑO 1984 – BATALLON DE INFANTERIA MOTORIZADO N° 43".**

persona que la agredió sexualmente en el mes de Julio de mil novecientos ochenta y cinco. Adicionalmente tenemos que el denunciado Amador Gutiérrez Lisarbe menciona en su manifestación obrante en autos de *folios quinientos noventa y cuatro* que una de las personas que se encontraban destacados prestando servicio en la base Militar de Manta era precisamente YANCE COLLAHUACHO; pruebas que producen el afianzamiento del nexo causal que posee el denunciado con respecto al hecho materia de investigación, más aún, si los actos que presuntamente a cometido producieron consecuencias permanentes y secuelas a la agraviada conforme obra en autos de *folios seiscientos treinta y ocho a seiscientos cuarenta y uno*, la conclusión a la que llega el Instituto de Medicina Legal a través de Protocolo de Pericia Psicológica número cincuenta y siete mil seiscientos noventa y dos – dos mil seis – PSC, donde se aprecia en la conclusión que la agraviada presenta sintomatología postrauma y requiere apoyo psicológico. Por ultimo, la presunta violación sexual contra la agraviada no solamente dejaría una secuela psicológica sino que también la dejaría en estado de gestación, dando a luz a la persona de [redacted], cuya partida de nacimiento obra en autos de *folios trescientos treinta y siete*[20].

VIGESIMOSEPTIMO.- Que, respecto a EPIFANIO DELFIN QUIÑONEZ LOYOLA se tiene la vinculación del denunciado con los hechos Ilícitos de Violación Sexual como delito de Lesa Humanidad en función a que conforme obra en la Relación de Personal que Prestaron Servicios durante el año mil novecientos ochenta y cuatro "Batallón de Infantería Motorizada cuarenta y tres" obrante en autos de *folios uno a cinco*[21], se aprecia que el denunciado ocupa el sexto lugar con el cargo de Teniente Coronel EP en situación de actividad, adicionalmente, el mismo denunciado de acuerdo a su manifestación obrante en autos de *folios quinientos ochenta y seis*, menciona que se desempeño como Jefe de la Base Contra subversiva de Vilca, seguidamente en la misma declaración el denunciado menciona que ostentaba el grado de "CAPITAN". Adicionalmente se tiene la sindicación efectuada por la presunta agraviada [redacted] obrante en autos de *folios doscientos sesenta y tres a doscientos sesenta y cuatro*, en donde menciona que el Capitán de apelativo "PAPILON" fue quien la ultrajo, identificando a esta persona en su manifestación obrante en autos de *folios seiscientos ochenta y uno*, como la persona de EPIFANIO DELFIN QUIÑONEZ LOYOLA con DNI número cuatro tres seis cero ocho dos cuatro tres. Por otra parte tenemos que la agraviada [redacted] menciona en su manifestación obrante e autos de *folios ciento veintiséis*, recuerda el nombre de uno de los Jefes a quien los llamaban como Capitán "PAPILON" a quien lo conoció personalmente; pruebas que producen el afianzamiento del nexo causal que posee el denunciado con respecto al hecho materia de investigación, cuanto más, si los actos que presuntamente a cometido producieron consecuencias permanentes y secuelas a la agraviada conforme obra en autos de *folios seiscientos treinta y ocho a seiscientos cuarenta y uno*, en donde se

[20] **Foliatura que se encuentra en el cuaderno que acompaña al principal titulado "RELACIÓN DE PERSONAL QUE PRESTARON SERVICIOS DURANTE EL AÑO 1984 – BATALLON DE INFANTERIA MOTORIZADO N° 43".**
[21] **Foliatura que se encuentra en el cuaderno que acompaña al principal titulado "RELACIÓN DE PERSONAL QUE PRESTARON SERVICIOS DURANTE EL AÑO 1984 – BATALLON DE INFANTERIA MOTORIZADO N° 43".**

aprecia en la conclusión que la agraviada presenta sintomatología postrauma y requiere apoyo psicológico.

VIGESIMOCTAVO.- Que, respecto a SABINO RODRIGO VALENTIN RUTTI se tiene la vinculación del denunciado con los hechos Ilícitos de Violación Sexual como delito de Lesa Humanidad en función a que conforme obra en la Relación de Personal que Prestaron Servicios durante el año mil novecientos ochenta y cuatro "Batallón de Infantería Motorizada cuarenta y tres" obrante en autos de *folios uno a cinco*[22], se aprecia que el denunciado ocupa el vigésimo séptimo lugar con el cargo de Sub Oficial de Tercera en situación de retiro, adicionalmente, tenemos la sindicación efectuada por la presunta agraviada [redacted] contenida en su manifestación obrante en autos de *folios ciento cincuenta y seis a ciento cincuenta y nueve (acompañado)*, donde indica al denunciado como la persona que le propinó una serie de improperios, agresiones físicas y posterior violación sexual. Igualmente se tiene la manifestación de Emiliano Altamirano Huamán obrante en autos de *folios ciento sesenta y dos*, donde reconoce al denunciado como la persona que agredió sexualmente a [redacted], siendo él mismo, testigo presencial de lo presuntamente acontecido. Por otra parte, tenemos que de acuerdo a la manifestación de la agraviada [redacted] obrante en autos de *folios ciento veintiséis,* ante la pregunta que si recuerda alguno de los nombres de los efectivos militares que se encontraban en ese momento, esta responde que recuerda al Sub Oficial "RUTI". Adicionalmente, conforme podremos apreciar en la Manifestación Preliminar del denunciado PEDRO CHANEL PÉREZ LÓPEZ obrante en autos de *folios seiscientos seis a seiscientos once*, este menciona que recuerda que en conversaciones se hablaba del conocido con el apelativo de "Ruti"[23] el mismo con el que se conocería al denunciado VALENTIN RUTTI. Por ultimo, conforme puede apreciarse en la Manifestación Preliminar de [redacted] obrante en el acompañado del principal de *folios trescientos cincuenta y cinco a trescientos cincuenta y nueve*, esta menciona que fue testigo de abusos efectuados por militares a las mujeres de Manta siendo una de estas la persona de [redacted] por parte del conocido como "Rutti"[24].

VIGESIMONOVENO.- Que, respecto a AMADOR GUTIERREZ LISARBE, se tiene la vinculación del denunciado con los hechos Ilícitos de Violación Sexual debido a que conforme puede apreciarse en la Constancia de Servicio Militar obrante en autos de *folios quinientos noventa y nueve*, el Certificado de Conducta obrante en autos de *folios seiscientos*, y el Certificado de Recomendación obrante en autos de *folios seiscientos uno*, emitidos por la Comandancia del BIM Mariscal Cáceres

PODER JUDICIAL
Secretario(a) Juez Penal
DAVID L. POMEZ OLIVA
SECRETARIO
4to Juzgado Penal Supraprovincial

[22] **Foliatura que se encuentra en el cuaderno que acompaña al principal titulado "RELACIÓN DE PERSONAL QUE PRESTARON SERVICIOS DURANTE EL AÑO 1984 – BATALLON DE INFANTERIA MOTORIZADO N° 43".**
[23] **A *folios seiscientos diez* menciona "...también he escuchado la chapa "Ruti" cuando yo estaba en Manta, en conversación con los demás soldados, pero desconozco su trabajaba en Manta..."**
[24] **"...Por referencia de pobladores de la zona, los efectivos militares llevaban a las mujeres para "violarlas", e incluso dos víctimas le comentaron haber sufrido violaciones sexuales al interior de la base por parte de varios soldados que estaban armados. Estas dos mujeres se llaman Magna y Virginia Gonzáles Araujo, quienes entonces tendrían aproximadamente 18 y 15 años respectivamente. La declarante recuerda entonces uno de los jefes de la "base" era un suboficial conocido como "Rutti" (...) la declarante precisa que en el caso de las señoras [redacted] ambas fueron acusadas de "Terrucas" por los efectivos militares, motivo por el cual las llevaron a la "base de Manta"..."**

número cuarenta y tres, el mismo que tiene como Jefe de dicha base al Teniente Coronel RAÚL ÁNGEL PINTO RAMOS, donde se acredita que el denunciado AMADOR GUTIÉRREZ LISARBE sirvió en el BIM cuarenta y tres desde mil novecientos ochenta y cuatro a mil novecientos ochenta y seis, fecha en que se licenció como sargento segundo por tiempo cumplido. Adicionalmente, conforme puede apreciar en su Manifestación Policial obrante en autos de *folios quinientos noventa y dos a quinientos noventa y ocho*, menciona que fue reclutado para prestar servicio en el ejército, enviándolo a Ayacucho y posteriormente a Pampas – Huancavelica, luego los asignaron para relevar al personal de tropa de la Base Militar de Manta donde permanecería hasta septiembre de mil novecientos ochenta y cinco[25]; seguidamente en su misma manifestación indica que si conoce a la presunta agraviada refiriendo que la conoció en circunstancias en que salía a comprar verduras en la huerta de su padre y que en ese ínterin se enamoraron[26]. Por otro lado tenemos la sindicación efectuada por la agraviada [redacted] obrante en autos de *folios cuatrocientos dieciséis a cuatrocientos dieciocho*, donde menciona que el denunciado GUTIERREZ LISARBE irrumpió, conjuntamente con otros compañeros, en su domicilio en horas de la noche en circunstancias en que la agraviada se encontraba en compañía de su abuela, el denunciado y compañeros procedieron a agredir verbalmente a su abuela tildándola de "terruca" y procedieron a encerrar a la misma en un cuarto aparte; seguidamente GUTIERREZ LISARBE a viva fuerza procedería a violar a la agraviada[27], líneas siguientes reconoce al denunciado como la persona que efectivamente le propino tal sufrimiento[28]. Por ultimo, esta violación sexual dejaría en estado de gestación a la presunta agraviada [redacted], quién daría a luz a la persona de [redacted], conforme puede apreciarse en la Partida de Nacimiento obrante en autos de *folios ciento ochenta y tres*, emitida por el Área de Registro Civil de la Municipalidad Distrital de Manta en donde certifica que la fecha de nacimiento fue el dieciocho de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

PODER JUDICIAL
Segunda Sala Penal de Apelaciones
DAVID L. PONCE OLIVA
SECRETARIO

---

[25] "...nos asignaron para relevar al personal de tropa de la Base Militar de Manta y hasta esa fecha existía tropas de la Compañía del Comando de Servicios y la Compañía "C" siendo el Capitán de la Base de Manta hasta setiembre del año 1985 es decir un año, a agrega que a mando del Teniente Ugaz han ido de Pampas para Manta..."

[26] "...Que, si la conozco, la conocí cuando salía a comprar verduras, su padre tenía una huerta de verduras, y siendo que en Manta únicamente habían dos huertas, la otra era de un señor mas anciano del cual no recuerdo su nombre, necesariamente tenía que ir a comprar las verduras a esos lugares, las compras las hacia dos veces a la semana, y como las huertas eran pequeñas tenía que comprar necesariamente en las dos huertas, a través de esa actividad es que llego a conocer a los señores y a su hija [redacted] y llegamos a ser enamorados, mas o menos en el mes de marzo del año 1985 ..."

[27] "...en el mes de noviembre del año 1985, no recuerdo el día exacto, me encontraba en mi domicilio en el Distrito de Manta conjuntamente con mi abuelita [redacted] (v), en horas de la noche, ingresaron dos soldados quienes se encontraban uniformados y con sus armas, increpando a mi abuelita "Vieja terruca tú sabes donde están los terroristas", le hicieron levantar a mi abuelita y lo encerraron en otro cuarto, uno de los soldados salió al portón que da a la calle y el otro se quedo, y cuando quise levantarme de la cama, el soldado que se quedó me agarró de las manos tumbándome a la cama donde me ha aplastado y tuve relaciones sexuales con mi persona a la fuerzas pues me defendía pero no podía igualarme a su fuerza..."

[28] "...solamente escuchaba que lo llamaban como "GUTIERREZ", luego a los tres meses cuando me di cuenta de mi embarazo, mi abuelita fue a la Base de Manta a enterarse del nombre del soldado y le dijeron que su nombre era AMADOR GUTIERREZ LISARBE...".

TRIGÉSIMO.- Que, respecto a JULIO JULIAN MESA GARCIA se tiene la vinculación del denunciado con los hechos Ilícitos de Violación Sexual y el dolo para efectuar la acción en función a la sindicación efectuada por la agraviada [redacted] quién en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios doscientos setenta y ocho a doscientos ochenta*, refiere que el denunciado tiene el apelativo de "MONO" y que visitó su domicilio en horas de la noche en compañía de otro efectivo militar, el mismo que se retiró con su prima dejándolos solos, en esas circunstancias, el denunciado procedería a violarla tirándola al suelo y utilizando la fuerza bruta para doblegarla, llegando a copular[29], seguidamente menciona que en una segunda oportunidad en que ocurrieron los hechos de violación sexual, al culminar dicho acto la agraviada le preguntó su nombre y este respondería que se llamaba Julián Meza García[30]. Adicionalmente, la agraviada indica que producto de dicho ultraje dio a luz a la persona de [redacted] nacido el doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve; esta afirmación se corrobora con el Certificado de Nacimiento obrante en autos de *folios trescientos ochenta y uno*, emitido por el Área de Registro Civil de la Municipalidad Distrital de Manta, donde se aprecia [redacted] nació efectivamente en dicha fecha. Por ultimo conforme podremos apreciar en autos de *folios seiscientos cuarenta y nueve a seiscientos cincuenta y uno*, la División de Exámenes Clínico Forense del Instituto de Defensa Legal concluye refiriendo que la agraviada [redacted] presenta sintomatología de estrés post trauma, requiriendo apoyo.

TRIGESIMOPRIMERO.- Que, respecto a PEDRO CHANEL PÉREZ LOPEZ se tiene la vinculación del denunciado con los hechos Ilícitos de Violación Sexual y el dolo para efectuar la acción en función a su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios seiscientos seis a seiscientos once*, donde refiere que perteneció al ejercito peruano de mil novecientos noventa a mil novecientos noventa y tres aproximadamente, conociendo a la agraviada en circunstancias en que la agraviada venía a la Base los Domingos a hacer sus compras[31]. Por otro lado, tenemos la

---

[29] "...mi caso ha sido, que en horas de la noche aproximadamente a las 23 horas cuando me encontraba juntamente con mi prima [redacted], llegaron a mi domicilio dos soldados pertenecientes a la Base Militar de Manta, uno de ellos pregunto por mi prima ya indicada, es en ese instante que mi prima Epifania salió a su encuentro, (...), instantes que el otro soldado me tomo de mis manos pretendiendo sacar hacia la parte exterior del domicilio, con dirección al patio, por lo que solicite auxilio, es ante esto, éste soldado me tape la boca con sus manos, y me tumbo al suelo boca arriba, a fin de que no me defendiera me puso sus rodillas en la parte de mi estomago y con una de sus manos me agarraba de mis brazos y con la otra me bajaba mi buzo (...) para el final consumar el acto de violación sexual, llegando a penetrarme su pene en mi vajina, así como también eyaculó dentro de mi vajina..."

[30] "...Que, fue en dos oportunidades, siendo la segunda vez no recuerdo la fecha pero ha sido en el mismo año, fecha en que llegaron a mi domicilio en horas de la noche los mismos soldados que lo conocí a mi prima Epifania (...) me agarro de mi chompa dándome bofetadas en mi rostro y cuando solicitaba auxilio me golpeada con puntapiés en la parte de mi cadera (...) llegándome a abusar sexualmente de la misma forma que la primera vez (...) cuando terminó la violación le pude preguntar su nombre manifestándome que se llamaba Julián Meza García, por lo que le indique que tenía temor de quedar embarazada..."

[31] A *folios seiscientos seis*, refiere "...Que si he sido miembro del ejército peruano,, era soldado, no me acuerdo la fecha,, pero me parece que ha sido desde 1990 hasta febrero o marzo de 1993 que se realizaron las elecciones, me reclutaron en el mes de noviembre de 1989 o en noviembre de 1990..."; seguidamente refiere a *folios seiscientos siete*, que "...Que, si la conozco ([redacted] a quien la conozco durante un año que estaba de servicio..." (paréntesis nuestro).

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Penal Supraprovincial
JUEZ PENAL
DAVID L. PÓMEZ OLIVA
SECRETARIO
4to Juzgado Penal Supraprovincial

sindicación efectuada por la presunta agraviada [redacted] quien en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios trescientos cincuenta y siete a trescientos sesenta y uno*, refiere que el denunciado la violó en dos oportunidades, una efectuada el ocho de agosto de mil novecientos noventa y tres en circunstancias en que se encontraba pastando sus animales y el denunciado la siguió hasta llegar a obligarla a tener relaciones sexuales[32]; y otra efectuada en septiembre de mil novecientos noventa y tres en circunstancias en que se encontraba en su domicilio y aproximadamente a las cuatro de la mañana el denunciado ingreso en estado de ebriedad y utilizando la fuerza consiguió violarla[33]. Adicionalmente, tenemos que tales hechos de violación dejaría un trauma psicológico en la agraviada, conforme podemos corroborar en el Protocolo de Pericia Psicológica número cuarenta y cinco mil veintitrés – dos mil seis – PSC emitida por la División de Exámenes Clínico Forenses del Instituto de Medicina Legal obrante en autos de *folios cuatrocientos cuarenta y ocho a cuatrocientos cincuenta*, concluyendo que la agraviada presenta síntomas post traumático por ataque, personalidad con rasgos pasivos y dependientes, y sugiriendo que necesita terapia psicológica y apoyo social. Por otro lado conforme puede apreciarse adicionalmente en su manifestación obrante en autos de *folios trescientos sesenta*, agraviada refiere que producto de la violación sexual de la que fue victima, quedo en estado de gestación, dando a luz a la persona de [redacted][34]; esta afirmación se ve corroborada por el Certificado de Nacimiento obrante en autos de *folios cuatrocientos nueve*, emitida por la Municipalidad del centro Poblado Menor de Sallcahuara Vilca – Huancavelica, consignando el nacimiento de [redacted] el seis de junio de mil novecientos noventa y tres, y adicionalmente el nombre de Pedro Chanel Pérez López como padre de dicha persona.

TRIGESIMOSEGUNDO.- Que, respecto a **MARTIN SIERRA GABRIEL** se tiene la vinculación del denunciado con los hechos Ilícitos de Violación Sexual y el dolo para efectuar la acción en función a la sindicación efectuada por la presunta agraviada [redacted] quien en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios trescientos cincuenta y tres a trescientos cincuenta y cinco* y

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Penal
JOSE PUMA LLONTOP
SECRETARIO
DAVID L. PÓMEZ OLIVA

---

**[32] "...me presente ante este Despacho Fiscal a fin de manifestar que el día sábado 08 de Agosto del año de 1993, en circunstancias que me encontraba pasteando mis animales en el campo Mutuypucro del Anexo de Sallcahuara del Distrito de Vilca – Huancavelica (...) cuando me disponía a cruzar el referido riachuelo el joven me cogió por la espalda tumbándome al suelo, alzándome mi falda con una mano y con la otra mano se bajo su pantalón, aplastándome con su cuerpo e introduciéndome su pene en mi vagina, por espacio de dos minutos..."**

**[33] "...Que, me encontraba en mi domicilio y aproximadamente a las cuatro de la mañana se metió a mi domicilio, en esta ocasión se encontraba vestido con ropa de militar y tenía un arma, así mismo se encontraba borracho, estando dentro de mi cuarto, Pedro Chanel Pérez López, quería hacer un disparo por lo que le quité su arma la cual era grande, lo cual escondí y éste se puso a hablar cosas que no entendía y come que encontraba sola con mis hermanitos por cuanto mi mamá no estaba en mi casa, utilizando la fuerza me violó sexualmente..."**

**[34] "...Que, si producto de la primera violación quedé embarazada y tuve un hijo de nombre [redacted], el cual no ha sido reconocido, por que me ha dejado cuando tenía un mes de gestación, luego retornó el ocho de diciembre del año mil novecientos noventa y tres cuando estaba con tres meses de gestación, fue cuando le comuniqué sobre mi embarazo pero el no tomo importancia, luego nuevamente se fue al día siguiente por que estaba asignado en el cuartel de Pampas, fecha desde la cual no he vuelto a saber de él..."**

*seiscientos setenta y ocho a seiscientos setenta y nueve*, refiere que en circunstancias en que dejó a su tía [redacted] en el paradero Accaccatunacc que queda a tres horas de Manta caminando, en el camino de regreso pasaron cuatro soldados en sus caballos y uno de estos de mencionaría que iba a violarla, posteriormente este personaje se bajaría de su caballo y a viva fuerza lograría abusar sexualmente de la agraviada[35], identificándolo posteriormente como el denunciado MARTIN SIERRA GABRIEL[36]. En ese orden de ideas, los presuntos hechos ilícitos de violación sexual contra la agraviada dejarían una secuela y trauma psicológico, conforme podremos corroborar en el Protocolo de Pericia Psicológica número cincuenta y siete mil seiscientos noventa y cinco – dos mil seis – PSC emitido por la División de Exámenes Clínico Forenses del Instituto de Medicina Legal obrante en autos de *folios seiscientos veintisiete a seiscientos veintinueve*, donde concluye que la agraviada presente personalidad con rasgos dependientes, sintomatología de estrés post traumático, y que requiere apoyo psicológico. Por otro lado, tenemos que producto de la presunta violación sexual, la agraviada quedaría en estado de gestación dando a luz a la persona de [redacted][37], esta afirmación se ve corroborada con la Partida de Nacimiento emitida por la Municipalidad Distrital de Manta obrante en autos de *folios ciento ochenta*, donde consigna el nacimiento del antes mencionado, con fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis consignándose como padre al denunciado MARTIN SIERRA GABRIEL.

TRIGESIMOTERCERO.- Que, respecto a **FELIX ADOLFO UNDA ROJAS** se tiene la vinculación del denunciado con los hechos Ilícitos de Violación Sexual y la presunta complicidad en función a que conforme puede apreciarse en la relación de personal que prestaron servicios durante el año mil novecientos ochenta y cuatro obrante en autos de *folios uno a cinco*[38], el denunciado se desempeño como General de Brigada del Ejercito Peruano ocupando el número diecinueve en la mencionada lista y en situación de retiro. Adicionalmente, conforme su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios quinientos diecinueve a quinientos veinticuatro*, este denunciado refiere que trabajó como Jefe de batallón en la Base

---

[redacted]

**[35] "...en el mes de julio del año 1995 no recuerdo la fecha exacta (...) come mi tía me insistía para que vuelva, me encamine a Manta en un burro, y aproximadamente a unos cinco minutos del lugar, me pasaron cuatro soldados en sus caballos los cuales se dirigían a Ccaramanta (...) el otro soldado que estaba llevando al loco me dijo "ahora quien te va a violar el loco o yo", luego más arriba del lugar de nombre Jala, el soldado me estaba fastidiando quitándome el sombrero y después insultándome me tumbó al suelo, sobre espinas y a la fuerza me bajó el buzo, me he defendido e incluso me ha amenazado con matarme y logré violarme, me amenazó que si avisaba me iba a matar luego se retiró llevándose al soldado loco...", seguidamente refiere "....."**

**[36] "...tuve que invitarle comida al soldado y recién me avisó que el soldado que me violó se llamaba MARTIN SIERRA y que se encontraba en Pampas (...) me dirigí al llegar estaba su mamá su tío y su esposa, a quienes comuniqué que Martin Sierra había abusado de mi persona y que estaba embarazada, respondiéndome la mamá de Sierra que cuando salga de baja su hijo iban a arreglar siendo ella quien me proporcionó su nombre completo MARTIN SIERRA GABRIEL..."**

**[37] "...Que, ese momento no sabía el nombre de ese soldado, y cuando me di cuenta que me encontraba embarazada aproximadamente a los dos meses (...) MARTIN SIERRA GABRIEL, nombre con el cual hice registrar el nacimiento de mi hijo [redacted] que a la fecha tiene once años..."**

**[38] Folíatura que se encuentra en el cuaderno que acompaña al principal titulado "RELACIÓN DE PERSONAL QUE PRESTARON SERVICIOS DURANTE EL AÑO 1984 – BATALLON DE INFANTERIA MOTORIZADO N° 43".**

Militar de Pampas, desde enero a diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro[39], refiriendo además que su función transcendía la supervisión militar del batallón a su cargo, correspondiéndole la responsabilidad por todo lo que se hacía y dejaba de hacer en las treces bases militares que tenía a cargo, entre las que se encontraban las bases militares de Manta y Vilca[40]. Por otro lado, conforme podremos apreciar en la Manifestación Preliminar de Luis Alberto Linares Revoredo[41] obrante en autos de *folios quinientos cuarenta y cinco a quinientos cincuenta*, este menciona que era el comandante UNDA ROJAS el responsable del puesto de comando de Pampas en el periodo en el que laboró, esto es, en mil novecientos ochenta y cuatro. Miguel Leonides Alva Saldaña[42] en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios quinientos treinta y dos a quinientos treinta y siete*, refiere que en mil novecientos ochenta y cuatro estuvo como Jefe de la Base Militar de Pampas el Comandante de apellido UNDA, el mismo que utilizaba el seudónimo "EL DURO", apelativo con el que se le conocía al referido denunciado[43]. Luis Alberto Linares Revoredo en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios quinientos cuarenta y cinco a quinientos cincuenta*, refiere que en circunstancias en que se desempeño en el puesto administrativo de tesorero, por órdenes de Comandante Unda Rojas, fue transportado a la Base Militar de Manta a fines de abril de mil novecientos ochenta y cuatro[44]. Miguel Ángel Soberón Pezantes[45] en su Manifestaciones Preliminar obrante en autos de *folios quinientos sesenta y nueve*, menciona que en el periodo en el que laboró era el Teniente Coronel de Infantería ADOLFO UNDA ROJAS el responsable del puesto de comando de Pampas[46].

TRIGESIMOCUARTO.- Que, respecto a RAÚL ANGEL PINTO RAMOS se tiene la vinculación del denunciado con los hechos Ilícitos de Violación Sexual y la presunta complicidad en función a que conforme puede apreciarse en la relación de personal que prestaron servicios durante el año mil novecientos ochenta y cuatro

---

**[39] Periodo en el cual se habría efectuado la violación de [redacted] a manos de Rufino Donato Rivera Quispe en noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro.**

**[40] "...Que mis funciones, básicamente eran supervisar la Misión de Batallón en mi área de responsabilidad que era el Departamento de Huancavelica, indicando que cada base militar contaba con su respectivo Jefe, y este era responsable de lo que se hacía y dejaba de hacer en cada base; así mismo mi persona como Jefe de Batallón estaba a cargo de todo Huancavelica, pero mi permanencia en la Base Militar de Pampas saliendo únicamente a supervisar los diferentes trabajos de las bases, señala que tenía a cargo 13 Bases Militares Contra Subversivas en Huancavelica, entre ellas la base Militar de Manta y la Base Militar de Vilca...".**

**[41] Militar en retiro que trabajo en el Cuartel Batallón de Infantería Motorizada BIM N° 43 y posteriormente en la Base Militar de Manta como Jefe de Patrulla.**

**[42] Militar en actividad, prestando servicios en mil novecientos ochenta y cuatro en el Batallón de Infantería Motorizado número cuarenta y tres Pampas – Tayacaja.**

**[43] "...Que, en el año de 1984, estuvo como Jefe un Comandante que se seudónimo era "EL DURO", de apellido UNDA, no recordando su nombre ni su otro apellido..."**

**[44] "...Que, en el año de 1984, fui cambiado al Cuartel Batallón de Infantería Motorizada – BIM – N° 43 – Pampas – Tayacaja; en la cual me desempeñe inicialmente en el puesto administrativo de Tesorero; siendo trasladado por orden del Comandante Unda Rojas y transportado en helicóptero a la Base de Manta a fines del mes de Abril de 1984; lugar donde laboré hasta mediados del mes de Junio de 1984; laborando como Jefe de Patrulla y no como Jefe de Base..."**

**[45] Prestó servicios en la Base Militar de Manta a partir de mes de abril de mil novecientos ochenta y cuatro hasta el mes de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, aproximadamente.**

**[46] "...Que, en el periodo que laboré fue el Teniente Coronel de Infantería (Comandante) Adolfo Unda Rojas..."**

obrante en autos de *folios uno a cinco*[47], el denunciado se desempeñó como Coronel del Ejercito Peruano ocupando el número doce en la mencionada lista y en situación de retiro. Adicionalmente su cargo se plasma a través de la Constancia de Servicio Militar, Certificado de Conducta, y Certificado de Recomendación obrantes en autos de *folios quinientos noventa y nueve, seiscientos y seiscientos uno* respectivamente, firmados por el denunciado en calidad de Teniente Coronel Jefe del BIM Mariscal Cáceres número cuarenta y tres, documentos que se encuentran con fechas de uno de enero de mil novecientos ochenta y seis. Por otro lado, su co denunciado FELIZ ADOLFO UNDA ROJAS en su manifestación obrante en autos de *folios quinientos diecinueve a quinientos veinticuatro*, refiere que conoce al Teniente Coronel EP Raúl Pinto Ramos debido a que este denunciado fue quien lo relevó en el cargo de Jefe de Batallón de Pampas, y por ende de las bases militares de Manta y Vilca[48]. Adicionalmente, conforme su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios quinientos cuarenta a quinientos cuarenta y tres*, este denunciado refiere que su cargo era de Jefe de Batallón N° 43 y que sus funciones eran administrar dicha unidad, teniendo a su cargo las Bases Militares de Manta y Vilca y designaba a los Jefes de las bases militares[49]; habiéndose desempeñado con el cargo antes mencionado en el periodo de primero de enero de mil novecientos ochenta y cinco a treinta y uno de diciembre del mismo año[50]. Leoncio Robinson Sánchez Roque[51] en su Manifestación Preliminar obrante en autos de *folios quinientos sesenta y dos a quinientos sesenta y seis*, menciona que el denunciado se desempeño como Comandante del Batallón cuarenta y tres en mil novecientos ochenta y cinco[52].

SOBRE LA VIGENCIA DE LA ACCION PENAL

TRIGESIMOQUINTO.- Con respecto a la vigencia de la acción penal, debe tenerse en cuenta, conforme a la descripción del contexto social y político dentro del cual se habrían producido las violaciones sexuales que se dan cuenta, éstas constituirían delitos de Lesa Humanidad, conforme a la descripción que la comunidad internacional viene dando a este tipo de delitos y que en ese ámbito se ha venido construyendo, y se sigue construyendo; así, por ejemplo, el Estatuto de Nuremberg aportó la primer enunciación de los elementos que caracterizan a un crimen como lesa humanidad, sin desconocerse, como ya se dijo, que la tipificación de dichos delitos se encuentran en permanente evolución jurisprudencial.

[47] **Foliatura que se encuentra en el cuaderno que acompaña al principal titulado "RELACIÓN DE PERSONAL QUE PRESTARON SERVICIOS DURANTE EL AÑO 1984 – BATALLON DE INFANTERIA MOTORIZADO N° 43".**
[48] **"...indica que las personas que se le ha mencionado las conoce por cuanto trabajaron con su persona, en el Batallón Antisubversivo N° 43 con Sede en Pampas, a excepción del teniente Coronel EP Raúl Pinto Ramos por que fue éste quien lo relevó en el cargo, es decir fue Jefe de Batallón en el año 1985..."**
[49] **"...Que, mi cargo era de jefe de batallón N° 43 y mis funciones eran administrar dicha unidad..." "...Que, mi persona designaba a las Jefes de las Bases Militares..."**
[50] **"...yo trabajé en la base Militar de Pampas, del primero de enero de 1985 al 31 de diciembre del mismo año...", periodo en el cual se habría efectuado las violaciones de [redacted]**
[51] **Personal Militar que laboró en la Base Militar de Vilca a fines de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, hasta fines de julio del mismo año.**
[52] **"...Que al Coronel EP Raúl Ángel Pinto Ramos que fue Comandante del Batallón 43 del año 1985, de las otras personas que se me menciona no recuerdo donde hayan laborado..."**

TRIGESIMOSEXTO.- Por su parte el Estatuto para el Tribunal Penal Internacional – aprobado en Roma el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho y aprobado por nuestro país mediante Resolución Legislativa veinticinco mil quinientos diecisiete, del dieciséis de setiembre de dos mil uno, - define en el artículo séptimo dicha categoría de delito[53]. Los aspectos principales de la definición dan cuenta de una lista de conductas, que podrían enunciarse como enunciativas, entre las cuales se encuentran las violaciones sexuales y que encuadran en dicho concepto en la medida en que: las mismas sean desplegadas como parte de una ataque generalizado o sistemático contra una población civil y cometidas de conformidad a la política de agentes del Estado[54].

TRIGESIMOSEPTIMO.- Conforme lo anticipáramos, es a nivel jurisprudencial donde se va configurando el concepto de este tipo de delitos; a este respecto las interpretaciones efectuadas por los tribunales encargados de aplicar los estatutos internacionales, resultan de suma importancia a efectos de desentrañar el alcance de los elementos configurativos de dichos crímenes. Así, el Tribunal Penal Internacional para la Ex – Yugoslavia – TPIY – en el caso "Prosecutor vs Tadiz", adoptó el concepto de sistematización relacionándolo con la existencia de un plan preconcebido y metódico, excluyendo así de esta conceptualización hechos aislados o aleatorios.

TRIGESIMOCTAVO.- Por su parte el Tribunal Internacional para Ruanda también tuvo oportunidad de definir estos conceptos, señalando que sistemático podría ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales – The prosecutor vs. Jean Paul Akayesu –. En tanto la nota de generalización presente de manera alternativa, en la definición de crimen de lesa humanidad hace referencia a la dirección del accionar a gran escala, es decir a una multiplicidad de victimas.

TRIGESIMONOVENO.- Igualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en el caso de Barrios Altos – Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, y de manera más reciente y tal vez más completa en el caso – Almonacid Arellano y otros vs. Chile, ha reconocido que los crímenes contra la humanidad incluyen las comisión de actos inhumanos, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, sin que sea un hecho trascendental el tiempo de realizado tal conducta, conforme lo tiene dicho también la Corte Europea de Derechos Humanos.[55]

---

[53] **Artículo 7.1: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.**

[54] **Artículo 7.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.**

[55] **Caso Kolk y Kislyiy vs Estonia. En este caso los señores Kolk y Kislyiy cometieron crímenes de lesa humanidad en 1949 y fueron juzgados y sancionados por ellos en las Cortes de Estonia en el año 2003. La Corte Europea indicó que aún cuando los actos cometidos por esas personas pudieron haber sido**

CUADRAGÉSIMO.- Ahora bien, debido a la magnitud de la afrenta a la conciencia de la humanidad que éstos hechos representan es que la exigencia de su investigación y posterior castigo, de concurrir los requisitos necesarios para ello, no puede verse cercenada por disposiciones que bien podrían valer para otro tipo de situaciones, pero no para las del tipo a que venimos haciendo referencia. Éste y no otro, es el temperamento de la comunidad internacional para afrontar este tipo de delitos, sin verse atado por parámetros temporales; así por ejemplo pueden citarse diversas resoluciones de las Naciones Unidas anteriores a los hechos que se denuncian y que muestran la voluntad de la comunidad internacional de que no exista ninguna prescripción limitante para la investigación de los crímenes de lesa humanidad, independientemente de la fecha de su comisión, lo cual es constitutivo de la denominada "inexorabilidad de juzgamiento de dichos crímenes".

CUADRAGESIMOPRIMERO.- Así, las resoluciones números dos mil trescientos treinta y ocho del dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y siete, dos mil setecientos doce del uno de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho, dos mil ochocientos cuarenta del dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta y uno, entre otras, relacionadas todas con la "Cuestión del Castigo de los crímenes de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad", en las que se sostuvo que la "investigación rigurosa" de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, "son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacional"

CUADRAGESIMOSEGUNDO.- El desarrollo de este criterio de la Comunidad internacional de alguna forma se ha plasmado en la Convención de Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, la misma que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución dos mil trescientos noventa y uno, del veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, a la cual se adhiere el Perú mediante Resolución Legislativa veintisiete mil novecientos noventa y ocho, del doce de junio del dos mil tres[56], y que, conforme se ha expuesto, surgió como consecuencia del principio de inexorabilidad del juicio y de la sanción penal a los responsables de crímenes contra el derecho internacional, con el concreto objetivo que el transcurso del tiempo no opere como una suerte de perdón para el juzgamiento de aquellos delitos que ofenden a la humanidad toda.

CUADRAGESIMOTERCERO.- En consonancia con todo lo expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya señaló en el caso Barrios Altos que son

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Penal Supraprovincial
JUEZ
DAVID L. POMEZ OLIVA
SECRETARIO
4to. Juzgado Penal Supraprovincial

**legales por la ley doméstica que imperaba en ese entonces, las cortes de Estonia consideraron que constituían crímenes de lesa humanidad bajo el derecho internacional al momento de su comisión, y que no encontraba motivo alguno para llegar a una conclusión diferente.**

**[56] La misma que si bien realizaba una reserva respecto a la vigencia de dicha convención, ésta resultaba siendo impropia a la luz de las prescripciones establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.**

inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables, de las violaciones graves de los derechos humanos y que se encuentran prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los Derechos Humanos[57].

V. MEDIDA COERCITIVA:

SOBRE EL MANDATO DE DETENCIÓN

CUADRAGESIMOSEPTIMO.- Que, para dictar la medida coercitiva de detención dentro de una causa penal deben concurrir simultánea y copulativamente los tres presupuestos procesales exigidos por el artículo ciento treinta y cinco el Código Procesal Penal, los mismos que rezan de la siguiente manera:

o Respecto a los elementos probatorios suficientes (conocido en doctrina como "Fumus Boni Iuris").- Implica que al momento de abrirse una causa y dictarse mandato de detención, deben haber suficientes indicios que vinculen al inculpado o presuntos inculpados con los hechos que van a ser materia de investigación, es lo que se denomina "nexo causal" y que deben de ser suficientes, sin que esto implique la afectación del "Principio de Presunción de Inocencia".

o Respecto a la pena a imponerse (Pronóstico de Pena a imponerse).- La ley establece que el Juez debe hacer una prognosis de la sanción que se va a aplicar (pena privativa de la libertad mayor de un año); sin embargo, como lo sostiene el Tribunal Constitucional en el expediente número mil noventa y uno – dos mil dos - HC/TC (Caso Vicente Silva Checa) en su fundamento número ocho: "...No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento, a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. En el presente caso, por los medios probatorios recabados en el preliminar policial y por la penalidad del delito denunciado, hacen prever, por ahora, que en el caso de una sentencia condenatoria contra los imputados, esta sería mayor a la de un año de pena privativa de la libertad...".

o Respecto al peligro procesal; en la doctrina se le conoce como "periculum in mora", determinado por dos tipos de peligro: el de fuga (tratar de eludir la acción de la justicia) y de entorpecimiento (perturbación) de la actividad probatoria. El Tribunal Constitucional, en el expediente dos mil quinientos sesenta – dos mil cuatro - HC/TC del siete de Septiembre de dos mil cuatro, ha sostenido que en cada caso concreto debe examinarse "...en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada (...) la inexistencia de un medio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la

[57] Sentencia del 14 de marzo del 2001.

justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitrario, por no encontrarse razonablemente justificado...".

CUADRAGESIMOCTAVO.- Consecuentemente, para el presente caso, es de advertir que si bien existen suficientes indicios que posibilitan la apertura de instrucción, estos no son lo suficientes o adecuados para dictar una medida tan extrema como la de detención, teniendo en cuenta la presunción de inocencia que le asiste a todo ciudadano por mandato del artículo dos, inciso veinticuatro "e" de la Constitución, por lo que será en la secuela del proceso, que por este pronunciamiento se abre, donde se podrá verificar con mayor amplitud la posible responsabilidad de cada uno de los imputados, por lo que no concurriendo uno de los requisitos para dictar la medida coercitiva de detención (a lo que debe agregarse la concurrencia de las personas debidamente notificadas a prestar sus declaraciones a nivel pre – judicial, eliminando también el peligro procesal) debe procederse a disponer la COMPARECENCIA CON RESTRICCIONES para cada uno de los procesados.

VI. VIA PROCEDIMENTAL:

Las causas judiciales por delitos contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexual, tipificados en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, siendo delitos comunes de Lesa Humanidad; así como también los delitos contra la libertad, Violación de la Libertad Sexual tipificados en el artículo ciento setenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, siendo delitos comunes de Lesa Humanidad, se tramitan en la VÍA ORDINARIA.

VII. PUNTOS RESOLUTIVOS:

Por las consideraciones precedentes y en aplicación a la normatividad señalada, esta Judicatura **RESUELVE**: ABRIR INSTRUCCION en la via ordinaria, contra:

1. **RUFINO DONATO RIVERA QUISPE.**
2. **VICENTE YANCE COLLAHUACHO.**
3. **EPIFANIO DELFIN QUIÑONES LOYOLA.**
4. **AMADOR GUTIERREZ LISARBE.**
5. **JULIO JULIAN MEZA GARCIA.**
6. **SABINO RODRIGO VALENTIN RUTTI.**

Como presuntos autores de la comisión del delito contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexual, tipificado en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, siendo delitos de Lesa Humanidad; en agravio de [redacted] respectivamente; contra,

PODER JUDICIAL
Segismundo Israel León Chafloque
JUEZ SUPERIOR PENAL

DAVID L. POMEZ OLIVA
SECRETARIO
4ta. Juzgado Penal Supraprovincial

7. PEDRO CHANEL PÉREZ LÓPEZ.

Como presunto **autor** de la comisión del delito contra la libertad, Violación de la Libertad Sexual tipificados en el artículo ciento setenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, siendo un delito de Lesa Humanidad; en agravio de [redacted] Mucha; contra,

8. **MARTIN SIERRA GABRIEL.**

Como presunto **autor** de la comisión del delito contra la libertad, Violación de la Libertad Sexual tipificados en el artículo ciento setenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno modificado por la ley veintiséis mil doscientos noventa y tres, siendo un delito de Lesa Humanidad; en agravio de [redacted]; y contra,

9. **FELIX ADOLFO UNDA ROJAS.**

Como presunto **cómplice** de la comisión del delito contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexual, tipificado en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, siendo delitos de Lesa Humanidad; en agravio de [redacted].

10. **RAÚL ANGEL PINTO RAMOS.**

Como presunto **cómplice** de la comisión del delito contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexual, tipificado en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, siendo delitos de Lesa Humanidad; en agravio de [redacted] y [redacted].

Por lo que, no concurriendo de manera copulativa los presupuestos procesales previstos en el artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal, modificado por el artículo dos de la Ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, se dicta MANDATO DE COMPARECENCIA RESTRINGIDA contra todos los encausados, sujeto a las siguientes reglas de conducta: a) No variar de domicilio, sin conocimiento del Juzgado; b) Cumplir con las citaciones y resoluciones dictadas por esta Judicatura; c) No frecuentar lugares de dudosa reputación; d) Concurrir a la sede del Juzgado el último día útil de cada mes para dar cuenta de sus actividades y firma del cuaderno respectivo; la Comparecencia restringida se impone bajo el expreso apercibimiento de revocarse la misma en caso se incumpla alguna de las reglas de conducta impuestas, o mostrar una conducta obstruccionista al proceso u omisiva a los mandatos que emita esta judicatura.

Ahora bien, a efectos de garantizar el normal desarrollo del proceso, y si bien en el presente caso no han concurrido los tres requisitos para dictar mandato de detención, resulta adecuado a los fines del proceso que se instaura, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos imputados dictar **IMPEDIMIENTO DE SALIDA**

DEL PAIS, lo que en el presente caso resulta proporcional y racional, pues con ello podemos resguardar los fines del proceso sin afectar de manera significativa el derecho ambulatorio de los encausados, tanto más cuando no obra información en autos que alguno de los encausados, desempeñe algún tipo de oficio o profesión que le implique salir de manera constante del territorio de la República, la que en todo caso, como medida cautelar, podrá ser levantada en caso exista motivo suficiente para ello.

VIII. DILIGENCIAS JUDICIALES A ACTUARSE:

Que, para los efectos de lograr el oportuno esclarecimiento de los hechos denunciados, practíquense las siguientes diligencias:

PODER JUDICIAL
Segundo Isaac León Palacios
JUEZ

- RECIBANSE las respectivas Declaraciones Instructivas, donde se deberá incidir en una explicación coherente sobre la forma y circunstancias en que han ocurrido los hechos, así como deberán proporcionar la identidad de los oficiales [redacted] de la Base Militar del Distrito de Manta y Vilca.
- RECIBANSE las respectivas Declaraciones Preventivas de las agraviadas [redacted].
- RECIBANSE la Declaración Testimonial de' [redacted] y [redacted].
- CURSESE oficio al Ministerio de Defensa a efectos de que cumpla con remitir un informe pormenorizado de los nombres de los jefes de las Bases Militares de los Distritos de Manta y Vilca, así como sus respectivos alias o nombres de combate.
- TOMESE muestras de sangre de los encausados con excepción de los cómplices, muestras que deberán ser remitidos al Laboratorio de ADN del Instituto de Medicina Legal de Lima a efectos de comparar el ADN, con las muestras que también se les deberá de tomar a las agraviadas y los hijos de las mismas, producto de los presuntos vejámenes sexuales sufridos por los denunciados.
- SOLICITESE el certificado de antecedentes penales y judiciales de los encausados.
- Se lleven a cabo todas las demás diligencias que sean necesarias para esclarecer los hechos materia de investigación.

DAVID L. PEREZ OLIVA
SECRETARIO
Juzgado Penal Supraprovincial

En cuanto a los otrosi digo de la denuncia primigenia obrante en autos de *folios seiscientos ochenta y siete a setecientos cinco.*

AL PRIMER OTROSI DIGO.- REALICESE la diligencia de reconocimiento por parte de las personas de [redacted] y [redacted], respecto de la persona de Dionicio Feliz Alvaro Pérez, conforme solicita.

AL SEGUNDO OTROSI DIGO.- REALICESE la diligencia de reconocimiento por parte de la persona de [redacted], respecto de las personas de Lorenzo Inga Romero, Pascual Edmundo Inga Romero, Julio Antonio Inga Romero; conforme solicita.

AL TERCER OTROSI DIGO.- REALICESE la diligencia de reconocimiento por parte del testigo [redacted], respecto de las personas de Lorenzo Inga Romero, Pascual Edmundo Inga Romero, Julio Antonio Inga Romero; a fin de establecer si los antes mencionados fueron las personas que violaron sexualmente a su hija [redacted] y su hermana [redacted], conforme solicita.

AL CUARTO OTROSI DIGO.- REALICENSE las diligencias necesarias a fin de lograr la identificación de la persona de Juan Carlos Baltazar Taipe, quien presuntamente ultrajara a [redacted]; conforme solicita.

AL QUINTO OTROSI DIGO.- REALICENSE las diligencias necesarias a in de lograr la identificación de los conocidos como Teniente "Duro", Tenitente "Sierra", Teniente "Puma", y el Capityán "Piraña"; conforme solicita.

AL SEXTO Y SEPTIMO OTROSI DIGO.- REMITASE oficio al Ministerio de Defensa a fin que informen quien era el efectivo militar que se desempeñó como Jefe de la Base Militar en el Distrito de Manta, en el mes de abril a junio de mil novecientos ochenta y cuatro; conforme solicita.

AL OCTAVO OTROSI DIGO.- Téngase presente.

AL NOVENO OTROSI DIGO.- TRABESE Embargo Preventivo sobre los bienes propios de los encausados, para tal efecto, FORMESE el cuaderno incidental correspondiente con las piezas procesales pertinenetes.

AL DECIMO OTROSI DIGO.- Estese a lo resuelto en la presente resolución.

AL UNDÉCIMO OTROSI DIGO.- Téngase presente.

PODER JUDICIAL

Segismundo Israel León Velásco
JUEZ PENAL

DAVID L. POMEZ OLIVA
SECRETARIO
4to. Juzgado Penal Supraprovincial

"... tras la presentación del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación se develó también la presencia de un crimen tan o más horrendo que los otros: la violación sexual de mujeres. La CVR da cuenta de la existencia de una práctica generalizada en la ejecución de este delito y da cuenta también de la existencia de cientos de testimonios que señalan de manera muy concreta los lugares en los que se perpetró. Ciertamente estamos ante un crimen cometido tanto por elementos de los grupos subversivos como por elementos militares y policiales, pero las estadísticas que presentamos señalan que un porcentaje mayoritario de casos fue cometido por las fuerzas del orden. Como consecuencia de ello entre los 47 casos emblemáticos de violaciones a los derechos humanos que la CVR presentó al Ministerio Público, en agosto de 2003, aparecen dos casos de violación sexual de mujeres que en su momento fueron asumidos por el Instituto de Defensa Legal".

Instituto de Defensa Legal

Embajada Británica
Lima

## UNIDAD II: VIOLENCIA DE GÉNERO.

3) Arduino, lleana y Sánchez, Luciana. Proceso Penal Acusatorio y Derechos Humanos de las Mujeres. En: Una Agenda para la equidad de género en el sistema de justicia. Compilación: Marcela V. Rodríguez Raquel Asensio. Investigación: Mariana Álvarez, Paola Bergallo, Romina Faerman, Patricia Rodríguez Bernal. Editorial: Editores del Puerto, pág. 59-115.

# III. Proceso penal acusatorio y derechos humanos de las mujeres

Ileana Arduino y Luciana Sánchez*

## 1. Introducción

Trabajar para el reconocimiento efectivo de los derechos humanos de las mujeres frente al sistema penal exige contemplar especialmente la naturaleza patriarcal y el carácter violento y racista de las instituciones penales y de seguridad. En un contexto donde el género sólo recientemente comienza a integrar el discurso público y el judicial, dichas características "penetra[n] los valores de la respuesta legal a la violencia ... pasando por alto las formas en que las mujeres son sujetas a violencia por parte de autoridades estatales"[1].

El presente documento es una versión resumida y adaptada del trabajo "Propuestas para la incorporación de la perspectiva de género en la reforma al Código Procesal Penal de la Nación", elaborado por las autoras y presentado por el CIEPP a la Comisión Asesora para la Reforma del Código Procesal Penal de La Nación en agosto de 2007. En septiembre de ese mismo año la mencionada comisión entregó al Poder Ejecutivo Nacional (PEN) las versiones finales de los proyectos de ley de modificación al Código Penal, Procesal Penal, del Ministerio Público, y de la ley de Organización y Competencia de la Justicia Penal Nacional.

Consideramos que estos proyectos incorporan algunos avances respecto de la situación actual del sistema penal nacional. Sin embargo, lamentamos que las y los miembros de la Comisión Asesora hagan persistir al Estado en el incumplimiento de sus obligaciones respecto de los derechos humanos de las mujeres en el proceso penal, ya que ninguno de los proyectos toma en

* Ileana Arduino es Abogada. Integrante de Colectivo para la Diversidad, COPADI
Luciana Sánchez es Abogada. Integrante del Colectivo Para la Diversidad, COPADI, y de Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto.

Agradecemos la valiosa colaboración que a través de aportes, sugerencias y reiteradas lecturas críticas nos proveyó Raquel Asensio, desde que comenzamos a desarrollar el trabajo hasta llegar a la versión que aquí presentamos. También queremos agradecer especialmente los aportes y la dedicación de Marcela Rodríguez.

[1] Ver Bhattacharjee, Anannya, *Whose safety, women of color and the violence of law enforcement*, 2001, p. 23, en *www.afsc.org/community/WhoseSafety.pdf* (trad. libre)

cuenta estas u otras recomendaciones y propuestas acercadas para incorporar la perspectiva de género y derechos humanos de las mujeres, debido entre otras cosas a un inadecuado proceso de participación ciudadana. Esperamos que en el proceso parlamentario pueda subsanarse este grave incumplimiento.

## 2. Adecuación del proceso penal y obligaciones de derechos humanos de las mujeres

Los tratados internacionales de Derechos Humanos elevados a rango constitucional por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional[2], consagran el deber del Estado a respetar y garantizar, actuando con la debida diligencia, el derecho a la igualdad y no discriminación, a la vida, a la salud, a la libertad, a la seguridad personal, a la integridad personal, física, psíquica y moral, a la honra, a la dignidad, y a verse libre de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes[3].

El sistema internacional de protección de los derechos humanos ha considerado que esta consagración general de derechos ha sido insuficiente para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos en el caso de las mujeres. En los últimos años, y con mayor fuerza en la década de los 90, aparecieron numerosos instrumentos que atienden específicamente la problemática de la violencia contra las mujeres, estableciendo los ejes centrales que deben orientar la acción de los Estados, junto con instituciones específicas que tutelan el cumplimiento de las obligaciones estatales[4].

[2] Es importante señalar que los que no tienen dicha jerarquía aún mantienen primacía supralegal.

[3] La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana, "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Velásquez Rodríguez", resuelto en 1988, párr. 166.

[4] Deben considerarse las obligaciones del Estado argentino en relación con la protección de la salud sexual y reproductiva. Los derechos sexuales y reproductivos son derechos fundamentales, toda vez que contemplan el total respeto a la persona humana, la realización plena, segura y libre de su vida sexual, la libre opción de la maternidad/paternidad y la planificación familiar voluntaria, informada y responsable. Estas libertades se encuentran asociadas a los deberes correlativos del sujeto pasivo conducentes a permitir, el disfrute del más elevado nivel de salud, el ejercicio de las decisiones atinentes a la sexualidad y procreación y el acceso a información y medios para ejercitarlos.





Algunos de estos instrumentos y organismos específicos son:

*En el ámbito de las Naciones Unidas:*

– La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)[5].

– La Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (organismo encargado del monitoreo de la Convención)[6]. Protocolo Facultativo a la CEDAW, adoptado en 1998, en el que se establecen dos procedimientos de investigación y comunicación: uno referido a la presentación de reclamos individuales, y otro relacionado con la posibilidad de investigar violaciones graves o sistemáticas.

– La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, en la cual se reconoció que los derechos de las mujeres son derechos humanos y que la violencia contra las mujeres es un problema de derechos humanos, instando a los gobiernos, instituciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales a intensificar los esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de las mujeres.

– La Declaración y Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995. En dicha oportunidad, se dedicó una sección a la violencia contra las mujeres y se reconoció explícitamente que su eliminación es esencial para la igualdad, el desarrollo y la paz mundial.

– La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, primer instrumento internacional de derechos humanos que se ocupa exclusivamente de la violencia de género.

– La Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, creada en 1994 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La tarea desarrollada por esta Relatoría es fundamental para analizar los alcances de las obligaciones asumidas por los Estados y su cumplimiento[7].

[5] Aunque no hace un desarrollo explícito del tema, salvo en lo que respecta a la trata de mujeres y a la prostitución, contiene muchas disposiciones antidiscriminatorias que prevén la protección de las mujeres contra la violencia. Esta es la forma en que el organismo encargado de su monitoreo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, lo ha entendido.

[6] En esta Recomendación se afirma que "la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre" y que vulnera varias disposiciones de la Convención de la Mujer, aun cuando éstas no se refieran explícitamente a esta materia. En la misma Recomendación se solicita a los Estados que incluyan información acerca de la violencia contra las mujeres y las medidas introducidas para enfrentarla y declara que los Estados deben adoptar medidas efectivas para superar todas las formas de violencia basadas en el género, sean éstas perpetradas por actores públicos o privados.

[7] La Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer elaboró informes sobre violencia de género, [illegible] de derechos humanos, derechos sexuales y repro-

*En el ámbito interamericano*:

– La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –o Convención de Belem do Pará– adoptada en 1994.

– La Relatoría Especial sobre la Mujer, que elabora informes y recomendaciones, incluso la problemática del acceso a la justicia de las mujeres.

– Los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[8] y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los pronunciamientos de los órganos de supervisión de los diferentes instrumentos internacionales tienen vital importancia para la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional, teniendo en cuenta el carácter de fuente interpretativa que la Corte Suprema de Justicia otorga a la jurisprudencia de éstos organismos[9].

En la Argentina, estas obligaciones se ven reforzadas por el texto de la Constitución Nacional que consagra el derecho a la igualdad en el artículo 16, y establece la obligación del Estado de tomar medidas de acción positiva en beneficio de grupos tales como las mujeres (arts. 16 y 75, inc. 23, CN). Por otra parte, contamos con legislación destinada a proteger a las mujeres frente a la violencia de género. Así, podemos mencionar la Ley Nacional sobre Protección contra la Violencia Familiar (ley 24.417), la Ley de Penalización de Actos Discriminatorios (ley 23.592), el propio Código Penal, entre otras normas[10].

De acuerdo con todo lo señalado hasta aquí, es claro que al demandar la adopción de perspectiva de género en el proceso penal tal que se respeten

ductivos, la violencia contra las mujeres privadas de libertad, la violencia de género y el conflicto armado, entre otros.

[8] En el primer caso, la CIDH tuvo oportunidad de interpretar y aplicar la Convención de Belem do Pará en el caso "María da Penha", donde encontró responsable al Estado de Brasil por incumplir con las obligaciones asumidas en el artículo 7.

[9] Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos "Giroldi" (sentencia del 7/4/1995, en JA, III-1995), "Arana" (sentencia del 19/10/1995) y en "Bramajo", en el cual mencionó que "la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales" (sentencia del 12/9/1996, Fallos 319:1840, consid. 8). En sentido coincidente, en el caso "Leonardo Ángel Sánchez Reisse", Fallos 321:1328, la CS reiteró que "la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la jerarquía constitucional otorgada al Pacto de San José de Costa Rica, debe servir de guía de interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (art. 2 de la ley 23.054)". En los casos "Acosta" (sentencia del 22/10/1998, Fallos 321:355) y "Felicetti" (sentencia del 21/10/2000, en La Ley, 2001-B-64), la Corte reiteró estos criterios.

[10] Para una información más completa ver "La mujer y la violencia en la República Argentina, actualización 2004", del Consejo nacional de la Mujer, en *www.cnm.gov.ar/area interv/violencia.htm*.





los derechos humanos de las mujeres, no estamos ante criterios valorativos o hermenéuticos cuyo uso puede ser discrecional. Muy por el contrario, existen obligaciones concretas que vuelven imperativo para el Estado adoptar medidas que aseguren el reconocimiento, la protección y el efectivo goce de tales derechos, asegurando que la perspectiva de género forme parte del proceso de decisión y diseño de las medidas adoptadas.

## 3. Principio de igualdad y prohibición de la aplicación sexista del proceso penal

El principio de igualdad, entendido como "el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás"[11], es impactado por el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de las mujeres.

La Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer (1995) estableció el objetivo estratégico de "garantizar la igualdad y la no discriminación ante la ley y en la práctica" e insta a los países a revisar las leyes nacionales y las prácticas jurídicas a los fines de asegurar la aplicación y los principios de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, revocar aquellas leyes que discriminen por motivos de sexo, raza, etnia, entre otros, y eliminar la discriminación de género en la administración de justicia[12].

En el ámbito del proceso penal, el principio de igualdad expresa la prohibición de la aplicación sexista del proceso. En las instituciones de justicia penal y seguridad se encuentran enraizados determinados prejuicios negativos sobre las mujeres diferentes al estereotipo dominante (mujer blanca, sumisa, heterosexual, católica, educada, occidental, burguesa, madre, casada, joven) que actúan como verdaderos mandatos sexistas, racistas y homofóbicos de gestión y actuación, aun cuando ya no sea frecuente encontrar estos mandatos explícitamente en las leyes[13].

[11] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999 p. 75.

[12] *www.onu.org/documentos/confmujer.htm*.

[13] Facio, Alda, *Género y Derecho*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999, p. 9 y ss.; Madriz, Esther, *A las niñas buenas no les pasa nada malo*, Siglo XXI, México, 2001, p. 44. Las mujeres consideradas "criminales" son caracterizadas como "monstruos masculinizados, insensibles y carentes de valores morales, que sienten envidia de los hombres, promiscuas y manipuladoras", p. 43. Bhattacharjee, *Whose safety, women of color and the violence of law enforcement*, cit. En el mismo sentido, Di Corleto, Julieta, "Mujeres que matan: legítima defensa en el caso de mujeres golpeadas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, nº 5, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

El Estatuto de Roma dispone específicamente que la aplicación e interpretación del derecho deben llevarse a cabo sin discriminar de manera adversa sobre ciertas bases enumeradas, incluyendo género (art. 21.3).

Los códigos procesales penales más modernos incorporan esta prohibición en una fórmula que expresamente prohíbe a las y los actores del sistema penal tomar decisiones sobre la base de prejuicios o cualquier forma de discriminación de género, raza, clase, entre otras[14].

Esta prohibición expresa es complementada con "la elaboración y puesta a punto de garantías, que bien se podrían llamar garantías sexuadas, idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica"[15]. Estas garantías tienen que asegurar en el proceso penal una perspectiva "igualitaria que elimine aquellas distinciones e impacto diferencial en perjuicio de las mujeres"[16] y la erradicación de la violencia sexual como una práctica naturalizada en su contexto y práctica cotidiana.

## 4. Garantías sexuadas en el proceso penal acusatorio

Si bien aparecen formuladas de modos variados en los cuerpos legislativos de cada país, existe en términos generales un acuerdo de la doctrina sobre las garantías y principios que deben estar vigentes a fin de proteger los derechos fundamentales de la o las personas sometidas al proceso penal. Brevemente, prohibición de la tortura; presunción de inocencia[17]; juicio previo[18]; excepcionalidad de las restricciones a la libertad de la o el imputado[19]; imparcialidad e independencia de las o los juzgadores[20]; juez/a natural; derecho de defensa; derecho de no autoincriminación[21]; inadmisibilidad de la persecución penal múltiple; protección y respeto de la integridad y dignidad[22]; justicia en tiempo razonable[23]; legalidad de la prueba y su apreciación no arbitraria[24]; prohibición de la retroactividad de normas procesales desfavorables para la o el imputado y restricciones a la interpretación de las leyes[25].

Sexuar estas garantías implica considerar situaciones no previstas por la ley y desterrar reglas y prácticas que contradicen, no receptan, o permiten interpretaciones que no reflejan adecuadamente los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la propia Constitución. A continuación ponemos de relieve algunos aspectos del proceso penal donde consideramos imperiosa la implementación de garantías sexuadas.

### 4. 1. Prohibición de la tortura y violencia de género

En el contexto del proceso penal debe incluirse expresamente en la prohibición de la tortura su relación específica con la violencia de género. El resto de las reglas, en especial las referentes a la coerción, prueba y ejecución de la pena, deben modificarse en consecuencia[26].

Formular expresamente la relación de la violencia de género con la tortura dentro de la garantía de prohibición de tortura en el proceso penal es el mecanismo a seguir para contribuir con el cumplimiento en la práctica estatal con los estándares internacionales de respeto a los derechos humanos de las mujeres. Esta inclusión expresa en la norma debiera repetirse en la redacción referente a la regulación sobre la legalidad de la prueba.

[14] Ver CPP de República Dominicana: "Todas las personas son iguales ante la ley (...) Los jueces, fiscales, defensores y demás intervinientes en el proceso penal deben tomar en cuenta las condiciones particulares de las personas y, en ningún caso, los jueces podrán fundar sus decisiones basándose en la nacionalidad, género, raza, credo o religión, ideas políticas, orientación sexual, posición económica o social u otra condición con implicaciones discriminatorias".

[15] Ferrajoli, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, cit., ps. 84-86.

[16] Si bien todas las garantías para las mujeres son extensivas a las niñas, éstas requieren aún de una protección más específica, ya que sufren de una victimización aún mayor que las mujeres adultas.

[17] Basada en los principios constitucionales de inocencia y legalidad. Sobre ésta se basa también el principio *in dubio pro reo* (art. 22, Proyecto de ley sobre CPPN, 12/5/2004).

[18] Incluyendo los principios del proceso oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación y celeridad (art. 2, Proyecto de ley sobre CPPN, cit.). También el derecho a intérprete de las partes y la comunidad, que suele reconocerse únicamente a la o el imputado.

[19] Art. 26, Proyecto de ley sobre CPPN, citado.

[20] La Constitución argentina reconoce como derecho el juicio por jurados. Incorporado como "principio de participación ciudadana" en el artículo 4 del Proyecto de ley sobre CPPN, cit. Este derecho de imparcialidad implica también la garantía de la separación de las funciones de investigar y de juzgar (art. 15, ídem), que se cristaliza en el sistema acusatorio, y la de igualdad en el trato (art. 14, ídem).

[21] Art. 7, Proyecto de ley sobre CPPN, citado.

[22] Reconocido ampliamente en la protección de la intimidad e integridad personales de imputadas/os, víctimas, testigos y otras personas participantes del proceso, y en las prohibiciones sobre la incomunicación y el secreto (art. 12, Proyecto de ley sobre CPPN, citado).

[23] En esta frase, la expresión "justicia" tiene por lo menos los siguientes significados, que implican a su vez garantías específicas: solución del conflicto (art. 24, Proyecto de ley sobre CPPN, cit.), sentencia definitiva (art. 17, ídem) y motivada (art. 18, ídem) sobre la base deliberación (art. 19, ídem).

[24] Arts. 20 y 21, Proyecto de ley sobre CPPN, cit.; aplicación extensiva (art. 31, ídem).

[25] Art. 25, Proyecto de ley sobre CPPN, cit.: interpretación restrictiva de normas que coartan la libertad de la o el imputado, y limitación de la interpretación analógica; art. 30, ídem, desarrollo y aplicación progresiva de los principios y garantías.

[26] Art. 20, Proyecto de ley sobre CPPN, citado.

La tortura se encuentra estrictamente prohibida por el derecho internacional[27]. En el ámbito del proceso penal, la prohibición de la tortura constituye una de las "condiciones de legitimidad de un proceso judicial dentro de un Estado de derecho"[28]. Tan absoluta es la garantía de prohibición de la tortura, que "aún en el caso de que un imputado no otra tuviera forma de probar su inocencia que someterse a la tortura, no por eso el proceso penal llega a admitirla"[29]. La prohibición de la tortura pone un límite claro al accionar estatal. Entre otras, impacta las medidas de coerción, en especial la detención y la prisión[30], a la vez que tiene consecuencias sobre la legalidad de la prueba y la pena[31].

Las mujeres y niñas son particularmente vulnerables a la tortura[32]. Ellas son frecuentes víctimas de violaciones y abusos sexuales por parte de

[27] Para el alcance del concepto de tortura en el ámbito interamericano, ver "La tortura en democracia", CEJIL, 2005, en *www.cejil.org/gacetas/Gaceta%2024%20Tortura.pdf*.

[28] Binder, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 192. Ver también Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 675.

[29] Binder, *Introducción alDerecho procesal penal*, cit., p. 192. El Estatuto de Roma, en el artículo 55.1, referente a los derechos de las personas durante la investigación, establece: "b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes". Los códigos procesales de Perú (art. 2, inc. 24, sub. inc. h) y Guatemala, entre otros, contienen expresamente la prohibición de la tortura.

[30] Binder, *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., ps. 191 y ss. En palabras de Julio Maier, "Principio de incoercibilidad del imputado como órgano de prueba" (*Derecho procesal penal*, cit., p. 489). En el ámbito del derecho estadounidense, *privilege against compelled self incrimination*, "Miranda v. Arizona", que se aparta de la doctrina y vincula la tortura con la V Enmienda constitucional, prohibición de la autoincriminación compulsiva cuando dispone la prohibición del uso de las confesiones realizadas luego del arresto, debido a que interrogar a una persona cuando está privada de libertad es "inherentemente coercitivo".

[31] El principio de prohibición de la tortura tiene también consecuencias sobre la legalidad de la ejecución de la condena. Ver CEJIL, 2006, "Respecto de la relación entre tortura y detención, el Estado argentino ha reconocido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos su responsabilidad por torturas, en el caso Bulacio", en *www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf*. En 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reabrió la causa para dar cumplimiento a la sentencia, debido a una intimación de la Corte Interamericana para que el Estado argentino presente un informe respecto de todo lo que hizo para acatar sus directivas, en *www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-45197-2004-12-24.html*.

[32] Ver Protocolo de Estambul, "Pautas internacionales para la investigación de la Tortura", en *www.unhchr.ch/pdf/8istprot_spa.pdf*, el Manual para médicos/as, en *www.irct.org/Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=Files%2FFiler%2Fpublications%2Fipip%2FGeneric-manual-psychological-Spanish.pdf* y para abogados/as, en *www.irct.org/*





miembros de las fuerzas penitenciarias y de seguridad durante la realización de actuaciones y procedimientos como detenciones, requisas, arrestos, allanamientos, entre otros[33].

La violencia sexual fue reconocida como tortura en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda[34]. Los mismos tribunales reconocieron a la violencia de género como uno de los elementos del crimen de tortura[35].

En nuestro contexto, abundan los ejemplos que dan cuenta de la importancia de visibilizar esta práctica incluso en el ámbito normativo. Así, "Con relación a estos tratos en la Unidad 31, el 17,9% de las mujeres manifestó haber sufrido violencia física, consistente en golpes, patadas, empujones o contactos sexuales no queridos, ya sea por parte del personal o de otras

*Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=Files%2FFiler%2Fpublications%2Fipip%2FGeneric-manual-legal-Spanish.pdf*. "Un informe de la Procuración Penitenciaria de Argentina da cuenta de que las mujeres recluidas en la Unidad 3 de Ezeiza cuestionan la severidad en el trato, lo que involucra, por ejemplo, la reiteración injustificada de revisaciones vejatorias con desvestido total y flexiones incluso a personas de mucha edad, un trato a todas luces degradante", CEJIL, 2006, p. 34.

[33] Por ejemplo, se reporta que en la "Unidad 5 de Santa Fe, Argentina, donde las revisiones personales para ingresar son extremadamente humillantes, especialmente hacia las mujeres visitantes, quienes se ven sometidas a abusos de los guardias, revisiones vejatorias, insultos y a una extorsión constante", CEJIL, 2006, p. 21. "Dentro de las cárceles, las mujeres están expuestas a agresiones físicas y sexuales. De todos modos, las estrategias de violencia no son iguales a las que se registran en los centros penitenciarios masculinos. Así por ejemplo, situaciones de humillación que apuntan a su intimidad –a lo relacionado con la limpieza, el cuidado del cuerpo y el temor a los contagios y la enfermedad– también conforman el marco dentro del cual se las agrede en lo físico y emocional", ídem, p. 33.

[34] La Oficina del Fiscal de la ICTY incluyó la esclavitud como violencia sexual por primera vez en el derecho internacional, para la situación de mujeres bosnias detenidas contra su voluntad y forzadas por varios meses a proveer sexo y trabajo doméstico para los soldados (the Foca indictment) *www.alrc.net/doc/mainfile.php/torture/152*. Ver también Kosovo Backgrounder, "Sexual violence as international crime", en *www.hrw.org/backgrounder/eca/kos0510.htm*.

[35] Ver, entre otros, Ximena Zavala y Lorena Fries, "Violencia sexual = tortura", en *www.lanacion.cl/p4_lanacion/antialone.html?page=http://www.lanacion.cl/p4_lanacion/site/artic/20030719/pags/20030719194937.html*; "La violación sexual como una forma de tortura en el marco de la CPI", en *www.cajpe.org.pe/rij/bases/doctrina/ARTICULO.HTM*; UNFPA y otras, 2006, "La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos. Develando conexiones", en *www.eclac.org/celade/noticias/paginas/6/27116/Bermudez V.pdf*; "Convención contra la tortura y otros tratos crueles o degradantes", en *193.194.138.190/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/f6912be62b408920c1256a2400321387/$FILE/G0046266.pdf*. En Chile, los tribunales han comenzado a admitir violencia sexual y formas de violencia de género como torturas sufridas durante la dictadura militar, ver "Mujeres acusan: violencia sexual fue tortura habitual en la dictadura", en *www.paginadigital.com.ar/articulos/2003/2003quint/noticias24/320422-7.asp*, 22/7/2003, Chile.

mujeres. La requisa representa el acto de mayor violencia, humillación y descalificación que se produce dentro de la cárcel"[36].

### 4. 2. La afectación de la imparcialidad

El proceso penal acusatorio en un Estado de derecho requiere que las y los jueces sean justos e imparciales. La imparcialidad de la o el juez demanda su independencia, imparcialidad frente al caso, y la garantía de juez natural[37]. La imparcialidad frente al caso implica que ninguna persona sea puesta en desventaja frente a los tribunales en razón de creencias, costumbres o prácticas sexistas, racistas o discriminatorias de jueces/zas y jurados, entre otros motivos.

Cuando las y los jueces aplican la ley bajo prejuicios de género, raza, clase, etcétera[38], se niega a la imputada su derecho a un juicio justo e imparcial. "En tanto los jueces adhieran a mitos con base en prejuicios de género, la intención de las leyes puede comprometerse o subvertirse a través del ejercicio de la discreción judicial"[39]. La población de mujeres privadas de libertad en nuestro país es consecuencia del uso sexista de la discreción judicial, los lugares de detención alojan a mujeres que han acudido a un hospital

[36] CEJIL, 2006, ps. 34 y 35. "Romina Vera, de 17 años, cursando dos meses de embarazo, fue esposada y golpeada en la Comisaría 19ª (...) ocurrió a plena vista de personas que se encontraban visitando a otros presos, puso a la mujer en riesgo de perder el embarazo (...) Andrea Elizabeth Viera, de 30 años, quien fue detenida el 10 de mayo de 2002 junto con Gustavo Cardozo en Florencio Varela, una localidad de la provincia de Buenos Aires. En la Comisaría 1ª, los esposaron y golpearon. Cardozo escuchó los gritos y pedidos de auxilio de Elizabeth por horas, a pesar de que la policía había subido el volumen del televisor. Ella murió 11 días después", CEJIL, 2006, p. 35. "Me llamo Lucía, estoy embarazada de cinco meses y desde hace dos me encuentro detenida en el calabozo número 2 de la Comisaría de la Mujer y la Familia, de Don Bosco. Me detuvieron agentes de la comisaría 4ª de Francisco Solano, y me dieron una paliza brutal. Todo el tiempo les rogué que pararan porque estaba embarazada, pero igual seguían golpeándome. Las patadas también se dirigían a mi vientre. Tantos eran los golpes que presentaba, que en la comisaría de Don Bosco se negaban a recibirme", denuncia contenida en el Informe del Comité contra la Tortura, *Página/12*, 20/3/2008.

[37] Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., ps. 741 y siguientes.

[38] Llamamos prejuicios de género al pensamiento estereotipado respecto de la naturaleza y roles de las personas sobre la base de una división sexual entre varones y mujeres; y a los mitos y confusiones respecto de la realidad social y económica de las vidas de varones y mujeres. Estos prejuicios pueden ejercerse en forma de violencia interpersonal, organizacional o estructural (ver Chasin, Bárbara, "Inequality and Violence in the United States", en *Humanities Press*, 1997), ya sea física o moral, o en forma irreflexiva y "automática" (ver Segato, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia*, Prometeo, Buenos Aires, 2003).

[39] Resnik, Judith, "Asking About Gender in Courts", en *Signs*, 21, 1996, ps. 952-960. Abstract en *www.binghamton.edu/womhist/vawa/doc17.htm* (trad. libre).





como consecuencia de un aborto incompleto; que se han defendido de años de violencia y riesgo a su vida; mujeres pobres, indias, negras, tratadas de forma absolutamente degradante por el propio Poder Judicial[40].

Ante esta situación se hace necesario, por una parte, garantizar expresamente el apartamiento del caso de aquellas juezas, jueces y jurados sobre quienes pese un "temor de parcialidad"[41], ya que ponen en riesgo el derecho de las mujeres a acceder a una justicia libre de "patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación" (art. 6.b. Convención Belem do Para)[42].

Por otra parte, también es necesario considerar expresamente la existencia y uso de este tipo de prejuicios dentro del derecho a impugnar las decisiones. En Estados Unidos, "la sola apariencia de prejuicios de género es motivo de recurso... aún si el juez es efectivamente imparcial"[43]. El estándar determina que, cuando el prejuicio de género afecta la imparcialidad de la o el juez, negando a la acusada un juicio justo e imparcial, las sentencias pueden ser revocadas.

### 4. 3. Defensa

El derecho de defensa está integrado por el derecho a ser oída, controlar la prueba de cargo, producir prueba de descargo, valorar la prueba y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener del tribunal una sentencia favorable[44]. Para poder ejercer estos derechos, integra el derecho de

[40] Ver la *Voz del Interior*, *www2.lavoz.com.ar/08/05/16/secciones/sociedad/nota.asp?nota_id=190224*; Di Corleto, *Mujeres que matan...*, cit.: "Una mujer víctima de violencia desesperada puede creer que no tiene otra alternativa más que matar a su agresor cuando este está durmiendo (...) el sistema legal considera esta muerte como un incidente aislado, sin considerar la realidad de la violencia doméstica; la acción de la mujer es juzgada no como una medida desesperada de legítima defensa, sino como homicidio premeditado". Bhattacharjee, *Whose safety, women of color and the violence of law enforcement*, cit., p. 26 (trad. libre).

[41] Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 752. Ver también "Turner v. Murray", donde se consagra el derecho de las personas a interrogar a las y los candidatos a jurado por prejuicios de raza a fin de poder, en todo caso, excluirles con causa basándose en la afectación de su imparcialidad. Jerold Israel, Yale Kamisar y Wayne LaFave, West Group, 2001, p. 628.

[42] Ver también CEDAW, artículo 5.a. Concretamente, se trata de incluir expresamente los prejuicios de género dentro de los motivos de recusación.

[43] "No sólo se requiere de las y los jueces de juicio que sean justos e imparciales, también deben satisfacer la apariencia de justicia. La apariencia y el comportamiento de un/a juez en un juicio criminal por jurados nunca debe indicar a las y los miembros del jurado que la o el juez piensa que el imputado es culpable". David Blanck, "What empirical research tells us: studying judges and juries behavior", en *http://disability.law.uiowa.edu/lhpdc/publications/documents/blanckdocs/40AmULRev775.pdf*, 1991, p. 3.

[44] Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 547.

defensa, la garantía de la defensa técnica idónea[45]. Esta garantía está vinculada con el principio de igualdad de armas del sistema acusatorio[46].

En el caso de las mujeres, la idoneidad de la defensa se vincula con la incorporación de conocimientos en análisis de género y la erradicación de mitos y estereotipos de género, raciales, etcétera, a los efectos de poder hacer valer adecuadamente los derechos de la imputada frente a un sistema de justicia penal sexista[47]. En este contexto, "la minimización de la violencia como antecedente, el desconocimiento de las particularidades del fenómeno de la violencia en el marco de fuertes relaciones de dominación en el ámbito intrafamiliar, sumado a los prejuicios que definen y refuerzan el problema de la discriminación"[48], operan como verdaderas desventajas para las mujeres que se enfrentan al sistema de justicia penal en calidad de imputadas[49]. Salvo algunas recientes excepciones[50], defensores/as, fiscales o jueces/zas no consideran estos elementos propios de la violencia de género como elementos que impacten el caso, ya sea en forma de atenuantes, eximentes, etcétera[51].

Por otra parte, las mujeres imputadas, en su inmensa mayoría pobres, están excluidas de la clase de recursos económicos y sociales necesarios para acceder a una representación legal adecuada desde instancias iniciales del proceso penal. La prestación pública del servicio de defensa puede ayudar a minimizar las consecuencias de estas barreras, siempre y cuando se adapte a las necesidades específicas de sus usuarias. Las formas tradicionales de

45 Como un requisito constitutivo, ídem, p. 542.

46 Ídem, p. 541. "Quien representa al ministerio público, órgano de persecución penal del Estado, es un abogado, con experiencia en derecho penal; el acusador de los delitos de acción privada (...) está siempre asistido por un letrado. De allí que resulte necesario que un letrado –al menos–, asista como defensor al imputado, cuando él no posee conocimientos jurídicos suficientes o, aun poseyéndolos, no puede ponerlos en práctica con idoneidad".

47 Madriz, *A las niñas buenas no les pasa nada malo*, cit., p. 43.

48 Di Corleto, *Mujeres que matan...*, cit., p. 4.

49 Compartimos la visión de Lidia Casas y Olga Espinoza, quienes expresan que el requisito de experticia en análisis de género debe también extenderse a las y los jueces profesionales, quienes deben advertir al jurado y jueces/as legos sobre la ilegalidad de las decisiones sexistas y actuar ante la sospecha de parcialidad. Ver Casas, Lidia y Espinoza, Olga, *La perspectiva de género en la defensa de mujeres bajo el nuevo sistema procesal penal chileno*, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, IBCCrim, v. 14, n. 61, 2006, ps. 215-274.

50 Ver *Clarín*, 27/2/2007: "Absuelven en mar del Plata a una mujer que mató de un balazo a su esposo", en *www.clarin.com/diario/2007/02/27/um/m-01371336.htm*.

51 Casas y Espinoza, *La perspectiva de género en la defensa de mujeres bajo el nuevo sistema procesal penal chileno*, cit., p. 215-274.





organización de la defensa pública son poco accesibles para las mujeres pobres, y nuevas iniciativas son requeridas a fin de garantizar este derecho de manera concreta[52].

Otro requisito para garantizar el derecho de defensa de las mujeres es prohibir expresamente el rechazo de prueba de descargo vinculada a la historia de violencia de género (familiar, sexual, etc.) de la imputada. Cuando las estrategias de defensa de mujeres imputadas incluyen la historia de la violencia de género sufrida, ésta suele ser minimizada y excluida mediante el ejercicio sexista de la discreción judicial al que hacíamos referencia. Esta situación se agrava si los hechos de violencia no han sido denunciados formalmente o no se han obtenido condenas, lo que es la regla en contextos de impunidad estructural frente a la violencia contra las mujeres[53]. La producción de prueba de descargo está vinculada a la inocencia o la aminoración de la consecuencia penal para la imputada, y por lo tanto, la o el juez no puede rechazar su producción arbitrariamente[54]. La producción de esta prueba y su admisión en el juicio es insoslayable para probar que la imputada actuó en legítima defensa.

Asimismo, también es necesario prohibir de modo expreso la prueba de cargo vinculada a probar que una persona actuó de una forma determinada basada en su carácter o disposición personal. En el caso de mujeres imputadas es común enfrentar acusaciones basadas en el carácter de "mala madre", "puta", o "provocadora", o "esposa vengativa", o "viuda negra" –entre otros estereotipos– de la imputada[55].

### 4. 4. Principio de inocencia, coerción procesal y violencia de género[56]

Según Alberto Binder, "juicio previo y principio de inocencia son dos caras de una misma moneda (...) a partir de ellas comienza a construirse el

52 Bridge, 1996, "Human Rights and Poverty, a Gender analysis", en *www.bridge.ids.ac.uk/reports/re49.pdf*, p. 16. Entre otras cosas, las abogadas y abogados defensores deben considerar si las imputadas están siendo tratadas de manera equitativa y si su dignidad está siendo respetada.

53 Un ejemplo del ejercicio sexista de la discreción judicial lo encontramos en el tribunal jujeño que rechazó "por inconducente" el ofrecimiento de prueba sobre la violación sexual sufrida por Romina Tejerina, realizado antes del juicio oral por sus abogadas.

54 Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 585. Debe ser posible presentar esta información tempranamente en el proceso, para lo cual es necesario garantizar el acceso de la imputada a una persona con capacitación en violencia de género y derechos humanos de las mujeres como parte de la defensa pública. Los prejuicios sexistas y racistas afectan negativamente la valoración de la prueba de descargo producida por la defensa de mujeres también en otros casos, Fawcett, 2006 *www.fawcettsociety.org.uk/documents/UnderstandingYourDuty.pdf*, p. 10.

55 Ver Josephine Ross, 2004, "He looks Guilty, reforming good character evidence", Boston College law School, en *http://ssrn.com/abstract=560685*.

56 Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 510.

escudo protector frente al poder arbitrario"[57]. Sobre la base de estas garantías, las medidas de coerción en el proceso penal deben ser excepcionales, proporcionales y limitadas en el tiempo[58].

En este esquema, la excepcionalidad de las medidas cautelares implica que su necesidad "debe ser invocada y acreditada en cada caso por el fiscal"[59] y que debe aplicarse siempre la medida menos gravosa posible para los derechos de la imputada. La proporcionalidad conlleva como consecuencia que "las medidas cautelares (...) deben ser excluidas cuando se trata de procesos en delitos de baja gravedad (...) y que su duración debe ser siempre limitada, teniendo en consideración el monto de la pena arriesgada"[60].

Los estándares para justificar la aplicación de prisión preventiva deben ser muy elevados. El estándar vigente debe ser reconsiderado, a fin de garantizar derechos fundamentales de las personas sometidas a proceso penal.

En cuanto a la imposición de medidas de coerción sobre mujeres imputadas, diversos aspectos ponen en cuestión la legalidad de su aplicación actual. El ámbito de la coerción procesal se encuentra gravemente afectado por los prejuicios sexistas y otros oscurecidos en la discreción fiscal y judicial.

Por una parte, es necesario revisar, a la luz del género, las reglas y prácticas referentes a las medidas cautelares pecuniarias. El menor acceso a recursos económicos por parte de las mujeres las afecta en dos sentidos. El estándar de los montos de fianza utilizados por los tribunales no toma en cuenta esta diferencia en el acceso al dinero, por lo que, los montos fijados suelen ser desproporcionadamente altos para las mujeres imputadas. Asimismo, son mucho más frecuentes los incumplimientos en los pagos o las medidas sustitutivas de la prisión preventiva, debido justamente a las condiciones de violencia familiar –que afecta la posibilidad de disposición de las mujeres sobre los recursos económicos– y de violencia estructural –por ejemplo, que las mujeres frecuentemente tengan que financiar individualmente la crianza de hijas e hijos, o el sostenimiento de personas a su cargo[61]–. Estos incumplimientos suelen tener graves consecuencias en el proceso.

Por otra parte, es necesario reformular las reglas y prácticas referentes a la legalidad de la aplicación de prisión preventiva en el caso de mujeres

57 Binder, *Introducción al Derechoprocesal penal*, cit., p. 119.

58 Ídem, ps. 195 y siguientes.

59 Mauricio Duce y Cristián Riego, *Prisión preventiva y demás medidas cautelares personales en el proceso penal*, Santiago de Chile, 2007, p. 246.

60 Ídem, p. 260.

61 Ver Caught, 2004, "The impact of Drug Policies on Women and Families, ACLU, en *www.aclu.org/drugpolicy/gen/23513pub20050315.html*.





imputadas. En los casos de aborto es una práctica fiscal y judicial, aún extendida, mantener a mujeres privadas de su libertad en establecimientos estatales, mediante la imputación de un hecho con una calificación legal por un delito de gravedad y que arriesga una pena mayor, como es el "homicidio calificado por el vínculo"[62].

En los casos de violencia contra las mujeres, "Las mujeres golpeadas que atacan o matan a sus agresores son detenidas por más tiempo antes del juicio, enfrentan fianzas más altas, y reciben sentencias más largas que cualquier otro tipo de acusado"[63]. En los casos de mujeres imputadas por otros delitos, como tráfico de drogas o en los casos de trata de personas, la práctica consiste en aplicar prisión preventiva sin discriminar la posición y participación de las mujeres en la comisión del delito[64]. Estas prácticas son ilegales y es responsabilidad de las autoridades y las y los funcionarios públicos erradicarlas del sistema de justicia.

Asimismo, gran parte de las mujeres imputadas está privada de su libertad en condiciones inaceptables. O bien se encuentran encerradas en establecimientos inadecuados donde son víctimas de violencias sistemáticas como el hacinamiento y la imposibilidad de acceder a derechos básicos[65]; o

62 Para ello se valen de regulaciones que deben ser eliminadas de la legislación procesal penal si es que se pretende adecuarla a las exigencias de la Constitución Nacional. Nos referimos al establecimiento de delitos inexcarcelables o al establecimiento del monto de la expectativa de pena como criterio para imponer automáticamente una medida privativa de la libertad prescindiendo de la prueba suficiente de que en cada caso concreto existen peligros procesales (fuga/entorpecimiento) que son los únicos supuestos que inicialmente permiten el encierro preventivo.

63 Di Corleto, *Mujeres que matan...*, cit., p. 26.

64 Esto es particularmente importante al momento de diseñar herramientas político-criminales de protección de testigos, pero también respecto de la necesidad de incorporar la variable género en el análisis de la situación y rol de cada una de las personas que participan en estas actividades. Una de las principales estrategias de sujeción que utilizan estas redes con las mujeres que captan, aprovechándose de condiciones estructurales de vulnerabilidad, es condicionar el acceso a condiciones menos violentas (y a veces la vida misma) a su participación en actividades propias de la red tales como el reclutamiento de otras mujeres o el control o vigilancia de las que van incorporándose. Ha ocurrido muchas veces que la aplicación "neutra" de la ley ha hecho que insoslayablemente estas mujeres terminen incorporadas al proceso sólo como acusadas, sin ningún registro de su condición de víctimas. Es una pena que la recientemente sancionada ley de trata de personas 26.364 no sea explícita en este sentido, si bien reconocen explícitamente derechos a las víctimas. Ver en *www.soloderecho.com/foros/viewtopic.php?f=12&t=914*.

65 Ver *Informe preliminar: Acceso a la justicia de las mujeres detenidas en la provincia de Buenos Aires*, Laurana Malacalza, Inés Jaureguiberry, Sofía Helena Caravelos, Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria/ Colectivo de Investigación y Acción Jurídica, Buenos Aires, 2008, en *www.comisionporlamemoria.org/comite/mujeres/01.doc*.

en establecimientos penitenciarios escasos y alejados, que las distancian de sus vínculos cercanos, problema que los varones encarcelados tienen en menor medida. Adicionalmente, las mujeres imputadas suelen ser madres en familias unimarentales, a cargo del cuidado y el sustento de sus hijas/os y otras personas del entorno íntimo. En muchos casos, las imputadas pierden totalmente los derechos más básicos de contacto con sus hijas/os y sus vínculos más cercanos, y carecen de información respecto de qué sucede con ellas/os[66]. En ambos casos, las mujeres privadas de su libertad son víctimas de tortura y otras violaciones a sus derechos por parte del personal penitenciario y de seguridad a cargo[67].

Frente a estos casos donde es evidente el agravamiento ilegal de las condiciones de detención por la pertenencia de género de la imputada[68], es necesario garantizar de forma expresa que las mujeres y otras personas cuyas identidades sexuales son desvalorizadas por el patriarcado, en especial si tienen a su cargo el cuidado o el sostén de hijas/os pequeños, cumplirán

66 "Un estudio realizado en el año 2002, en la Unidad 5 de la Provincia de Santa Fe, Argentina –Instituto de Recuperación de Mujeres de Rosario–, determinó que la mayoría de las detenidas había sido abandonada por sus parejas y apenas recibían visitas de sus familiares", CEJIL, 2006, cit., p. 16. Citas del párrafo del texto original: "Las investigaciones recolectadas con relación a este punto dan cuenta de cómo la ubicación de los centros de detención afecta la recepción de visitas. En un estudio realizado por el Inecip en Argentina se verificó que la ubicación de la Unidad 3 de Ezeiza dificulta la periodicidad de las visitas en razón de su costo económico. Lo mismo se observa respecto de la Unidad 31 de Ezeiza, donde el 60% de las mujeres manifestó no recibir visitas en el penal. El 43,5% de estas mujeres refirió que no reciben visitas por la distancia y el 17,4% por el costo. Por supuesto, la población penitenciaria extranjera recibe aún menos visitas que la nacional, por lo que su encierro supone un mayor grado de vulnerabilidad".

67 "En las Unidades 3 y 31 de Ezeiza, en Argentina, las estrategias del personal penitenciario para controlar los conflictos o faltas de conductas individuales se circunscriben básicamente al método de aislamiento. En el período comprendido entre el 1 de junio hasta el 12 de agosto de 2004, en la Unidad 3 de Ezeiza se impusieron 115 sanciones, de las cuales 104 fueron de aislamiento (...) los sectores de aislamiento destinados al castigo de las mujeres sancionadas son inhabitables. Su estado de conservación es pésimo y sus dimensiones mínimas. El baño está inutilizable y ello hace que las mujeres deban realizar sus necesidades en la misma celda, por lo que el lugar despide un olor nauseabundo. Los colchones en los que duermen las reclusas están rotos, llenos de pulgas y mojados (...) permanecen encerradas durante 22 horas, algunas de ellas en celdas sin luz y sin abrigo (...) el aislamiento puede disponerse por cualquier conducta (...) se aplica sobre las que más reclaman (...) las condiciones de 'los tubos' son aún peores que las de los pabellones". CEJIL, 2006, cit., p. 32. Ver también Salinas, Raúl. *El problema carcelario. Límites del castigo*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2006, p. 24. Las instituciones penitenciarias suelen generar obstáculos burocráticos y otros basados en estereotipos de género que restringen a las mujeres detenidas sus derechos a las visitas personales.

68 Fawcett, *www.fawcettsociety.org.uk/documents/Understanding...pdf*





las restricciones a su libertad fuera de establecimientos de encierro, de acuerdo con otras modalidades[69].

### 4. 5. Derecho a ser juzgada por sus pares y equidad de género

Según Julio Maier, "el ser juzgado por los propios conciudadanos es hoy antes un derecho fundamental de cada habitante, que una forma específica de distribución del poder político o de organización judicial (...) la (Constitución Nacional, art. 24) nos concedió uno fundamental: el juicio de aprobación o desaprobación de nuestros conciudadanos presidiría el fallo penal, esto es, abriría o cerraría las puertas para la aplicación del derecho penal, para el ejercicio, conforme a derecho, del poder penal estatal"[70].

La idea de un jurado constituido por pares apunta a "otorgar a la persona imputada un juicio justo, a través de ubicar en su jurado por lo menos un número representativo de personas que comparten con la persona imputada sus circunstancias culturales, lingüísticas, étnicas o posiblemente socioeconómicas"[71].

Ello impacta principalmente en el proceso de selección de los jurados. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que "la discriminación en la selección del jurado, ya sea que se base en raza o en género, causa daño a los litigantes, la comunidad, y los jurados individuales (...) cuando los actores estatales ejercen el derecho a excluir candidatos/as a jurados sin causa basado en estereotipos de género, ratifican y refuerzan las visiones perjudiciales respecto de las habilidades relativas de varones y mujeres".

En el mismo caso, se ha establecido que el proceso de selección de las y los jurados debe realizarse sobre una muestra verdaderamente representativa de ciudadanos/as[72] "por medio de un proceso de selección que no permi-

69 Por supuesto, esta garantía debiera ser extensiva a todas las personas que sean víctimas de estas manifestaciones de revictimización. Nos referimos, por ejemplo, al arresto domiciliario o restricciones a la libertad como las firmas de fin de semana, pulseras de monitoreo, etc. En noviembre de 2006, la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación dictaminó de forma favorable un proyecto de ley cuyo objeto es la modificación del artículo 32 de la ley 24.660, de Ejecución de la pena privativa de libertad, ampliando los supuestos en que el condenado tiene derecho al arresto domiciliario (ver orden del día 1261, sesiones ordinarias 2006). En este proyecto se contempla expresamente que las mujeres embarazadas tienen derecho a cumplir prisión domiciliaria. Entre los fundamentos que se citan al respecto en el proyecto se incluyen la preservación de la integridad física, la prohibición de tortura y las normas internacionales que protegen a las mujeres y a las niñas y niños (p. 5).

70 Binder, *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., ps. 777 y 778.

71 James Oldham, 2006, "Trial by Jury", Georgetown Law Faculty Blog, en *http://gulcfac.typepad.com/georgetown_university_law/2006/09/trial_by_jury.html*.

72 Conocida como la Regla de representatividad razonable (*Reasonable Cross Section Rule*). "Cuando esta regla aplica (y sus aplicaciones son hasta ahora muy frecuentes), se

ta la exclusión arbitraria de las personas sobre bases cuyo objeto es discriminarlas negativamente"[73], como por ejemplo, el género.

Por otra parte, el derecho a ser juzgada por sus propias pares tiene una vinculación muy estrecha con el derecho de todas las personas a participar en la administración de justicia. Conforme con lo previsto por la Constitución Nacional, las y los ciudadanos participarán en la administración de la justicia penal. En la Ley Fundamental, el "juicio de jurados comporta una clara decisión política acerca de la participación de los ciudadanos en las decisiones estatales"[74].

Es necesario adecuar la legislación vigente a fin de asegurar la inclusión de las mujeres en condiciones de igualdad como candidatas para la participación en un jurado y durante el desarrollo de esa participación[75]. Ello

requiere que el jurado refleje una representación razonable de la comunidad de la cual las y los jurados son extraídos. Este desarrollo es ahistórico, ya que históricamente los jurados estaban compuestos por personas con calificaciones especiales. Un ejemplo prominente fue el jurado de comerciantes, utilizado ampliamente en casos comerciales en los siglos XVII y XIV", Oldham, "Trial by Jury", cit., en *http://gulcfac.typepad.com/georgetown_university_law/2006/09/trial_by_jury.html* (trad. libre). Ver también "Duren v. Missouri", 1979, en Chng Huang Hoon, 2006, "Who are my peers?", en *www.anzasa.arts.usyd.edu.au/a.j.a.s/Articles/1_02/Hoon.pdf*.

73 Ídem, p. 15. Asimismo, se ha considerado necesario incorporar reglas expresas que garanticen que las instrucciones al jurado destacan la importancia de la igualdad de género y de una deliberación libre de patrones y estereotipos sexistas y racistas, tanto en la selección de la persona a cargo de la presidencia del jurado como en sus deliberaciones. Ello así, dado que se ha demostrado que la discriminación y violencia contra las mujeres tiene como consecuencia que las opiniones y voces de las mujeres no son valoradas y escuchadas de la misma manera que las de los varones en los procesos de deliberación, y que las mujeres son frecuentemente descartadas para servir como presidentes de los jurados.

74 Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 778.

75 No fue sino hasta 1941, en "Glasser v. United States", que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos examinó por primera vez la exclusión de las mujeres del jurado como una falla. "La exclusión de las mujeres del deber de jurado en Estados Unidos se origina en el sistema inglés del *common law*, que argüía en favor de la exclusión de las mujeres del deber de jurado en base a lo que se denomina 'el defecto del sexo'. Este defecto convertía a las mujeres como mucho en ciudadanas de segunda, 'incapaces del razonamiento inteligente requerido para servir como jurado'", Chng Huang Hoon, "Who are my peers?", cit. (trad. libre). A partir de esta decisión, dicha Corte Suprema fue expandiendo "gradualmente la interpretación de esta garantía, incorporando a su significado que la discriminación en contra de afroamericanas/os, latinas/os, y mujeres en general es impermisible". "La decisión de la Corte en 1946 en Ballard v. United States, 329 U.S. 187 (1946), previene que las mujeres puedan ser excluidas del jurado. Luego, en 1978 en su decisión en Duren v. Missouri, 439 U.S. 357 (1978), la Corte encontró que los imputados podían probar una violación de la Sexta Enmienda si podían mostrar que grupos particulares se encontraban subrrepresentados en los jurados, ya fuera o no que la corte hubiera buscado intencionalmente excluir a estos grupos. En breve, la Corte sostiene que un jurado no representativo es un jurado injusto", en "Gender Bias in Jury Selection", 2002, en *www.courts.state.pa.us/Index/supreme/BiasCmte/FinalReport.ch3.pdf*.





requiere de reglas sobre la convocatoria que garanticen la inclusión representativa de mujeres en la confección del grupo de candidatas/os a jurado (*jury pool*, en el ámbito anglosajón[76]).

Finalmente, en el caso de los tribunales profesionales colegiados, también se hace necesario consagrar expresamente una norma sobre su integración de género. Por ejemplo, el Estatuto de Roma exige que al seleccionar a las y los jueces se asegure una representación equitativa de mujeres y varones[77], como una forma de garantizar que la Corte no esté integrada por un panel de personas de un solo sexo. En el mismo sentido se expresa la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, al establecer que en la integración de órganos colegiados de tres o más miembros no puede incluirse a tres personas del mismo sexo[78]. En la misma dirección apuntó el Decreto 222/03, en el cual el Poder Ejecutivo autolimita sus facultades para designar a los/as Ministros/as de la Corte Suprema y dispone en su artículo 3 que "al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal".

76 Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha establecido: "Todas las personas, cuando se les otorga la oportunidad de servir en un jurado, tienen el derecho a no ser excluidas sumariamente debido a presunciones estereotipadas y discriminatorias que reflejan y refuerzan patrones históricos de discriminación" Jerold Israel, Yale Kamisar y Wayne LaFave, West Group, 2001, p. 646. "J.E.B. v. Alabama". "Taylor v. Lousiana", 419 U.S. 522, 95 S.Ct. 692, 42 L.Ed.2d 690 (1975), en Jerold, Kamisar y LaFave, West Group, 2001, p. 625. También es necesario asegurar materialmente la participación de mujeres a través de diferentes servicios sociales de apoyo que les permita asumir sus responsabilidades y participar plenamente de la vida pública. Ello implica reconocer las especiales cargas que la discriminación impone a las mujeres y asumir medidas concretas para neutralizarlas, como por ejemplo garantizar el transporte, cuidado de niñas/os u otras personas a su cargo, y una justa compensación económica. "Es evidente que el cuidado de niñas/os, ancianas/os y el transporte son los temas que más relevantemente afectan la participación de las mujeres en los jurados", en "Gender Bias in Jury Selection", cit., p. 8.

77 La puesta en marcha de esta garantía exige la implementación de una política de igualdad de oportunidades para la integración de las instituciones del sistema de justicia. Dicha provisión aplica también para la selección del personal de la Oficina del Fiscal General. En la VI Cumbre Iberoamericana, celebrada en España en el 2001, las y los presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia adoptaron el Estatuto de Juez Iberoamericano, contemplando los principios de Equidad y de no Discriminación. Ver *www.cjf.gob.mx/encuentroconsejos2002/docs/estatuto.pdf*; *www.geocities.com/leyesdominicanas/estatutojueziberoamericano.html*.

78 Art. 36, Constitución CABA.

### 4. 6. Respeto a los derechos fundamentales y dignidad de las mujeres imputadas

A fin de lograr garantizar el derecho a la dignidad y a una vida libre de violencia de las mujeres durante el proceso penal, es necesario que se reconozca expresamente en la legislación la garantía general de respeto a los derechos fundamentales de las mujeres. Ello conlleva también la modificación de prácticas:

– Protección de intimidad e integridad de las acusadas durante el proceso. Al respecto, el artículo 68 Estatuto de Roma establece: "Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales". Como se mencionó, deben respetarse la intimidad e integridad de las mujeres imputadas sometidas a medidas de coerción, en especial si se trata de prisión preventiva.

– La atención por personal de igual sexo para la realización de medidas de prueba o en la interacción con fuerzas de seguridad o penitenciarias, como una forma de asegurar mejores condiciones para garantizar la intimidad e integridad de las imputadas[79].

– La limitación de la publicidad para la divulgación de información relativa a la historia de abuso o violencia sexual/familiar de la imputada y a su vida privada en general.

– Los arreglos para el cuidado de hijas/os pequeños de las imputadas/os cuando asisten a tribunales, están cumpliendo con medidas relativas a suspensión del juicio a prueba[80] o enfrentan el riesgo de que les sea impuesta una medida cautelar restrictiva de la libertad[81].

– La vinculación con servicios de salud y salud mental, a fin de garantizar este derecho a las mujeres imputadas. La provisión de servicios de salud está vinculada con el efectivo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos[82]. La detección temprana de problemas de salud mental es crucial para la evaluación de la imputabilidad y la aplicación de salidas alternativas, como la suspensión del juicio a prueba[83].

– La provisión de medios de transporte adecuados para asistir a las medidas que lo requieren, dado que muchas mujeres enfrentan obstáculos extra para acceder a medios privados y públicos de transporte[84].

El principio de no discriminación por género, consagrado en las Convenciones de CEDAW y Belem do Pará tiene implicancias concretas aplicado a la ejecución de penas y otras medidas[85]. En el caso de las mujeres con-

[79] En este sentido, art. 190, ley 24.660. Asimismo, es necesario garantizar la integridad física y sexual de las mujeres que van a los establecimientos carcelarios como visitas: "en la Unidad 5 de Santa Fe, Argentina, donde las revisiones personales para ingresar son extremadamente humillantes, especialmente hacia las mujeres visitantes, quienes se ven sometidas a abusos de los guardias, revisiones vejatorias, insultos y a una extorsión constante", CEJIL, 2006, p. 17.

[80] Fawcett, *www.fawcettsociety.org.uk/documents/UnderstandingYourDuty.pdf*, p. 13.

[81] La existencia de establecimientos carcelarios para mujeres no garantiza que éstos contemplen ambientes tales como salas cuna o guarderías para los hijos, escuelas, celdas especiales para mujeres embarazadas, ni que estén regulados por normas que permitan ejercer derechos como el de visita íntima; ver Casas y Espinoza, *La perspectiva de género en la defensa de mujeres bajo el nuevo sistema procesal penal chileno*, cit., p. 13.

[82] Es necesario que la ley garantice a las mujeres el acceso a la salud, tanto para ellas como para sus hijos/as u otras personas con quienes convivan en prisión (art. 57; art. 23.1 Reglas Mínimas ONU para tratamiento de los reclusos, Principio 5.2 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión). "*Todas las mujeres* reclusas deben tener la garantía de atención médica en general y en su salud sexual y reproductiva, con acceso a atención ginecológica, exámenes periódicos preventivos como Papanicolau, mamografía, ecografía ginecológica, etc.". Adicionalmente, deben incorporarse previsiones especiales para garantizar el acceso a tratamiento a personas con necesidades especiales y sero positivas o viviendo con vih o enfermas de sida. Cladem, *www.cladem.org/espanol/nacionales/uruguay/UY-informeprivadaslibertad.asp*; ver *www.icw.org/tiki-download_file.php?fileId=67*.

[83] Fawcett, *www.fawcettsociety.org.uk/documents/UnderstandingYourDuty.pdf*, p. 11.

[84] Ibídem.

[85] Ver el art. 2, Principios Básicos ONU para tratamiento de los reclusos; 6.1 Reglas Mínimas ONU para el tratamiento de los reclusos, Principio 5 del Conjunto de principios ONU para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, entre otras. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Derechos de la Mujer", en *www.cidh.org/women/Mujeres98/Capitulo1.htm#1.%A0%A0%A0%20Principios%20de%20no*. CEJIL, 2006: "Merecen nuestra atención las condiciones de vida de las mujeres privadas de su libertad en Jujuy (...) en septiembre de 2004, se verificó el alojamiento de mujeres en un trailer de camión de aproximadamente 2 metros de ancho y 10 de largo, de características similares a los utilizados por los frigoríficos para el transporte de reces. En estas condiciones se encontraban veinticinco mujeres, una adolescente de 16 años, dos niños de 4 años y uno de 5 (...) en la Alcaidía Federal (...) doce mujeres, junto con una niña de 28 días de vida, residían en una celda de 16 $m^2$, en la que había once camas", p. 7. "El número de centros de detención destinados al encarcelamiento de mujeres es menor que el destinado a los varones. Frente al crecimiento de la población penitenciaria femenina y ante la falta de centros de detención destinados a mujeres, algunos estados han optado por disponer sectores de las cárceles de varones para el alojamiento de mujeres. La circunstancia de que las mujeres residan en cárceles construidas y destinadas para la detención de los varones hace que los sectores de la prisión destinados a las mujeres sean dirigidos por varones, aun cuando las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos indican que estos centros no deben estar controlados por personal penitenciario masculino", p. 13. En cuanto a las visitas íntimas, por ejemplo, "en la Unidad 5 de Santa Fe, Argentina, las mujeres deben demostrar que convivían con su pareja con anterioridad al ingreso a la cárcel.

denadas a penas de prisión, el ya citado Informe de CEJIL de 2006 sobre la situación de las mujeres privadas de libertad en la Argentina, acredita la existencia de diversas violencias y discriminaciones ejercidas contra las mujeres presas sobre la base de su género.

Del mismo modo, cuando mujeres imputadas son sujeto de medidas restaurativas, debe impedirse que estas refuercen estereotipos de género y el rol subordinado de las mujeres en la sociedad. Este principio general debe ser observado por las y los jueces de garantías y ejecución a la hora de homologar o controlar la ejecución de los acuerdos.

### 4. 7. Prohibición de la autoincriminación y respeto del derecho a la salud[86]

Es una práctica común en el servicio de salud pública de nuestro país denunciar a las mujeres, siempre pobres, que concurren como consecuencia del daño para su vida y/o su salud, que conlleva abortar clandestinamente siendo pobre o sobrevivir traficando drogas en el propio cuerpo. Quienes denuncian suelen ampararse en la obligación genérica de denunciar delitos que tienen las y los funcionarios públicos. Esto coloca a las mujeres ante un dilema insostenible: marginarse del sistema de salud o autoincriminarse[87].

La Constitución Nacional reconoce el derecho a no autoincriminarse y el derecho a la vida, a la salud, a la igualdad y a la intimidad (arts. 16, 18,

Además deben realizarse un análisis de vih-sida y una inspección rigurosa de 'higiene'. En el año 2002, en dicha Unidad 5 –con una capacidad de albergar a 50 mujeres–, ninguna de las detenidas había accedido a las visitas íntimas y sólo había dos pedidos en trámite. En septiembre de 2006, en la Unidad 3 de Ezeiza, el 87,7% de las mujeres manifestó no tener relaciones sexuales en el penal", p. 18.

86 Raquel Asensio es la autora del texto presentado en este punto.

87 En igual situación se encuentran los varones que acuden a ser atendidos a servicios de salud con signos de violencia o heridas resultantes de su posible participación en una conducta ilícita. La jurisprudencia ha sido vacilante en torno a la suerte que deben seguir estas denuncias y a los alcances que se debe otorgar al secreto profesional, al deber de las y los funcionarios públicos de denunciar, y al derecho a no autoincriminarse. A modo de ejemplo, se puede mencionar, en casos de denuncias por complicaciones de abortos inseguros, "Frías, Natividad", Cámara Nacional Criminal y Correccional, en pleno, 26/8/1966; "I.; D.B. y otros", Cámara Criminal y Correccional de San Martín, en pleno, 5/7/1985, JA 1986-III-283; "C., J.V.", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 6, 29/11/1991, JA 1992-III-309; entre otros. Con criterios contrarios a los establecidos en el plenario Natividad Frías, se puede mencionar el caso "I, M", Corte Suprema de la Pcia. de Santa Fe, 12/8/1998, "Manturano, Amelía y otra", Cámara Criminal y Correccional de Lomas de Zamora, JA 1981-IV-454; y "RR", Cámara Criminal y Correccional de Morón, en pleno, 8/5/1986, JA 1986-III-593; más recientemente, "Gallo, N.", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, 17/7/2007; entre otros. En casos de denuncias de quienes concurrieron a hospitales públicos por ingesta de estupefacientes, Zambrana Daza, CS, 12/8/1997, LL 1999-B166; "Baldivieso, César", Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, 12/11/2003.





19, 33 y 75, inc. 22). El deber del médico/a de mantener el secreto frente a estos hechos es la contracara del derecho constitucional que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí misma[88].

Imponer a las y los funcionarios y/o empleadas/os del sistema de salud pública, el deber de denunciar penalmente a las personas que acuden a ellas/os conlleva la vulneración del goce pleno del derecho a la salud –que como derecho personalísimo corresponde a toda persona, haya cometido o no un delito–[89], del secreto profesional y de la garantía de autoincriminación, y, adicionalmente, del derecho constitucional a la igualdad[90]. Doctrinarios como Ricardo C. Núñez y Germán Bidart Campos coinciden en que la denuncia de las pacientes por el supuesto delito de aborto constituyen el delito de violación de secreto profesional[91].

88 Esta garantía implica que del silencio de la persona, su mentira o su negativa a declarar no pueden extraerse argumentos *a contrario sensu*. Binder, *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 179: "La facultad del imputado de confesar es personalísima, y no puede ser inducida por el Estado de ningún modo". Respecto del caso de aborto, Binder sostiene que la denuncia del funcionario/a público constituye una violación de la garantía de no autoincriminación, ya que se trata de un caso en que la imputada no puede decidir libremente acerca de la confesión, dado que su salud y vida se encuentran en riesgo, ver p. 182.

89 El argumento de que no se desconoce el derecho a la salud porque la atención médica no es negada, o que no se vulnera el derecho a la no autoincriminación porque quien asiste al centro de asistencia médica lo hace voluntariamente, refleja un abordaje netamente formal y parcial del problema, que omite considerar la ilegitimidad de que el Estado se valga de la situación de necesidad de una persona para comenzar en su contra una investigación penal, con la posibilidad de aplicarse, luego de ella, una pena, y el efecto negativo sobre las potenciales víctimas, a quienes a través de la medida se desalienta a acudir a los servicios públicos de salud.

90 Ello así, dado que quienes tienen recursos suficientes para costear una atención médica privada no corren el riesgo de ser denunciados/as, pues estos casos quedan claramente bajo el amparo del secreto profesional. En otras palabras, el deber de denunciar consagra normativamente la transformación de los mencionados derechos en privilegios de clase.

91 Ricardo Núñez dice que, tanto para los profesionales que actúan en hospitales públicos como en ámbitos privados, "la reserva encuentra su razón en la prevalencia que la ley le atribuye al interés de la salud del paciente, incluso si éste fuera un delincuente o es un delincuente convicto, sobre el interés social en la prosecución y castigo de los delincuentes"; en "Violación de secreto profesional y denuncia del aborto", *La Ley*, 1980-D-475. Por su parte, haciendo hincapié en la fundamentación constitucional del secreto, Bidart Campos manifiesta: "No dudamos que el médico que bajo revelación del enfermo toma conocimiento del aborto, no puede denunciar el delito. Se lo impide el secreto profesional, que para nosotros tiene seguro arraigo constitucional en el derecho a la intimidad o privacidad. El médico no puede disponer a su criterio de ese derecho. O sea, no puede optar entre guardarlo o hacerlo público, porque en la relación de privacidad entre él y el paciente tiene el deber constitucional de abstenerse de revelar lo que supo bajo secreto

La prohibición de violar el secreto profesional impacta las reglas de prueba. No pueden utilizarse como evidencia a los fines de la persecución penal aquellas probanzas, testimonios o indicios materiales de naturaleza corporal de una persona que las confía al médico o médica o de alguna manera las hace presente a quien la atiende.

En su informe de febrero de 2004, el Relator Especial de la Salud de Naciones Unidas estimó que los Estados deben tomar medidas eficaces para garantizar la confidencialidad y la privacidad de los servicios médicos. Esos incumplimientos pueden "disuadir a las personas de buscar asesoramiento y tratamiento, con el consiguiente perjuicio para su salud y su bienestar"[92].

Coincidentemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en 2004 sobre el secreto profesional, concluyendo "que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional" y que "los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos"[93].

### 4. 8. Garantías sexuadas y diferentes tipos de proceso penal

Los sistemas de justicia modernos contemplan diversos tipos de procesos penales. A grandes rasgos, estos son: juicio por jurados, juicio por jueces/zas profesionales, juicio abreviado y alternativas al proceso penal. El juicio por jurados es el proceso penal que mayor respeto por las garantías de la imputada ofrece. El resto de los procesos debe adaptar su funcionamiento en una escala descendente de garantías y coerción penal, a fin de conservar

profesional", en "Denuncia de aborto y secreto profesional", *El Derecho*, t. 166, p. 225. Respecto de la obligación de denunciar delitos que tienen las y los funcionarios públicos, el Comité de Derechos Humanos ha considerado: "Cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos (...) [puede] ocurrir que los Estados no respeten la vida privada de la mujer"; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, "Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres (art. 2)", Observación General Nº 28, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 10, 29 de marzo del 2000, párrafo 20. En particular, en sus observaciones finales sobre Chile, el Comité recomendó que la ley sea enmendada para proteger la confidencialidad de la información médica; Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Chile, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999), párrafo 15.

92 Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial de Salud, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", E/CN.4/2004/49, párr. 40. Los Comités de Naciones Unidas que tienen a su cargo el monitoreo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la CEDAW y la Convención de los Derechos del Niño han entendido que la violación del secreto profesional vulnera el derecho a la intimidad y a la salud.

93 Corte IDH, "Caso De la Cruz Flores", Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C Nº 115.





su legitimidad en un Estado de derecho. En otras palabras, cuando se opta por un procedimiento distinto al juicio por jurados, el estándar de garantía desciende y debe, por tanto, cerrarse la autorización para que el Estado ejerza coerción[94].

Cuando procedimientos con menos garantías y mayor discreción para las y los funcionarios públicos se aplican sobre imputadas mujeres, deben tenerse en cuenta las consecuencias de la intersección de la violencia penal con la violencia de género estructural, en particular el menor acceso de las mujeres a todo tipo de recursos[95].

Para ello, es necesario garantizar diversas instancias de revisión y control de los acuerdos y decisiones a fin de asegurar que su contenido o el de la sanción no vulneren derechos fundamentales de las mujeres. El objeto de estas medidas es preservar el respeto al principio de igualdad y el equilibrio entre las partes en las diferentes modalidades del proceso penal.

En particular, existen recomendaciones puntuales de la Comisión Interamericana de Mujeres sobre medios alternos de resolución de conflictos: "Evaluar desde una perspectiva de género, los servicios que prestan los centros gubernamentales y no gubernamentales para que en el registro de los medios alternativos de resolución de conflictos se consigne qué servicios son más sensibles a la cuestiones de género y a las violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Promover la incorporación de la perspectiva de género en los programas de formación y capacitación sobre métodos alternativos de resolución de conflictos, tales como el diálogo, la negociación, la mediación y otros mecanismos similares"[96]. Las y los operadores de justicia restaurativa, junto con las y los agentes judiciales, deben contar con los suficientes insumos para generar sin problemas acuerdos que no impliquen estereotipos, discriminación ni violencia de género.

## 5. Derechos de las mujeres como víctimas y proceso penal

Como ya mencionamos, el estándar internacional en materia de derechos humanos de las mujeres requiere la incorporación expresa de un principio de no discriminación de género en la interpretación y aplicación del derecho[97]. El artículo 7 de la Convención de Belem do Pará establece debe-

94 Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, ps. 139 y siguientes.

95 Ver Segato, *Las estructuras elementales de la violencia*, citado.

96 Ver "Hacia una justicia con ggénero", OEA, Comisión Interamericana de Mujeres, 2002, en *ww.oas.org/cim/Spanish/SEPIA%20II.DocumentoFinal.htm*.

97 La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, dispone en el artículo 4: "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento,

res de los Estados respecto de la erradicación de la violencia contra las mujeres: "abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; (...) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (...) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; (...) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; (...) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder[98] establece: "los Estados deberán facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, permitiendo que sus opiniones y preocupaciones sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones; prestándoles asistencia apropiada durante todo el proceso judicial; adoptando medidas para minimizar las molestias causadas, protegiendo su intimidad, en caso necesario, y garantizando su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; entre otros. Dispone no sólo el resarcimiento a las víctimas sino también la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, y que, al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores tales como raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico".

goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (...) b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; (...) e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos...".

98 Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985.





Las normas procesales penales resultantes de las últimas reformas reconocen a las víctimas de delitos los derechos de protección judicial (acceso a los tribunales sin discriminación, a obtener una sentencia de fondo, entre otros); a un trato respetuoso de sus derechos fundamentales por parte de las autoridades públicas; a una atención de calidad; a recibir y solicitar información sobre el caso, y sobre sus derechos: a ser protegida y asistida, a fin de garantizar su seguridad y minimizar los daños, y a la reparación de los mismos; y a participar y manifestar su opinión durante el proceso penal[99]. En cuanto a los derechos específicos de las mujeres, la normativa comparada ha reconocido algunos, en especial "cuando se trata de víctimas de actos de violencia doméstica o de agresiones sexuales"[100].

### 5. 1. Acceso a la justicia y participación en el proceso penal

El derecho de las víctimas/sobrevivientes de acceder a la justicia "comprende todas las acciones judiciales, administrativas o de otra índole que ofrezca el derecho interno o internacional en vigor. El derecho interno debería garantizar las obligaciones de respetar el derecho individual o colectivo a acceder a la justicia y a un juicio justo e imparcial previstas en el derecho internacional"[101].

El derecho de acceso a la justicia de las mujeres está condicionado de manera diferente al de otras víctimas/sobrevivientes de crímenes violentos[102]. Estos obstáculos están vinculados al desempoderamiento y a la revic-

99 Ver un abordaje general en *Los derechos de las víctimas: principales problemas en los sistemas reformados*, Seminario Interamericano sobre Modernización de la Persecución Penal en América Latina, Centro de Justicia de las Américas, Mar del Plata, Argentina, 5 y 6 de diciembre, 2003. Arts. 13, 93 y ss., Proyecto de ley sobre CPPN, cit. Ver especialmente el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y también el 8.1); Estatuto de Roma, ratificado por Argentina el 8/2/2001 (Preámbulo y arts. 43, 53, 54, 64, 65, 68, 75, 79, 82, 87, 90, 93, 110).

100 Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 108.

101 Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, "Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones", Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Consejo Económico y Social, Distr. General E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000.

102 Las y los fiscales deben desarrollar especialidad en el manejo de estos casos. La persecución penal de la violencia habitualmente puede poner a las mujeres víctimas en una situación de mayor vulnerabilidad y peligro, debido a que no suele disponerse de medios adecuados para brindarle protección. Muchas veces, las mujeres víctimas de violencia en el ámbito familiar y/o sexual no concurren a cumplimentar ciertos actos procesales, como ratificación de la denuncia o testimonio. Usualmente, esta actitud de indeci-

timización a que están expuestas por su condición de mujeres –y no sólo por su condición de víctimas–, como consecuencia de la violencia de género ejercida sobre ellas[103]. "La Convención de Belém do Pará establece que los problemas de la violencia y la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia no afectan en igual medida a todas las mujeres debido a que algunas de ellas están más expuestas al menoscabo de sus derechos. La CIDH ha (...) constatado que los obstáculos que enfrentan para acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos que remedien las violaciones sufridas, pueden ser particularmente críticos porque sufren varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socioeconómica"[104].

Debe garantizarse que el acceso a la justicia de las mujeres no esté condicionado de modo alguno. Entre otras, deben eliminarse todas las restricciones que puedan afectar derechos de mujeres migrantes o cualquier situación que pueda aumentar su vulnerabilidad frente al sistema de justicia penal y de seguridad, como la exigencia de documentación, nacionalidad, condiciones de regularidad. También, deben eliminarse los condicionamientos a la víctima/sobreviviente para obtener protección, seguridad y avance de las acciones legales, como abandonar al agresor o su fuente de subsistencia, etcétera[105]. Asimismo, debe considerarse el ámbito, grupo y vínculos familiares en sentido amplio, incluyendo diferentes relaciones de convivencia en un entorno de intimidad cotidiana y otras relaciones interpersonales como noviazgos, amantes, ex cónyuges o ex amantes.

sión o no cooperación suele ser malinterpretada por fiscales, jueces/as y jurados, quienes creen que la víctima es irresponsable y temeraria, lo que tiene consecuencias negativas sobre las decisiones que se tomen en el proceso. Ello suele ser consecuencia de falta de capacitación en la materia y de los ciclos que deben atravesar estas mujeres, así como de las presiones y falta de seguridad, que, por cierto el sistema no provee. En otros casos se cree que cuando una mujer víctima de violencia familiar y/o sexual coopera con la investigación puede sospecharse de su credibilidad, y creer que en realidad ella pretende sacar una ventaja económica, o es un interés ilegítimo de venganza.

103 Por ejemplo, al escapar de la violencia en el ámbito familiar las mujeres quedan sumidas en la pobreza; es probable que las mujeres víctimas de violencia familiar o violencia sexual no encuentren apoyo en familiares o conocidos/as. Asimismo, por las características de la violencia familiar, la víctima está expuesta a diferentes formas de acoso y violencia de parte de su agresor y su entorno. Influyen diversas formas de revictimización que tienen lugar en las instituciones de la justicia penal.

104 Conf. "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Informe CIDH-OEA, parágr. 15, p. 6.

105 Un ejemplo lo constituye la excepción parcial provista por la Violence Against Women Act, que protege a las mujeres víctimas de violencia indocumentadas de la deportación; Bhattacharjee, *Whose safety, women of color and the violence of law enforcement*, cit., p. 6 (trad. libre).





El derecho de las víctimas/sobrevivientes de acceder a la justicia, implica su derecho a participar del proceso, "en adecuado balance con los derechos del acusado"[106]. Las víctimas tienen derecho a que sus opiniones y preocupaciones sean presentadas y examinadas en diferentes etapas y tipos de actuaciones. "El Estatuto de Roma explícitamente reconoce el derecho de las víctimas de participar en el proceso de justicia, directamente o a través de representantes legales, presentando sus opiniones y preocupaciones en todas las etapas que afecten sus intereses personales"[107].

En el ámbito de la *suspensión del juicio a prueba*, este derecho comprende el de solicitar como condiciones: el cumplimiento con medidas de protección y otras que reduzcan las oportunidades de violencia, la realización de entrevistas/audiencias entre el Ministerio Público y la víctima/sobreviviente, a fin de juntar información útil para tomar decisiones sobre las medidas y condiciones, y "solicitar directamente ante la autoridad competente, sin necesidad de mediación de la o él fiscal o representante legal la revocación de la suspensión del proceso a prueba... y a que se resuelva su petición dentro de 48 hs"[108]. Por las mismas razones, en el ámbito del *juicio*

106 Gender Report Card, 2006, cit. "El Estatuto de Roma requiere que en la selección de jueces y staff de la Corte Penal Internacional se tome en cuenta la experticia legal en violencia contra mujeres y niñas/os (Arts. 36.8.b y 44.2). La regla 90 (4) del RPE requiere que en la selección de representantes comunes de la Lista para el Consejo Legal, los distintos intereses de las víctimas se encuentren representados. Esto incluye los intereses de víctimas de crímenes que involucran violencia sexual o de género y violencia contra niñas/os. Se requiere que el Fiscal nombre asesores/as con experticia legal en temas específicos, incluyendo violencia sexual y de género (art. 42.9)".

107 Art. 68.3; Reglas 89 a 93 RPE; Gender Report Card, 2006, cit. p. 19.

108 "Si se considera que en los casos de violencia familiar y sexual (...) será la propia víctima quien tomará conocimiento del incumplimiento que el imputado esté haciendo de las condiciones de la suspensión a prueba, entonces corresponde reconocer a la víctima (y no sólo al Ministerio Público) el derecho de formular la solicitud de revocación de la suspensión del proceso a prueba. Por tanto, el artículo 207 quedó redactado en los siguientes términos (...) Si el imputado se aparta considerablemente y en forma injustificada de las condiciones impuestas, no cumple con el plan de reparación, o posteriormente es condenado en forma ejecutoriada por delito doloso o culposo, cuando el proceso suspendido a prueba se refiera a delito de esta naturaleza, el Juez, previa petición del agente del Ministerio Público o la víctima u ofendido, convocará a las partes a una audiencia en la que se debatirá sobre la revocatoria y resolverá de inmediato, fundada y motivadamente, acerca de la reanudación de la persecución penal. En lugar de la revocatoria, el Juez podrá ampliar el plazo de la suspensión a prueba hasta por dos años más. Esta extensión del término puede imponerse sólo por una vez"; Recomendaciones Humanas, Chihuahua, 2006. En los casos de aplicación de suspensión del juicio a prueba, se recomienda una declaración de admisión de culpabilidad, aunque tenga un efecto limitado. Ver más en *www.mincava.umn.edu/documents/bwjp/prosecutev/prosecutev.html*. Asimismo, es necesario que en estos casos la ejecución y cumplimiento de las condiciones sean monitoreados desde muy cerca, y siempre habiéndose asegurado determinadas medidas de protección

*abreviado*, cuando este proceda, debe considerarse en especial el interés de las mujeres víctimas/sobrevivientes de violencia en la realización de acuerdos sobre los hechos y la condena.

También, debe reconocerse a la víctima la oportunidad de ser escuchada en el *proceso de ejecución de penas* (Principios Básicos, ONU, Tratamiento de reclusos)[109] y a ser informada y protegida su integridad y seguridad, durante la ejecución de la pena o medida[110]. En los casos de mujeres víctimas/sobrevivientes de violencia sexual y familiar, la seguridad de la víctima/sobreviviente se ve comprometida en mayor o menor medida según las decisiones que se tomen sobre la ejecución de la pena y las posibilidades que se de a la víctima de recibir información y brindarla, dadas las características de los crímenes[111]. Comunicarse con la víctima y brindarle la posibilidad de ser escuchada a fin de tomar decisiones sobre penas y medidas o su ejecución debe ser obligatorio a fin de ingresar al debate información relevante para la toma de decisiones y garantizar la protección de las mujeres frente a nuevos actos de violencia[112].

concretas para la víctima, según una evaluación conciente de los riesgos. Sobre este punto nos referiremos más extensamente en la sección correspondiente a control de ejecución. Ver "The Family Violence Project (California) prosecution manual", en *Domestic Violence: The Law and Criminal Prosecution*, 2ª edición.

109 Ver cómo se incorporan los derechos de la víctima en el Código de Ejecución de Penas de Perú, *www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/pe/codigo_ejec.pdf*; ver también conclusiones de Seminario del Instituto de Victimología, *www.institutodevictimologia.com/Noticias06c.htm*. Sin dudas, en un sistema penal en el cual no exista impunidad y la imparcialidad de juezas y jueces sea sólida, donde el ejercicio de la persecución penal está basado en principios democráticos, la persona imputada o condenada es la más vulnerable frente al poder penal del Estado. En la mayoría de los casos, esta situación se mantiene, dado que las personas imputadas o condenadas no pueden equiparar este poder. Pero la teoría penal y procesal penal moderna ha visibilizado otras situaciones de desamparo frente a violaciones de derechos fundamentales en la imposición y ejecución de las penas y medidas. En ellas pueden verse involucradas las víctimas de delitos y las personas familiares o relacionadas con quienes han sido condenadas o sometidas a medidas cautelares.

110 Declaración Asamblea General de la ONU sobre Derechos de las Víctimas, *www.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm*. Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario Internacional a Obtener Reparación, preparados por el Relator Especial de la ONU, Theo Van Boven, entre otros.

111 Cíclicos, con alta reincidencia, con violencia creciente (altos homicidios y suicidios como corolarios de historias de violencia), donde hay un vínculo preexistente y muchas veces subsistente –hijos/as, familia– entre el agresor y la víctima, entre otras.

112 No se trata de dar a las víctimas la posibilidad de influir sobre la severidad o modalidad de cumplimiento de las penas, condiciones o medidas judiciales, dado que ellas están sujetas a principios generales del derecho penal como los de proporcionalidad y razonabilidad y constituyen derechos de las personas imputadas o condenadas que no





En cuanto al ejercicio de la acción penal, históricamente se ha reconocido a la víctima una participación marginal como acusadora, acotada para los "delitos de acción privada". En cuanto a los delitos de acción pública, una versión limitada del reconocimiento de la intervención de la víctima se encuentra en la llamada querella adhesiva o conjunta, que permite a víctimas acompañar la actividad acusatoria de la o el fiscal, pero no ejercerla autónomamente. La posición modernamente adoptada por la mayor parte de las legislaciones reformadas en la región y progresivamente adoptada en el ámbito nacional por la vía jurisprudencial[113], se denomina querella autónoma[114]. Otorga a la víctima la posibilidad de avanzar en el proceso penal mediante una actividad acusatoria tan independiente de la del/la fiscal que incluso puede llevar adelante la acusación y el juicio mismo aunque la o el fiscal no lo hiciera.

Partimos de la consideración de que es legítima la intervención de la víctima respecto de la puesta en funcionamiento del aparato de justicia penal,

pueden vulnerarse para favorecer los deseos de la víctima, sobre lo que velan las y los jueces de ejecución. Tampoco se pretende que la ausencia de la víctima impida el desarrollo de las correspondientes instancias de ejecución. Se trata de permitir a la víctima recibir información acerca de decisiones judiciales que pueden afectar sus condiciones de vida y permitirle acercarse a las instituciones responsables del control de ejecución a fin de obtener del Estado decisiones que aseguren sus derechos fundamentales en los casos concretos, como protección policial, restricciones cautelares, alertar acerca de la violación de las medidas o incumplimiento de acuerdos y acceder a la revocación de estos beneficios cuando corresponda por ley, etc. Para víctimas de violencia familiar, especialmente, ver de Lamo Rubio, Jaime, "La ejecución penal y la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio", en *http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200005-ejpenal.html*.

113 Así, dijo la CSJN en el caso "Santillán": "Si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (Fallos, 253:31), todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 1, CN, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma", Fallos 321: 201, consid. 11. Posteriormente, la aplicación del criterio allí expuesto por la CSJN al momento del art. 348 CPPN –cierre del procedimiento de instrucción mediante la solicitud de elevación a juicio o sobreseimiento–, en el precedente "Storchi" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, según el voto del Dr. Bruzzone con adhesión del Dr. Elbert en cuanto a la legitimidad del querellante para llegar con el caso a juicio oral y disidencia del Dr. Donna.

114 Según Alberto Bovino, la autonomía de la víctima es "un nuevo principio político que informa el derecho procesal penal latinoamericano", *Principios políticos del procedimiento penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 103.

otorgándole herramientas de plena y autónoma intervención[115]. Esto, junto con el reconocimiento expreso de la legitimación para querellar y representar los intereses de la víctima a través de asociaciones civiles, y la incorporación de figuras como las del llamado "querellante colectivo", podrían contribuir a escalar lo que en la cotidianidad del litigio sobre violencia de género resulta una herramienta modesta, pero indispensable para combatir la impunidad[116]. Es necesario al implementar estas medidas evitar el oportunismo que suele acompañarlas y que las pone en la práctica al servicio de intereses privados poderosos de dudosa legalidad; y respetar el principio de igualdad de armas del sistema acusatorio. Nos referimos a medidas como valorar judicialmente la proporcionalidad de la persecución penal y las cargas que impone el proceso penal a la imputada en relación con el daño y la pena arriesgada para decidir sobre la continuidad de la acción y las sanciones, entre otras.

### 5. 2. Debida diligencia ante la denuncia y durante la investigación

La demanda de debida diligencia está en directa relación con la capacidad del Estado para desterrar la impunidad generalizada respecto de la violencia de género. La CIDH ha dicho que "La falta de debida diligencia para aclarar y castigar esos delitos (de violencia contra las mujeres) y prevenir su

115 Vázquez Sotelo, Luis, citado por Cafferata Nores, José Ignacio, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 46, nota 100. La CADH, en sus arts. 1.1, 8.1 y 25, establece que el derecho de acceso a la justicia de la víctima comprende "el derecho de incoar un proceso y seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos y a que esa sentencia se ejecute". La doctrina procesal plantea como un problema el hecho de que a la desmesura que enfrenta el imputado frente al aparato estatal, la querella autónoma agrega la figura del acusador autónomo. En realidad, es precisamente esta figura la que pone de relieve la necesidad de rediscutir el rol del Estado a través del Ministerio Público Fiscal y debiera ser tomada como una oportunidad para reflexionar sobre la búsqueda de equilibrios que no acosen al imputado y, al mismo tiempo, permitan una mejor vigencia de los derechos de las víctimas. La propuesta tradicional, de mantener a la víctima al margen, no da respuesta al problema.

116 *www.eldial.com.ar*. Conf. Binder, *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 330. En el mismo sentido, los comentarios de Monona Nicolicci, de CESPPEDDHH: "Los jueces y juezas no tienen en cuenta los derechos de participación de las mujeres, y su derecho a ser representadas colectivamente por organizaciones de la sociedad civil, rechazan los amparos y cualquier otra medida judicial, o los abren a prueba, lo que irremediablemente retrasa los plazos en cuestiones de mujeres que suelen ser extremadamente urgentes, como afectaciones a la salud sexual y reproductiva, y casos de violencia sexual o violencia íntima muy grave, con altos riesgos para la vida de la mujer, que está en peligro" (conversación telefónica con una de las autoras).





repetición refleja el hecho de que los mismos no se consideran como problema grave. La impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación"[117].

Debe eliminarse la discreción sexista que, aun en instancias iniciales del reporte o proceso penal, hace posible cuestionar la credibilidad de las mujeres y su apreciación sobre la relevancia de la violencia de que son víctimas. Es obligación de la autoridad pública actuar inmediatamente ante la noticia de violencia contra una mujer, niño o niña[118]. Deben estipularse ilegales los plazos de espera y otros requisitos que impliquen dilatar el inicio de las medidas de seguridad, protección e investigación en casos de violencia contra las mujeres[119].

Ante la noticia de un hecho reciente de violencia sexual, debe asegurarse la efectividad inmediata del derecho de la víctima/sobreviviente a recibir atención médica urgente, incluyendo el suministro de la medicación de emergencia para la prevención de enfermedades de transmisión sexual y, en el caso de las mujeres y niñas, embarazos. Cualquier otra medida que involucre a la víctima/sobreviviente debe ser llevada a cabo con posterioridad a la mencionada atención[120]. Si de la violencia sexual resulta un embarazo, la

117 Informe sobre situación de los derechos de las mujeres en ciudad Juárez, México, *El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/ser. L/VII, 117, Doc. 44, 7 de marzo de 2007, párr. 7.

118 "No me llevaron el apunte porque era viernes a la noche. 'Las chicas se demoran en cualquier lado. Quédese tranquila, deben haber ido a bailar. ¿Sabe cuántas hacen eso?', me dijeron. 'Nunca lo hicieron', les contesté. 'Señora, siempre hay una primera vez'. Tanto insistí que al final accedieron de mala gana a llamar a mi hija al celular, que por supuesto nunca atendió. Cada vez que marcaban, decían 'éstas no quieren atender', y yo teniendo que masticar la impotencia de no poder contestarles, por temor a que me dejaran adentro a mí también", p. 12, 11/5/2007, en *www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-3357-2007-05-11.html*.

119 "La mandaron a buscar una foto de las chicas a casa. Entré a la comisaría agitando el papel como una loca, les grité 'vamos a buscarlas'. '¿Adónde quiere ir a buscarlas, al baile?', y se reían. 'Haga escanear las fotos y tráigalas el lunes' ¡Me estaban ordenando que volviera dentro de 48 horas! Obviamente, encaramos la búsqueda nosotros", p. 12, 11/5/2007, en *www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-3357-2007-05-11.html*.

120 "En tribunales hay como un consultorio donde pasan todas las personas por estos casos y yo no alcanzaba a poner la pierna en la camilla, quería que estire la pierna y yo no quería que me toque. A lo mejor me pasa lo mismo que me hizo mi papá. Entonces me decía: –Mirá si no te ponés en la camilla, entra la policía y te lleva también presa. Era más miedo para mí ir a tribunales que le decía a mi mamá: –Quedémonos acá, no quiero subir". Estos testimonios pertenecen al relato de una única persona respecto de su experiencia ante el sistema de justicia penal cuando se investigaban abusos sexuales padecidos entre sus 5 y 11 años de edad. Fueron tomados de la serie "Las mujeres cuentan su historia" (entrevistas narrativas videadas, CECYM, 1995) y están contenidos en *Informes nacionales sobre la situación de violencia de género contra las mujeres*, PNUD, Proyecto Regional RLA/97/014, Informe Nacional Argentina, Chejter, Silvia, Consultora Responsable Nacional, disponible en *www.cejamericas.org*.

autoridad pública debe informar a la niña o mujer su derecho al aborto y asegurarlo. El Ministerio Público es responsable del cumplimiento de las medidas necesarias para garantizar a la mujer o niña sus derechos, incluyendo los sexuales y reproductivos y a la salud, entre otros[121].

También en los casos de violencia en el ámbito familiar se requiere generar sistemas que garanticen una respuesta inmediata de la función pública, a fin de evitar/reducir la victimización recurrente y minimizar los daños[122]. La atención inmediata en estos casos requiere mucho más que el trato adecuado desde la perspectiva del proceso penal y su relación con éste, pues quien recibe a una víctima/sobreviviente de violencia familiar debe estar en condiciones de responder a su necesidad de protección inmediata, asistencia básica y asegurar su supervivencia[123].

La intervención de actores institucionales con perspectiva de género ha sido especialmente considerada por la CIDH como un elemento clave para el aseguramiento de la debida diligencia que reclama la atención de estos casos. En el caso de las "Hermanas González Pérez", la Comisión "aprovechó para reafirmar un principio de derechos humanos básico y aplicable a las investigaciones de actos de violencia contra las mujeres: el hecho de que tales investigaciones deben ser llevadas a cabo por autoridades competentes e imparciales. Cuando éstas no son llevadas a cabo por autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género, o dichas autoridades no colaboran entre sí, se registran retrasos y vacíos claves en estas investigaciones, lo cuales afectan negativamente el futuro del caso"[124].

En caso de requerirse colaboración de las personas denunciantes o familiares de las víctimas para llevar a cabo algunas medidas, aquélla debe

121 Ver art. 86, CPN, Aborto y la capacidad de gestación de las mujeres.

122 Ver "Community Oriented Policing Approach Towards Domestic Violence", en *www.usmayors.org/uscm/best_practices/domestic/white_plains_ny.htm*. Ver "Repeat victimization toolkit", en *www.crimereduction.gov.uk/toolkits/rv10.htm*, y "Preventing Victimization in Scotland", en *www.scotland.gov.uk/cru/kd01/green/repeat04.htm*.

123 Ver art. 94.3, Proyecto de ley sobre CPPN, cit.: "Después tuvimos que ir nosotros a la Comisaría y ahí, entraba uno y preguntaba: –¿Qué te hizo, qué no te hizo? y llenaba un lista. Eso era las 10 de la mañana, a las 12 entraba otro y dice: –¿Por qué motivo estaban acá? (...) Y otra vez empezar a contar: ¿qué le hacía y qué no le hacía? ¿Ya fueron al médico? y qué sé yo... –Bueno, vuelvan mañana, y mañana estaba el subcomisario... otra vez a hacer declaraciones y era así una cosa de contar y contar y no se acababa nunca y después en tribunales también, las citaciones". Estos testimonios pertenecen todos al relato de una única persona respecto de su experiencia ante el sistema de justicia penal cuando se investigaban abusos sexuales padecidos entre sus 5 y 11 años de edad. Fueron tomados de la serie "Las mujeres cuentan su historia" (entrevistas narrativas videadas, CECYM, 1995) y están contenidos en *Informes nacionales sobre la situación de violencia de género contra las mujeres*, PNUD, Proyecto Regional RLA/97/014, Informe Nacional Argentina, Chejter, Silvia, Consultora Responsable Nacional, disponible en *www.cejameri cas.org*.

124 Informe de Relatoría CIDH, párr. 130, p. 54.





solicitarse de modo respetuoso, y de ningún modo su cumplimiento o incumplimiento justifica el retraso en el inicio de las actuaciones.

### 5. 3. Reparación

La "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder", adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas dispone: "Las víctimas (...) tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional (...) Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos"[125].

Por su parte, la Comisión sobre la Prevención de Delitos sobre la Justicia Penal de la ONU[126], concluyó que la prestación de asistencia a las víctimas debía incluir, al menos: "(a) el desarrollo de programas eficaces de servicios para las víctimas, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de la victimización, la promoción y asesoramiento y las actividades de intervención y respuesta en situaciones de crisis, la participación en el sistema de justicia, y la indemnización y el resarcimiento de las víctimas; (b) las responsabilidades de profesionales y voluntarios respecto de las víctimas, como por ejemplo los agentes de policía, el ministerio fiscal y los profesionales médicos; (c) la integración de las necesidades de las víctimas en los planes, la normativa y el derecho nacional, y la formulación de proyectos y necesidades en materia de asistencia técnica; y (d) la cooperación internacional para reducir la victimización y para asistir a las víctimas"[127].

En el mismo sentido, el Estatuto de Roma incluye una regla para garantizar la reparación a las víctimas, por lo menos en ciertos casos[128]. También requiere el establecimiento de un fondo para beneficiar a las víctimas de crímenes de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional[129]. La

125 Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

126 En su sexta sesión en Viena del 28 de abril al 9 de mayo de 1997, en su informe titulado "Uso y Aplicación de los Estándares de las Naciones Unidas respecto a la Prevención de Delitos y la Justicia Penal".

127 Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, sexto período de sesiones, Viena, 28 de abril a 9 de mayo de 1997, "Utilización y Aplicación de las Reglas y Normas de las Naciones Unidas en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal", Informe del Secretario General, E/CN.15/1997/16, 28/2/1997.

128 Art. 75; ver también Reglas 94-97 RPE.

129 Art. 79; ver también Regla 98 RPE.

Relatoría Especial Sobre la Violencia Contra la Mujer elaboró los "Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones", donde se afirma: "El Estado debería velar por que, en la medida de lo posible, el derecho interno previera para las víctimas de violencias o traumas una consideración y atención especiales, a fin de evitar que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a lograr justicia y reparación den lugar a un nuevo trauma".

### 5. 4. Protección de integridad e intimidad y recibir asistencia y seguridad

La "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder" citada garantiza los derechos de las víctimas de delitos, en particular, el respeto por su dignidad e integridad. Asimismo, "una serie de instrumentos internacionales de protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, destacan la importancia de proteger la salud mental y física de las víctimas durante la duración del proceso penal, incluyendo la etapa de investigación (...) para evitar la revictimización agravada"[130].

De acuerdo con la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, los Estados deberían "adoptar, durante los procedimientos judiciales, administrativos o de otra índole que afecten a los intereses de las víctimas, medidas para reducir al mínimo las molestias a las víctimas"[131]. En otras palabras, el derecho a la mínima intervención estatal en virtud de la protección de su dignidad e integridad. Este derecho requiere que se garanticen el respeto a la *privacidad y la intimidad*, que debe ser asumida por el Estado junto con el esclarecimiento de la responsabilidad penal.

En el caso de víctimas/sobrevivientes de violencia sexual y/o familiar, ellas no pueden ser objeto de coerción o sanción procesal alguna en virtud de incumplimiento de sus deberes procesales. Muchas veces las víctimas/

[130] Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Consejo Económico y Social, Distr. General E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000, párr. 54, p. 24.

[131] Así como "proteger su intimidad según proceda, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos, contra todo acto de intimidación o represalia"; la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer elaboró los "Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones", Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Consejo Económico y Social, Distr. General E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000.





sobrevivientes de violencia familiar y/o sexual no concurren a cumplimentar ciertos actos procesales, como ratificación de la denuncia o prestar testimonio, como producto de la situación de amenaza y desprotección en se encuentran frente a su agresor/es.

La coerción sobre las mujeres que tratan de protegerse frente a su agresor es revictimizante, y no ofrece ventajas sustanciales para llevar adelante la persecución penal[132]. "Para un creciente número de mujeres, la respuesta del sistema de justicia criminal ha resultado en su propio arresto y, si tienen hijas/os, usualmente se encuentran expuestas a amenazas de intervención por servicios protectivos estaduales en procedimientos sobre negligencia o abandono de menores... Los casos sugieren que las mujeres que no cooperan con las instituciones del sistema penal y de seguridad pueden ser coercionadas para prestar testimonio y encontrarse sujetas a amenazas por parte de fiscales, incluyendo arresto, indisciplina y perjurio"[133]. Frente a estos hechos es necesario estipular límites explícitos acerca de la legalidad de la intervención estatal sobre la vida de las víctimas/sobrevivientes en los casos de violencia contra las mujeres[134].

Asimismo, debe regularse la inspección de persona y revisión corporal, asegurando la concentración de los exámenes médicos, evitar la reiteración de medidas que impliquen revisión corporal o del relato de lo sucedido, y el manejo de esas medidas por profesionales idóneos/as, como requisitos mínimos en la materia; el derecho a no participar directamente de la reconstrucción material de los hechos[135].

Es necesario incorporar explícitamente a la normativa procesal, el reconocimiento del "derecho de la víctima a no ser objeto de información por los medios de comunicación o presentado ante la comunidad sin su consentimiento" y a "formular declaraciones bajo métodos que impidan su contacto con el agresor, reduciéndolo al mínimo indispensable para la garantía del

[132] *www.mincava.umn.edu/documents/bwjp/prosecutev/prosecutev.html.*

[133] Bhattacharjee, *Whose safety, women of color and the violence of law enforcement*, cit., p. 17 (trad. libre).

[134] Conf. Corte Constitucional de Colombia, sentencia N° T-453 de 2005, Expediente T-1004602, Acción de tutela instaurada por Sandra Liliana Orejarena Troya contra el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bucaramanga, y Estatuto de Roma, art. 68.5: "Cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentar dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de éstas. Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos".

[135] Recomendaciones Humanas, Chihuahua, 2006.

debido proceso" –cámara Gesell[136]– y a otras condiciones de reducción de afectación a su intimidad durante las audiencias de debate[137]. También es fundamental incorporar expresamente una norma que limite la posibilidad de expresar opiniones extraprocesales que atenten contra la reserva de la investigación, restringiendo la información "que las personas que intervienen en el proceso pueden dar a terceros ajenos a la investigación–, en atención del riesgo que puede implicar la divulgación de información personalísima o datos sensibles"[138].

Finalmente, debe considerarse como parte del derecho a la integridad el *derecho a la seguridad y a recibir asistencia* que tienen las víctimas. Respecto del derecho a la seguridad, debe garantizarse tanto la seguridad material de las víctimas, como de sus familiares o personas a cargo y de testigos, contra

[136] Ídem, p. 8: "Considerando (...) da de una manera muy grave el derecho a la vida privada e intimidad, así como (...) que los medios de comunicación (...) dan la identificación de las víctimas de los delitos (...) se recomendó (...) que sólo se podrá divulgar esta información con su consentimiento, esto es, en ningún caso podrá atribuirse otra persona esta decisión". En el mismo sentido, el Estatuto de Roma establece: "La Corte puede tomar medidas protectivas apropiadas en el transcurso de un juicio (...) permitiendo la presentación de evidencia por medios electrónicos y controlando la manera de interrogar a víctimas y testigos a fin de evitar cualquier tipo de acoso o intimidación. Estas medidas deben, en particular, implementarse en el caso de una víctima de violencia sexual o contra niñas/os" (art. 68; Reglas 87 y 88 RPE), Gender Report Card, 2006, cit. (trad. libre).

[137] El artículo 68.2 del Estatuto de Roma establece: "Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo". Seguridad y participación: 3. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. 5. Cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentan dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de éstas. Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.

[138] "Esta prohibición abarca a todos los intervinientes en el proceso: Ministerio Público, defensores y demás personas que intervengan en la investigación, como los peritos", Recomendaciones Humanas, Chihuahua, cit., p. 8.





todo acto de intimidación y represalias[139]. Es necesario tener en cuenta que, en el caso de las mujeres víctimas/sobrevivientes de violencia en el entorno íntimo, ellas confrontan violencia cíclica e incremental, y que determinadas situaciones o contextos pueden provocar una escalada de la violencia o la periodicidad de los episodios de agresión, profundizando la victimización recurrente[140].

En el ámbito de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, este organismo tiene la responsabilidad general de la protección, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad de víctimas y testigos. Para ello, debe tener en cuenta todas las características, tales como el género, la edad, el estado de salud, así como el tipo y naturaleza del crimen, especialmente aquellos basados en diversas manifestaciones de violencia de género o sexual. El Fiscal, por lo tanto, debe apreciar estos factores y los intereses que están en consideración en todas las etapas del procedimiento.

Respecto del derecho de recibir asistencia, debe considerarse expresamente la inclusión de la obligación de las autoridades de asegurar que la víctima reciba asistencia médica, psicológica, económica, alimenticia, de vivienda, y toda otra que necesite. Ello incluye la asistencia legal para llevar adelante el ejercicio de sus derechos procesales. Es necesario desde el reporte –y aún hasta después de la sentencia si la hay– garantizar a la víctima condiciones de seguridad y asistencia[141].

### 5. 5. Medidas de protección y cautelares y derechos de las mujeres víctimas/sobrevivientes de violencia

La conmoción momentánea que producen a diario las noticias en las que se informa que una mujer ha muerto o padecido una forma de violencia extrema y que el hecho en sí mismo estuvo precedido de numerosas denuncias en contra del agresor demuestra que la principal carencia allí fue, junto

[139] A estos fines suelen utilizarse las medidas cautelares y otras de protección a víctimas, a las que nos referiremos en breve.

[140] Ello requiere trabajar sobre factores de riesgo/prevalencia en VF y VS (desempleo, embarazo, abuso de alcohol, antecedentes de violencia, disponibilidad de armas de fuego, patrones estacionales u horarios, edad o capacidades de la víctima, entre otros) y compartir información con múltiples agencias a fin de adecuar las intervenciones. En los casos de VF y VS, en especial cuando la víctima/sobreviviente conoce al agresor, ésta suele ser amenazada y permanecer en riesgo (ella, sus pertenencias, sus hijas/os, etcétera).

[141] Estas finalidades múltiples suelen ser cumplidas, según sea el caso, por una variedad de instituciones gubernamentales y no gubernamentales. Modernamente, se considera necesario que las instituciones judiciales y de seguridad cuenten con personal especializado capaz de brindar todos estos tipos de asistencia, en la forma de Unidades especializadas de víctimas y testigos, o de violencia sexual y de género. Ver, por ejemplo, arts. 43.6 y 68.4 del Estatuto de Roma, Gender Report Card, 2006, citado.

con la falta de respuesta respecto del hecho denunciado, la falta de diligencia estatal en garantizar protección[142].

La Convención de Belém do Pará ha establecido que la obligación de los Estados "de adoptar medidas judiciales para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar o poner en peligro la vida de las mujeres (...) debe ser interpretada como un aspecto particular de la protección judicial conforme lo dispone el artículo 25 de la Convención Americana. En tal sentido, una dimensión particular del derecho a la protección judicial, consiste en el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva. El artículo 8 inciso D de la Convención de Belém do Pará indica algunos componentes del tipo de recursos cautelares que los Estados tienen el deber de proporcionar en casos de violencia contra las mujeres, tales como servicios especializados apropiados para la atención, refugios, servicios de orientación para toda la familia, servicios de custodia y cuidado de los menores afectados. Ello, además de recursos cautelares para conminar al agresor a cesar en sus acciones y proteger la integridad física, la libertad, la vida y la propiedad de las mujeres agredidas"[143].

El Estatuto de Roma[144] dispone que deban adoptarse "las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos... (teniendo en cuenta) todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género... y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes"[145].

En el ámbito latinoamericano, desde la sanción del CPP de Costa Rica en adelante son varios los países que han avanzado en la inclusión de medidas destinadas a brindar seguridad a las víctimas/sobrevivientes y desmotivar al agresor en casos de violencia familiar y otras formas de violencia contra las mujeres (típicamente la exclusión del hogar o la prohibición de contacto)[146].

142 Di Corleto, *Mujeres que matan...*, cit.; Fernando Ramírez, *El tratamiento de la "violencia doméstica" en la justicia ordinaria de la Capital Federal*, AMJA, en *www.amja.org.ar/Actividades%20realizadas/investigviol.htm*, 2003.

143 Informe de Relatoría CIDH, cit., párr. 56, p. 26. Art. 7, inc. d, Convención de Belém do Pará.

144 Art. 68, Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones.

145 Ver también art. 9, *http://72.14.209.104/u/undpsearch?q=cache:tjgF0vuVxwAJ:www.undp.org/rblac/gender/legislation/violence.htm+%22When+there+are+indications+of+domestic+violence,+irrespective+of+whether+preliminary+criminal+proceedings+have+been+instituted%22&hl=en&ct=clnk&cd=1&ie=UTF-8*.

146 En el ámbito de los Estados Unidos, este tipo de medidas de protección para casos de violencia familiar y otras formas de violencia contra las mujeres fueron incorporadas a las legislaciones procesales estaduales en las décadas de los 70 y 80. Ver Weiss Man, Deborah M., *The personal is political and economic: rethinking domestic violence*, 2004, en *http://lawreview.byu.edu/archives/2007/2/3WEISSMAN.FIN.pdf*.





En nuestro país, la ley de Protección contra la Violencia Familiar, Ley 24.417, modificó el artículo 310 del Código Procesal Penal a fin de autorizar al juez a disponer la exclusión del hogar del procesado, cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que pueden repetirse los hechos de violencia[147].

Esta modificación debe complementarse con la inclusión expresa de otras medidas de protección. Es necesario garantizar a la víctima desde el reporte del hecho[148] –y aún hasta después de la sentencia si la hay– condiciones de seguridad a través de la coordinación con otras agencias.

Existen medidas muy específicas que el Estado debe asumir en estos casos que no implican restricciones para el imputado y pueden ser implementadas como parte de la política de protección y acompañamiento. Entre ellas:

1) Ofrecer a la víctima/sobreviviente acompañarla a su domicilio (por ejemplo, en casos de violencia intrafamiliar, para retirar efectos personales), y garantizar su transporte y atención para la realización de trámites legales, médicos y otros.

2) Proveer las medidas conducentes para brindar a la víctima/sobreviviente y al grupo familiar, cuando así lo requieran, asistencia médica y psicológica, a través de los organismos públicos con formación especializada en la prevención y atención de la violencia y asistencia a la víctima.

3) Disponer el inventario de los bienes de la sociedad conyugal y de los propios de la persona afectada, en caso de mediar vínculo matrimonial entre

147 Art. 310: "En los procesos por alguno de los delitos previstos en el libro segundo, títulos I, II, III, V y VI, y título V, capítulo I del Código Penal cometidos dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuviese constituido por uniones de hecho, y las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que pueden repetirse, el juez podrá disponer como medida cautelar la exclusión del hogar del procesado. Si el procesado tuviere deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciere peligrar la subsistencia de los alimentados, se dará intervención al asesor de menores para que promuevan las acciones que correspondan".

148 Ya sea que este reporte se haga en la Policía, Fiscalía u Oficina de la Corte Suprema. Cuando la violencia ha sido perpetrada en el entorno íntimo o familiar de la mujer se recomienda que una serie de medidas básicas de protección sean tomadas inmediatamente y sin más trámite a partir del reporte del hecho de violencia. Entre las medidas mencionadas tienen este carácter: acompañar a la víctima a su domicilio y para la realización de trámites iniciales, asegurar la asistencia médica y psicológica de emergencia, en especial en casos de violencia sexual, entre otros. Otras medidas de seguridad inmediatas que pueden tomarse incluyen fijar un nuevo domicilio para la víctima, disponer custodia u otras formas de protección policial.

el presunto agresor y la víctima/sobreviviente o en los casos de unión civil en los que pueda demostrarse la titularidad de los bienes.

4) Fijar para la persona damnificada un domicilio diferente del habitual para protegerla de futuras agresiones.

5) Conceder a la víctima/sobreviviente licencia extraordinaria por situaciones de violencia familiar, interruptiva de la ordinaria o extraordinaria, que no puede ser causal de despido o exoneración.

6) Fijarle al agresor un perímetro de exclusión dentro del cual no puede acercarse a la víctima/sobreviviente o a sus familiares.

Esta serie de medidas inmediatas serán luego complementadas con otras tomadas por la autoridad fiscal o judicial competente, según sea el caso.

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer enumera también medidas de protección y cautelares que se deben llevar a cabo frente a estos hechos[149]:

i) ordenar al acusado que desaloje la vivienda familiar, sin decidir en modo alguno la propiedad de dicha vivienda[150];

ii) ordenar al acusado que siga pagando el alquiler o la hipoteca y que pague una pensión de alimentos a la denunciante y a las personas a cargo de ambos;

iii) ordenar al acusado que entregue el uso de bienes o efectos personales esenciales a la denunciante;

iv) reglamentar el acceso del acusado a los hijos a cargo;

v) restringir la comunicación del acusado con la denunciante en su lugar de trabajo y otros lugares frecuentados por la denunciante;

vi) prohibir al acusado la compra, el uso o la posesión de un arma de fuego o cualquier otra arma especificada por si se considera que el uso o posesión de un arma por parte del acusado puede plantear una amenaza grave de daño para la denunciante;

149 Informe presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, del 2 de febrero de 1996. Ver también UNIFEM, Violencia Doméstica contra las mujeres, ps. 15 y ss., donde se hace referencia a las recomendaciones sobre medidas cautelares y de protección y su sustento normativo internacional, como las enunciadas en este punto del trabajo, en *www.scribd.com/doc/12675/2005-unifem-violencia-para-legisladores?page=17*, y "Keeping the Promise: victim safety and batterer accountability", Report to the California Attorney General, 2005, en *www.safestate.org/documents/dv_report_ag.pdf*. Es indispensable que se considere incorporar instancias de control que vigilen celosamente el cumplimiento de los plazos urgentes para la provisión de medidas cautelares de este tipo.

150 Debe también proveerse a la víctima de información respecto de los servicios a la comunidad para víctimas de violencia familiar o sexual, y organizaciones de mujeres que pueden proveerle apoyo y protección, tales como ONG, refugios, asistencia social, etc., y facilitar el contacto de la víctima con estas organizaciones.





vii) ordenar al acusado el pago de las facturas médicas de la denunciante, los honorarios de sus asesores o sus gastos de alojamiento;

viii) prohibir los actos unilaterales de disposición de los bienes en comunidad;

ix) fijar una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese;

x) establecer un régimen de tenencia de los hijos y visitas conformes con las reglas legales establecidas;

xi) otorgar la guarda de la víctima/sobreviviente, cuando fuere menor y con su consentimiento si es posible, a quien considere idóneo para tal función, si esta medida fuera necesaria para su seguridad psicofísica y hasta tanto se efectúe un diagnóstico de la situación;

xii) ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los hijos;

xiii) ordenar la asistencia del presunto agresor a programas de reeducación y

xiv) prohibir al agresor el cobro de los haberes de la persona damnificada y exigir rendición de cuentas documentadas relativa a ellos.

Estas medidas tienen por fin "la protección de derechos fundamentales en casos urgentes"[151], por lo que deben garantizarse independientemente de un posterior análisis de la evidencia relevante[152]. "Por tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos urgentes, la ritualidad de las pruebas no debería ser la misma que se exige en los procesos ordinarios, pues se trata de que un breve lapso de tiempo se adopten las medidas conducentes para la protección inmediata de los derechos amenazados"[153].

La coexistencia de autoridades jurisdiccionales con posibilidades de decidir sobre la procedencia o no de una medida cautelar destinada a proteger a víctimas/sobrevivientes de violencia intrafamiliar no debe producir el

151 "Por ejemplo, mientras que en derecho penal una amenaza contra la vida sólo se configura con la iniciación de la etapa ejecutiva del delito, en materia cautelar la protección del derecho a la vida debería incluir la protección contra todo acto que amenace dicho derecho, no importa la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza con tal de que ella sea cierta", Informe de Relatoría CIDH, cit., párr. 57, inc. 3, p. 27.

152 PNUD, Legislative Proposal, arts. 7 y ss., en *http://72.14.209.104/u/undpsearch?q=cache:tjgF0vuVxwAJ:www.undp.org/rblac/gender/legislation/violence.htm+%22When+there+are+indications+of+domestic+violence,+irrespective+of+whether+preliminary+criminal+proceedings+have+been+instituted%22&hl=en&ct=clnk&cd=1&ie=UTF-8*. La propuesta legislativa está diseñada para asegurar el cumplimiento y la aplicación de los instrumentos internacionales, particularmente los artículos 1, 2, 3, 5, 6 y 11 de la CEDAW, 2, 3, 7, 17, 18, 19, 22, 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2, 3, 7, 8 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1, 2, 3, 5, 6, 12, 16, 17 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 1 a 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

153 Informe de Relatoría, CIDH, cit., párr. 57, inc. 3, p. 27.

efecto negativo de la intervención simultánea de instancias o fueros que neutraliza la protección que se pretende. Se trata de una exigencia de coordinación, algunos de cuyos aspectos pueden satisfacerse con una instancia de información que registre adecuadamente las medidas cautelares impuestas a fin de evitar decisiones contradictorias. En la actualidad en el ámbito nacional y de la ciudad de Buenos Aires esa función debería cumplirla la Oficina de asistencia de casos de violencia familiar dependiente del ámbito de la Corte Suprema.

Finalmente, las decisiones destinadas a garantizar protección a las víctimas/sobrevivientes de violencia familiar y otras formas de violencia contra las mujeres en el proceso penal deben asegurar la inmediatez y el sostenimiento institucional de la medida. Para ello, las disposiciones sobre medidas de protección suelen incluir explícitamente plazos breves para su adopción y acompañarse de otras que definen la intervención institucional en caso de violación de las medidas de seguridad por parte del agresor, y las obligaciones de las fuerzas de seguridad y otras agencias respecto de la ejecución práctica de las medidas de seguridad y cautelares a las que tienen derecho las mujeres víctimas de violencia[154] y su seguimiento y monitoreo.

### 5. 6. Derecho de las víctimas a recibir y solicitar información sobre sus derechos y de acercar información sobre el caso

Las víctimas tienen también derecho a recibir y acercar información sobre sus derechos y el caso. Es común que la consagración normativa de derechos de las víctimas se vea frustrada en su impacto debido a la carencia de una adecuada política de comunicación sin la cual difícilmente se efectivicen sus derechos. Las diferencias de estatus, género, clase, raza, entre otras, y los patrones culturales sexistas presentes en la justicia penal se materializan en una serie de obstáculos que es necesario remover desde las reglas y la práctica cotidiana para garantizar a las víctimas su efectivo derecho a la información.

Es necesario establecer protocolos básicos para la atención orientados a asegurar el derecho de las víctimas a decidir sobre el curso del proceso y evitar la revictimización; explicar en lenguaje comprensible las convenciones discursivas técnicas; definir el manejo coordinado de recursos disponibles para la atención y asistencia a fin de lograr eficacia en la derivación de la atención de otras necesidades; y establecer mecanismos de comunicación y notificación claros y que no expongan indebidamente a las víctimas/sobrevivientes[155].

154 "Keeping the Promise: victim safety and batterer accountability, Report to the California Attorney General", 2005, citado.

155 Informe de Relatoría. CIDH, cit., párr. 142, p. 59.





Estas medidas y criterios, perfectamente aplicables a la relación con las víctimas en general, requieren ser acompañados de medidas y recaudos adicionales cuando se está frente a mujeres y niñas y víctimas/sobrevivientes de violencia sexual o intrafamiliar. "Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional establecen que deben tomarse en cuenta las necesidades específicas de las víctimas de violencia sexual para facilitar su testimonio y participación en el proceso penal, y deben tener un acceso completo a la información sobre el proceso"[156].

Por ejemplo, algunos países han fijado como criterio que debe convenirse con la víctima/sobreviviente un sistema de notificaciones especial (casilleros, una dirección acordada distinta al domicilio, telefónico), a fin de que la información no comprometa su privacidad e intimidad. Se debe incluir el establecimiento de lugares aptos para la atención de víctimas, privilegiando evitar contactos con el agresor, y la atención por personal sensibilizado en materia de género y en lo posible del mismo sexo. Los problemas más comunes por superar, aparecen identificados por el informe de relatoría de la CIDH al establecer: "Los establecimientos donde las víctimas/sobrevivientes reciben apoyo no siempre garantizan su privacidad y éstas tienen que esperar largos períodos de tiempo para recibir atención. Las víctimas son interrogadas por varios funcionarios en público –entre otros, uno o dos policías, un fiscal, un doctor de medicina forense, una secretaria, un juez, un abogado de la defensa– y no son informadas sobre el proceso judicial en general".

### 5. 7. Reglas de Prueba y mujeres víctimas/sobrevivientes de violencia

Tanto en el ámbito de la investigación como en el de su reproducción en el debate, se verifica nuevamente la existencia de sexismo en la práctica de las instituciones del sistema penal. Las causas en que se investiga violencia de género se transforman en juicios acerca de la conducta sexual y social de las víctimas/sobrevivientes y estigmatizan de distintas formas a las mujeres. Esta situación es aún más violatoria de los derechos de las víctimas/sobrevivientes si se permite la información sobre la conducta sexual de la víctima como prueba de descargo en cualquier etapa. En casos de trata, secuestro y desaparición de mujeres y niñas, la introducción de información sobre la conducta sexual de la víctima/sobreviviente suele acompañar las deficientes investigaciones y fijar el destino de impunidad desde etapas tempranas del proceso[157].

156 Ídem, párr. 54, p. 24.

157 "En los juicios por violación a menudo se introduce como prueba la vida sexual anterior de la víctima con otros hombres ya sea para demostrar que 'la mala conducta de la mujer es notoria', por ejemplo, en el caso de una prostituta, o sumamente promiscua,

Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional consagran pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual[158]. En lo que aquí interesa, en la Regla 70 se dispone expresamente que, en casos de violencia sexual, "d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo... Regla 71. Prueba de otro comportamiento sexual. Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69[159], la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo". En las Reglas de procedimiento y prueba de los Tribunales Internacionales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda, se estableció, entre otras cosas, la exclusión de la posibilidad de realizar preguntas sobre el pasado sexual de las víctimas/sobrevivientes.

En el derecho comparado también encontramos medidas de este tipo, destinadas a proteger a las víctimas/sobrevivientes de delitos sexuales. La Relatora Especial destacó al respecto que "muchos países han introducido reformas que procuran limitar la presentación de pruebas relativas a la vida sexual de la demandante. La disposición canadiense establece que pueden admitirse libremente pruebas referentes a la vida sexual anterior de la demandante con el acusado, pero no puede aducirse como prueba el pasado sexual de la demandante con ninguna otra persona, a menos que guarde relación con tres categorías determinadas. Cuando la prueba cae dentro de una de esas tres categorías, sólo es admisible tras haber notificado razonablemente por escrito a la acusación el carácter y los pormenores de la prueba y una vez que la magistrada haya celebrado una audiencia a puerta cerrada, tras lo cual decidirá si la prueba cae dentro de una de las categorías (Criminal Code, art. 246). En Australia, la legislación de Nueva Gales del Sur prohíbe absolutamente las pruebas sobre la reputación sexual y considera inadmisibles las pruebas relativas a la experiencia sexual, salvo en determinadas circunstancias (Crimes Act, 1900, art. 409B)"[160].

En Estados Unidos también se han dictado leyes de estas características, denominadas "escudo en casos de violación" (Rape Shield Laws), a través de las cuales se restringe el uso de pruebas que se refieran al pasado sexual de la víctima/sobreviviente o a aspectos de su vida privada a fin de evitar prácticas sexistas como inferir el consentimiento de la víctima/sobreviviente a la violencia sexual[161].

El Tribunal Constitucional de Colombia, al analizar la admisión de este tipo de pruebas, manifestó que "En principio, dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente el derecho de defensa del procesado, por ejemplo, porque un examen de la vida íntima común y anterior de la víctima y del acusado permitiría demostrar que hubo consentimiento. Por lo tanto, si la intromisión en la vida íntima de la víctima sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores y distintas de la investigada, tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada. Lo que si es constitucionalmente admisible es que se investiguen las circunstancias en que se realizó el acto sexual objeto de la denuncia"[162].

### 5. 8. Disponibilidad de la acción penal pública

La política de persecución debe explicitarse y transparentarse, además de fundar el uso de los recursos de acuerdo con criterios de derechos humanos. El reconocimiento explícito de los derechos humanos de las mujeres impacta la política de persecución; la inclusión de criterios de oportunidad que aparece como impostergable debe ir acompañada de consideraciones de

por lo que es probable que haya dado su consentimiento para la relación, o demostrar que no es fidedigna y que entonces su declaración es sospechosa. La demandante ha de hacer frente a un fuego cruzado de preguntas sobre su pasado sexual y sus experiencias sociales y médicas con el propósito de proteger al demandado y denigrar el carácter de la víctima. Aunque rara vez el pasado sexual de la demandante tiene alguna relación con la denuncia de que se trate, las declaraciones a este respecto influirán al jurado e inevitablemente conducirán a la absolución del acusado", Informe Preliminar de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado en virtud de la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Consejo Económico y Social, Distr. General E/CN.4/1995/42, 22 de noviembre de 1994.

158 Adoptadas por la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002

159 Art. 69: "Práctica de las pruebas (...) 4) La Corte podrá decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba".

160 Informe preliminar de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado en virtud de la Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Consejo Económico y Social, Distr. General E/CN.4/1995/42, 22 de noviembre de 1994.

161 Ver también "Rules of Evidence Relating to Sexual Violence", en *www.ytech.nl/iccwomen/wigjdraft1/Archives/oldWCGJ/resources/svrpe.htm*.

162 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° T-453 de 2005, Expediente T-1004602, Acción de tutela instaurada por Sandra Liliana Orejarena Troya contra el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bucaramanga

género[163]. Este principio permite al fiscal no iniciar o abandonar la acción penal frente a delitos donde el daño sea pequeño, la responsabilidad de la autora sea escasa o muy condicionada, entre otros motivos de utilidad social o razones político criminales. En el contexto regional, la evaluación sobre el funcionamiento de los sistemas procesales penales reformados mostró que en términos generales, la aplicación del principio de oportunidad tuvo el efecto de legalizar los criterios sexistas en el ejercicio de la discreción fiscal[164]. La CIDH ha dicho que "el grado de discrecionalidad otorgado... a los fiscales facilita que en la decisión de investigar un delito, sus creencias y actitudes personales desempeñen un papel fundamental"[165].

En la actualidad, y sin que esté regulado el principio de oportunidad, el sexismo en la discreción fiscal, policial y judicial resulta en la criminalización de formas de supervivencia de mujeres pobres y la impunidad de la violencia contra las mujeres.

En este sentido, consideramos que no corresponde perseguir penalmente a las mujeres que participan en la comisión de diferentes tipos de delitos en una posición subordinada, tal el caso de determinadas formas de participación de mujeres en los casos de trata de personas, tráfico de drogas, piratería, estafas, entre otros. Asimismo, es importante recordar que el Comité de Derechos Humanos emitió una recomendación a la Argentina donde expresa: "En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos a aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de una violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado". Sobre la base de esta recomendación consideramos necesario disponer de la acción penal en los casos de mujeres denunciadas por aborto.

En el otro extremo, la regla del sistema de justicia penal aún hoy es no iniciar acción penal frente a hechos de violencia de los cuales las mujeres son víctimas, en particular si se trata de casos de violencia intrafamiliar, enmascarándose la impunidad en una supuesta posición "garantista" sustentada por quienes, entre otros, han sostenido lo siguiente:

> "Estamos convirtiendo la conducta de alguien que le pega a su mujer –que es algo feo, agresivo y desagradable– en una conducta criminal... si dijéramos que esto no es delito... tendríamos que tomar una serie de precauciones: alguien que le pega a su mujer puede matarla de un puñetazo, con lo cual se configuraría un delito (...) Si se trata de una situación de inestabilidad familiar, de desacuerdos internos manifestados grosera y dolorosamente en una golpiza, al llamarlo delito transformamos un poco algo que, en realidad, es un conflicto"[166].
>
> "La violencia doméstica se produce (...) en delitos de poca entidad y difíciles de probar. Se trata de problemas de familia que muchas veces no tienen solución judicial, más aún cuando se interpone la autoridad en busca de un delito y de un culpable, pues en estos temas ningún integrante del grupo familiar puede arrojar la primera piedra (...) Creemos que en estos casos debe 'legalizarse' el principio de disponibilidad, pues sería prudente y económico no dar *ab initio* intervención al órgano jurisdiccional (...) Cuando esto ocurre en delitos que lindan con lo civil como el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, de muy poca entidad política como las lesiones leves o hasta en algunos casos de delitos contra la honestidad (v. gr. en ambientes socioculturales donde existen especiales valoraciones en relación con lo sexual), el fiscal tendría que tener facultades para no llevar el caso ante el juez de instrucción"[167].

Consideramos necesario formular expresamente la prohibición de disponer de la acción penal en los casos de lesiones, amenazas, violaciones, abusos sexuales y otros crímenes de incuestionada gravedad como los homicidios y secuestros sufridos por mujeres, niñas y niños, en especial en cir-

163 Los debates sobre legalidad y oportunidad como principios reguladores de la acción son inagotables. Aquí basta con decir, de acuerdo con la posición sentada por Alberto Binder, que teniendo en cuenta que el principio básico de un sistema penal democrático es la excepcionalidad en el recurso a la respuesta penal, su correlato procesal debe ser precisamente la oportunidad y no la legalidad que pretende contradecir en la práctica dicho carácter excepcional.

164 El Centro de Estudios de Justicia de las Américas realizó durante 2004 diversos análisis sobre la evaluación de las Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género en distintos países de América Latina. Ver "Evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una perspectiva de Género", en *www.cejamericas.org/doc/proyectos/ceja-comparativo-genero3.pdf*, entre otros documentos en *www.cejamericas.org*. En Chile, el análisis de casos reveló que los fiscales aplican el principio de oportunidad discriminatoriamente perjudicando especialmente a mujeres víctimas de violencia familiar y a niñas víctimas de abuso sexual. Ver "Delitos sexuales y lesiones. La violencia de géneroen la reforma procesal penal en Chile: informe final", en *www.cejamericas.org/doc/proyectos/cl-genero-informe-final 2.pdf*.

165 Informe de Relatoría. CIDH. cit., párr. 144, p. 59.

166 Virgolini, Julio, "La polémica: ¿delito o conflicto?", en Haydée Birgin (ed.), *Violencia familiar, a diez años de la sanción de la Ley de Violencia Familiar. ¿Una herramienta eficaz?*, Altamira, Buenos Aires, 2005, ps. 254-255.

167 Adler, Daniel E., "El principio de oportunidad y el inicio del proceso penal a través del Ministerio Público", en *La Ley*, 1993-A-900. Actualmente, Daniel Adler es fiscal general ante la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata.

cunstancias de violencia familiar[168]. En estos casos, "la afectación del interés es máxima porque se afecta la integridad y la dignidad humana"[169]. "El Fiscal debe tomar las medidas apropiadas para asegurar una apropiada investigación y persecución de los crímenes de la jurisdicción de la corte... respetando los intereses y circunstancias personales de víctimas y testigos, incluyendo... género... y la naturaleza del crimen, en particular si implica violencia sexual, de género, o violencia en contra de niñas/os"[170].

Debido al racismo inherente al sistema penal, por lo menos en su funcionamiento actual, es necesario resaltar la necesidad de formular reglas expresas y controles que eviten que la persecución penal de los casos de violencia intrafamiliar refuercen el estereotipo de violencia que pesa sobre las comunidades racialmente estigmatizadas, como afrodescendientes, indígenas, migrantes de países andinos, entre otras. En otras palabras, es necesario construir mecanismos para que la reducción de la impunidad frente a la

168 Ver Informe nacional sobre la situación de la violencia contra las mujeres, Argentina, PNUD, 1999, en *www.undp.org/rblac/gender/campaign-spanish/argentinafull.htm*. Ver datos en *Clarín*, 16/7/2006, *www.clarin.com/suplementos/zona/2006/07/16/z-03215.htm*. En la gran mayoría de los casos de violencia familiar hay amenazas, lesiones y abusos. Ver Vaccaro, Sonia, "Sombra y Violencia Familiar", en *www.rinaweb.com.ar/violencias/svaccaro_violencia_sombra.html*. Aun cuando se incorporase la posibilidad de que la víctima continúe ejerciendo la acción, el alto riesgo de que estos casos queden impunes aún persiste. Las desigualdades de género constituyen un obstáculo para el acceso de las mujeres al patrocinio letrado que sería requerido para sostener estas acciones. No sólo debido a la brecha económica que afecta negativamente a las mujeres (ver, entre otros, *Clarín*, 6/2/2000, en *www.clarin.com/diario/2000/02/06/o-02201d.htm*), sino además porque en los casos de violencia familiar un factor recurrente y de enorme incidencia es la violencia ejercida por el varón en la administración de los recursos del hogar. Esta violencia económica hace que las mujeres víctimas de violencia familiar no tengan a su disposición en la práctica los recursos económicos necesarios para resistir y sobrevivir la violencia. Es por ello que las organizaciones de mujeres que trabajan casos de violencia incluyen entre sus recomendaciones tener siempre un fondo de emergencia, aunque sea pequeño, que se mantenga en secreto, a fin de poder contar con recursos disponibles para emergencias (ver sitios web de la Municipalidad de Rosario, en *www.rosario.gov.ar/sitio/desarrollo_social/mujer/programaviolencia2.jsp*; de la Asociación Argentina de Prevención de la Violencia Familiar, en *www.aapvf.com.ar/temas/00Violencia.php*; del Consejo Nacional de la Mujer, en *www.cnm.gov.ar/areainterv/inv_vio.htm*; entre otras). En el caso de clases sociales económicamente privilegiadas, este hecho, incluso, juega en contra de las mujeres víctimas de violencia familiar, dado que legalmente cuentan con recursos que las excluyen de los escasos servicios de patrocinio jurídico gratuito. En la práctica, muchas veces estas mujeres se encuentran desposeídas de sus bienes por sus parejas violentas.

169 "Evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género: Honduras", p. 46.

170 "En lo referente a Violencia Intrafamiliar, se dio como pauta que entre parejas no se debería aplicar criterio de oportunidad" (art. 54.1.b, Estatuto de Roma), Gender Report Card, cit., 2006 (trad libre).





violencia familiar no resulte en la sobrerrepresentación de varones de comunidades estigmatizadas por pertenencia étnica o nacional condenados a penas privativas de libertad[171].

### 5. 9. Prohibición de aplicar formas de conciliación, mediación o negociación como resolución de casos de violencia contra las mujeres

Aplicar mecanismos asociados con la justicia restaurativa y la resolución alternativa de conflictos en el ámbito de la justicia penal es un gran avance hacia el respeto efectivo de la garantía de derecho penal mínimo[172]. A fin de respetar esta garantía sin vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres, es necesario poner en práctica la prohibición de aplicar mecanismos de justicia restaurativa y alternos de solución de conflictos a casos de violencia contra las mujeres[173].

Por una parte, los casos criminales de violencia contra las mujeres suelen constituir casos graves, comparables con el homicidio, secuestro extorsivo, tortura, lesiones graves, violación, abuso de armas y otras conductas delictivas que no suelen ser objeto de mediación, negociación o conciliación. Cuando se introducen figuras conciliatorias –en términos generales– en estos delitos, suele encubrirse, detrás de la supuesta garantía del derecho penal mínimo, la reducción de la víctima mujer al estatus de objeto y el total desprecio por sus derechos fundamentales, que deriva en impunidad[174]. Las y los operadores no cuentan en este momento con la adecuada formación en perspectiva de género, y se tiende a minimizar los daños y riesgos de los casos de violencia sexual y familiar contra las mujeres. Esto ha llevado a que

171 Al respecto, ver Natalie Sokoloff *et al.*, "Domestic Violence at the Margins", 2005, Rutgers University Press, p. 86, en *http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=SANRgrmzSYAC&oi=fnd&pg=PA194&dq=gender+stereotyping+prosecution+women+of+color&ots=UkQ2DwwAR&sig=6vm7CFV59vq6xQcY7R1JCxiw7Ok#PPA86,M1*.

172 Que implica restringir el uso de la violencia penal a su menor expresión posible, ver Luigi Ferrajoli, "Derecho penal mínimo", en *http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-mnimo-lferrajoli/*

173 Chiarotti, Susana, *www.cladem.org/espanol/novedades/Ponencia%20SChiarotti%20-%20CEMAR.asp*; PAHO, *www.paho.org/Spanish/AD/GE/LeyModelo.pdf*; *www.cambiodemocratico.org/publicaciones/Mediacion%20y%20violencia%20familiar_Tapia_Iluindain.pdf*; *www.cejamericas.org/doc/documentos/1_med_familiar_svecchi.pdf*.

174 Según Boaventura de Souza Santos, "muchos de los conflictos que se pretende sean procesados informalmente comparten dos características: presentan diferencias estructurales en el poder social de las partes y ocurren repetidamente (...) En tales casos, la mediación y el arbitraje se vuelven represivos porque la justicia informal carece de poder coercitivo para neutralizar las diferencias de poder entre las partes. Y la mediación represiva conduce a la conciliación represiva", *Estado derecho y luchas sociales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1991, ps. 138 y siguientes

tradicionalmente la justicia desatienda los reclamos de las mujeres, archivando o desechando causas y denuncias, o aplicando mecanismos de resolución de conflicto y sanciones que confirman esa tendencia a minimizar los daños y la criminalidad de estos tipos de violencia contra las mujeres.

Por otra parte, el sexismo imperante en las instituciones estatales deja a las víctimas/sobrevivientes de estos delitos muy vulnerables, lo que afecta sus posibilidades reales de participar en la igualdad de condiciones de poder, que es un requisito indispensable para un efectivo desarrollo de mecanismos de negociación, mediación y conciliación y su consumación de justicia restaurativa. La mayoría de las víctimas/sobrevivientes de violencia familiar han permanecido en esta condición durante años, bajo situaciones de violencia y privaciones intensas, lo que ha llevado a expertos/as a equiparar su estado cuando finalmente rompen el círculo de esta violencia, a víctimas del holocausto, tanto por su vulnerabilidad psíquica como física[175]. Otro motivo es que la violencia familiar y la sexual ejercida en la pareja o familia es cíclica, por lo que hasta su completa rehabilitación es poco probable que la conciliación –en términos generales– sea exitosa en estos casos, sobre todo si se carece de una adecuada coordinación con otras agencias que deban intervenir.

En cuanto a los acuerdos reparatorios, encontramos que, debido a la extensión de la violencia y discriminación de género ejercida sobre las mujeres en todos los ámbitos, no es fácil asegurar las condiciones de igualdad necesarias para garantizar los derechos de ambas partes. Los acuerdos reparatorios son acuerdos entre la víctima y el imputado, por medio de los cuales se pone término al proceso penal. Esta salida alternativa supone, por cierto, una negociación en igualdad de condiciones entre ambas partes, igualdad que evidentemente no existe en los casos de violencia familiar y sexual, en cuya base se encuentra el abuso de poder.

Teniendo en consideración lo anterior, resulta procedente excluir la justicia restaurativa en los casos de violencia contra las mujeres, sin perjuicio de que procedan otras salidas alternativas, como la suspensión del proceso a prueba bajo condiciones que preserven los derechos de las mujeres, o la imposición de penas alternativas a la prisión, entre otras[176]. Debe quedar claro que la víctima no puede ser sometida a poner en riesgo su propia seguridad en un proceso de negociación donde, además se la confronte con el agresor violento.

175 Frecuentemente, además, estas víctimas presentan cuadros similares al síndrome de Estocolmo (conocido como síndrome de la mujer golpeada o maltratada), estados de ansiedad, autodestrucción, hipervigilancia, pavor, ataques de pánico, entre otros.

176 Recomendaciones Humanas, Chihuahua, cit., p. 6.





## 6. El Ministerio Público Fiscal al frente de la investigación y la perspectiva de género

Entendemos indispensable que el Ministerio Público Fiscal asuma tres metas básicas[177]:

– La inclusión efectiva de políticas específicas y sistemáticas de asistencia a las víctimas y en general para casos de violencia de género. Salvo la provisión de asistencia psicológica en algunos casos, es evidente la ausencia de políticas de acompañamiento en el marco del propio proceso penal, terreno en el que las prácticas revictimizantes se suceden una tras otra y en el que los y las operadores carecen de perfiles específicos para el trato con estas víctimas/sobrevivientes.

– Poner en marcha criterios transparentes de persecución que privilegien el destino de los recursos hacia la protección a las víctimas/sobrevivientes frente a los grandes nichos de impunidad que evidencia el funcionamiento del sistema de justicia penal en los casos de violencia contra las mujeres; y los retiren de la persecución de mujeres pobres que se lleva a cabo al criminalizar sobre la base de criterios sexistas ejercicios legítimos del derecho de las mujeres a la supervivencia y la resistencia frente a la violencia, manifestaciones fundamentales del ejercicio de derecho a la vida[178].

– Directamente relacionado con lo anterior, promover una política criminal que urgentemente articule frente a la violencia de género, respuestas diferenciadas para escenarios conflictivos completamente diversos, respetando los principios de *ultima ratio* y mínima violencia.

Por una parte, se trata de alejar los modelos de persecución penal del modelo autoritario afincado en las teorías del bien jurídico y sus abstracciones, colocando a las instituciones estatales a resolver problemas concretos. En general se ha entendido que de las modificaciones que se produzcan en

177 Se plantean aquí los desafíos centrales que atañen a las demandas desde la perspectiva de género. Desde una mirada más integral, comprensiva de todos los desafíos que plantea un proceso de transformación institucional democrático, pueden verse los trabajos de Binder, Alberto, "Funciones y disfunciones del Ministerio Público Fiscal", en AA.Vv., *Política criminal. De la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

178 En particular, determinados criterios sexistas suelen fundar la persecución penal de mujeres que se han defendido resultando en la muerte o lesiones de su agresor, argumentando excesos en la legítima defensa o premeditación basándose en la una supuesta agresividad que no se corresponde con el estereotipo femenino. Ver Allard, Angela, *Rethinking battered Women Syndrome, a black feminist perspective*, 2005, Routledge, en *http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=SANRgrmzSYAC&oi=fnd&pg=PA194&dq=gender+stereotyping+prosecution+women+of+color&ots=Uk-Q2DwwAR&sig=6vm7CFV59vq6xQcY7R1JCxiw7Ok#PPA194,M1*.

el modo de relación entre las víctimas y el Ministerio Público Fiscal dependerá la profundidad del cambio que se impulsa[179].

Por otra, se trata de asumir como principio regulador el principio de *ultima ratio* o excepcionalidad en el uso de la fuerza sin desatender las más graves formas de impunidad. El desarrollo de un programa político criminal legítimo depende de la reducción en el uso de respuestas violentas y la diversificación de las respuestas como herramienta básica de funcionamiento.

Estas metas básicas no constituyen meras opciones de los procesos de reingeniería normativa e institucional. Se imponen como exigencias básicas del Estado democrático de Derecho.

En el tema que nos ocupa, la concreción de los objetivos indicados previamente reclama la adopción de algunos criterios y medidas desde la perspectiva de género que deben ser adoptadas por el Ministerio Público.

– Trabajar efectivamente demanda información: mejorar la eficacia del Ministerio Público exige producir y publicar información con perspectiva de género. En la producción y manejo de información es necesario además respetar los derechos fundamentales de las víctimas de delitos, las víctimas/sobrevivientes de violencia sexual o familiar constituyen un caso particular.

– Nuevas medidas de éxito para las y los fiscales[180]. Si las únicas medidas de éxito del trabajo de las y los fiscales son las tasas de condena/sobreseimiento/archivo, o la cooperación de las víctimas/sobrevivientes en el proceso penal en casos de violencia sexual y/o familiar, es probable que los indicadores de éxito sean bajos. Un buen indicador complementario es la accesibilidad de las instituciones de justicia criminal para las mujeres víctimas/sobrevivientes de violencia familiar y/o sexual, la reducción de los plazos de acceso de las víctimas al sistema, las medidas de protección o el seguimiento que pueda hacerse sobre el caso[181].

[179] Al respecto, Julio Maier dice: "El Estado protector de todos, de la generalidad (...) como se postula (...) procede por intermedio de una organización de funcionarios públicos (la policía, el ministerio público). Los órganos de persecución penal, como organismos estatales, tienden a burocratizarse, a buscar, mediante rutinas, respuestas genéricas, estandarizadas, desplazando los intereses concretos del caso, y las individualidades. La intervención del ofendido o la víctima permite a la burocracia judicial salir de esa rutina autoimpuesta, autorreferente y desvinculada de finalidades sociales específicas (al menos en términos de impacto) y regresarlo en cuanto sea posible a la gestión de problemas, casos concretos, individualidades", *Derecho procesal penal*, t. II, *Parte general. Sujetos procesales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 612.

[180] Ver Minnesota Center Against Violence and Abuse, en *www.mincava.umn.edu/documents/bwjp/prosecutev/prosecutev.html*.

[181] Hay que considerar especialmente que en los casos de violencia familiar, y también en muchos casos de violencia sexual, la violencia se presenta de un modo cíclico y





– Contemplar la creación de unidades especiales. Por una parte, para atención de víctimas y testigos; por otra, para la investigación y persecución penal de los casos. El objetivo de estas unidades es poder brindar atención temprana a la víctima e intervenir rápido y con perspectiva de género en el caso, disminuyendo los riesgos y daños para las víctimas/sobrevivientes. Suelen organizarse formas especiales de investigar y procesar los casos flagrantes y con autor identificado (usualmente en 24-48 h), y otras para criminalidad compleja o autor no identificado. Otras funciones incluyen: elaborar protocolos para la atención de personas e investigación de casos tanto por parte del ministerio público como en coordinación con otras agencias; y coordinar con organizaciones de víctimas o que les prestan servicios, y con otras agencias de producción de información del Estado[182].

– Erradicar del manejo de los casos, aquellas prácticas procesales sexistas apoyadas en la vulnerabilidad de la víctima que le impiden participar plenamente del proceso y se usan para justificar la adopción de medidas de coerción en su contra invocando su condición de testigo; y para omitir hechos relevantes a fin de promover burocráticamente el archivo o sobreseimiento del caso. Se trata de dejar atrás la concepción dominante, que insiste en ampararse en el hecho de que la víctima "abandona" el caso, para ya no seguir adelante con la investigación. Aun sin la intervención directa de la víctima/sobreviviente, son varias las medidas que pueden tomarse para continuar una investigación. Por ejemplo, se recomienda aplicar técnicas de investigación y juicio empleadas en otros delitos donde se persigue penalmente y enjuicia a personas sin testigos directos, como homicidios o robos de casas, y trabajar cooperativamente con organizaciones comunitarias especialistas en este tipo de casos y situaciones, desde las etapas iniciales del procedimiento[183]. Asimismo, las comunicaciones a los servicios de emergencia las comisarías, fotos y exámenes forenses de las víctimas/sobrevivientes, la escena del crimen, entre otras, pueden utilizarse como fuentes o elementos de prueba[184]. Finalmente, en el juicio, se recomienda el uso de

creciente, por lo que la repetición de la victimización es alta. Mediante un acceso rápido a las víctimas de parte del ministerio público cada vez que se comete un hecho de violencia, y un adecuado registro y seguimiento de los casos, pueden generarse intervenciones más adecuadas y disminuir sustancialmente los riesgos y daños para las víctimas.

[182] Ver "Domestic Violence Prosecution Division, Florida, Brevard and Seminole Counties", en *www.brevardcounty.us/saweb/prosecute/dv.htm*, y "Domestic Violence. Stalking Unit, City of Columbus, Ohio", en *www.columbuscityattorney.org/prosecution/dv.aspx*.

[183] De hecho, es muy probable que si una mujer víctima de violencia sexual y/o familiar llega a la instancia de una fiscalía, tenga algún tipo de acompañamiento por parte de alguna organización de derechos de las mujeres.

[184] Minnesota Center Against Violence and Abuse, en *www.mincava.umn.edu/documents/bwjp/prosecutev/prosecutev.html*.

peritos que expliquen a jueces/zas y/o jurados este rechazo o indecisión de la mujer de prestar su testimonio en juicio[185]. El hecho de que una víctima/sobreviviente no quiera prestar testimonio o no coopere con el proceso nunca puede fundamentar la evaluación de la necesidad o continuidad de las medidas de protección y urgentes.

Entre ellas, las más eficaces son que todo el personal responsable sobre estos casos reciba entrenamiento para manejar la desconfianza, indecisión o rechazo de la víctima; y procurar probar el caso mediante evidencia diferente al sólo testimonio de la víctima/sobreviviente, en especial si ella decide que es en su interés no participar de la persecución penal[186].

## 7. Eliminación del sexismo en el lenguaje legal y el discurso judicial

El impacto en la normatividad social es uno de los fundamentos sustantivos para las reformas legales[187]. La inclusión de la perspectiva de género en el lenguaje de la ley constituye una pieza clave del cambio de paradigma cultural a fin de garantizar a las personas, y en especial a las mujeres, el principio de igualdad real de oportunidades y su derecho a una vida libre de violencia.

Sin embargo, "Hasta que un vuelco en el discurso judicial sea efectuado por el sistema de justicia, el progreso desde la ciudadanía femenina hacia la ciudadanía plena seguirá siendo un sueño irrealizado"[188].

El reconocimiento de la violencia de género ejercida por medio de la utilización sexista del lenguaje aflora expresamente en forma de garantía en la Recomendación General N° XXV del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 56° Período de sesiones (2000), punto 4; la Resolución

185 Ver, por ejemplo, *Manual de persecución penal (Criminal Prosecution)*, de Iowa y California (Estados Unidos). También el artículo 194 del CPP de Perú: "Participación de testigos y peritos. 1. 2. 3 En los delitos contra la libertad sexual no se exigirá la concurrencia de los agraviados menores de edad, o de las víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación".

186 Varios pasos del proceso penal pueden generar hostilidad en las víctimas. No considerar las necesidades y motivos de la víctima para tomar las decisiones sobre el proceso, o la imposibilidad de brindar protección adecuada, suelen generar una clase de testigos/víctimas que no cooperan, o, directamente, ausentes. Debido a esto es importante que las y los fiscales tengan el conocimiento necesario para poder llevar los casos a juicio aún sin el testimonio de la víctima (asumiendo que en el sistema acusatorio rige el principio de libertad probatoria). Ver "Minnesota Center Against Violence and Abuse", en *www.mincava.umn.edu/documents/bwjp/prosecutev/prosecutev.html*.

187 Segato, *Las estructuras elementales de la violencia*, citado.

188 Ver Robin West, "Jurisprudence and Gender", en Katharine T. Bartlett y Rosanne Kennedy (eds.), *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, Westview Press, Inc., Boulder, Colorado, 1991, ps. 201-234, en *www.anzasa.arts.usyd.edu.au/a.j.a.s/Articles/1_02/Hoon.pdf*.





14.1 de la Conferencia general de la UNESCO en su 24ª Reunión, apartado 1, párrafo 2, de 1987[189]; la Resolución 29 de la 25° Reunión de la Conferencia general de la UNESCO de 1989, párrafo 3 de la parte dispositiva; las recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje del Servicio de Documentos y Lenguas de la UNESCO, 1990[190].

A partir de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 21 de febrero de 1990, la garantía del empleo de lenguaje no sexista fue reglamentada en diversos países, entre ellos España[191]. En el ámbito latinoamericano, se han presentado varios informes denunciando la utilización de lenguaje sexista en documentos e instrumentos públicos[192].

La garantía del empleo de lenguaje no sexista integra el derecho fundamental de las mujeres a su identidad[193]. "Para caminar hacia la igualdad, un lenguaje que ni oculte ni denigre a las mujeres es algo útil y necesario. No es una moda pasajera. No es una cuestión menor. En un universo lingüístico, lo que no se nombra no existe y nuestro universo, nuestra realidad es lingüística, la construimos con palabras. Usemos un lenguaje liberador y sirvámonos de la perspectiva de género para saber si así lo estamos haciendo"[194].

189 En la que se recomienda evitar en lo posible el empleo de términos que se refieran a un solo sexo, salvo cuando se trate de medidas positivas en favor de las mujeres.

190 UNESCO, recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje, en *www.observatoriodosmedios.org/mediateca/observatorio/mediateca/Documentos/Dosieres/Xenero/unesco.pdf*.

191 "Actuaciones del Defensor del pueblo Andaluz en materia de igualdad de género 1990-2004", en *www.defensor-and.es/informes/actmaterias/igualdad/TEXTOS/TA-IG-LS-02-90.htm*, entre otras.

192 Comité Latinoamericano y de El Caribe para la Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres, Capítulo Honduras, Informe Sobre el Cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2006, Derecho de la Mujer a la No Discriminación. En *www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/Cladem.pdf*, OEA, Comisión Interamericana de Mujeres, Preparativos para SEPIA III, Género y Educación, Propuestas para la Integración de la Perspectiva de Género en la Educación presentadas a la III Reunión de Ministros de Educación, en *www.oas.org/CIM/Spanish/SEPIA%20III.RecomMin.htm*, Pacto entre Mujeres: hacia una agenda legislativa y de gobierno por la Equidad", Encuentro entre candidatas y organizaciones civiles Centro Cultural José Martí. Ciudad de México 22 de junio de 2000, *www.consorcio.org.mx/pactos/pacto%20entre%20Mujeres%202000.pdf*.

193 Consagrados, entre otros, en el artículo 4 de la Convención de Belem do Pará y artículo 1 de la CEDAW, *http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/183/18310103.pdf*, además del artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

194 ¿Por qué hay que evitar un lenguaje sexista en la administración? Ver *www.ayto aviles.es/mujer/pdf/manual-lenguaje-genero.pdf*; *www.dipucordoba.es/prensa/pdf/resolucion lenguaje-no-sexista.pdf*; ver también "Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje", cit., entre otras.

## UNIDAD II: VIOLENCIA DE GÉNERO.

4) Barranco, Avilés, M.del Carmen. Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2010.

# DIVERSIDAD DE SITUACIONES Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS

**Mª del Carmen Barranco Avilés**
**Universidad Carlos III de Madrid**
**Consolider HURI-AGE**

*A María, que es única y especial*

INTRODUCCIÓN ..... 4

CAPÍTULO I. UNIVERSALIDAD E IGUALDAD EN LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS ..... 6

1. La universalidad de los derechos: fronteras, escasez y el papel de la autonomía ..... 6

2. Generalización, especificación y la revisión de los presupuestos iniciales ..... 8

3. Igualdad, no discriminación y derechos ..... 15

3.1. La igualdad y las teorías de la justicia basadas en derechos ..... 16

3.2. Igualdad, no discriminación y Derecho ..... 20

CAPÍTULO II. LOS DERECHOS FUERA DEL ESTADO ..... 27

1. El Estado como garante de los derechos: los derechos frente al Estado. ..... 27

2. Los derechos de los nacionales de Estados sin derechos en el territorio de otro Estado. . 34

CAPÍTULO III. ESCASEZ Y DERECHOS HUMANOS: LOS DERECHOS SOCIALES ECONÓMICOS Y CULTURALES ..... 49

1. Escasez, Derecho, libertad y el papel de las desigualdades económicas ..... 49

2. Los derechos económicos, sociales y culturales ..... 53

2.1. Los desacuerdos sobre el fundamento de los derechos sociales ..... 56

2.2. Derechos sociales y democracia ..... 63

CAPÍTULO IV. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA: GRUPOS VULNERABLES Y RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ..... 69

1. Autonomía, universalidad y derechos humanos. Los derechos de los sujetos no autónomos ..... 69

2. Los derechos de los niños como derechos morales ..... 71

BIBLIOGRAFÍA ..... 80

# DIVERSIDAD DE SITUACIONES Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS

**Mª del Carmen Barranco Avilés**

**Universidad Carlos III de Madrid**

## INTRODUCCIÓN[1]

La idea de derechos humanos surge vinculada a la ideología del iusnaturalismo racionalista, en cuyas coordenadas se configuran como universales, absolutos e inalienables. En concreto, la universalidad, que también puede referirse a la validez de la teoría, supone que los derechos corresponden por igual a todas aquellas personas que comparten la común dignidad humana, valdría decir, corresponden por igual a todos los seres humanos. Sin embargo, la universalidad proclamada en las primeras declaraciones de derechos convive con la idea de que no todos los seres humanos están provistos de la misma dignidad.

El modo en el que se configura jurídicamente la capacidad es una manifestación de esa representación de la humanidad. Efectivamente, la capacidad de obrar sólo corresponde a quienes disfrutan de todas las competencias por las que se define la dignidad, entre las que la autonomía ocupa una posición privilegiada. El resto, en todo caso, será titular de la capacidad jurídica, que debe ser complementada mediante la intervención de un sujeto que sí tiene plena capacidad de obrar.

En el modelo liberal, que es el primero que llega a juridificarse, además, ese sujeto con plena capacidad es el hombre, mayor de edad y económicamente independiente. El titular abstracto de derechos coincide, de este modo, con un tipo humano concreto.

En los últimos años, he tenido ocasión de participar en diversos proyectos que han girado en torno a la implementación de la igualdad y no discriminación de personas que forman parte de colectivos que se alejan de esa representación del titular abstracto (mujeres, personas que viven con VIH/sida, personas con discapacidad, personas mayores, niños…). Esas investigaciones me han llevado a pensar en la insuficiencia del modelo inicial para dar cuenta de algunas de las reivindicaciones que en nuestros tiempos se formulan en términos de derechos. En algunos casos, los presupuestos del liberalismo pueden ser reinterpretados, sin generar incoherencias, para buscar fundamento a catálogos más amplios de derechos o a nuevas formas de entender los mismos derechos, sin embargo, en otras ocasiones, la exigencia de igualdad y no discriminación pone a prueba los presupuestos que vienen a considerarse definitorios del propio modelo de derechos.

En este trabajo, intentaré ver en qué medida los estándares internacionales de derechos humanos sólo pueden comprenderse desde la revisión de algunos de los presupuestos del liberalismo e intentaré mostrar cómo esa revisión afecta al modo en el que se plantean algunos de los problemas actuales de universalidad de los derechos.

[1] El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010, "El tiempo de los derechos".

La hipótesis de la que parto es que la desigualdad de derechos obedece a que la universalidad, como rasgo característico de una teoría de la justicia basada en derechos, se ha equiparado con la uniformidad, de manera que sólo si se reconstruye el sentido de esta idea, los derechos pueden servir como instrumentos que permiten salvaguardar la dignidad de todas las personas.

Tras una presentación del sentido de la universalidad en las teorías de los derechos y de cómo sus distintas concepciones producen variaciones en la idea de derechos humanos, voy a prestar atención a tres aspectos en relación con los cuales esta cualidad es puesta a prueba.

En primer lugar, quisiera reflexionar sobre la cuestión de las fronteras. Es decir, sobre el modo en que la garantía de los derechos sigue dependiendo de que el Estado del que la persona titular es nacional los reconozca y los proteja. Se puede decir que sólo los nacionales de los Estados comprometidos con la realización de los derechos humanos ven reconocidos sus derechos, y lo hacen en la medida en la que el Estado se comprometa.

En segundo lugar, me detendré en la cuestión de la escasez. Esto es, en el modo en el que la realización de los derechos depende de la existencia de medios materiales. Quienes viven en condiciones de escasez extrema, no pueden, de ningún modo, ver satisfechos sus derechos. En cierto modo, esta cuestión, conecta con la tercera, que es la cuestión de la autonomía.

En este sentido, para terminar, quisiera plantear en qué medida mantener la autonomía en tanto que presupuesto para la atribución de los derechos puede llevarnos a dejar de lado la universalidad.

# CAPÍTULO I. UNIVERSALIDAD E IGUALDAD EN LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS

## 1. La universalidad de los derechos: fronteras, escasez y el papel de la autonomía

La universalidad, entendida como atributo de los derechos humanos, tiene dos dimensiones. Por un lado, la universalidad hace referencia a la idea de que la teoría de la justicia basada en derechos tiene una validez universal. Por otro lado, la universalidad implica que los derechos corresponden por igual a todos los seres humanos. En ambos sentidos, la diversidad introduce tensiones en el modo en el que la universalidad es concebida

En el primer sentido aludido, porque la presencia de concepciones culturales diversas permite contemplar los derechos como una manifestación cultural más. Precisamente, como elemento característico de la cultura hegemónica, que es la occidental. Desde este punto de vista, la defensa de la universalidad de la teoría de los derechos ha exigido argumentar frente al relativismo. Pero, al mismo tiempo, la confrontación con otras concepciones del mundo, permite someter a discusión la propia teoría y reconsiderar qué aspectos de la misma son, efectivamente, universalizables y qué otros aspectos son exclusivos de una cosmovisión occidental y, aún más, específicamente liberal. Precisamente, la confrontación entre liberalismo y comunitarismo ha puesto de manifiesto que la identidad condiciona el modo en el que los derechos se ejercen y que, por tanto, debe tenerse en cuenta en su articulación jurídica, si consideramos que la universalidad es deseable también en el segundo de los sentidos señalados[2].

De algún modo, este frente de críticas contribuye a reforzar uno que ya se había abierto. Efectivamente, a pesar de que la universalidad implica a la igualdad, en el sentido de que nos lleva a afirmar que todos los seres humanos son titulares de derechos, la realidad nos muestra que, por un lado, las propias declaraciones liberales de derechos introducen una fractura entre hombre y ciudadano y, por otro, no todos los seres humanos son considerados hombres a los efectos de la atribución de derechos.

La ciudadanía en el modelo liberal es una condición política que se deriva de la nacionalidad, de la edad, pero también del sexo y de las circunstancias económicas. Como colofón, los derechos están llamados a realizarse jurídicamente por el Estado, de forma que únicamente los nacionales de un Estado que acepte estar vinculado con el reconocimiento y protección son titulares de los derechos en el plano jurídico.

Por su parte, en estos modelos, la idea de igualdad no se predica de todos los seres humanos. Circunstancias como el sexo sirven como criterios relevantes para introducir modulaciones, por ejemplo, en el principio de igualdad ante la ley. Ciertamente, la posición jurídica de las mujeres no es equivalente a la de los hombres, y esta diferenciación no se produce sólo en relación con el reconocimiento de los derechos políticos. En términos generales, en el modelo liberal inicial, la mujer no tiene capacidad para ser empresario, ni para obligar económicamente a la familia, ni siquiera

[2] Ver, al respecto, Barranco Avilés, M.C., "La concepción republicana de los derechos en un mundo multicultural", en Ansuátegui Roig, F.J.; López García, J.A.; Del Real Alcalá, A.; y Ruiz Ruiz, R. (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 15-34.

tiene potestad sobre sus hijos[3] . Pero la de las mujeres no es la única exclusión, también muchos hombres son excluidos de la posibilidad de ejercer los derechos proclamados como universales[4].

Además, la igualdad formal, sin atención a las circunstancias diversas en las que se desenvuelven los sujetos, en ocasiones ha contribuido a legitimar situaciones de dominación incompatibles con la autonomía y con los derechos. Es el caso, por ejemplo, de la relación entre el trabajador y el empresario que se articulaba jurídicamente como un contrato civil[5], presuponiendo la igual autonomía de las partes para negociar las condiciones del intercambio.

En definitiva, el titular abstracto de derechos, sobre el que se construye el modelo liberal, coincide en el imaginario colectivo con el hombre, burgués, blanco, heterosexual, económicamente independiente, y, podríamos añadir, física y socialmente independiente.

De algún modo, las fronteras, la independencia económica y la autonomía se convierten en elementos que han modulado tanto la atribución de derechos, como las posibilidades de ejercerlos y, aún más, la idoneidad de los derechos para evitar que los seres humanos en sociedad sean instrumentalizados.

Precisamente, esta última idea, que viene a coincidir con un sentido de dignidad en una acepción mínima y formal[6], ha de constituir la plataforma desde la que someter a evaluación el requisito de la universalidad de los titulares. Si se adopta este punto de partida, la universalidad ya no se presenta como un hecho, sino como una aspiración.

La universalidad de los derechos es rescatable en la medida en que suponga que se trata de un instrumento que pretende salvaguardar por igual la dignidad de todas las personas. En este sentido, el modelo liberal de derechos se ha revelado insuficiente por cuanto únicamente consideraba los obstáculos para la dignidad de unos pocos hombres. En la medida en que la representación del titular de derechos se ha ido ampliando, los derechos pretenden servir también para conjugar los peligros que para su dignidad se encuentran esos otros que no son hombres, burgueses, blancos, heterosexuales, económica, física y socialmente independientes. Los procesos de generalización y de especificación pueden contemplarse desde estas coordenadas.

La cuestión es, por un lado, si admite la idea de derechos esta diversificación de la titularidad, desde el momento en que hasta hoy la construcción del concepto de derechos se ha basado en la homogeneidad y la neutralidad del titular, identificándose 'lo neutro' con la masculinidad, burguesía, heterosexualidad, e independencia económica, física y social. Por otro lado, es necesario preguntarse también si la

[3] Facio, A., "Hacia otra teoría crítica del Derecho", en Fries, L., y Facio, A. (eds.), *Género y Derecho*, FOM, Santiago, 1999, pp. 201-229.

[4] Facchi, A., *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 65.

[5] Gierke, O. von, *Las raíces del contrato de servicios*, trad. G. Barreiro González, Civitas, Madrid, 1982. Además, a finales del XVIII y comienzos del XIX, se instala la versión romana y más individualista de este contrato, frente a la germánica, basada en la concepción de la relación de trabajo como una relación de servidumbre. Ver Barreiro González, G. "Análisis crítico", pp. 59-127, p. 78.

[6] Peces-Barba, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 56. En este trabajo, se distingue de esta perspectiva "más formal de raíz kantiana", otra "más de contenidos, de carácter humanista y renacentista", que define la dignidad a partir de los rasgos que diferencian a los seres humanos de los demás animales, p. 65.

diversificación es deseable o, incluso, posible, y en qué términos habría que llevarla a cabo.

## 2. Generalización, especificación y la revisión de los presupuestos iniciales

El concepto de derechos humanos se caracteriza por su historicidad. Esto significa que la idea de derechos se desenvuelve en un momento concreto, la Modernidad, en el que se han producido una serie de circunstancias que posibilitan que las exigencias de dignidad se formulen precisamente a través del lenguaje de los derechos subjetivos[7]. Es bien sabido que los rasgos que definen ese período histórico se vienen forjando en el "Tránsito a la Modernidad", a través de la aparición de la burguesía y del capitalismo, la formación del Estado, el humanismo, la reforma y de toda una serie de cambios sociales y culturales que abren paso a la secularización, al racionalismo y al individualismo[8]. Estos elementos, sumados a las teorías del contrato social y a la consolidación del liberalismo político inciden en que cobre auge la idea de que el poder político debe estar limitado por los derechos naturales de los individuos.

Con las revoluciones burguesas del siglo XVIII, se intenta adecuar el Estado a los principios del liberalismo en el que se inspira. Es en este contexto en el que se producen las primeras declaraciones de derechos que, no obstante, carecen de eficacia jurídica vinculante. Este fenómeno, a través del cual los derechos se trasladan al Derecho positivo, ha sido denominado proceso de positivación. Conviene insistir en que se trata de un proceso, por tanto, no de un momento, de tal forma que, una vez que los derechos son incorporados, la fisonomía de éstos continúa modificándose.

Tal vez el cambio más importante por el que se ve afectado el proceso de positivación, lo constituya el constitucionalismo. Sin embargo, si bien es cierto que un cambio en los contenidos que se consideran protegidos por los derechos puede requerir cambios en el modo en el que éstos operan como Derecho –y tendremos ocasión de comprobarlo cuando nos enfrentemos al problema de las fronteras, al problema de la escasez y al problema de la autonomía-, la razón por la que me interesa ahora referirme a la positivación, no es, en primer lugar, analizar las técnicas a través de las que los derechos se protegen, sino mostrar qué concepción del ser humano y del papel de la política subyace a éstos.

El modelo inglés, el modelo americano y el modelo francés, son los tres esquemas diferentes con los que los derechos fundamentales son incorporados históricamente al Derecho positivo[9]. El historiador del Derecho M. Fioravanti[10] realiza una tipología de estos tres modelos de positivación a partir del modo en el que se combinan en ellos los rasgos del historicismo, el individualismo y el estatalismo. En opinión de Fioravanti, el modelo inglés sería el exponente, con matices, de las tres características. El modelo francés es individualista, estatalista y antihistoricista. Por su parte, el modelo americano es individualista, antiestatalista y conjuga la razón y la historia.

---

[7] García de Enterría, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza, Madrid, 1994.

[8] Peces-Barba, G., *Tránsito a la Modernidad y Derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.

[9] Peces-Barba, G., Asís Roig, R., y Fernández Liesa, C., *Curso de Derechos Fundamentales*, B.O.E-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 146-153.

[10] Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, 3ª edición, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2000, pp. 25-54.

De esta forma, en el caso inglés, el fundamento de los derechos individuales se encuentra en las libertades medievales. En este modelo encontramos, históricamente, las primeras manifestaciones de los derechos en textos de Derecho positivo. A diferencia del modelo americano y del modelo francés, la formación del modelo inglés tiene lugar a través de una evolución en la cual cada elemento -aunque sea en definitiva resultado de una revolución- se justifica por referencia a lo que tradicionalmente ha sido. En este sentido, los tres textos a través de los cuales se considera que se construye el modelo son la *Carta Magna* (1215), la *Petition of Right* (1628) y el *Bill of Rights* (1689). Cada uno de ellos está condicionado por el momento en el que ha sido producido, de tal modo que, por ejemplo, en la *Carta Magna* la referencia no es a derechos, sino a privilegios consuetudinarios en un contexto en el que todavía no se ha producido la consolidación del Estado Moderno. En el momento en el que se emite el *Bill of Rights*, sin embargo, ha tenido lugar ya el tránsito a la modernidad, por lo que el individualismo y las concepciones modernas del Derecho y del Estado se ponen de manifiesto. Además del historicismo, constituye un rasgo destacable del modelo inglés, que es preciso tener en cuenta para su comparación con los otros modelos, el pragmatismo. Los textos se presentan como respuestas concretas a problemas históricos[11], en contraposición al tinte racional y abstracto, además de universalista, que los derechos asumen en el modelo francés.

Frente al historicismo y al pragmatismo que inspira los textos ingleses, de acuerdo con G. Peces-Barba[12], la característica fundamental del modelo francés de derechos fundamentales es el racionalismo. Los revolucionarios franceses sienten que inauguran una nueva era. El carácter racionalista de este modelo constituye la contrapartida del historicismo que marca el modelo (o, más bien, el caso) inglés. El racionalismo de la Declaración de 1789 hace que desde el origen el modelo se haya presentado como exportable. Los derechos se presentan en su formulación abstracta y universalista, el titular es el hombre por el mero hecho de serlo. Este racionalismo, que Fioravanti hace coincidir con el antihistoricismo, se justifica en la idea de que la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, y en general la idea misma de derechos en este contexto, encierran la pretensión de romper con la legitimidad del Antiguo Régimen, precisamente con el 'nuevo régimen' se inaugura también una nueva fórmula de legitimidad basada en las ideas del contrato social. Desde esta nueva legitimidad se articulan, entre otros, los precedentes de Locke (la justificación del poder que surge de un contrato, es la salvaguardia de los derechos; ésta constituye también su límite) y Montesquieu (en cuanto a la adaptación de la división de poderes y muy especialmente en cuanto a la continuidad entre libertad y ley)[13]. Es, además, individualista por cuanto el fin político de la sociedad y del Estado lo constituye la salvaguardia de los derechos individuales. Y se dice que es estatalista porque el Estado aparece como el instrumento que hace posible la satisfacción de los derechos. El antihistoricismo es una característica del modelo francés que habría que añadir al antihistoricismo, al estatalismo y al individualismo.

[11]Para un estudio más completo puede verse Peces-Barba, G. y Fernández García, E., *Historia de los derechos fundamentales*. *Siglo XVIII*. *El Derecho positivo de los derechos humanos*. *Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*, tomo II, vol. III, Dykinson, Madrid, 2001

[12]Peces-Barba, G. Asís Roig, R., y Fernández Liesa, C., *Curso de derechos fundamentales*, ob. cit., p. 151.

[13]Peces-Barba, G., "Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº IV, 1989.

Por fin, dentro del modelo americano es posible diferenciar tres períodos, en cada uno de los cuales los textos presentan distintas características: formación de las colonias, proceso de independencia, Constitución de los Estados Unidos y primeras enmiendas[14]. Con independencia de las vicisitudes históricas, sin embargo, es posible identificar en este modelo, siguiendo a Fioravanti, los rasgos del individualismo (se trata de un modelo liberal de derechos, con la peculiaridad de que pudo llevarse a la práctica el contrato social) y el antiestatalismo (que se construye como reacción frente al Poder político que representa el Estado británico), así como la conjunción de la razón y la historia como elementos que permiten fundamentar los derechos, y la influencia de la religión. En los textos del modelo americano, el elemento religioso desempeña un papel protagonista; en parte debido a los problemas específicos de las colonias, lugar de recepción de perseguidos religiosos, y en las que surgió como una necesidad la convivencia entre fieles de distintas confesiones.

En estos primeros modelos, hay una nota común constituida por el individualismo. Tanto en la lectura democrática y republicana como en la lectura liberal, los derechos se habilitan como instrumentos al servicio de la dignidad del hombre blanco y burgués.

En el caso de los republicanos, la exclusión se produce porque para ellos el individuo se realiza como ciudadano, por tanto, en la esfera pública, de la que personas tales como las mujeres quedan excluidas, puesto que a ellas les corresponde el ámbito privado. Es cierto además que al mismo tiempo que para el republicanismo la esfera de lo público es más amplia que, en términos generales, para el liberalismo; en consecuencia, la esfera de lo privado se ve reducida en la misma medida y quedan reservadas a ella las cuestiones relativas al cuerpo y a la satisfacción de las necesidades biológicas –podríamos hablar, en este sentido, de lo íntimo-. Pero junto con las mujeres, quedan excluidos de los espacios públicos todos aquéllos que no son blancos o burgueses[15]. Puesto que el ámbito de lo público es la esfera de la racionalidad y de la respetabilidad "mujeres, homosexuales, negros, indios, judíos y orientales" quedan excluidos precisamente por representar 'lo corporal, la incerteza sexual, los aspectos desordenados de la existencia'[16].

Se pueden citar como representantes emblemáticos de esta concepción republicana tanto Rousseau como Kant. Tiene sentido recordar, por ejemplo, la dedicatoria a Ginebra del "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", podemos leer, dirigiéndose a las ciudadanas de Ginebra: "Amables y virtuosas ciudadanas, el destino de vuestro sexo será siempre gobernar el nuestro. ¡Dichoso él,

[14]Asís Roig, R. de, "El modelo americano de derechos fundamentales", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 6, 1990, pp. 39-70.

[15] Fraser, N., *Iustitia Interrupta*. *Reflexiones críticas sobre la condición "postsocialista",* Siglo del Hombre- Universidad de los Andes*",* trad. M. Hoguín e I. C. Jaramillo, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pp. 100-102, muestra cómo también los no-blancos fueron excluidos de esta esfera pública. Ver también Landes, J., "The Public and the Private Sphere: A Feminist Reconsideration", K, *Feminism, the Public and the Private*, Oxford University Press, 1998, pp. 135-163 y Landes, J., *Woman and the Public Sfere in the Age of the French Revolution,* Ithaca, NY, Cornell Unersity Press, 1988. En este trabajo se muestra cómo, desde un cierto punto de vista, el ideal de mujer del republicanismo supone una 'involución' con respecto al papel que las llamadas 'précieuses' venían desempeñando, a través de los salones, en la vida cultural y política del Antiguo Régimen.

[16] Young, I.M., *Justice and the politics of difference,* Princenton University Press, N. Jersey, 1990, pp. 110-111.

cuando vuestro casto poder, ejercido solamente en la unión conyugal, no se deja sentir más que para la gloria del Estado y la felicidad pública!"[17].

Por otro lado, en el Libro Quinto del *Emilio*, encontramos desarrollada la explicación de ese distinto papel que corresponde a ciudadanos y ciudadanas y ésta no es otra que las diferencias debidas al sexo, las cuales condicionan que las virtudes femeninas sean distintas que las masculinas y que la mujer deba estar subyugada al hombre. De este modo, afirma, "la investigación de las verdades abstractas y especulativas, de los principios, de los axiomas en las ciencias, todo cuanto tiende a generalizar las ideas no es de la pertenencia de las mujeres, cuyos estudios deben todos relacionarse con la práctica".

I.Kant, por su parte, subraya la existencia de dos categorías de ciudadano, el activo y el pasivo. Tanto las mujeres, cuanto los trabajadores, quedan relegados a la categoría de ciudadano pasivo y, por tanto, carecen de la facultad de sufragio, a pesar de que es esta facultad la que constituye al ciudadano. Las mujeres, debido a "la superioridad de las facultades del hombre sobre las de la mujer y la superioridad del derecho al mando o a la autoridad"[18]. En relación con "el muchacho empleado en casa de un comerciante o fabricante, el sirviente que no está al servicio del Estado, el *pupilo*..." , porque , como las mujeres, "se encuentra compelido a proveer a su existencia, no por medio de una dirección personal sino según las órdenes de otro (excepto del Estado)", y, por tanto, "carece de personalidad civil y su existencia no es en manera alguna más que un accesorio de otro"[19].

Por su parte, el modelo que por contraposición al anterior se denomina liberal, resulta excluyente porque considera que los derechos están orientados a proteger un espacio de privacidad en el que el individuo se desarrolla libre de interferencias, y en este espacio en el que el Derecho no puede entrar, de hecho, quien tiene poder es el hombre en los términos ya mencionados (burgués, blanco, heterosexual y que disfruta de independencia económica, física y social). Por otro lado, el sufragio, que se considera un instrumento para la mejor garantía de los intereses privados frente a otros intereses privados contrapuestos, sólo se atribuye a aquéllos que tienen intereses que proteger; con lo que, también desde esta concepción de lo político, los que han de vender su trabajo a cambio de un salario para subsistir quedan fuera de la categoría de ciudadanos. Podemos recordar al respecto la distinción que B. Constant efectúa entre la *libertad de los antiguos* y la *libertad de los modernos*. En esta dicotomía, la 'libertad de los modernos' depende de la existencia de un ámbito de privacidad, y, por tanto, consiste "en el disfrute apacible de la independencia privada"[20], pero también forma parte de la libertad de los modernos 'el derecho a influir en la administración del gobierno' en todo aquello en lo que esta influencia se manifieste en una mayor protección de ese ámbito de independencia privada.

---

[17] Rousseau, J.J., (1754), "Dedicatoria a la República de Ginebra del *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres",* en *Del contrato social,* trad. Mauro Armiño, Alianza, Madrid, 1980, pp. 205-218, p. 217.

[18] Kant, I. (1797), *Principios metafísicos del Derecho,* edición de Francisco Ayala, Espuela de Plata, 2004, p. 106.

[19] *Ibidem*, p. 149.

[20] Constant, B. (1819), "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", *Escritos políticos,* trad. M.L. Sánchez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257-285, p. 268.

Por lo demás, el estatalismo que comparten los modelos inglés y francés implica que se maneja la idea de que la libertad sólo es posible en el Estado. En el modelo francés este punto de partida se reflejará en el concepto de la libertad en el marco de la ley que, en definitiva, enlaza con el concepto republicano de libertad[21].

Los procesos de generalización y de especificación[22] afectan a la fisonomía con la que los derechos son reconocidos, pero guardan relación con la revisión de ciertos presupuestos iniciales que afectan a sus dimensiones ética y política. Claramente, esta revisión se refleja tanto en el modo en el que se concibe el titular de derechos, como en el papel atribuido al Estado en relación con la autonomía. También, de forma muy palpable, ambos procesos están movidos por una concepción alternativa de la igualdad.

De este modo, aun cuando, como se ha mostrado, las teorías de la justicia basadas en derechos comparten el individualismo, tanto la generalización como la especificación tienen en cuenta que los derechos no son una herramienta adecuada para la dignidad si en su configuración no se considera que existen situaciones en las que pueden encontrarse los seres humanos que favorecen que éstos puedan ser instrumentalizados o que deben tenerse en cuenta para que no lo sean. Esta reflexión guarda una clara relación con la crítica a la igualdad proclamada en las primeras declaraciones, que se suele entender como la igualdad formal. De algún modo, lo que se persigue en el modelo liberal es que el Estado y el Derecho traten a los seres humanos como si fueran iguales en los aspectos relevantes. El proceso de generalización y el proceso de especificación muestran dos grandes déficits de este modelo con respecto a la igualdad.

En primer lugar, las primeras declaraciones de derechos no consideran aspectos relevantes que tienen que ver con las condiciones reales en las que se desenvuelve la existencia humana, porque pretenden referirse al hombre abstracto. Esta situación genera desigualdad en el modo en el que los derechos operan como garantías de la dignidad, puesto que sólo funcionan frente a los obstáculos a los que se enfrenta ese sujeto real con el que, como se ha señalado, termina haciéndose coincidir el hombre abstracto: el propietario socio-físicamente independiente.

Además, en las primeras declaraciones de derechos se establecen, incluso formalmente, exclusiones. Para comenzar, se establece una diferenciación entre hombres y ciudadanos, sólo los ciudadanos son titulares de todos los derechos reconocidos. Pero hay que añadir que no todos los seres humanos, aun considerándose titulares de los, en este momento, derechos del hombre, disponen de capacidad suficiente para ejercerlos por sí mismos.

La generalización arranca de la consideración de ciertas circunstancias que pueden afectar a todos los seres humanos (y, por ejemplo, hacer que el propietario socio-

[21] Desde este punto de vista, la relectura de la historia constitucional norteamericana en clave republicana, que se inicia en la segunda mitad del siglo XX. vendría a ofrecer una alternativa a esta caractezación de Fioravanti. Los principales hitos los constituyen los trabajos de Baylin, B. (1967), *The Ideological Origins of the American Revolution*, edición ampliada, Cambridge, 1992; Wood, G., *The Creation of the American Republic*. *1776-1787* (1969), With a new preface of the author, University of Nord Carolina Press, 1998; y Pocock, J.G.A, *The Machiavellian Moment*. *Florentine political thought and the atlantic republican tradition*, Princenton University Press, 1975.

[22] Bobbio, N., "El tiempo de los derechos", *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Debate, Madrid, 1991, pp. 97-112, p. 109. Ver muy especialmente el prólogo a esta obra que realiza G. Peces-Barba, p. 10, así como los trabajos posteriores de este último autor, por todos, Peces-Barba, G. Asís Roig, R., y Fernández Liesa, C., *Curso de derechos fundamentales*, ob. cit., 1995, pp. 160-196.

físicamente independiente deje de serlo) y que suponen que la dignidad se pueda poner en peligro. Desde este punto de vista, los derechos económicos, sociales y culturales, que suelen denominarse derechos de segunda generación, se consideran el resultado del proceso de generalización.

Por otro lado, el proceso de generalización implica también la ampliación de la titularidad de los derechos, que se manifiesta, de modo muy claro, en la extensión de la ciudadanía. En relación con este aspecto, puede observarse de forma evidente que se trata de procesos, y no de momentos, todavía en la actualidad la ciudadanía puede considerarse como un 'privilegio' desde aquellos planteamientos que critican su estrecha vinculación con la nacionalidad.

La especificación, por su parte, implica considerar que existen circunstancias cuya desconsideración puede producir problemas para la dignidad, y que, por tanto, son relevantes a los efectos de la articulación de un sistema de derechos, pero que no afectan por igual a todos los seres humanos, o, al menos no afectan a todos los seres humanos a lo largo de toda la vida. Como consecuencia de este proceso, surgen derechos cuyo objetivo es la igual dignidad, pero cuyos titulares son únicamente los seres humanos en la medida en que se encuentran en estas circunstancias. Para algunos críticos de este proceso la especificación supone dejar de lado la universalidad, sin embargo, también es posible pensar que la especificación arranca de la idea ya mencionada de que la universalidad no se corresponde con la uniformidad del titular, sino con que los derechos sirven para salvaguardar la dignidad de la que todos los seres humanos son portadores.

Si tomamos como punto de partida los textos de Derecho positivo, podemos encontrarnos con derechos específicos que se construyen a partir de la necesidad de compensar una concreta situación que se considera 'negativa' desde el punto de vista de la dignidad. De algún modo, se piensa que estas situaciones deberían ser eliminadas. En determinadas ocasiones, este punto de vista implica estigmatizar a las personas que se encuentran en esa situación, por cuanto la valoración negativa de la circunstancia se extiende al sujeto que se encuentra en ella. Por otro lado, a veces, esta persona es considerada como un objeto de protección por parte de los derechos y su autonomía, también en ocasiones, es desconsiderada. En el capítulo cuarto tendremos oportunidad de profundizar en esta cuestión con un poco más de detalle, sin embargo, es posible citar como ejemplo el modo en el que se conciben los derechos de las mujeres, los derechos de los niños, de las personas mayores y los derechos de las personas con discapacidad. A veces, tras la atribución de derechos específicos, encontramos una minusvaloración de lo que significa ser mujer, niño, mayor, o persona con discapacidad[23]. Cuando se ha adoptado este punto de vista, se ha tratado de compensar esas 'deficiencias' para que las personas que las 'padecen' puedan aproximarse al titular abstracto. De algún modo, quienes comparten las características que sirven para la atribución de derechos específicos tienen un 'menor valor'; tanto menor, cuanto menor sea el número de características compartidas. El ejemplo que se utilizará para explicar estas cuestiones será el de los derechos de los niños.

Otras veces, se reivindican derechos específicos para poner en valor determinadas diferencias, esto es lo que sucede con los derechos de las minorías culturales. En este sentido, en las reivindicaciones de la igualdad, existen dos líneas de tendencia que, a

[23] Asís Roig, R. de, "Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos", en Campoy Cervera, I., y Palacios, A. (ed.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 17-50, p. 34.

partir de un determinado momento comienzan a cuestionarse, la redistribución y el reconocimiento. En opinión de Nancy Fraser[24], es posible identificar dos tipos de injusticias, la injusticia socioeconómica y la injusticia cultural. Mientras la primera tiene que ver con "la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna"[25], la segunda se manifiesta en comportamientos tales como la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto[26]. Ambas injusticias generan desigualdades, al situar a unos grupos de personas en desventaja en relación con otros. Es posible que las personas las sufran simultáneamente, sin embargo, las soluciones para una y otra han de ser diferentes. La redistribución opera frente a la injusticia socieconómica, y el reconocimiento frente a la injusticia cultural. Fraser muestra cómo tanto la redistribución, como reconocimiento pueden plantar soluciones afirmativas y trasformativas. Las soluciones afirmativas se orientan "a corregir los resultados inequitativos de los acuerdos sociales", mientras las transformativas se dirigen "a corregir los resultados inequitativos…mediante la reestructuración del marco general implícito que los origina"[27]. La redistribución afirmativa podemos encontrarla en el "Estado liberal benefactor" y la transformativa en el "socialismo"; por su parte, el reconocimiento afirmativo se manifiesta en el "multiculturalismo central", y el transformativo en la "deconstrucción". En el diagnóstico de la autora "podemos ver qué desencaminada está la escena política norteamericana. Estamos atrapados en círculos viciosos de subordinaciones culturales y económicas que se refuerzan mutuamente. Nuestros mejores esfuerzos por reparar estas injusticias mediante la combinación del estado liberal benefactor y el multiculturalismo central, están generando efectos perversos", su propuesta pasa por generar políticas transformativas en ambos niveles

De algún modo, las políticas redistributivas a las que se refiere Fraser pueden fundamentarse en la misma reflexión en la que encuentra origen el proceso de generalización, mientras que la fundamentación de las políticas de reconocimiento coinciden parcialmente con la fundamentación del proceso de especificación. La cuestión es, por tanto, que la generalización sin especificación conduce a la uniformidad, en tanto en cuanto se consideran generales las características de quien socialmente es definido como normal, y el resto de los sujetos se adaptan a estos patrones o continúan conformando lo 'anormal'. Sin embargo, la especificación sin generalización, conduce a la estigmatización.

Recordemos una vez más que la universalidad de los derechos exige que éstos se configuren como instrumentos de salvaguarda de la dignidad de todos los seres humanos, lo cual, a su vez, supone dejar de lado la representación unívoca del titular. El caso de los obstáculos a los que nos enfrentamos para considerar los problemas de los derechos de las mujeres como una cuestión de derechos humanos, permite ilustrar esta reflexión. Y es que los sistemas de derechos se han diseñado para proteger al hombre. Cuando los movimientos a favor de los derechos de las mujeres han presionado sobre las instituciones para reivindicar una mayor justicia, la respuesta ha ido, de forma predominante, orientada a incorporar a las mujeres como titulares de derechos que sólo sirven en la medida en que éstas se asimilen a los hombres. En consecuencia, para

[24] Fraser, N., "¿De la redistribución al reconocimiento" Dilemas en torno a la justicia en una época 'postsocialista'", en *Iustitia Interrupta*. *Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista",* ob. cit., pp. 19-54.

[25] *Ibidem*, p. 21.

[26] *Ibidem*, p. 22.

[27] *Ibidem*, p. 38.

favorecer el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres, en lugar de propugnar una mayor universalización de aquéllos, se requiere la 'masculinización' de éstas.

Plantear el problema desde el punto de vista de las identidades, nos permite describir la operación como orientada a la asimilación. Pero, además, en determinadas ocasiones, el formar parte de un cierto colectivo puede suponer ocupar una situación económicamente desventajosa, lo que, a su vez, implica una mayor dificultad para participar en sociedad en condiciones de igualdad.

Si volvemos al ejemplo de las mujeres, la prohibición de la discriminación en el empleo y cláusulas tales como las de la igualdad salarial han sido muy importantes, sin embargo, hasta hace poco tiempo, no se ha considerado en la normativa laboral que biológicamente el embarazo y el parto afectan a la mujer, y no al hombre, y que socialmente la mujer tiene atribuida una serie de tareas fuera del mercado formal de trabajo. El resultado ha sido que se ha atrasado la edad en la que se tiene el primer hijo, se ha disminuido el número de hijos, las mujeres se han visto sometidas a una doble jornada y, con todo, su actividad laboral sigue siendo inferior a la de los hombres, además de que continúan ocupando puestos peor remunerados. Se habla, en este orden de consideraciones del famoso "techo de cristal".

Y es que, en numerosas situaciones, las políticas que tienen en cuenta las diferencias siguen partiendo de la prioridad de un determinado modelo de ser humano. En este sentido, Mackinnon se preguntaba "¿Por qué tendría que ser igual a los hombres blancos para tener lo que ellos tienen, puesto que, para tenerlo los hombres blancos no deben ser iguales a nadie?"[28]; mientras que, por su parte, el discurso de la identidad, no elimina, sino que puede llegar a consolidar, las etiquetas y las generalizaciones. Además de que estas etiquetas pueden no coincidir con las opciones individuales, suelen implicar una distribución del poder social que desencadena situaciones de dominación. Por citar una categorización muy trabajada, podemos pensar en el reparto de roles y de poder que se realiza sobre la base del sistema sexo género.

La falta de reconocimiento y los problemas de distribución de recursos se unen, pues, a que las personas que no comparten la identidad del 'titular abstracto' suelen ocupar una posición de subordinación social. En este sentido, Young cuestiona que se pueda hacer referencia a distribución en relación con valores tales como derechos, oportunidades y autorrespeto. Los derechos, para esta autora, no son posesiones, sino que más bien se refieren al establecimiento de condiciones que hacen posibles la acción en las relaciones sociales, por lo que –frente a lo que proponen las teorías distributivas de la justicia, como la de Rawls- no se pueden distribuir como si fueran posesiones: "los derechos son relaciones, no cosas"[29].

## 3. Igualdad, no discriminación y derechos

A pesar de que los derechos se proclaman como universales y que, por tanto, una organización política articulada sobre la base de los derechos humanos habría de ser igualitaria, ha sido posible constatar, en el apartado anterior, por un lado, que no todos los seres humanos tienen reconocidos todos los derechos y, por otro, que no todos los seres humanos tienen capacidad de ejercer los derechos que tienen reconocidos.

[28] Mackinnon, C., "Reflexions on Sex Equality under the Law", *The Yale Law Yournal*, vol. 100, nº 5, pp. 1280 y ss, 1285-1287.

[29] Young, I.M., *Justice and the Politics of Difference*, ob. cit., p. 25.

En los apartados anteriores se ha reflexionado sobre qué se entiende por universalidad, así como sobre cómo esta idea se ha plasmado en los distintos momentos de la historia de los derechos humanos. La principal conclusión que se puede extraer al respecto es que los derechos no han atendido ni en su concepto ni en su configuración jurídica positiva a la diversidad de situaciones en las que se pueden encontrar los seres humanos, por lo que no se puede afirmar que los derechos amparen por igual a todas las personas.

A continuación, intentaré ordenar estas reflexiones sobre universalidad e igualdad para profundizar en la idea de que el agente moral se ha venido correspondiendo con la imagen uniforme de quien en el siglo XIX es considerado ciudadano. No obstante, esta vinculación no es necesaria para una teoría de la justicia basada en derechos y todavía es posible, desde los derechos, encontrar argumentos para una sociedad más justa.

En este apartado, realizaré también algunas consideraciones sobre el sentido de la igualdad y los aspectos principales a los que se refieren las controversias a propósito del significado de esta idea, así como del papel que en relación con la igualdad deben desempeñar la organización política y el Derecho. Las polémicas se presentarán en términos generales, aunque, como tendré ocasión de mostrar, asumen manifestaciones concretas en relación con los distintos problemas que tienen que ver con la universalidad de los titulares de los derechos.

### *3.1. La igualdad y las teorías de la justicia basadas en derechos*

La igualdad, como elemento que forma parte del discurso de los derechos fundamentales, se remonta al origen histórico de éstos en la Filosofía, primero, y en su incorporación político-jurídica, después. A lo largo de la historia del Estado, el discurso sobre la igualdad, asociado al de los derechos, ha contribuido a impulsar la transformación del Estado absoluto en Estado de Derecho y las sucesivas transformaciones del Estado de Derecho. De este modo, cuando las críticas al liberalismo político ponen de manifiesto la paradoja que resulta de la convivencia entre las proclamaciones formales de igualdad y las situaciones sociales desigualitarias, comienza a argumentarse en favor del establecimiento de medidas que favorezcan un mayor acercamiento de ambos polos.

En lo sucesivo, la reflexión sobre estos temas se abordará desde el punto de vista de los derechos, pero conviene recordar que esta orientación basada en derechos presupone una concepción de la justicia que es universalista, si bien no es universalmente aceptada. Además, las teorías de la justicia basadas en derechos no son las únicas propuestas sobre cómo debemos organizarnos en las que la igualdad es un elemento relevante, ni tampoco las teorías universalistas son las únicas que suministran criterios para actuar. En este sentido, Onora O'Neill[30] diferencia teorías universalistas y concepciones particularistas. Las concepciones universalistas pueden encontrar respaldo en concepciones metafísicas exigentes, pero esta vinculación no es necesaria, puesto que tanto el consecuencialismo como el deontologismo son universalistas. Tanto en el universalismo como en el particularismo podemos encontrar ejemplos de propuestas en las que la igualdad desempeña un papel importante, sin embargo, las teorías basadas en derechos enlazan con el deontologismo.

[30] O'Neill, O., *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reasoning*, Cambridge University Press, 1996, pp. 11-16.

Las teorías de la justicia basadas en derechos se caracterizan por adoptar como presupuestos el individualismo, el universalismo y el igualitarismo[31]. Pues bien, en buena medida, muchas de las insuficiencias de la articulación de los derechos desde el punto de vista de la igualdad, derivan del modo en el que se han integrado la universalidad y el individualismo.

El universalismo implica aceptar que los juicios éticos se justifican en principios válidos 'para todas las vidas y en todas las situaciones'[32]. Frente al universalismo, el particularismo orienta el razonamiento ético a partir de los patrones de juicios actuales, relativos a una comunidad concreta o, incluso, relativos a los individuos frente a situaciones concretas[33]; aun en el caso en que el particularismo admita que puede haber principios de forma universal, ninguno de ellos es inclusivo[34].

Una de las críticas que se han dirigido al universalismo, y que podemos ver en los argumentos de Iris Marion Young, subraya que cuando se justifican principios universales se desconsidera la diversidad que existe entre los seres humanos y sus situaciones. Sin embargo, y frente a esta caracterización, es preciso distinguir entre universalismo y uniformidad[35], de tal modo que el universalismo no es incompatible con aplicaciones diferenciadas de los principios y reglas que se justifiquen. A propósito de esta cuestión, como tendremos ocasión de señalar, la igualdad no es incompatible, sino que a veces puede requerir que se produzcan tratamientos diferenciados.

No se puede, con todo, dejar de señalar -y en esto el apunte de Marion Young resulta certero-, que en su mayoría, las teorías basadas en derechos, desde las que se han articulado los sistemas positivos de derechos, han convertido de hecho la aspiración universalista en uniformidad. Efectivamente, para que los juicios morales resulten universalizables, el agente debe razonar imparcialmente, lo que supone adoptar un punto de vista descontextualizado, ajeno a los deseos y afectos, y al propio sujeto, por cuanto "la imparcialidad representa el punto de vista que … todos los sujetos racionales pueden adoptar" [36]. Este punto de vista es imposible, de forma que la perspectiva imparcial vuelve a hacerse corresponder en su representación con la concreta del mismo sujeto al que se refiere el titular abstracto. Resulta por otro lado llamativo, pero al mismo tiempo coincidente en cuanto a las consecuencias, que frente a la caracterización de la razón pública como el espacio de la imparcialidad, una buena parte de las teorías de la justicia han partido de la definición de la racionalidad de la acción individual desde los deseos y las preferencias de los agentes. Y es que tras esa pretendida imparcialidad suelen encontrarse una vez más los intereses de quienes ocupan una posición de ventaja en la sociedad.

Así pues, el elemento de las teorías de los derechos en el que en mayor medida se refleja la referida idea de uniformidad es, como se desprende de lo ya dicho, la caracterización del ser humano desde el individualismo. Por un lado, el individualismo supone que el

[31] González Amuchastegui, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 83.

[32] O'Neill, O., *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reasoning*, ob. cit., p. 11.

[33] *Ibidem*, p. 13.

[34] *Idem*.

[35] *Ibidem*, p. 75

[36] En este sentido, Young, I.M., *Justice and the politics of difference*, Princenton University Press, N. Jersey, 1990, pp. 100-101. Hay traducción en español de Silvina Álvarez, Cátedra, Madrid, 2000.

agente moral racional es el individuo, y, por tanto, que es este mismo individuo el titular de los derechos.

En coherencia con el universalismo, la concepción del individuo en tanto que agente moral, lleva a caracterizar a éste como sujeto abstracto, por tanto, cuya reflexión resulta ajena a las circunstancias concretas en las que se desarrolla la existencia humana. Entre estas circunstancias podemos incluir las condiciones materiales de existencia, pero también cuestiones tales como el sexo, los vínculos que se establecen con otros sujetos, o el estado de desarrollo de las distintas capacidades. La falta de consideración de esas circunstancias ha significado, al trasladar al Derecho esta idea del agente moral, que se legitime jurídicamente la situación social en la que el tantas veces mencionado hombre, burgués, blanco…ejerce el poder sobre quienes no son como él.

Finalmente, los derechos los son de este ser humano concreto y situado, en tanto en cuanto mantenga las características que lo definen como agente moral. Al respecto, un elemento fundamental lo constituye la autonomía, entendida como capacidad de elegir y de responder por la opción efectuada, que se sitúa como el presupuesto para la atribución de derechos y, más allá, para el reconocimiento de la plena capacidad de obrar. Sólo el sujeto autónomo es agente moral, y, por tanto, sólo él es titular de derechos morales y sujeto pleno de derechos en el ámbito jurídico.

Esta adscripción, supone, de entrada, una definición excluyente de la titularidad, pero también que los derechos se orienten a salvaguardar la autonomía de quien ya es autónomo, lo que produce que sólo los derechos relacionados con la protección de ese ámbito en el que la voluntad del titular es soberana se consideren derechos humanos. Quedan fuera de las reivindicaciones en forma de derechos humanos, los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

Ambas cuestiones, a las que tendré ocasión de referirme en relación con ejemplos concretos de exclusión en los capítulos cuarto y tercero, respectivamente, nos permiten ver cómo los derechos, y el Derecho en cuyo marco se insertan, no son neutros, sino que, por el contrario, permiten consolidar la supremacía de quien es socialmente más poderoso. En buena medida, el desarrollo del Derecho antidiscriminatorio parte de la constatación de que la igualdad exige desmontar esa parcialidad del Derecho.

Por último, una buena parte de las teorías de la justicia han partido de la explicación de la acción humana desde los deseos y las preferencias de los individuos, esto es, el agente moral es también, de forma primaria, maximizador de utilidades. E, incluso cuando se establece una separación entra la racionalidad en la toma individual de decisiones y el discurso público (es el caso, por ejemplo de J. Rawls)[37], esta comprensión de la naturaleza del ser humano resulta criticable, por cuanto desconsidera que los seres humanos son portadores también de concepciones del bien diversas, lo que conduce a que la sociedad resultante no constituye un marco adecuado para que las distintas concepciones del bien puedan desarrollarse y realizarse.

Desde otro punto de vista, además, que no se tenga en cuenta, con vistas a la organización política, que el individuo puede llegar a ser solidario, permite mantener la idea de que a través de la incorporación de los derechos al Derecho positivo se intenta exclusivamente construir un espacio de libertad en el que el sujeto es libre de interferencias del Estado y de otros sujetos. Esta concepción liberal (frente a la republicana) de la política, desconsidera tres aspectos que son claves en relación con el

[37] Young, I. M., *Justice and the politics of difference*, ob. cit., p. 36.

modo en el que los derechos pueden servir como instrumentos de dignidad. En primer lugar, no tiene en cuenta que las personas sólo se desarrollan interactuando con otras personas, de modo que de esta interacción pueden surgir interferencias que únicamente en la medida en que desencadenen situaciones de dominación arbitraria merecen una valoración negativa. Además, olvida que tales situaciones de dominación pueden producirse en los espacios privados, protegidos frente a la intervención del poder público por los derechos del titular abstracto. Por último, menosprecia la importancia de la participación en las decisiones colectivas, como un aspecto relacionado con la dignidad. Frente a esta concepción, es posible extraer consecuencias políticas de la idea de que el ser humano es capaz de solidaridad[38], y este parece ser, al menos en parte, el sentido en el que se está desarrollando el nuevo republicanismo[39]. Incorporar la solidaridad al esquema de una teoría de la justicia basada en derechos puede permitir superar algunos de los inconvenientes que O'Neill aprecia en este tipo de enfoque y que tienen que ver con el escaso interés que suelen prestar a la determinación de las obligaciones[40]. Veremos en qué medida desde la revisión republicana es posible reconstruir los sistemas de derechos para que éstos sean más universales en relación con la articulación de la ciudadanía y con la reivindicación de los derechos de los niños.

En definitiva, la caracterización del agente moral como un sujeto imparcial ha permitido el engaño de la neutralidad; por su parte, la caracterización del agente moral como un sujeto autónomo ha servido de trampa que ha dificultado la atribución de derechos a quienes no son autónomos; por último, la representación del ser humano como el 'hombre económico' ha llevado a que los sistemas de derechos se orienten exclusivamente a la libertad como no-interferencia, olvidando que tanto la opresión como la dominación arbitraria constituyen formas de injusticia[41]. La opresión, de acuerdo con Young, implica la existencia de obstáculos para al autodesarrollo; por su parte, la dominación, implica la existencia de impedimentos para la autodeterminación. En tanto las situaciones de opresión y de dominación que sufren aquéllos cuya imagen no se corresponde con la del titular abstracto, no se consideren un problema de derechos humanos, tampoco será posible afirmar que éstos corresponden a todos los seres humanos por igual.

Y es que, el igualitarismo, como presupuesto de una teoría de la justicia basada en derechos, deriva de la idea de dignidad y está presente desde los primeros textos de derecho positivo de los derechos humanos. Hemos tenido ocasión de mostrar cómo a lo largo de la historia, los procesos de generalización y especificación se construyen como una sucesión de respuestas frente a esa incoherencia entre la proclamación formal de la igualdad y la efectiva situación de desigualdad. Sin embargo, hasta ahora, no hemos delimitado qué se entiende por igualdad.

[38] Puede verse sobre la solidaridad Peces-Barba, G.; Asís Roig, R.; Fernández Liesa, C., *Curso de derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 261-282; así como Peces-Barba, G., *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; y Lucas, J. de, "Solidaridad y derechos humanos", en Tamayo, J.J. (ed.), *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Madrid, 2005.

[39] Barranco Avilés, M.C., "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder", *Derechos y libertades*, nº9, 2000, pp. 65-92.

[40] O'Neill, O., *Towards justice and virtue*, ob. cit., 128.

[41] Young, I.M, *Justice and the Politics of Difference*, ob. cit., p. 37.

*3.2. Igualdad, no discriminación y Derecho*

Con respecto al concepto de igualdad, es interesante observar cómo la vinculación que en estas páginas se ha establecido entre igualdad y dignidad conduce a matizar el modo en el que la igualdad se introdujo en los sistemas de derechos. Y es que, como veremos más adelante, la comprensión inicial de la igualdad jurídica no guarda relación directa con la dignidad, sino con la racionalidad como ideal que se pretende introducir en el Derecho y que se constituía en el atributo que justificaba la atribución de derechos[42].

Existe un cierto consenso en definir la igualdad como un concepto que se caracteriza por la pluralidad –la igualdad es, por tanto, diferente de la identidad-, por su carácter relacional y porque implica el establecimiento de una comparación. Más allá de esta caracterización mínima, nos adentramos en el terreno de la polémica[43], sin embargo, a partir de ella es posible afirmar, que un juicio de igualdad se refiere a una pluralidad de sujetos o situaciones, entre las cuales se establece una relación que guarda relación con la identificación de una circunstancia que se considera relevante. De tal modo que, para poder delimitar el alcance de las distintas reivindicaciones de igualdad, es preciso determinar, como apunta N. Bobbio entre quiénes y con respecto a qué se reclama[44].

A partir de lo que ya se ha mostrado, puede entenderse que desde el punto de vista que se adopta en este trabajo, la igualdad interesa en tanto se entienda referida a que todos los seres humanos son titulares de derechos. Se deriva, por tanto, conforme a lo que también ya se ha dicho, de la común dignidad.

Además, la igualdad que en este contexto interesa (podemos pensar en la idea de igualdad que, junto con la libertad y la fraternidad se proclama como consigna de la Revolución Francesa de 1789), es un concepto normativo. Cuando se afirma que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, conforme a la fórmula del artículo 1 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*[45], no se está tratando de describir la situación existente de hecho, antes bien, se está reclamando la igualdad de derechos. Pero incluso así entendida, la proclamación asumió durante mucho tiempo un sentido formal, y se interpretó como únicamente alusiva a las situaciones en las que el Derecho establecía diferencias entre quienes, como hombres, se consideraban iguales.

A lo anterior hay que añadir que, al diferenciar entre los derechos del hombre y del ciudadano, la propia *Declaración* admite la posibilidad de desigualdades entre quienes son ciudadanos y quienes no lo son, de forma que, vuelve a ser pertinente la reflexión

[42] A esta cuestión se refiere Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2002, p. 18. La autora señala dos importantes consecuencias para la articulación jurídica de la igualdad, que se derivan de esa irrupción de la dignidad. La primera supone que la dignidad implica impulsar una dimensión sustancial de la igualdad, en el sentido de que impide aceptar que la igualdad se satisface a través de un tratamiento igualmente malo; la segunda, es que permite ampliar los motivos prohibidos de discriminación.

[43] Westen, P., *Speaking of Equality*. *An analsis of the rhetoric force of "equiality" in moral and legal discourse*, Princenton University Press, New Jersey, 1990, pp. 62-63.

[44] Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, trad. P. Aragón, Paidós, Barcelona, 1993, p. 53, "la dificultad de establecer el significado decriptivo de "igualdad" estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) "¿Igualdad entre quiénes?" y b) "¿Igualdad en qué?""

[45] Reflejada en el artículo 1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos:* "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

orientada a responder a la pregunta referida a entre quiénes se predica la igualdad. Al parecer, desde los presupuestos sobre cuya base se produce la *Declaración* de 1789, algunas diferencias que existen entre los hombres pueden ser relevantes para reconocerles diferentes derechos sin que por ello haya quebrado la igualdad en derechos. La cuestión es, pues, cuáles son estas diferencias.

Con todo, y teniendo en cuenta el objeto de este trabajo, podemos responder a la segunda pregunta de Bobbio diciendo que en él interesa la igualdad referida a los derechos. La igualdad en derechos es un concepto más amplio que la igualdad jurídica, o al menos que ésta tal y como se recoge en el texto de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, por cuanto puede exigir la adopción de medidas que trascienden las normas y los procedimientos. Efectivamente, cabe afirmar que la igualdad en 1789 aparece recogida en el artículo 6, conforme al cual "la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos".

Sin embargo, desde 1789 hasta ahora, la comprensión de la igualdad jurídica se ha modificado. Efectivamente, en relación con el problema de con respecto a qué se predica la igualdad, en el ámbito jurídico suele diferenciarse la igualdad formal y la igualdad material. Es importante que esta discusión entre igualdad formal e igualdad material no agota todas las posibilidades, sin embargo, dado que entre los juristas esta discusión es muy usual, y dado que, para muchos, se trata de conceptos en tensión, conviene hacer referencia a esta dicotomía.

En la concepción tradicional que refleja la *Declaración*, la igualdad jurídica se considera como igualdad formal en un sentido mínimo en el que se entiende que exige generalidad de las leyes, igualdad ante la ley y no discriminación[46]. Ciertamente, la diferencia entre lo formal y lo material para hacer referencia a los valores en general, y a la igualdad en particular, no deja de ser controvertida. En determinadas ocasiones, parece reservarse el calificativo de formal para lo que ya ha sido conseguido, y de material o sustancial para lo que está pendiente de realización[47]. De cualquier modo, sí parece que la igualdad formal supone un requerimiento frente al Derecho y al Estado, a los que se exige no establecer diferencias entre entidades similares, esto es, entre sujetos o situaciones que poseen ambas la misma característica relevante en el contexto[48]. Sin embargo, cuando se reivindica la igualdad material, sustancial, o, por qué no, real, se está reclamando que el Estado intervenga en la sociedad para modificar situaciones que deberían ser similares, pero no lo son. Esta intervención, puede requerir que en el Derecho se establezcan diferencias[49]. Si la dicotomía se acepta en estos términos, es

[46] Un desarrollo del significado de la igualdad en el contexto del llamado neoliberalismo se encuentra en Ruiz Miguel, A., "Concepciones de la igualdad y justicia distributiva", en Díaz, E. y Colomer, J.L., *Estado, justicia y derechos*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 211-242, p. 217

[47] Ruiz Miguel, A., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, 19, 1996, pp. 39-86, p. 40.

[48] Para la diferencia entre identidad, similitud y diferencia, ver Gianformaggio, L., "Eguaglianza e differenza: son overamente incompatibili?, en *Eguaglianza, donne e diritto*, ed. De Facchi, A.; Faralli, C.; y Pitch, T., Il Mulino, Bolonia, 2005, pp. 33-63, p. 37.

[49] Sobre otras interpretaciones de esta distinción, puede verse Gianformaggio, L., "L'eguaglianza e le norme", en *Eguaglianza, donne e diritto*, ob. cit., pp. 125- 161, pp. 127 y ss.

posible afirmar, por un lado, que no todas las exigencias de la igualdad material suponen quebrar la igualdad formal; y, por otro, que la igualdad material amplía el ámbito de la igualdad jurídica y, por tanto, supone un "incremento del ámbito de operatividad del Derecho"[50].

Suele decirse, en relación con el Derecho español, que podemos tomar aquí como ejemplo, que es el artículo 14 de la Constitución española el que establece el principio de igualdad formal. Recordemos que en este precepto se establece que "*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*"[51]. Pues bien, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la igualdad ante la ley requiere de la generalidad, de la igualdad de procedimiento y de la igualdad de trato formal[52].

La igualdad exige generalidad, es decir, exige que la ley sea 'la misma para todos'. Este requisito se presenta históricamente como una garantía de que los privilegios quedan eliminados y de que los súbditos se convierten en ciudadanos. La generalidad se vincula, en el pensamiento ilustrado, con la abstracción de las normas, y, como reivindicación frente al absolutismo, supone una exigencia de seguridad jurídica. Sin embargo, esta concepción tradicional de la generalidad se apoya en la universalidad entendida como uniformidad, por tanto, en la indiferencia jurídica de las diferencias[53] y olvida que la igualdad puede requerir que existan normas que no sean generales[54]. Tal vez sea en la igualdad entendida como generalidad donde en mayor medida se siga reflejando esa vinculación inicial de la igualdad con la racionalidad.

Por su parte, la igualdad ante la ley entendida como igualdad de procedimiento (o exigencia de regularidad de procedimiento[55]), se traduce, por ejemplo, en la exigencia del derecho al juez legal y trata de garantizar que el Derecho sea aplicado a todos por igual.

---

[50] *Ibidem*, p. 134.

[51] Es importante mencionar que el precepto introduce una distinción entre nacionales y extranjeros, a los efectos de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, cuya justificación puede ponerse en tela de juicio. En este sentido, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, desde su *Primer Informe sobre España*, de 26 de enero de 1999, señala la conveniencia de que esta distinción se elimine, y en su *Tercer Informe sobre España*, Estrasburgo, 2006 (adoptado el 14 junio de 2005), recomienda una vez más "que las autoridades españolas aseguren que el derecho de igualdad ante la legislación garantizado por la Constitución a los ciudadanos españoles se haga formalmente extensivo a toda la población". El texto del informe está disponible en

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CbC-III-2006-4-ESP.pdf
(consultada el 17 de mayo de 2010)

[52] Ver sobre el significado de estas acepciones Peces-Barba, G., Asís Roig, R., y Fernández Liesa, C., *Curso de derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 284 y 285 y Pérez Luño, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 19 y ss.

[53] Utilizo aquí la tipología de Ferrajoli a propósito de la relación del Derecho con la diferencia. Recordemos que el autor establece cuatro modelos: el de la indiferencia jurídica de las diferencias, el de la diferenciación jurídica de las diferencias, el de la homologación jurídica de las diferencias y el de la valoración jurídica de las diferencias. Ver Ferrajoli, L., "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P.A. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 73-96, pp. 74 y 75.

[54] Algunos autores consideran que la generalidad de las normas guarda poca relación con la igualdad. Es el caso de Hierro, L., "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley", *Doxa*, nº 26,2003, pp. 449-476, p. 449.

[55] Pérez Luño, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, ob. cit., pp. 31 - 36

Finalmente, la igualdad ante la ley entendida como igualdad de trato se traduce en la necesidad de "tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales". La aplicación de la igualdad de trato requiere realizar un juicio de relevancia para determinar si las situaciones son similares en los aspectos relevantes, o diferentes. De este modo, opera como equiparación cuando el juicio de relevancia es positivo. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la actualidad y en el caso español, con la orientación sexual y la posibilidad de contraer matrimonio. Este ejemplo es especialmente relevante, porque muestra cómo, en relación con este aspecto, la normativa española se basaba en la diferenciación jurídica de la diferencia. Partía de conceder un mayor valor a la heterosexualidad, y el resultado era (sigue siendo en la mayor parte del mundo) una norma discriminatoria. En buena medida, la vinculación de la ciudadanía con la nacionalidad a los efectos de la regulación del derecho al sufragio se mantiene en este mismo modelo.

Por otro lado, la igualdad de trato como equiparación se articula a veces desde la homologación jurídica de las diferencias. El punto de partida es el ya mencionado de que "los seres humanos son iguales entre sí en cuanto identificados únicamente con los sujetos varones, ciudadanos, blancos, alfabetizados y propietarios" y en tanto que puedan ser asimilados a ellos[56]. En determinadas ocasiones, las diferencias a propósito de estos rasgos no se tienen en cuenta y la igualdad jurídica permanece ajena a las situaciones sociales desigualitarias. Podemos pensar en el ejemplo que se mencionó al principio sobre la configuración del contrato de trabajo.

Y es que el principio de igualdad de trato exige la diferenciación cuando la diferencia es relevante para justificar e, incluso, exigir un tratamiento diferenciado. Tradicionalmente la edad y la ya mencionada nacionalidad justifican un tratamiento diferenciado a los efectos de reconocimiento de derechos políticos. Como ha ocurrido con otras diferencias, el juicio de relevancia se está cuestionando en la actualidad en ambos casos.

Al principio de igualdad formal se le suele contraponer la igualdad sustancial, que se sitúa, en el caso español, en el artículo 9.2 de la Constitución, "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Sin embargo, desde una concepción amplia de la igualdad de trato, como la que se ha mostrado que está presente en el Derecho español, las diferencias entre las exigencias del artículo 14 y las del artículo 9.2 se difuminan.

En este sentido es en el que es posible apreciar una continuidad entre la igualdad formal y la igualdad material. Las intervenciones sobre la base de la igualdad material pueden justificarse como situaciones en las que se justifica un trato diferenciado[57]. Como en el caso de la igualdad formal, también se puede hablar de una igualdad de trato material, que supone tener en cuenta las circunstancia materiales para determinar si el tratamiento debe ser específico para favorecer la equiparación o la diferenciación.

Por mi parte, estaría dispuesta a aceptar que hasta cierto punto existe en la actualidad una coincidencia entre las exigencias de ambas acepciones de la igualdad jurídica, pero claramente, la concepción de la igualdad formal que está en el origen de los primeros sistemas de derechos forma parte de una concepción de lo político en cuyo contexto

[56] Ferrajoli, L., "Igualdad y diferencia", ob. cit., p. 77.

[57] Añón Roig, M.D., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, Madrid, 2001, p. 44

chirría la igualdad material. Además, arranca de una idea de ser humano reductora (sólo son titulares de derechos los que ya son materialmente iguales). No es posible dejar de subrayar, no obstante, que la reflexión histórica sobre la igualdad ante la ley se origina en el pensamiento liberal y confluye con la concepción de la seguridad jurídica que predomina en este modelo. La igualdad material tiene otras fuentes ideológicas. Desde el pensamiento socialista (en sentido muy amplio) se critica la afirmación de la libertad e igualdad de las declaraciones burguesas. Se dice que en estos documentos la igualdad es formal y que su afirmación contribuye a prolongar en el tiempo situaciones de desigualdad real. Estos argumentos llevan a considerar que es adecuado perseguir la igualdad de los hombres también en la realidad de las relaciones económicas. En cierto modo, la reflexión de la igualdad sustancial puede llegar a justificar actuaciones formalmente diferenciadoras.

Por otro lado, además, las condiciones y los obstáculos a los que se refiere la igualdad sustancial, trascienden frecuentemente el ámbito jurídico, de tal forma que la igualdad exigirá aquí utilizar el Derecho como un instrumento de transformación de las estructuras sociales.

En este punto de la exposición, interesa aclarar dos conceptos que frecuentemente se utilizan en la reflexión sobre la dimensión sustancial de la igualdad. Me refiero a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de resultados.

La igualdad de oportunidades, de uso frecuente en el marco del liberalismo igualitario, justifica la adopción de medidas orientadas a eliminar los obstáculos que impiden que los individuos compitan en condiciones de igualdad. En buena medida, la reflexión sobre la igualdad de oportunidades supone aceptar que el Derecho no es neutral cuando se limita al reconocimiento de la igualdad formal. Al contrario, en ciertas circunstancias, un tratamiento formalmente igual a situaciones diferentes, favorece a quienes en las relaciones sociales ocupan una situación más favorable. Por ejemplo, si no se establecen mecanismos que faciliten que las personas sin recursos económicos puedan disfrutar de asistencia jurídica, el proceso se convierte en un instrumento al servicio de los intereses de los económicamente más fuertes.

Por otra parte, y siguiendo a Sandra Fredman[58], podemos decir que la igualdad de resultados permite evaluar en qué medida normas igualitarias, pueden tener un impacto diferente en distintos sujetos, y puede tomar como referencia el impacto sobre el individuo, el impacto sobre el grupo o en la 'representación proporcional'.

Así, si nos fijamos en el individuo, la igualdad de resultados exige tener en cuenta en qué medida las normas iguales pueden afectar de forma distinta a los individuos que forman parte de ciertos grupos. Por ejemplo, que es también el de Fredman, una norma en la escuela que prohíbe llevar la cabeza cubierta, supone impedir a los niños y niñas de algunas confesiones que en España son minoritarias el ejercicio de su libertad religiosa.

Sin embargo, en determinadas ocasiones, tener en cuenta el resultado sobre el individuo impide considerar la situación de los grupos. De este modo, que existan mujeres que ocupen puestos directivos, no significa que la práctica empresarial de promocionar a quienes no asumen obligaciones familiares no tenga un impacto diferente en hombres y en mujeres.

[58] Fredman, S., *Discrimination Law,* ob. cit., pp. 11-14.

Por fin, cuando el resultado que se mide es la representación, se trata de tomar en consideración en qué medida la presencia de miembros de un determinado colectivo en los distintos escenarios es proporcional al porcentaje de estas personas en el escenario global. Desde este punto de vista, por ejemplo, nos encontramos con una discriminación si comprobamos que el porcentaje de personas con discapacidad que trabajan en la Administración pública no se corresponde en el porcentaje de estas personas en la sociedad en su conjunto.

El límite de acción de la igualdad material, es decir, de la legitimidad del Estado para influir en las relaciones sociales para eliminar situaciones de desigualdad, se suele situar en la llamada igualdad de oportunidades[59]. Sin embargo, la reflexión desde la igualdad de oportunidades se revela insuficiente para asegurar la igualdad de derechos, al menos si ésta opera exclusivamente sobre las condiciones normativas y procedimentales. Efectivamente, es posible considerar situaciones en las que dos sujetos tengan las mismas oportunidades para competir, pero se produzcan circunstancias que hagan que de hecho, siempre ganen lo sujetos que forman parte de un determinado grupo. Con todo y con eso, el impacto de las acciones positivas (que podrían justificarse desde esta afirmación) es limitado y no resuelve totalmente el problema de la discriminación estructural[60] que, como veremos, ha pasado a formar parte de las discriminaciones que se consideran incompatibles con la igualdad de derechos y que guarda relación con la opresión y con la dominación, ya que se encuentra, precisamente, en el origen de éstas.

De este modo, es preciso coincidir con Stephen Carter, quien muestra cómo la justificación de las acciones positivas no es la compensación por desventajas pasadas, ni la necesidad de potenciar la diferencia (en otro caso carecería de justificación que una persona que no representase el punto de vista que se supone debe adoptar alguien de su grupo, se beneficiase de una medida), sino, el racismo, el sexismo…, es decir, la perviviencia de estructuras opresivas y discriminatorias[61].

Por consiguiente, es posible afirmar que la igualdad de oportunidades fracasa frente a las situaciones de opresión y dominación, en las que la universalidad puede exigir la adopción de medidas orientadas a asegurar la igualdad de resultados. Sin embargo, también es cierto que algunas de estas medidas, que desde el punto de vista individual pueden entenderse como políticas de igualdad en los resultados, desde el punto de vista de las relaciones entre los grupos sigue apareciendo como igualdad de oportunidades[62].

En cualquier caso, el concepto de discriminación que se ha abierto camino en el ámbito internacional, así como una buena parte de las técnicas de Derecho antidiscriminatorio, presuponen que la igualdad de derechos trasciende la igualdad formal, incluso en el sentido amplio en el que este principio se configura en el constitucionalismo español.

---

[59] Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, ob. cit., p. 92, pretende subrayar así las diferencias entre la igualdad (igualdad de todos en algunas cosas) y el igualitarismo (igualdad de todos en todos), y mostrar la coherencia de la igualdad material con el liberalismo (utilizando ahora la etiqueta frente al socialismo no democrático).

[60] Fredman, S., *Discrimination Law*, ob. cit., p. 152.

[61] Carter, S. L., *Reflections of an affirmative action baby*, Harper Collins, New York, 1991. Frente a la opinion de Carter, Fredman, S., *Discrimination law*, ob. cit., p. 129, justifica la acción positiva en la desventaja o ventaja que el grupo del que forman parte el beneficiado y el perjudicado por la medida tuvo en el pasado.

[62] Barrère, M. A., "Problemas de Derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2003.

Así, el Comité de Derechos Humanos construye el concepto de discriminación a partir de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, y de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW). Este último texto, resulta de un interés fundamental para entender cómo se ha configurado la idea de discriminación y calibrar en qué medida desde la prohibición de discriminación es preciso revisar el concepto de igualdad. El artículo 1 de la CEDAW señala que la expresión 'discriminación contra la mujer' "denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". Por su parte, El artículo 4 de la *Convención* excluye las medidas de acción positiva de la definición de discriminación: "la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de *facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente *Convención*". Sin embargo, establece restricciones para la legitimidad de estas medidas: "de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas" y "cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

En los Protocolos internacionales sobre identificación y eliminación de la discriminación, por ejemplo, el *Protocolo para la identificación de la discriminación de las personas que viven con VIH/sida* de ONUSIDA (2000), se define como discriminación arbitraria: "cualquier forma de distinción, exclusión o restricción que afecte a una persona, en general, pero no exclusivamente, por razón de una característica personal inherente, con independencia de que exista o no justificación para tales medidas y que no esté justificada en cuanto a propósito, proporcionalidad y efectos"[63]. Este mismo Protocolo, hace referencia a diferentes tipos de discriminación: por acción o por omisión; simple o múltiple, directa o indirecta.

Por otro lado, en el artículo 5 de la CEDAW se encomienda a los Estados tomar las medidas adecuadas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". En definitiva, este texto, que constituye la referencia para el concepto de discriminación en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, hace un llamamiento para la eliminación de la discriminación estructural. Tal ampliación del concepto de discriminación no puede sino responder a un concepto de igualdad de derechos que trasciende la mera exigencia de igualdad ante la ley tal y como venía configurada ésta por la *Declaración* francesa de 1789.

A partir de los presupuestos presentados hasta aquí, y como se había anunciado, en los siguientes capítulos mostraré tres de los ámbitos en los que no es posible afirmar que los derechos se configuren como universales.

[63] Puede consultarse la versión española de noviembre de 2001 en http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub01/JC295-Protocol_es.pdf (consultada el 28 de junio de 2010)

# CAPÍTULO II. LOS DERECHOS FUERA DEL ESTADO

## 1. El Estado como garante de los derechos: los derechos frente al Estado

El objetivo del presente capítulo es reflexionar sobre en qué medida la protección de los derechos se ha confiado al Estado, y hasta qué punto esta situación dificulta la protección de los derechos humanos cuando es el Estado quien por acción u omisión incumple con las obligaciones que de ellos se derivan. La necesidad de proteger los derechos frente al Estado ha llevado a reclamar que se relativice la incidencia del principio de soberanía y del principio de no intervención, sin embargo, el modo en el que esta reivindicación se ha trasladado a la práctica internacional da pie para pensar que el argumento de los derechos ha sido utilizado en beneficio de los Estados más poderosos y, en numerosas ocasiones, ha admitido la instrumentalización precisamente a las personas en cuyo favor se interviene. A pesar de lo anterior, la universalidad de los derechos exige reflexionar a propósito de los mecanismos adecuados para proteger los nacionales de los Estados sin derechos, bien frente a su Estado, bien en el territorio de otros Estados. En este apartado me referiré al primer tipo de problemas y a continuación abordaré la cuestión de la protección de los derechos de los nacionales sin derechos en el territorio de otro Estado.

En la articulación histórica de los derechos humanos a través del Derecho positivo, primero en el ámbito interno, y después en el ámbito internacional, la fuerza se concibe como el instrumento que en última instancia los hace eficaces. Si planteamos la cuestión desde el punto de vista del Estado de Derecho, podemos ver, además, cómo los derechos justifican el uso de la fuerza al mismo tiempo que lo limitan y lo configuran.

En una concepción que podríamos considerar mínima y común del Estado de Derecho[64], esta forma de organización política se justifica porque supone hacer compatible coacción y libertad. Las fundamentaciones contractualistas permiten presentar el constitucionalismo moderno como un sistema de organización en el que el poder se justifica como garante de la libertad. Al mismo tiempo, las declaraciones de derechos obedecen a la necesidad de reivindicar éstos como límites al poder[65]. El neoconstitucionalismo como ideología lleva a justificar los derechos como el objetivo mismo del Estado[66] y propone el sometimiento de todo el poder a Derecho como mecanismo para conseguir que el Estado se sitúe al servicio de los derechos.

La reivindicación de un constitucionalismo trasladado al nivel de las relaciones entre Estados, es decir, al plano internacional, ha dado lugar a la recuperación del cosmopolitismo. En el pensamiento contemporáneo, cosmopolitismo y realismo se enfrentan a propósito del modo como debería organizarse el orden internacional.

Con cosmopolitismo se alude a toda una serie de teorías de diverso tipo que proponen la reorganización de la sociedad internacional para establecer mecanismos universales que aseguren el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados (y de otros

[64] Ver, sobre esta cuestión, Asís Roig, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

[65] Barranco, M.C., "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder", *Derechos y libertades*, nº 9, 2000, pp. 65-92.

[66] Comanducci, P., "Formas de (neo)constitucionalismo, un análisis metateórico", trad. M. Carbonell, *Isonomía*, nº 16, 2001, pp. 89-112, pp. 99 y 100

agentes internacionales). Dentro del cosmopolitismo D. Zolo[67] agrupa propuestas tan dispares como el globalismo judicial kelseniano, el pacifismo jurídico de N. Bobbio o la construcción de un Derecho cosmopolita por parte de J. Habermas. Si pensamos en el cosmopolitismo constitucionalista, resulta de sumo interés la propuesta de L. Ferrajoli. En cualquier caso, las propuestas cosmopolitas constituyen un punto de partida, para la reflexión sobre la posibilidad y la idoneidad de enfrentar las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes globales, con respecto a los cuales los controles del Estado son insuficientes.

Frente al cosmopolitismo, Zolo presenta el realismo como la teoría más adecuada a propósito de cómo debe ser la sociedad internacional en el contexto de la globalización. Danilo Zolo subraya que en el paso del siglo XX al XXI se han producido cambios que convierten al cosmopolitismo en un planteamiento obsoleto que permite amparar la situación de hecho en la que los países poderosos imponen su modelo de desarrollo y sus valores culturales a los países débiles. Y es que, a diferencia del escenario al que nos enfrentábamos en el siglo XX, en el panorama contemporáneo nos encontramos con un mercado global y desregulado, en el que mercancías y capitales circulan libremente, junto con la mayor parte de la humanidad atrapada en una localidad cuyas normas resultan insuficientes para limitar y controlar los poderes globales[68]. En estas condiciones, un orden cosmopolita está, por fuerza, jerarquizado. Para equilibrar la situación de fracturas entre Estados ricos y pobres, el instrumento más adecuado es, en opinión de Zolo, recuperar el principio de la igualdad soberana, que, a su modo de ver, ha resultado maltratado.

L. Ferrajoli, por su parte, y rechazando la virtualidad de la soberanía como un concepto orientado a garantizar la igualdad de los Estados, subraya que el concepto mismo encierra una contradicción: "la idea de igualdad entre Estados como sujetos igualmente soberanos está en contradicción con su sometimiento a derecho y a la vez queda desmentida por las desigualdades concretas que existen entre ellos y por el papel dominante de las grandes potencias"[69]. En este sentido, su propuesta, en cierto modo actualizadora del planteamiento kelseniano, pasa por reformar el actual sistema de las Naciones Unidas para hacer realmente efectivos las declaraciones y tratados sobre derechos humanos que se han producido en su ámbito de actuación. A grandes rasgos, se trataría de operar en el Derecho internacional una transformación coherente con el constitucionalismo implantado en el Derecho interno. El autor insiste en la necesidad de reestructurar el Tribunal Internacional de Justicia para extender su competencia, entre otras cuestiones, a las violaciones de derechos humanos, para hacer su jurisdicción obligatoria, y, lo que a mi juicio constituye un paso decisivo, para conceder legitimación activa y pasiva a los individuos y no sólo a los Estados.

Esta propuesta cobra sentido desde la reflexión de Luigi Ferrajoli en torno a los poderes salvajes. Recuerda el autor que el Derecho surge, en su sentido moderno, con la

---

[67] Zolo, D., *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, trad. R. Campione, Dykinson, Madrid, 2005. En defensa del cosmopolitismo, puede verse Held, D. y Macgrew, A., *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, trad. A. de Francisco, Paidós, Barcelona, 2003.

[68] Bauman, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, trad. D. Zadunaisky, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1999.

[69] Ferrajoli, L., "La soberanía en el mundo moderno", *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. A. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp.125-175, p. 132.

pretensión de limitar el poder. Efectivamente, insiste en que "el poder -todos los poderes, sean estos públicos o privados- tiende en efecto, ineluctablemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse el Derecho. 'Es una experiencia eterna', como escribiera Montesquieu, 'que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra sus límites'. Y este límite es precisamente el derecho, el cual, por lo mismo, se configura, al menos en la edad moderna, como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder" [70].

Los poderes llamados a ser limitados por los derechos, como consecuencia de la institucionalización del neoconstitucionalismo son, en su teoría, de distinto tipo. Así, distingue Ferrajoli entre poderes salvajes ilegales y poderes salvajes extralegales, que son aquéllos que se desenvuelven en los ámbitos de anomia. Y distingue también entre poderes salvajes privados y poderes salvajes públicos. De este modo, es posible encontrar poderes salvajes privados ilegales (como son los de aquellos que cometen delitos), así como poderes salvajes públicos ilegales (que se desarrollan dentro de las instituciones dando lugar, por ejemplo, a fenómenos de corrupción). También operan poderes salvajes privados extralegales. Estos últimos actúan tanto en términos de lo que L. Ferrajoli denomina 'micropoderes' –el ejemplo lo encontramos en la violencia de género- como en cuanto que 'macropoderes' –tales como los grandes grupos económicos que operan a nivel transnacional, o los grupos de información-. Además, los derechos deben ampliar su eficacia frente a los poderes salvajes públicos extralegales, en relación con los cuales encontramos buenos ejemplos en el ámbito internacional a causa, principalmente, de la inefectividad del Derecho Internacional Público. En este contexto, la presencia de potencias políticas inmunes a la acción de los mecanismos de protección de derechos permite afirmar que la situación es todavía de 'estado de naturaleza'.

Contra estos poderes todavía salvajes, Ferrajoli propone reforzar las garantías de los derechos para hacer realidad la efectividad de la Constitución en todos los ámbitos de poder. A partir de esta fuerza expansiva de la que el autor dota a los derechos, formula su propuesta a propósito de la revisión del concepto de soberanía. Desde el punto de vista del Derecho interno, la soberanía resulta superada porque, en su opinión, la idea de poder ilimitado que encierra esta noción resulta incompatible con el concepto del Estado constitucional. Por su parte, en el ámbito externo, si se mantiene la pretensión de garantizar los derechos de modo universal, se requiere del establecimiento de mecanismos que en el nivel internacional operen de modo equivalente a como lo hace el Estado constitucional en el espacio interno. La conclusión que se desprende de lo anterior es que tanto en el nivel estatal, como en el plano internacional, los derechos pasarían a constituir el ámbito de lo no decidible[71].

A la luz de esta concepción, es posible interpretar el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que ya proclamó el derecho de toda persona "a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos", como el punto de partida del consenso sobre la necesidad de construir un constitucionalismo internacional.

[70] Ferrajoli, L., "Garantismo y poderes salvajes", *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 120-154, p. 121.

[71] Ferrajoli, L., "La soberanía en el mundo moderno", ob. cit.,

La propuesta de quienes reclaman la protección de los derechos humanos frente a los Estados, supone romper el esquema que se impone con las revoluciones burguesas y que consiste en que el Estado, sometido a Derecho en el interior, reivindica el estado de naturaleza en las relaciones con otro Estados[72]. Tal sistema de organización de la sociedad internacional, que se instala a partir de la Paz de Westfalia (1648) en Europa[73], implica la igualdad jurídica de los Estados[74]. El elemento clave de este modelo lo constituye el principio de igualdad soberana, también recogido en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.1), que supone un freno al establecimiento de una estructuración jerárquica de Estados y un argumento a favor del principio de no intervención[75]. Precisamente este último principio de no intervención, recogido en el artículo 2.7 de la Carta de Naciones Unidas, se considera compatible, en el marco de la ONU, con la aplicación de las medidas coercitivas previstas en la propia Carta, que pueden llegar a implicar el uso de la fuerza, y que están destinadas a mantener la paz y seguridad internacionales cuando se determine la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión (artículo 39).

Frente al modelo de Westfalia, pues, el desarrollo de la Organización de Naciones Unidas puede ser interpretado como un intento de concentrar en una instancia internacional poder político y militar suficiente como para garantizar la paz, una vez que se ha demostrado el fracaso definitivo del sistema de 1648, con la Primera y con la Segunda Guerra Mundial. Frente a un modelo en el que la legalidad internacional se construye primariamente a través de acuerdos multilaterales entre Estados soberanos, en el Derecho internacional, desde 1948, se produce el reconocimiento formal y universal de los derechos, a través de la citada Declaración Universal de Derechos Humanos y de la propia Carta de la ONU. Es decir, el orden de paz y de seguridad internacionales que pretende mantener la Organización de Naciones Unidas, se articula sobre la base de los derechos humanos.

En este sentido, en la Carta de las Naciones Unidas (firmada el 26 de Junio de 1945) se establece que el principal objetivo de la nueva organización es "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra" y " reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre". El artículo 1 señala que una de las metas de las Naciones Unidas es alcanzar una cooperación internacional "en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". En 1946, la ONU estableció la Comisión de Derechos Humanos; de 1966 son los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos,

[72] Ferrajoli, L., "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", trad. G. Pisarello, *Isonomía*, nº 9, 1998, pp. 173-184, p. 175.

[73] Que se formaliza sobre la base de dos acuerdos de 24 de octubre de 1648, el Tratado de Münster el Tratado de Osnabrück. Sobre el alcance de este sistema y su relevancia desde el punto de vista de la historia de los derechos puede verse Mariño F., "La 'protección internacional' de los derechos humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución francesa", en Mariño, F., y Fernández Liesa, C., "Antecedentes doctrinales e institucionales de la protección internacional de los derechos humanos", Peces-Barba, G., Fernández García, E., y Asís, R. de (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Vol. III, pp. 401-437.

[74] Barbé, E., "El Estado como actor internacional: crisis y consolidación del sistema de Estados", *Papers*, nº 41, 1993, pp. 33-54, p. 35

[75] Aunque el principio convive con el derecho a veto de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Remiro, A., "Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 51, 1999, 1, pp. 11-57, p. 33.

Sociales y Culturales; desde entonces, han visto la luz distintos convenios específicos, algunos de los cuales prevén la organización de Comités para asegurar su efectividad. Desde 1993, además, trabaja la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

A la vista de lo anterior, es posible afirmar, por tanto, que la paz que la Organización de Naciones Unidas se compromete a preservar no es una paz ciega, sino que se construye sobre la base de la defensa de los derechos humanos

El sistema de Naciones Unidas, que también se articula, como se ha mencionado, sobre la base del principio de igualdad soberana, se establece la prohibición del uso de la fuerza y se orienta hacia el arreglo pacífico de controversias. No obstante lo anterior, en determinadas circunstancias, el Consejo de Seguridad puede autorizar la adopción de medidas que impliquen el uso de la fuerza cuando éstas sean necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales conforme al Capítulo VII de la Carta. Además, también la legítima defensa individual o colectiva es una excepción a esta prohibición del uso de la fuerza que opera 'hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas adecuadas para mantener la paz y la seguridad internacionales' (artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas).

En coherencia con la idea de que el sistema colectivo de seguridad de Naciones Unidas tiene como contenido a los derechos humanos, se ha reclamado, a partir de estas previsiones, la necesidad de intervenir para proteger los derechos humanos. Efectivamente, en la medida en que podamos afirmar que éstos constituyen el fundamento del sistema de seguridad colectiva, su vulneración puede llegar a justificar el uso de la fuerza. El final de la Guerra Fría supone la consolidación de esta interpretación[76]; y, desde entonces, las "violaciones sistemáticas, manifiestas y generalizadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional relativo a los derechos humanos…pueden constituir una amenaza a la paz y la seguridad internacionales" que justifique la adopción de medidas por parte del Consejo de Seguridad[77]. Se trata de las denominadas intervenciones humanitarias, que se definen como "acciones emprendidas por la comunidad internacional en el territorio de un determinado Estado con el fin de proteger y defender a la población de violaciones graves y masivas de los derechos humanos fundamentales, y de garantizar la asistencia humanitaria a las víctimas de conflictos armados cuando el gobierno soberano impide

[76] Viola, F., "La teoria della guerra giusta e i diritti umani", en AA. VV, *Pace, sicurezza, diritti umani,* a cura di S. Semplici, Messaggero, Padova, 2005, pp. 35-68, pp. 52 y 53, señala como son posibles dos lecturas de la Carta, la que llevaría a un concepto negativo de paz –entendida como ausencia de guerra- y la que llevaría a un concepto positivo en el que la paz "requiere prioritariamente el respeto de los derechos del hombre" (p. 52).

[77] Resolución 1926 (2000), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4130ª sesión, de 19 de abril de 2000, S/RES/1296 (2000). Ver Abellán, V., «La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Fundamento jurídico y discrecionalidad política», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. *Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 3-18. Comprobar referencia S 342/8 (082)

su paso"[78]. Esta nueva interpretación se va forjando en sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad, desde la 688 (1991), de 9 de abril[79].

La intervención de la OTAN en Kosovo, que no fue condenada por el Consejo de Seguridad, y que fue implícitamente asumida por la ONU[80], supone un nuevo punto de inflexión en la configuración de las intervenciones humanitarias. En un artículo publicado por Kofi Annan en 1999[81], se establece una comparación entre la respuesta ante los conflictos de Kosovo y lo que había sucedido en Ruanda (donde la inacción del Consejo supone la continuidad del genocidio). El antiguo Secretario General de las Naciones Unidas propone una reformulación del concepto de soberanía de los Estados desde la defensa de los derechos de los individuos, subraya la necesidad de que la sociedad internacional intervenga ante violaciones masivas de derechos humanos y justifica la actuación de organización sectoriales cuando la actuación por parte del Consejo de Seguridad no logra producirse a tiempo. Esta nueva forma de concebir la intervención humanitaria, sin embargo, plantea el problema de determinar cuándo la intervención es pertinente desde el punto de vista del aseguramiento de la paz y de la seguridad, y cuándo responde exclusivamente a los intereses particulares de un Estado[82]. En el caso de que la instancia que intervenga sea la OTAN, por ejemplo –y como ocurrió precisamente en Kosovo-, el protagonismo de los Estados Unidos permite a autores como Zolo la reflexión sobre el peligro de jerarquización del orden internacional que se deriva de la justificación de las intervenciones humanitarias.

A propósito de esta cuestión se han planteado toda una serie de posiciones que oscilan desde sus defensores a ultranza, hasta aquéllos que consideran que la única justificación para el uso de la fuerza en el Derecho internacional es la legítima defensa[83]. La práctica llevada a cabo hasta el momento, demuestra que este tipo de intervenciones presenta un problema de primer orden, y es que la víctima puede serlo doblemente, primero por parte del agresor y después por parte del salvador[84]. Por otro lado, es preciso tener en

[78] Abrisketa, J., "Intervención humanitaria", en VVAA, *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco, 2006, http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/131, consultada el 21-10-2007.

[79] Ver Medina Ortega, M., "La prohibición de la fuerza en el siglo XXI", en VVAA, *Soberanía del Estado y Derecho internacional,* tomo II, Universidades de Sevilla, Córdoba y Málaga, 2005, pp. 879-910.

[80] Ver, a propósito de las reacciones internacionales, Ripoll, S., "El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo", *Revista Española de Derecho Internacional,* nº 51, 1999, pp. 59-87.

[81] "Two concepts of sovereignty", *The Economist*, nº 18, 1999

[82] Es cierto, por otra parte, que detrás de las distintas intervenciones, y de las no intervenciones, pueden registrarse intereses estratégicos de las potencias que intervienen. En este sentido, recuerda Juaquín Rodríguez-Toubes que "el Consejo de Seguridad de la ONU nunca autorizó el uso de la fuerza contra el régimen racista de Sudáfrica, y sólo llegó a imponer un embargo de armas. Pero otros casos de flagrante violación de derechos humanos han tenido lugar en la última década o siguen produciéndose. El caso de Israel y Palestina es paradigmático, pero hay otros muchos", Rodríguez Toubes, J., "Derecho a la paz e intervención humanitaria" en Campoy, I.; Rey, J.L., y Rodríguez Palop, M.E., *Desafíos actuales a los derechos humanos: Reflexiones sobre el derecho a la paz,* Dykinson, Madrid, 2006, pp. 15-50, p. 36.

[83] Ver Arcos Ramírez, F., *¿Guerras en defensa de los derechos humanos? Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias*, Dykinson, Madrid, 2002.

[84] Ruiz Miguel, A., "Guerra, justicia y Derecho internacional", *Isonomía,* nº 20, 2004, pp. 59-72, p. 69, señala la paradoja de que en las intervenciones humanitarias "los derechos humanos pretenden ser salvados mediante la guerra, el modo más violento de acción y muy poco capaz de diferenciar entre víctimas y verdugos".

cuenta que coexisten interpretaciones divergentes de los derechos humanos que pueden entrar en conflicto en el momento de determinar si una vulneración de derechos justifica la intervención. No obstante lo anterior, la coherencia con una concepción universalista de los derechos continúa demandado la protección de éstos frente al Estado.

Ciertamente, la universalidad, entendida ahora como la universal realización de los derechos, está muy lejos de ser una realidad[85], pero también es cierto que la actual organización de la sociedad internacional adolece, a mi modo de ver, de un importante déficit de legitimidad democrática. Por un lado porque es un hecho que los derechos sólo se protegen cuando esto interesa a las potencias internacionales, pero también porque la designación de las personas que forman parte de los organismos de protección de derechos no se realiza por el juego de las mayorías. Un primer punto de partida para la articulación de un constitucionalismo internacional sería entenderlo precisamente no como un Derecho internacional constitucional, sino como constitucionalismo más allá del Estado. Este planteamiento exigiría una concepción monista de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno y, sobre todo, que sean los ciudadanos los que decidan el sometimiento a las normas internacionales de protección de derechos humanos[86].

La propuesta anterior, sin embargo, no resuelve el problema de los nacionales de Estados sin derechos, que, salvo que se justifique la posibilidad de la comunidad internacional de intervenir de algún modo en su situación, no encontrarán mecanismos para hacer valer los propios derechos en el territorio del Estado del que son nacionales. En estos casos, y teniendo en cuenta las dificultades que se presentan para justificar las intervenciones y el modo en el que éstas históricamente se han producido, es preciso considerar el uso de la fuerza como un último recurso, sólo pertinente en la medida en que el daño que resulte de la intervención para los derechos sea menor que el que se pretende evitar, y ello teniendo en cuenta que los derechos de los salvadores son tan valiosos como los derechos de aquéllos en cuyo favor se interviene[87]. En todo caso, la coherencia con la legalidad internacional exige rechazar las intervenciones unilaterales como principio general de actuación, y reivindicar el papel activo de la ONU.

Un elemento importante a considerar en relación con la protección universal de los derechos es el papel que puede desempeñar la responsabilidad de los individuos. En este sentido, y a pesar de que en ocasiones ha podido pronunciarse sobre cuestiones de derechos humanos, no puede considerarse que el Tribunal Internacional de Justicia sea un organismo de derechos humanos. Sin embargo, la consolidación de la Corte Penal Internacional sí puede ser un poderoso instrumento de protección de los derechos. La articulación de un sistema de jurisdicción penal internacional –y, con todas las limitaciones de la figura desde el punto de vista del Estado de Derecho, el

[85] Brems, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Kluwer, The Hague, 2001, p. 12.

[86] Kumm, M., "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis", *The European Journal of International Law*, Vol. 15, nº*5*, 2004. Insiste en la necesidad de romper con la idea de que el Derecho internacional y el nacional son ámbitos completamente diferenciados, y que la legitimidad del Derecho internacional deriva exclusivamente o bien del consentimiento del Estado, o bien del carácter democrático de las instituciones. Ver también Fernández, E., "La universalidad de los derechos humanos desde un ideal común, hacia una ciudadanía cosmopolita", en *Valores constitucionales y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 123-127.

[87] Arcos, F., *¿Guerras en defensa de los derechos humanos?...*, ob. cit., p. 75. Una crítica a cómo se llevó a cabo el cálculo de proporcionalidad en Kosovo se encuentra en Walzer, M., "Política y moral en Kosovo", *Guerra, política y moral*, trad. T. Fernández y B. Eguibar, pp. 87-92, p.89.

establecimiento de tribunales *ad hoc*- representa un intento de incorporar al individuo como sujeto de Derecho internacional, lo que permite una mejor protección de sus derechos, pero también exigirle responsabilidad como autor de crímenes internacionales que implican vulneraciones de los derechos humanos (crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad)[88].

En definitiva, tanto desde el punto de vista del modo en el que se ha construido la ciudadanía, cuanto a partir de cómo opera la soberanía y la forma en la que en la práctica se utiliza el uso de la fuerza para la defensa de los derechos humanos, las fronteras actúan como un obstáculo a la realización de los derechos. La discusión sobre la fórmula más adecuada de organizar la sociedad internacional para conseguir la universalidad de los derechos es de un interés fundamental, sin embargo, en este trabajo, en el que se trata de plantear en qué medida la situación en la que se encuentran los seres humanos puede suponer su exclusión de la titularidad de los derechos proclamados como universales, interesa ahora reflexionar sobre ese otro aspecto que tiene que ver con la exclusión que afecta a los que no son ciudadanos y que será abordada en el siguiente apartado.

## 2. Los derechos de los nacionales de Estados sin derechos en el territorio de otro Estado.

Si retomamos las preguntas que Bobbio propone formular para comprender el concepto de igualdad: 'igualdad entre quiénes' e 'igualdad en qué"[89], y las aplicamos al análisis de las normas a través de las cuales se produce en el Derecho la proclamación de la igualdad, podemos comprobar que ésta ha venido predicándose únicamente de los ciudadanos[90]. Por otro lado, la vinculación de la ciudadanía con la nacionalidad ha significado que únicamente los nacionales sean considerados iguales ante la ley. Un ejemplo significativo al respecto lo encontramos en el ya citado artículo 14 de la Constitución española, en el que, como se ha señalado, la igualdad ante la ley se refiere exclusivamente a los nacionales[91]. Y es que la 'extranjería' constituye tradicionalmente un espacio impermeable al enfoque basado en derechos humanos, en el que los argumentos que arrancan de intereses políticos o económicos han llevado todo el peso. Nos encontramos ante lo que Seyla Benhabid denomina "la paradoja de la legitimidad democrática" y que enuncia de la siguiente manera: "la paradoja es que el soberano republicano debe comprometerse a obligar su voluntad por una serie de compromisos previos a un conjunto de normas formales y de fondo, normalmente conocidas como "derechos humanos". Los derechos y las reivindicaciones de los demás –ya se trate de 'auxiliares de la república' como eran considerados mujeres, esclavos y hombres

[88] Lirola, I. y Martín Martínez, M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 19-20.

[89] Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, ob. cit., p. 53.

[90] Hierro, L., "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley", *Doxa*, nº 26,2003, pp. 449-476, p. 458, señala que la justificación de esta restricción del 'derecho a ser tratados como iguales' se basa en una 'concepción paternal del Estado'. Frente a ella, la concepción universalista de los derechos humanos requiere entender este derecho como 'un derecho moral básico de cualquier persona".

[91] Es de notar, además, que España no ha firmado ni ratificado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigor desde el 1 de julio de 2003.

desposeídos, o se trate de pueblos subyugados o de extranjeros- son negociadas a continuación en este terreno flanqueado por los derechos humanos en una mano y las afirmaciones de soberanía en la otra"[92]. Sin embargo, mantener que los derechos son universales desde el pensamiento democrático, debe llevarnos a cuestionar esta posición, puesto que en él los derechos del hombre y del ciudadano están implicados[93], y a renegociar en el caso de los extranjeros, como ya se ha hecho en el caso de las mujeres y de los desposeídos con impacto desigual en distintos lugares del mundo, las condiciones de la pertenencia.

Efectivamente, cuando se aborda el problema del estatuto jurídico del extranjero, el presupuesto es siempre la desigualdad. La nacionalidad, como concepto jurídico, supone la aceptación de una fórmula -que recuerda a la de los privilegios- conforme a la cual precisamente los nacionales disfrutan de la igualdad, siendo preciso justificar los tratamientos formalmente diferenciados, mientras hacen falta razones para justificar que los no nacionales (los extranjeros) puedan gozar de alguno de los privilegios atribuidos a los nacionales. Además, aquel estatuto privilegiado se desplaza con el nacional fuera de las fronteras, desde el momento en que el Estado tiene la obligación de proteger a sus nacionales. El resultado es que resulta difícil afirmar que los derechos son universales si contemplamos la situación de aquellas personas que son nacionales de Estados que no están comprometidos con los derechos humanos.

El asilo y el refugio son instituciones a través de las cuales se intenta amparar a las personas cuyos Estados han fracasado en la protección de sus derechos, por lo que podemos verlas también como mecanismos al servicio de la universalidad de los derechos que trascienden esa vinculación entre titularidad de derechos y nacionalidad. Tradicionalmente el asilo era un acto discrecional del Estado que consistía en que éste amparaba a aquellas personas que pedían su protección por sentirse amenazadas. En relación con el asilo el artículo 14 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos establece que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país". Cada Estado decidía el alcance de la protección dispensaba dentro del límite marcado por el principio de no devolución. Precisamente, en virtud del principio de no devolución se ha desarrollado la idea de la protección humanitaria como obligación de los Estados de proteger a quienes se encuentran en su territorio y cuya vida o libertad estarían en peligro en el caso de ser devueltos[94].

Por el contrario, el refugio aparece regulado en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y en el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 como una obligación de los Estados Partes de conceder el estatuto de Refugiado, cuyos contenidos mínimos aparecen delimitados por estos instrumentos internacionales, a cualquier persona "que

[92] Benhabid, S., *The Rights of Others*. *Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, 2004, p. 47.

[93] Benhabid, S., *The Rights of Others*, ob. cit., p. 43.

[94] Cançado Trindade, A.A., "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de los derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", en *La nueva dimensión de la necesidad de protección del ser Humano en el inicio del siglo XXI*, 2ª ed. ACNUR y CIDH, San José de Costa Rica, 2002, pp. 56-62; Mariño, F., "La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho Europeo", en Mariño, F. (cord.) *El derecho Internacional en los albores del siglo XXI*. *Homenaje al profesor J.M. Castro-Rial Canosa*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 463- 482; Orihuela Calatayud, E., "Asilados y Refugiados: ¿solidaridad o seguridad?", *Anales de Derecho*, nº 22, 2004, pp. 189-222, pp. 191-192.

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él" (artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados conforme al artículo 1 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados).

La práctica del asilo, sin embargo, ha evolucionado hacia un modelo en el que los Estados conceden el asilo a quienes formalmente se encuentran en la situación de refugiados, dotando a estas personas del estatuto que para el refugiado se prevé en el Derecho internacional[95]. Esta forma de articular el asilo ha sido criticada en ocasiones porque la tendencia a equipar la figura con el refugio ha significado en los hechos una limitación injustificada del derecho a solicitar asilo, por ejemplo al exigirse –conforme a los requisitos establecidos para el reconocimiento de la condición de refugiado- que la solicitud de asilo se tramite desde un territorio que no sea el del Estado del que el solicitante es nacional o en el que tiene su residencia, o al establecerse en la normativa europea la responsabilidad del transportista por facilitar la entrada al territorio de los Estados de personas cuya documentación no esté en regla; así como al determinarse qué Estado conoce de las solicitudes de asilo con efectos en todos los Estados miembros[96]; o la posibilidad de rechazar solicitudes de personas procedentes de 'países seguros'[97]. Específicamente, en relación con esta última cuestión se plantea el problema de las personas que no son víctimas del Estado sino de la acción de particulares (de grupos violentos, de la violencia de género…)[98].

De cualquier forma, los recelos a la hora de tramitar y reconocer la condición de refugiado, y los criterios restrictivos con los que se afrontan las solicitudes, suponen un retroceso en relación con la exigencia de universalidad de derechos, que se suma a las enormes trabas que establecen los Estados 'ricos' a los extranjeros procedentes de Estados 'pobres' que desean entrar y permanecer en su territorio. A estas rupturas hay que añadir las que derivan de las diferencias que se establecen entre los derechos de los nacionales y los derechos de quienes residen de forma regular y estable en el mencionado territorio.

En el Derecho internacional, el impulso de los derechos humanos ha supuesto el reconocimiento de que determinados derechos han de corresponder a todos los seres humanos en cualquier lugar del mundo, sólo este puede ser el sentido del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual, y frente a la fórmula de la Constitución española "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica,

[95] Orihuela Calatayud, E., "Asilados y Refugiados: ¿solidaridad o seguridad?", ob. cit., p. 196.

[96] Reglamento (CE) nº343/2003, del Consejo de 18 de febrero de 2003. Ver sobre la cuestión Boggio, C., *Perspectivas y retos del asilo y el refugio en Europa,* Serie Migraciones, nº7, Fundación CIDOB, Barcelona, 2004.

[97] Orihuela Calatayud, E., "Asilados y Refugiados: ¿Solidaridad o seguridad?", ob. cit.

[98] Ver también Türk, V., y Nicholson, F., "Protección de los refugiados en el derecho internacional: una perspectiva general", en Feller, E.; Türk, V, y Nicholson, F., *Protección de los refugiados en Derecho internacional,* trad. M. Tarallo, Icaria, Barcelona, 2010, pp. 3-49.

nacimiento o cualquier otra condición social". Ello supone, de acuerdo con la Recomendación General nº 30, *Discriminación contra los no ciudadanos*, del Comité Sobre la Eliminación de la Discriminación Racial[99], que el Estado debe justificar los tratamientos diferenciados a los no nacionales, utilizando los criterios de adecuación y proporcionalidad que se requieren para cualquier tratamiento diferenciado: "la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo"[100].

Sin embargo, incluso en aquellos Estados que formalmente cumplen con el Derecho internacional, existe una gran distancia entre estas proclamaciones y la situación real que viven los extranjeros, específicamente los inmigrantes –término que solemos reservar para hacer referencia a los no nacionales que acuden al 'primer mundo' en busca de trabajo[101]-. Ya se ha mencionado que la Constitución española, en su artículo 14, excluye a los extranjeros del ámbito de aplicación del principio de igualdad ante la ley. Tal exclusión fue refrendada por el Tribunal Constitucional por sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en la que diferencia los derechos que corresponden a españoles y extranjeros, que son los derechos inherentes a la dignidad humana; de los derechos que pueden no corresponder a los extranjeros, entre los que se encuentra la igualdad ante la ley. A propósito de esta cuestión y, en opinión de Hierro, "o bien el derecho a la igualdad ante la ley no es inherente a la dignidad humana…y entonces no se comprende su relevancia constitucional como derecho fundamental de los ciudadanos, o bien el derecho a la igualdad ante la ley es inherente a la dignidad humana y entonces resulta palmariamente conculcado por nuestra constitución (y otras similares, que son la mayoría de las constituciones democráticas) respecto a los extranjeros"[102]

Uno de los retos que enfrenta la teoría de los derechos como consecuencia del incremento de los flujos migratorios es el de construir una sociedad en la que puedan convivir personas portadoras de identidades culturales diversas[103]. Hasta ahora, la respuesta de la sociedad occidental ha partido de presupuestos liberales, y ha justificado, a partir de la idea de que los derechos son universales, que se conviertan, en palabras

[99] CERD Recomendación general Nº 30 (General Comments), 65 período de sesiones, 5 de septiembre de 2004.

[100] Puede verse sobre esta cuestión en el marco de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *The rights of non-citizens*, UN, New York and Geneva, 2006

[101] Ver Asís, R. de, "Inmigrantes: sujetos de derechos", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2004/2005, pp.259-271, p. 261.

[102] Hierro, L., "Las huellas de la desigualdad en la Constitución española", en Mate, R., *Pensar la igualdad y la diferencia*. *Una reflexión filosófica*, Fundación Argentaria-Visor, Madrid, 1995, pp. 131-150, p. 140.

[103] No voy a referirme aquí a otras cuestiones, como las condiciones de acceso al territorio del Estado, en las que las normas y las prácticas de nuestros Estados resultan contradictorias con la universalidad como presupuesto de una teoría de la justicia basada en derechos, desde el momento en que consideran a los extranjeros como objetos y no como agentes morales, a pesar de que las decisiones de las sociedades opulentas afectan a las personas que se encuentren en lugares alejados del planeta. Ver O'Neill, O., "Cosmopolitan scope: distant strangers and future generation", *Towards justice and virtue*, Cambridge University Press, 1996, pp. 113- 121, p. 114, "en el mundo contemporáneo, la gente actúa sobre la base de fuertes asunciones incluso a propósito de los extranjeros más distantes: por ejemplo, los ricos asumen que los extranjeros poblres y distantes no atacarán o les será permitido instalarse en su parte del mundo, y más generalmente que a los extranjeros no se les permitirá socavar los salarios locales".

de E. Garzón Valdés[104], en un coto vedado. Desde estos presupuestos se ha aceptado, además, que se mantenga la distinción entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano.

En relación con la idea de universalidad, el multiculturalismo -como situación- ha sido uno de los fenómenos que en mayor medida ha contribuido a que se tome conciencia de que bajo el manto de la idea liberal de universalidad -y, en general, los principios del humanismo Ilustrado- se encuentra (se ha encontrado siempre) una realidad cultural particular (la cultura occidental) que ha sido hegemónica. Ya se ha argumentado en el capítulo anterior que el que los derechos surjan vinculados a una cultura y a una ideología concretas no tiene por qué llevar a considerar que se trate de principios despreciables o que dejen de ser valiosos, pero también que el ser conscientes del carácter histórico de este concepto puede ayudarnos a cuestionar su carácter de 'verdades absolutas' con el que en algunas ocasiones se defienden los rasgos culturales definitorios del 'occidentalismo'.

La idea del coto vedado, que, como he señalado, supone el punto de partida que se considera irrenunciable en el momento de establecer normas que regulen la convivencia en contextos multiculturales, se reclama con diversas denominaciones, y con mayor o menor amplitud, y supone que hay determinados contenidos de justicia en las organizaciones jurídico-políticas, sobre los cuales no hay discusión. Expresada de otra forma, esta idea permite afirmar que el contenido del coto vedado puede ser legítimamente impuesto a quienes pretendan convivir en el ámbito occidental e incluso fuera de él. El coto vedado constituye, por tanto, el límite infranqueable de lo que se puede tolerar.

Por otro lado, la consabida distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano plantea, en relación con la cuestión, la existencia de dos categorías de individuos, los que son simplemente 'hombre' (que no tienen reconocida su capacidad de intervenir en la vida pública) y los ciudadanos. Merece la pena reproducir aquí algunas palabras de L. Ferrajoli, que asumo como crítica al papel que ha desempeñado la ciudadanía: "cabe constatar que la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales"[105].

La respuesta liberal presenta dos grandes deficiencias que han suscitado críticas. Así, por un lado, en las situaciones históricas a la que nos enfrentamos se está produciendo la reivindicación de un mayor reconocimiento de las diferencias del que se admite desde los presupuestos indicados. La idea que se reitera es que la pertenencia condiciona el modo de disfrute de los derechos, por lo que algunas características culturales deben tenerse en cuenta en la configuración del contenido de los propios derechos. Se trata de llamar la atención sobre el hecho de que en algunas ocasiones la pertenencia -la identidad cultural- condiciona el ejercicio de los derechos (también de los 'derechos del hombre') y el disfrute de la libertad y de la igualdad (que también son principios de la

[104] Esta idea, que ya es clásica en el autor, puede verse, por ejemplo en Garzón Valdés, E., "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", *Isonomía*, nº 12, 2000.

[105] Ferrajoli, L., "De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona", *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. A. Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, pp. 97-123, p. 117. Expresamente cita la residencia y la circulación como los dos únicos derechos reservados a ciudadanos que deberían serlo para las personas. No se ocupa de otro que resultaría esencial (aunque requeriría de algunas condiciones para ser reconocido, como la 'residencia') que es la participación política.

tradición liberal), por lo que algunas características culturales deben tenerse en cuenta, precisamente, en la configuración jurídica de la libertad y de la igualdad. Estas reivindicaciones confluyen con las que se plantean a partir de otros flancos de crítica al modelo inicial de los derechos y, en definitiva, se orientan a desmontar la imagen del titular abstracto de derechos[106]. Este es el sentido de la crítica que ha sido presentada en el capítulo primero, y que se corresponde con la que una buena parte de la teoría feminista formula frente a la universalidad. La principal objeción se refiere a la necesidad de contextualizar al titular, para evitar que los derechos terminen sirviendo únicamente como garantía de la dignidad de quienes menos obstáculos encuentran para realizarse, y, a lo peor, como privilegios que contribuyen a perpetuar situaciones de opresión[107].

Por otro lado, la distinción entre derechos del hombre y del ciudadano produce una sociedad fracturada entre los ciudadanos y los que no lo son. Teniendo en cuenta el modo en que he identificado el problema, los no ciudadanos son, normalmente, los sujetos que no comparten la cultura 'dominante', de forma que la ciudadanía aparece como un privilegio.

Una respuesta alternativa a la liberal es la que se ofrece desde el comunitarismo. Los comunitaristas subrayan que el individuo es un producto cultural. Sólo el hombre contextualizado puede ser un sujeto moral, por lo que estas teorías, llevadas a sus últimas consecuencias, dan prioridad como objeto de protección al grupo portador de los rasgos identitarios sobre el individuo. En palabras de Mackintyre, "yo no soy capaz de buscar el bien o de ejercer las virtudes en tanto que individuo…Lo que concretamente sea vivir la vida buena variará con las circunstancias…Nos relacionamos con nuestras circunstancias en tanto que portadores de una identidad social concreta. Soy hijo o hija de alguien,…miembro de este o aquel gremio o profesión; pertenezco a este clan, esta tribu, esta nación…Heredo del pasado de mi familia, mi ciudad, mi tribu, mi nación, una variedad de deberes, legados, expectativas correctas y obligaciones. Ellas constituyen los datos previos a mi vida, mi punto de partida moral"[108].

En relación con el problema que nos ocupa, las respuestas comunitaristas pueden asumir que el punto de partida para la organización de la convivencia ha de ser el relativismo, pero también, pero también pueden justificar que la organización social debe adecuarse en cada contexto a los valores de los miembros de la comunidad dominante. La coherencia con el relativismo exige proclamar la igualdad entre las culturas, lo que, desde los otros presupuestos, conduce a la incomunicación entre los miembros de los distintos grupos. El resultado es que no se produce una organización de la convivencia, sino una 'guetización'[109], en un panorama en el que a lo sumo se pueden establecer mecanismos de relación entre las respectivas autoridades. Si, por el contrario, no se adopta el relativismo como punto de partida, es porque se da prioridad a una cultura -que es la que se impone- sobre las otras. En el primer caso, queda sin resolver el

[106] Muchas veces relacionadas con el proceso de especificación, ver Bobbio, N., "El tiempo de los derechos", *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Madrid, Taurus, 1991, pp. 97- 112 y Peces-Barba, G. Asís Roig, R., y Fernández Liesa, C., *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 180-166.

[107] Vallespín, F., "Igualdad y diferencia", en Mate, R. (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia (una reflexión filosófica)*, Fundación Argentaria-Visor, 1995, pp. 15-34, p. 24, se refiere a "autoras como S. Benhabid, S. Moller Okin, C. Pateman o Iris Marion Young".

[108] Mackintyre, A., *Tras la virtud*, trad. A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, p. 271.

[109] Lucas, J. de., *El desafío de las fronteras*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 64.

problema al que nos enfrentamos, puesto que no sería posible fundamentar reglas comunes para una sociedad multicultural, sino que se diseñaría un modelo de sociedades culturalmente homogéneas. En el segundo caso, el resultado dista mucho de ser democrático.

En este contexto, también el republicanismo es interesante porque asume dos postulados del liberalismo que, creo, merecen la pena mantenerse. Por un lado, el individualismo ético, entendido como la idea de que los sujetos morales son los individuos y no los grupos y, por otro lado, y en lo que aquí más interesa, reivindica universalismo entendido como reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos.

A mediados de los años 80 la recuperación del republicanismo como teoría política alternativa al liberalismo y al comunitarismo se extiende de forma contundente en los Estados Unidos[110]. Básicamente se pretende que la visión republicana supera algunos aspectos del liberalismo que son objeto de la crítica comunitaria -uno de los más significativos es la visión atomista de la sociedad-, pero mantiene otros que merecen la pena -algunos de los más significativos son la defensa del individualismo ético y de la democracia-. Por ejemplo, de 1988 es "Beyond the republican revival", de Sunstein[111]. También Habermas en *Facticidad y validez* (1992) se convierte en defensor de la tradición política del republicanismo. Todos ellos reclaman la idoneidad del republicanismo (que llaman nuevo) para recuperar la dignidad de lo político.

Las características que se le atribuyen son distintas en los distintos autores y en función del ámbito en el que se construye. Antes de enumerar los elementos que definen el republicanismo, y teniendo en cuenta que el interés aquí es analizar su capacidad para construir una respuesta más articulada que el liberalismo y el comunitarismo frente al problema del multiculturalismo, conviene realizar tres advertencias.

La primera nos lleva a señalar que el republicanismo no es, de ninguna manera, una concepción nueva de la política; sino que, muy al contrario, se trata de una forma de entenderla más antigua que el liberalismo.

Otra advertencia adicional tiene que ver con algunos errores históricos que son atribuidos a los 'neorepublicanos' por diversos autores. Por ejemplo, A. Domènech[112] identifica, como el más relevante error histórico que se les puede reprochar, el que conciban el republicanismo antiguo como una teoría política que se articula sobre el presupuesto de la homogeneidad social. Para quienes mantienen esta visión de la historia, los modernos aventajan a los antiguos republicanos por cuanto tratan de superar este defecto[113]. En todo caso, la versión de republicanismo que interesa aquí es precisamente la nueva que representan autores como Elster o Michelman.

En tercer lugar, quiero insistir en que liberalismo y republicanismo no son dos tradiciones enfrentadas. Históricamente no hay autores liberales frente a autores republicanos, aunque, especialmente en la actualidad, sí es posible identificar dos discursos diferentes. Las diferencias se refieren especialmente al papel del individuo y

[110] Después de que haya encontrado eco la relectura republicana de Bailyn, Wood y Pocock. Ver Ruiz, R., *La tradición republicana*, Madrid, Dykinson, 2006

[111] Ahora en castellano en Ovejero, F.; Martí, L.; Gargarella, R. (comp.), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 137-190.

[112] Domènech, A., *El eclipse de la fraternidad*, Barcelona, Crítica, 2004.

[113] Frank Michelman afirma expresamente que no es este un defecto imputable a la concepción republicana Michelman, F., "Law's Republic", *The Yale Law Journal*, vol. 97, nº 8, 1988, pp. 1493 y ss.

del Estado y al modo en que se articulan las relaciones entre ellos y, por tanto, suponen dos formas distintas de entender los derechos fundamentales y los valores en los que se fundamentan[114]. En este sentido, el republicanismo compatible con la idea de derechos fundamentales no es comunitarista, sino que, como se ha apuntado, se mantiene en el individualismo ético (esto es, en la idea de que la personalidad moral se atribuye a los individuos -a todos los individuos por igual- y no a los grupos).

El republicanismo se define por su concepción del individuo, de su libertad, de la ciudadanía, de la comunidad y del Estado. Todos estos elementos pueden agruparse en dos, así pues, veremos el republicanismo como una concepción del individuo, de su libertad y de la ciudadanía, por un lado, y de la comunidad –que los republicanos reconducen al Estado- por otro.

En relación con el primero de los elementos citados, es decir, desde la concepción del individuo, cabe decir que desde el republicanismo, en primer lugar, se extraen consecuencias políticas de un rasgo antropológico, la capacidad de solidaridad, o el altruismo, que permite pensar en la fraternidad como en un valor. No es que el liberalismo niegue, sin excepción, que el ser humano sea capaz de solidaridad, pero, en todo caso, una posición liberal se caracteriza, frente a una posición republicana, porque no extrae consecuencias políticas de ese dato[115].

La solidaridad se entiende aquí como vinculación entre el individuo y la sociedad. J. de Lucas incide en esta dimensión para diferenciar la solidaridad, cuando se entiende ya no como un dato de la condición humana, sino como un rasgo valioso de lo humano, por lo tanto, como un valor, de otros valores (como la igualdad y la libertad). Si aceptamos su argumentación, "la solidaridad requiere asumir la lógica de la acción colectiva, esto es, asumir también como propios los intereses del grupo, es decir, de lo público, de lo que es de todos, y esa titularidad común acarrea asimismo el deber de contribuir, de actuar positivamente para su eficaz garantía, en la medida en que se trata de una responsabilidad de todos y cada uno"[116].

De este modo, la concepción republicana presenta, frente a la liberal, una definición distinta de los valores de la ética pública (esto es, de los valores que el poder político debe asumir y trasladar al Derecho para poder presentarse como un poder legítimo). Aun con discrepancias a propósito de su significado, existe un cierto consenso en situar la libertad y la igualdad en el fundamento de los derechos, sin embargo, también hay autores que incluyen la solidaridad entre los valores de la ética pública[117].

Afirmar que la solidaridad es un valor jurídico que fundamenta derechos, supone aceptar una concepción del Estado que se aleja de la liberal[118]. Se trata de considerar

[114] Barranco, M.C., "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder", *Derechos y Libertades,* nº 9, 2000, pp. 65-91.

[115] Una presentación 'desencantada' del individuo en el liberalismo, en Ovejero, F., *La libertad inhóspita: modelos humanos y democracia liberal*, Paidós, Barcelona, 2002

[116] Lucas, J. de, *El concepto de solidaridad,* 2ª edición, Fontamara, México, 1998, p. 90.

[117] Peces-Barba, G., Asís Roig, R., y Fernández Liesa, C., *Curso de derechos fundamentales,* ob. cit., pp. 261-282, y "Escasez y solidaridad. Una reflexión desde los clásicos", en Mariño, F., y Fernández Liesa, C., *El desarrollo y la cooperación internacional,* Universidad Carlos III de Madrid : Boletín Oficial del Estado , 1997 , p. 19-33.

[118] Bobbio, N., "Estado, poder y gobierno", *Estado, Gobierno y Sociedad*. *Por una Teoría General de la Política*, trad. J.F. Fernández Santillán, México, Fondo de cultura Económica, 1994, pp. 176-187.

que el Estado es un bien si se organiza de un determinado modo (tendremos ocasión de concretar con posterioridad el significado de esta idea, de momento, vaya por adelantado que este es uno de los elementos claves que definen la concepción republicana)[119].

Desde el presupuesto de que el hombre es un ser social, que sólo puede desarrollarse en el contexto de una organización política, se trata de establecer los requisitos que conviertan a la organización política en un instrumento al servicio del desarrollo individual. Como decía, en esta concepción el individuo no es el "egoísta racional" al que la mentalidad liberal nos tiene acostumbrados, sino un sujeto capaz de adoptar decisiones altruistas.

Si recordamos en el distinto papel que se otorga a la participación política en las dos tradiciones podemos hacernos una idea clara del significado de cada una de ellas. En el esquema liberal, cuando el individuo interviene en los asuntos públicos, lo hace desde el punto de vista de "maximizar" su propio interés. En un modelo compatible con la solidaridad, es posible encontrar mecanismos que hagan que el ciudadano participe teniendo en cuenta el interés general.

Esta concepción del individuo y del modo en que se relaciona con la sociedad no es comúnmente admitida, por eso tampoco lo es la idea de que la solidaridad forme parte de la 'ética pública' y se critica, desde distintos planteamientos, la propuesta[120]. Desde posiciones individualistas a ultranza ser rechaza que sea un ideal a conseguir, fundamentalmente se señala como un planteamiento incompatible con los derechos. Para algunos autores, desde otros puntos de vista, se trata de un valor que escaparía del contenido que legítimamente puede asumir el Derecho[121].

Además de la inserción de la solidaridad en el catálogo de los valores en los que se fundamenta la organización político-jurídica, una concepción republicana altera la comprensión de los valores porque supone un entendimiento distinto de la libertad.

La libertad como fundamento último de los derechos y de los valores es, en la lectura liberal, la libertad entendida como no interferencia. Se trata, por tanto, de proteger la libertad natural a través del Derecho. Sin embargo, para el republicanismo, la condición de libre es una condición política.

Puesto que el individuo del republicanismo únicamente se realiza mediante su inserción, como ciudadano, en la comunidad política, en la república[122], la adecuada ordenación de la república constituye el requisito de la realización de los individuos. Esto supone dos cosas. La primera que la república bien ordenada ya no es un límite, sino la condición *sine qua non* de la libertad; la segunda, que la libertad se construya como no

[119] Barranco Avilés, M.C., "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder", ob. cit.

[120] La propuesta de la solidaridad en términos de ética pública se encuentra claramente articulada en Peces-Barba, G., *Ética, poder y Derecho*. *Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

[121] El Derecho positivo, afirma Eusebio Fernández, debe basarse en una ética cívico-política de mínimos, la solidaridad pertenece a una ética cívico-política de máximos, se sitúa en el campo de los deberes morales. Fernández, E., *Filosofía Política y Derecho,* Marcial Pons, Madrid, 1995, pp.18-20

[122] Domènech, A., "Individuo, comunidad y ciudadanía", *Retos pendientes en ética y política*, J. Rubio-Carracedo, J.M. Rosales y M. Toscano, Trotta, Madrid, 2002, pp.29-45.

dominación arbitraria. Se es libre en la medida en que se elimina la posibilidad de que otro sujeto pueda interferir arbitrariamente los propios planes de vida[123], y no en la medida en que se esté exento de interferencias; muy al contrario, las interferencias no arbitrarias suponen una condición de la formación individual.

En relación con la cuestión del multiculturalismo que aquí nos ocupa, la visión republicana de la sociedad tiene varias consecuencias. La primera guarda relación con el pretendido carácter universal de los derechos, y recupero aquí los aspectos en los que la respuesta liberal se justificó como insuficiente. Parece que adoptar un punto de partida republicano facilita el reconocimiento de los condicionantes culturales como requisitos de la libertad, y no ya únicamente como obstáculos. Ciertamente, estos condicionantes pueden un obstáculo a la libertad, lo son, de hecho, cuando favorecen situaciones de dominación, pero no en caso contrario.

Además, parece que desde el republicanismo es más fácil justificar que la condición de individuos supone el reconocimiento de la condición de ciudadanos (lo contrario sería negar al individuo la capacidad de realizarse). La principal ventaja de la ciudadanía republicana frente a la liberal es que no es, en principio, un concepto excluyente[124]; esto es, a diferencia de lo que ocurre en el esquema liberal, el papel de la ciudadanía no es la exclusión de determinados sujetos de la posibilidad de adopción de decisiones públicas, sino el de convertirse en cauce para el desarrollo individual. Además, y este sería otro orden de consideraciones, el republicanismo permite habilitar la noción misma de ciudadanía (frente a quienes, como L. Ferrajoli[125], propugnan su superación).

Por otro lado, el republicanismo parece una plataforma adecuada para encontrar un punto intermedio entre el relativismo y la idea de los derechos como un coto vedado. Precisamente por el modo en el que el republicanismo define las ideas de identidad y de libertad, éstas consisten, en parte, en la capacidad de reflexión crítica sobre la propia identidad. Efectivamente, señala Michelman que "el republicanismo contempla un individuo cuya identidad y libertad consisten, en parte, en su capacidad para la reconsideración crítica y reflexiva de los fines y cometidos que ya tiene y que le hacen ser quien es"; las fuentes de autocrítica provienen, necesariamente, del contraste con las concepciones de otros individuos. Esta concepción del proceso a través del cual el individuo se realiza, supone, según el autor, que una concepción republicana moderna de la libertad política hace una virtud de la pluralidad y de la posibilidad de discutir

[123] *Ibidem*, p. 32, "No es libre en este sentido republicano tradicional quien, pudiendo ser interferido por otros, no se ve interferido de hecho (por pura casualidad, o por tener un amo poco riguroso, etc.). Ni está menguado en su libertad, en esa misma acepción de la palabra, quien se ve interferido por otros de maneras que *no* son arbitrarias. La libertad republicana, a diferencia de la libertad liberal, puramente negativa, es un concepto disposicional: soy libre cuando no estoy bajo la mano o la potestad de nadie, cuando nadie podría -hágalo de hecho o no- interferir a su arbitrio en mis planes de vida. Y no carezco de libertad, sino, al contrario, se promueve mi libertad, cuando otros libres pueden interferir en mi vida de maneras no arbitrarias. El troquelamiento de mi carácter, la formación de mi identidad individual a lo largo de ltiempo, la constitución de mi existencia separada y autónoma, acontece por la vía de la mutua interferencia no-arbitraria entre libres y, por lo mismo, presupone mi libertad".

[124] Pérez Luño, A.E., "Ciudadanía y definiciones", *¿Ciberciudadanía o ciudadanía. com?*, Barcelona, Gedisa, pp. 17-57, incluso desde la defensa de la ciudadanía asume algunas de las críticas que atribuye a J. de Lucas, "suscribo no obstante, sin reservas, la crítica planteada por De Lucas a la noción puramente nominal y depontenciada de eficacia de la ciudadanía para excluir a determinadas personas o grupos de su disfrute". Ver Lucas, J. de, "El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo", en VV.AA., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 11-30.

[125] Ferrajoli, L., "De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona", ob. cit. Ver también Fariñas, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos,* Dykinson, Madrid, 2000.

desde concepciones contrapuestas (incluso desde concepciones del bien contrapuestas)[126].

Así pues, la idea del individuo que persigue su autonomía mediante la discusión con otros individuos, aboca a la discusión, también a la discusión de la definición del coto vedado, como fórmula para resolver las controversias a propósito de las distintas concepciones del bien. También subsiste, no obstante, un elemento que no es criticable, que es la necesidad de establecimiento de cauces que hagan posible la comunicación y la crítica. En el republicanismo que hoy se reclama, esos cauces deben estar presentes en la sociedad civil, pero, sobre todo, se confía en el Estado y en el Derecho como el ámbito y el instrumento adecuados para acondicionarlos.

En la concepción liberal, el Estado se concibe como un mal. Dado que la organización estatal, por definición, supone interferencias en la esfera individual, el Estado es también un necesario límite a la libertad. De este modo, mejor cuanto menos Estado -lo cual no significa que no puedan fundamentarse derechos prestacionales a partir de una filosofía política liberal-.

Muy al contrario, en el republicanismo, el Estado aparece como un bien, siempre y cuando se organice de determinada manera, es decir, siempre y cuando esté 'bien ordenado'. En el Estado de Derecho, el Estado es un bien porque el interés general coincide con el individual 'virtuoso' -la de virtud es otra de las ideas republicanas- o legítimo. Precisamente, la idea de derechos hace referencia a los elementos en los que coincide el interés individual y el general. Encontramos ejemplos de esta concepción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español; es la tesis que ha logrado imponerse, por ejemplo, en relación con la libertad de expresión[127].

Entiendo, en relación con este aspecto, que el republicanismo aventaja al liberalismo en la posibilidad de fundamentar el establecimiento de límites al poder. Efectivamente, en materia política, la idea del republicanismo es habilitar instrumentos que hagan posible la no dominación, lo que consiguen mediante el establecimiento de controles a los gobernantes y de cauces para la expresión de los ciudadanos[128]. Además, en relación con el tema que nos ocupa, porque la política constituye, desde este punto de vista, el ámbito en el que se produce la discusión entre concepciones culturales alternativas. Los ciudadanos son capaces de dejar de lado el interés individual espurio y reflexionar sobre la base del interés general, lo que, además, va a revertir en su propio interés.

Se contraponen así dos concepciones de la política que han dado en llamarse 'la política como mercado' y 'la política como deliberación'. La primera de estas representaciones es coherente con una 'fundamentación pluralista' que, según Michelman, consiste en los siguiente: "dados los varios, parcialmente complementarios pero parcialmente conflictivos fines e intereses prepolíticos de los individuos afectados y dados también

[126] Michelman, F., "Law's Republic", ob. cit., p. 1528, " (el republicanismo) contempla, entonces, un individuo ser cuya identidad y libertad consisten, en parte, en su capacidad para la reconsideración crítica y reflexiva de los fines y compromisos que ya tiene y que hacen de él lo que es. Tal individuo necesariamente obtiene su recursos para la auto-crítica y evaluación de sus comprensiones actuales de y frente a las comprensiones de más allá de su propia vida pre-crítica y de su experiencia, es decir comunicativamente, alcanzando las perspectivas de otras y diferentes personas"

[127] Ver Barranco, M.C., "El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XVIII, 2001, pp. 205-226.

[128] Gargarella, R., "El republicanismo", *Teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 161-190, p. 167. Ver también Pettit, PH., "Liberalismo y republicanismo", *Nuevas ideas republicana*, ob. cit., pp. 115-136.

las inevitablemente competitivas y estratégicas realidades de la interacción social (política y económica incluidas), es racional para cada afectado preferir la constitución en cuestión a la siguiente mejor alternativa prácticamente realizable"[129], de este modo, la participación en política tiene el sentido, desde el punto de vista del individuo, de permitir una mayor satisfacción de los intereses individuales. Desde el punto de vista estatal, el interés general se determina como suma de intereses individuales.

Por el contrario, desde la concepción discursiva de la política, coherente con la filosofía republicana, el foro público es el ámbito de deliberación sobre los asuntos que interesan a los ciudadanos. Fundamentalmente, la concepción deliberativa de la política se recupera como respuesta a lo que se consideran 'insuficiencias' del modelo pluralista. En concreto, el objeto principal de las críticas lo constituye la visión mercantilizada de los procesos políticos.

Quienes defienden la democracia deliberativa se están enfrentando a la idea de que lo político es el ámbito en el que se 'negocia', a partir de intereses individuales concurrentes y, en su lugar, proponen, como objetivo de la discusión política, el consenso sobre cuál debe ser la respuesta que satisfaga en mayor medida el interés general.

En estas condiciones, podemos volver a plantearnos si el republicanismo es una mejor respuesta al multiculturalismo que el liberalismo. Recordemos una vez más que aquí nos enfrentamos únicamente a una de las cuestiones relacionadas, que es la necesidad de organizar la convivencia entre personas portadoras de identidades culturales heterogéneas.

A tenor de lo expuesto, parece que merece la pena explorar este tipo de propuestas, porque lo cierto es que el modelo liberal actual es contradictorio con los propios valores de pluralismo, universalismo e igualdad, en los que se inspira.

Sin embargo, antes de aceptar esta propuesta es preciso abordar un problema frecuentemente discutido en relación con el republicanismo. Se trata de la afirmación de que la solidaridad requiere de cierta homogeneidad, en el sentido de que para sentir como propios los intereses de otro, es necesaria la identificación con ese otro. Precisamente, el reto que el multiculturalismo plantea a la filosofía política es la 'diversidad radical'[130] y la necesidad de encontrar un punto de encuentro entre la asimilación y el relativismo, por eso, el republicanismo sólo será pertinente en relación con este problema cuando mantiene la pluralidad como una 'virtud'.

En relación con esta cuestión, algunos autores subrayan la idea de que la identidad puede ser construida[131]. Y ciertamente esta es una de las ideas claves del republicanismo, que confiaba en la educación y ahora confía en el Derecho como los instrumentos adecuados para producir esos vínculos necesarios. Sin embargo, conviene aquí advertir de que en cierto modo, se trata de atribuir a la comunidad política la

[129] Michelman, F., "Law's Republic", ob. cit., p. 1510.

[130] Toscano Méndez, M., "Nacionalismo y pluralismo cultural. Algunas consideraciones", *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos,* ob. cit., pp. 71-86, p. 77, aunque no utiliza la denominación, describe esta circunstancia.

[131] Rosales, J.M., "La educación de la identidad cívica: sobre las relaciones entre nacionalismo y patriotismo", *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, ob. cit., pp. 117-132, p. 118, afirma que la tradición republicana de la política contempla "la identidad ciudadana como resultado de un diseño constitucional". Recordemos que este es en gran medida el sentido de la idea de patriotismo constitucional de Stenberberg.

capacidad para fomentar aquellos aspectos que hagan posible el mínimo de concordancia[132] y eso es siempre arriesgado.

En este sentido, considero esencial otra condición para la utilidad de una respuesta republicana al problema al que nos enfrentamos, que es que mantenga concepción 'dinámica' de la condición de ciudadano. Michelman plantea como técnica para asegurar esta concepción la indeterminación legal, que permita la búsqueda constante de la inclusión del otro[133] y resume así la idea: "por lo tanto la sugerencia es que la persecución de la libertad política a través del derecho depende de nuestra constante posibilidad de llegar a alcanzar la inclusión del otro, del hasta ahora excluido- lo que en la práctica significa traer a la doctrina jurídica la presencia de las voces hasta ahora ausentes de los grupos sociales auto-conscientes que van emergiendo".

Por tanto, el republicanismo puede mejorar al liberalismo en tanto en cuanto mantiene una concepción 'dinámica' del acceso a la ciudadanía. En este sentido, el republicanismo es interesante siempre y cuando sepamos construir un concepto de ciudadanía capaz de integrar al otro por razones culturales y de permitirnos escuchar su voz discordante. La construcción de una ciudadanía es así un problema previo al de la organización de la convivencia y es, a mi entender, la clave para afrontar la nueva situación generada por los flujos migratorios. Exige, en primer lugar, su desvinculación de la nacionalidad, operación ésta que ya se ha llevado a cabo en el contexto europeo en relación con los nacionales de otros Estados de la Unión.

No obstante lo anterior, ya se ha subrayado cómo precisamente la ciudadanía se ha construido tradicionalmente como un privilegio de los 'nacionales'. En el caso de España, la conocida tipología de los derechos en función de su titularidad, que articula el Tribunal Constitucional en su sentencia 107/1994. De acuerdo con esta decisión, podemos encontrarnos con tres tipos de derechos; los derechos que han de corresponder exclusivamente a los españoles, los derechos que pueden corresponder a españoles y a extranjeros en la medida en que así lo determinen las leyes y los tratados internacionales, y, por último los derechos que han de responder por igual a españoles y extranjeros en la medida en que "pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español" (sentencias del Tribunal Constitucional español 107/1984, de 23 de noviembre). Javier de Lucas considera que esta articulación del régimen de la igualdad de derechos entre españoles y extranjeros en España debe ser revisada a partir de dos puntos de vista, en primer lugar, el de la indivisibilidad de los derechos y, en segundo lugar, más interesante desde el punto de vista de la cuestión de la que se trata en estas páginas, a la luz de la necesaria transformación de los conceptos de ciudadanía y extranjería[134].

---

[132] Giner, S., "Las razones del republicanismo", *Claves*, nº 81, 1998, pp. 2-13. Ver también "Las condiciones de la democracia republicana", *Jornadas de Pensamiento Político en el siglo XXI*, Universidad Pablo Olavide de Sevilla, 2002.

[133] Michelman, F., "Law's Republic", ob. cit., p. 1529

[134] Lucas, J. de, "Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos", en Campoy, I. (dir.), *Una discusión sobre universalidad de los derechos humanos e inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 59-128, p. 85. Esta idea de indivisibilidad parece subyacente a la reflexión que del propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 236/2007, FJ 3, en el que señala que "la aplicación del criterio fijado en su día por este Tribunal para determinar si un

En nuestro contexto, el derecho de participación política queda configurado como un derecho de ciudadanía y, por tanto, deja de configurarse como un derecho universal. Esta situación sugiere dos cuestiones desde el punto de vista de los derechos. La primera es que precisamente la participación política implica una manifestación de la autonomía en el ámbito público y, por tanto, supone una agresión a la dignidad no permitir a las personas que van a ser afectadas por las decisiones públicas intervenir en su conformación. La segunda, derivada de lo anterior, es que si la participación es una garantía de la dignidad, por tanto, es un derecho humano, también debería ser, como el resto de los derechos humanos, de carácter universal.

A propósito de esta cuestión es preciso subrayar que la participación política adopta distintas formas, por un lado, y, por otro, que también es cierto que la definición de los derechos de participación implica una vinculación con la comunidad. Desde este punto de vista, conviene recordar la existencia de dos Convenios que a nivel internacional se refieren a la situación de los inmigrantes, cuyo escaso número de ratificaciones da buena muestra de la falta de coherencia de los Estados con el compromiso de universalidad de los derechos humanos. Se trata de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990; y de la *Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local*[135], en el marco del Consejo de Europa.

En el caso de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, entre sus cuarenta y cuatro ratificaciones no están Estados Unidos, ni Canadá, ni ninguno de los Estados de Europa occidental, que tampoco están entre los Estados firmantes[136].

Este tratado no se refiere específicamente a la participación política, pero entre los derechos que recoge se encuentran algunos que pueden considerarse de participación, como la libertad sindical del artículo 26; el derecho a establecer asociaciones y sindicatos para la defensa de sus intereses económicos, sociales, culturales o de cualquier otra índoles del artículo 40.

Además, en esta norma se incluyen dos preceptos fundamentales desde el punto de vista de la participación, el artículo 41 que establece el derecho a participar en asuntos públicos y el sufragio activo y pasivo en el lugar de origen, de acuerdo con la legislación; y, especialmente, el artículo 42 con forme al cual "1. Los Estados Partes considerarán la posibilidad de establecer procedimientos o instituciones que permitan tener en cuenta, tanto en los Estados de origen como en los Estados de empleo, las necesidades, aspiraciones u obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familiares y considerarán también, según proceda, la posibilidad de que los trabajadores migratorios y sus familiares tengan en esas instituciones sus propios

concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana".

[135] Puede comprobarse la tabla de ratificaciones en http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=144&CM=8&DF=07/12/2010&CL=ENG (consultada el 30 de septiembre de 2010).

[136] El cuadro de ratificaciones se encuentra en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en, consultada el 30 de septiembre de 2010.

representantes libremente elegidos. 2. Los Estados de empleo facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales. 3. Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos". Como puede verse, los compromisos adquiridos son mínimos, puesto que se trata de 'considerar la posibilidad' de establecer mecanismos de participación de los trabajadores migratorios tanto en los lugares de origen como en los de empleos, y de otorgar la posibilidad de disfrutar de derechos políticos si el Estado de empleo se lo concede (con lo que la soberanía prevalece sobre los derechos humanos). Sin embargo, sí resulta obligatorio para los Estados de empleo facilitar procedimientos de consulta y participación en las comunidades locales.

En la fecha de consulta habían ratificado la *Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local*, abierto a la firma el 5 de febrero de 2002 únicamente Albania, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Holanda, Noruega, Suiza. El documento establece tres niveles de compromiso (A, B y C) de forma que los Estados pueden comprometerse sólo con el nivel A, o también con el B y el C o sólo con uno de ellos. En el capítulo A se establecen derechos de expresión, asociación y sindicación, incluido el derecho a establecer asociaciones a nivel local representar sus propios intereses y para el mantenimiento y expresión de su cultura. En el capítulo B prevé el establecimiento de mecanismos locales de representación en aquéllos lugares en los que exista un número significativo de residentes extranjeros. Por último, el capítulo C establece el compromiso de reconocer el derecho al sufragio de los extranjeros que hayan residido durante cinco años.

Ambos articulan un marco de mínimos cuyo respeto resulta a mi juicio imprescindible para poder aceptar que el Estado respeta los derechos humanos de las personas inmigrantes[137].

[137] Sobre la cuestión con especial referencia a la situación de España, que no ha ratificado ninguno de los dos tratados, puede verse, Solanes, Á., "La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate", *Derechos y libertades*, nº 18, enero 2008, pp. 67-95

# CAPÍTULO III. ESCASEZ Y DERECHOS HUMANOS: LOS DERECHOS SOCIALES ECONÓMICOS Y CULTURALES

## 1. Escasez, Derecho, libertad y el papel de las desigualdades económicas

En buena medida, el incremento de los flujos migratorios se produce por el desequilibro en las condiciones de existencia que existe entre las sociedades opulentas (que se convierten en sociedades de acogida) y las sociedades pobres, de las que proceden las personas inmigrantes de las que las autoridades y ciudadanos de las primeras recelan. Sin embargo, sería un error pensar que la pobreza no afecta también al modo en el que ejercen los derechos personas que se encuentran en el llamado 'primer mundo'.

La globalización, como contexto en el que han de hacerse eficaces los derechos, ha significado la intensificación de la fractura entre ricos y pobres. Es importante tener en cuenta que no se trata de un fenómeno exclusivamente económico. Al contrario, la globalización es un fenómeno económico, pero también cultural y político. En este sentido, las ideas de mercado global y de aldea global permiten ofrecer un panorama de las dos primeras dimensiones citadas. En lo económico, la globalización se caracteriza por un mercado que se desenvuelve precisamente a nivel global; mientras en lo cultural, la globalización se caracteriza por la relativización de las distancias y del tiempo que se acompaña de una homogeneización de patrones culturales. No obstante, la dimensión política de la globalización se traduce en los problemas de gobernabilidad que se generan por la falta de adecuación entre las normas locales y los poderes que operan a nivel mundial[138]. El resultado, es el incremento de poderes salvajes legales y extralegales, pero también que en el espacio global conviven personas que son beneficiarias netas de la globalización, con otras que se enfrentan a condiciones de escasez en las que el ejercicio de los derechos más básicos resulta imposible. En este sentido, la universalidad de los derechos requiere, conforme a lo que se ha señalado en el capítulo anterior, una reconstrucción del orden mundial[139] y, muy especialmente, el establecimiento de programas y medidas orientados a la generación de las adecuadas condiciones institucionales y materiales para su efectividad.

En este sentido, en el marco de las Naciones Unidad, los Objetivos de Desarrollo del Milenio constituyen un compromiso mínimo de los Estados a propósito de la necesidad de lograr mejorar las condiciones materiales de existencia de todas las personas en todo el mundo. Sin embargo, el cumplimiento de estos objetivos, todavía distante a pesar de que en 2015 se cumple el plazo establecido en la Declaración del Milenio, no es suficiente para considerar que se realizan los derechos económicos, sociales y culturales.

En relación con el desarrollo y con las políticas de cooperación al desarrollo, se ha introducido también el discurso sobre los bienes públicos globales. Si bien es cierto que se pueden establecer sinergias entre el discurso de los bienes públicos globales y la reivindicación de los derechos, puesto que ambos apuntan en la línea de fortalecer las

[138] Harrel, A., "Global Inequality and International Institutions", en Pogge, Th. W., *Global Justice*, Blackwell, Oxford, 2001, pp. 32-54.

[139] Held, D. y Macgrew, A., *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, trad. A. de Francisco, Paidós, Barcelona, 2003.

instituciones internacionales en el contexto de la globalización, orientar la política internacional desde el punto de vista de los bienes públicos globales, incluso en su versión política[140], supone dejar de lado una teoría de la justicia basada en derechos, como criterio para fundamentar las políticas nacionales e internacionales de desarrollo, y adoptar una teoría utilitarista. Por tanto, también sería un marco de acción diferente al que se trata de establecer en el contexto de las Naciones Unidas a partir de 1998, que se define como 'enfoque basado en derechos', y que se caracteriza por tres rasgos. En primer lugar, las intervenciones que parten de este enfoque se orientan a la mejora en la situación de los derechos humanos; además, en coherencia con la idea de autonomía, han de definirse con participación de los destinatarios; y, por último, su resultado ha de ser que éstos toman una mayor conciencia de su dignidad y de las herramientas para realizarla.

El objetivo de las políticas de bienes públicos globales no son los derechos, por lo que no pueden considerarse políticas de derechos humanos aun cuando el grado de efectividad de las normas de derechos humanos se vea incrementado tras la aplicación de estas políticas, cuya justificación se encuentra inicialmente en las teorías económicas. Además, a diferencia de lo que ocurriría desde el punto de vista de los bienes públicos globales, para que una política sea basada en derechos, debe definirse con participación de los destinatarios, que pasan a ser actores y no meros sujetos de la intervención. Y, por último, encontramos una diferencia de primer orden entre uno y otro tipo de política, porque el objetivo de la intervención que se justifica en derechos humanos no puede ser meramente mejorar el bienestar de aquéllos a quienes se dirige.

Por otro lado, es preciso añadir que las políticas de desarrollo que adoptan el enfoque basado en derechos se caracterizan porque parten de un concepto de desarrollo diferente del que venía siendo usual, de tal forma que en la definición de los indicadores de desarrollo debe perder protagonismo la referencia exclusiva al producto interior bruto calculado en términos de renta. A propósito de esta cuestión, resulta de gran interés la propuesta de A. Sen. Para este autor, "el desarrollo consiste en la eliminación de algunos tipos de falta de libertad que dejan a los individuos pocas opciones y escasas oportunidades para ejercer su agencia razonada"[141], por lo que no puede ser cuantificado en términos de incremento total de la riqueza. La pobreza no es ya meramente ausencia de renta, sino que se relaciona con la privación de capacidades básicas.

Este enfoque resulta interesante porque parte de la idea de que la existencia de un nivel elevado de riqueza a nivel estatal no tiene por qué suponer una mejor situación de los ciudadanos en cuanto a la atribución de derechos y a la posibilidad de ejercerlos. Al establecer como criterio las capacidades, se permite una mejor comparación de las distintas situaciones que se producen, incluso en lugares donde el producto interior bruto es elevado y, en relación con la universalidad, permite en mayor medida valorar la distinta situación en la que se encuentran las personas que forman parte de distintos colectivos. Por otro lado, es posible que algunas personas necesiten una renta mayor para conseguir un nivel equiparable de capacidades, por lo que el cálculo en términos exclusivamente económicos no nos informa sobre la situación en la que se encuentran los seres humanos tampoco en este sentido.

[140] Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M. A. (ed.), *Bienes públicos mundiales. Cooperación Internacional en el siglo XXI*, Oxford University Press, 1999.

[141] Sen, A., *Desarrollo y libertad*, trad. E. Rabasco y L. Toharia, Planeta, Madrid, 2000, p. 16.

M. Nussbaum acoge este aspecto de la teoría de Sen e introduce algunas variaciones que resultan interesantes desde el punto de vista de la reflexión sobre la universalidad de los derechos frente a la desigual distribución de recursos. La primera tiene que ver con la distinción entre capacidades y funcionamiento humano, la segunda con la distinción entre diferentes tipos de capacidades[142]. Nussbaum identifica una serie de funciones que se consideran características de una vida propiamente humana. Desde esta toma de postura, las capacidades hacen referencia a la posibilidad de desempeñar tales funciones. El objetivo de la intervención pública es, por tanto, la capacidad, no el funcionamiento. Una vez asegurada la capacidad, los seres humanos deben ser libres de realizar o no las funciones descritas.

En las distintas versiones de la lista, cada vez en mayor medida, las capacidades se relacionan con los derechos humanos: vida; salud corporal; integridad corporal; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego: control del propio entorno político y material[143]. La ventaja de este enfoque es que permite considerar los derechos como un todo, sin establecer jerarquías, por tanto, entre las distintas generaciones. El principal problema es que la autora parte de una definición de los atributos de la humanidad que corre el riesgo de dejar fuera de la definición del titular de derechos a determinados sujetos, específicamente a aquéllos a los que no será posible el desarrollo de un funcionamiento propiamente humano.

Por otro lado, Nussbaum diferencia capacidades básicas, capacidades internas y capacidades combinadas, de este último tipo son las capacidades enumeradas. La autora configura capacidades básicas como innatas a los seres humanos, aunque, señala, algunas se desarrollan a lo largo de la vida –a lo que cabría añadir que pueden deteriorarse-. Las capacidades internas son 'estados desarrollados de la persona misma', que se adquieren con la madurez o con la influencia del entorno. Por último, las capacidades combinadas son definidas como 'capacidades internas *combinadas con* adecuadas condiciones externas para el ejercicio de la función[144].

La distinción entre capacidades básicas e internas que establece Nussbaum resulta difícil de aprehender. Algunas de las capacidades que la autora cita como básicas (la vista, ó el oído, por ejemplo), no se desarrollan en algunos seres humanos y, en otros, el ejercicio requiere de ciertas condiciones externas. Sin embargo, este punto de vista permite considerar los derechos como las condiciones externas para el desempeño de la función, de tal forma que en cada contexto los derechos han de adecuarse a la situación personal y al entorno en el que el ser humano debe ser capaz de desempeñar la función. Esto tiene que ver con el modo en el que esa función es realizada en los distintos contextos culturales, pero también con la existencia de barreras que hacen que para determinados seres humanos el funcionamiento sea más difícil que para otros.

El liberalismo clásico, en cuyo contexto podemos decir que se generan las teorías de los derechos humanos, considera irrelevante la igualdad económica desde el punto de vista de los derechos[145]. Esa tesis, que está también presente en el neoliberalismo contemporáneo, sin embargo, los planteamientos que surgen con fuerza de la crítica

[142] Nussbaum, M., *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 1999.

[143] Es la lista de Nussbaum, M., *Las mujeres y el desarrollo humano*, trad. R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, pp. 120-123.

[144] Nussbaum, M., *Las mujeres y el desarrollo humano*, ob. cit., p. 129.

[145] Ruiz Miguel, A., "Concepciones de la igualdad y justicia distributive", en Díaz, E., y Colomer, J.L. (ed.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 211-242, pp. 212 ss.

histórica al liberalismo económico que llevan a cabo el liberalismo igualitario y del socialismo democrático, coinciden en señalar la importancia de que la libertad política se reparta por igual. Ambos planteamientos difieren, sin embargo, en el papel que ocupan en este esquema las desigualdades económicas.

En nuestro contexto, la teoría de la justicia que suele constituir el punto de partida de la reflexión es la de J. Rawls. Recordemos en este punto los dos principios de justicia de Rawls: *Primer principio:* "cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos". *Segundo principio:* "las desigualdades económicas y sociales han de estar estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo (principio de diferencia), y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades"[146]

Como se desprende del segundo principio citado, J. Rawls considera que la justicia de la sociedad es compatible con la existencia de desigualdades que produzca una mayor eficiencia, es decir, en opinión de Rawls, la presencia de ciertas diferencias socioeconómicas permite que existen más bienes a repartir y, en este sentido, que se mejore la situación de los peor situados[147].

Sin embargo, la persistencia de grandes desigualdades económicas y sociales permite que se produzcan situaciones en las que algunos seres humanos quedan excluidos de la posibilidad de ejercer sus derechos.

Al mismo tiempo, en las relaciones internacionales, que Rawls analiza desde *El derecho de gentes* como relaciones entre pueblos[148], el objetivo de la sociedad de los pueblos bien ordenados debe ser 'la incorporación de las sociedades menos favorecidas', por esta razón "los pueblos bien ordenados tienen el *deber* de ayudar a las sociedades menos favorecidas"[149]. Se trata de un deber de asistencia limitado, cuyo objetivo, frente a un planteamiento cosmopolita, no es ajustar los niveles de riqueza y bienestar.

Frente a la propuesta rawlsiana, y en coherencia con los presupuestos de una teoría de la justicia basada en derechos, S. Benhabid reivindica la idea de que en la medida en que las acciones individuales o colectivas de los sujetos tengan influencia en la libertad y en el bienestar de otros agentes morales, los primeros han de asumir responsabilidad frente a ellos, de tal forma que "ya no es moralmente admisible para los conductores de automóviles y las industrias de Chicago, por ejemplo, ignorar que sus acciones causan lluvia ácida en Canadá, ni debe ser posible para los que viven en Estados Unidos ignorar que la abundancia agrícola en California es debida en gran medida, si no totalmente, al sudor, sangre y trabajo de los trabajadores ilegales mexicanos, cuya mano de obra barata de temporada hace posible las abundantes cosechas que recogemos"[150].

---

[146] Rawls, J., "Las libertades básicas y su primacía", en *El liberalismo político*, trad. A. Domènech, Crítica, Barcelona, 2003, pp. 326-209, p. 328.

[147] Ver, sobre el segundo principio y sus críticas Ribotta, S., *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 145 y ss.

[148] Rawls, J., *El derecho de gentes y "una revisión de la idea de razón pública"*, trad. H. Valencia Villa, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 35 y ss.

[149] *Ibidem*, p. 126

[150] Benhabid, S., *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, 2004, p. 104. Beitz, Ch., *Political Theory and International Relations*, Princenton University Press, 1999, pp. 143 y ss. justifica un principio de justicia distributiva entre Estados derivado de la interdependencia

Al mismo tiempo, el reconocimiento como agentes morales de aquellos sujetos distantes, debe llevarnos a pensar que supone una instrumentalización el excluirlos de la posibilidad de intervenir en la adopción de las decisiones que les afectan.

Desde el enfoque basado en derechos, la mejora de las condiciones materiales de existencia de esas personas excluidas, tanto en el plano mundial, como en el marco de los Estados, viene reclamada por los derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto, es preciso coincidir con A. Sen cuando afirma que los derechos sociales están justificados como derechos humanos. La imposibilidad de garantizarlos desde la actual organización de las instituciones no puede ser un argumento para rechazarlos. Por el contrario, forma parte de las obligaciones derivadas de los derechos sociales el que se produzcan cambios en la organización política orientados a generar estructuras capaces de soportarlos[151].

## 2. Los derechos económicos, sociales y culturales

En el apartado anterior he intentado poner de manifiesto que tomarse en serio la idea de universalidad de los derechos exige respaldar la eficacia de los económicos, sociales y culturales, sin embargo, uno de los puntos importantes de discusión entre quienes defienden una teoría de la justicia basada en derechos, se produce en torno, precisamente, a la inclusión de esta categoría en el catálogo de derechos humanos[152].

Así pues, a pesar del proclamado principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, que fue formulado entre los Principios de Limburgo sobre la aplicación el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[153], y que se expande en el seno de la ONU a partir del Programa de Reforma lanzado en 1997 por el Secretario General[154], es un hecho que su protección en los niveles internacional e interno no es equiparable a la de los derechos civiles y políticos. Efectivamente, la

económica mundial. Benhabid previene frente a las dificultades de aceptar esta idea sin un análisis previo desde su compatibilidad con el principio democrático de legitimidad.

[151] Sen, A., "Elements of a Theory of Human Rights", *Philosophy and Public Affairs;* Fall 2004; 32, 4; Research Library Core, pp. 315 y ss. p. 320.

[152] Este apartado toma como punto de partida el trabajo realizado en el marco del convenio de colaboración entre la Universidad Carlos III y la Universidad Nacional de Córdoba, que fue presentado en el Seminario "La exigibilidad de los derechos sociales. Nuevos retos para el Derecho del siglo XXI". Las ponencias de este Seminario han sido publicadas en, Ribotta, S. (ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI*. *Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.

[153] E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000, del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales

[154] Naciones Undas, "El desarrollo basado en un enfoque de los derechos humanos: hacia una comprensión colectiva entre las Agencias de Naciones Unidas".

http://www.undp.org/governance/docs/HR_Guides_CommonUnderstandin_Sp.pdf, enero 2010. Recordemos que el objetivo del plan el objetivo del Programa fue 'encauzar los derechos humanos a sus varias actividades y programas dentro del marco de su respectivos mandatos. En este documento se señalan como principios de derechos humanos: universalidad e inalienabilidad, indivisibilidad ("los derechos humanos son indivisibles, ya sea de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, son todos ellos inherentes a la dignidad de todo ser humano. Por consiguiente, todos los derechos poseen el mismo rango y condición, y no pueden ser clasificados, con anterioridad, en orden jerárquico"), Interdependencia e interrelación ("la realización de un derecho a menudo depende, totalmente o en parte, de la realización de otros derechos. Por ejemplo, la realización del derecho a la salud puede depender, en ciertos casos, de la realización del derecho a la educación o a la información"), Participación e inclusión, Responsabilidad e imperio de la ley.

protección de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales se produce a través de dos Pactos y mediante Comités diferenciados. Sólo uno de ellos, el Comité de Derechos Humanos, tiene competencia para conocer de quejas individuales[155], a pesar de que desde su aprobación por Resolución de la Asamblea General 63/117, el 10 de diciembre de 2008, existe un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el que los Estados Partes se comprometen a reconocer la competencia de este organismo para conocer de comunicaciones individuales[156].

Recordemos que la articulación del sistema universal de derechos humanos a través de dos Pactos encuentra su explicación en la política de bloques. El mundo estaba polarizado sobre dos modelos económicos y políticos que incluían también una visión de los derechos. Así pues, mientras los económicos, sociales y culturales eran los derechos por excelencia en el bloque soviético; en el bloque occidental la idea de derechos humanos se circunscribe a los derechos civiles y políticos. El inicio de la Perestroika supuso el fin de la guerra fría, el triunfo de la economía del mercado y que sólo la fundamentalidad de los derechos económicos, sociales y culturales quedase en entredicho.

Estas dificultades para considerar los derechos económicos, sociales y culturales como instrumentos de salvaguarda de la dignidad del mismo nivel que los civiles y políticos se manifiesta también en el Derecho interno. En España, por tomar un ejemplo, la mayoría de los derecho sociales, económicos y culturales se encuentren recogidos entre los *Principios Rectores de la Política social y Económica,* en relación con los cuales el art. 53.3 de la Constitución afirma: "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". A pesar de que también hay derechos sociales (como la propiedad privada –que no se corresponde con la generación en la que se gesta este tipo de derechos, pero que se desenvuelve en el plano económico[157]-, el derecho al trabajo, el derecho a la negociación colectiva, o la libertad de empresa) que aparecen entre los *Derechos y Deberes de los ciudadanos* que "vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)". Y, por último, otros, como el derecho a la educación o el derecho a la huelga aparecen entre los *Derechos fundamentales y libertades públicas*, cuya regulación está reservada a ley orgánica y que pueden ser protegidos, incluso, por el recurso de amparo.

[155] Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966 y en vigor desde 1976.

[156] Hasta la fecha sólo ratificado por tres Estados Ecuador, Mongolia y el 23 de septiembre de 2010 España. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en (consultada el 30 de septiembre de 2010).

[157] Cito expresamente la propiedad privada para mostrar lo controvertido de la categoría, cuya delimitación corresponde más bien a criterios que tienen que ver con su inspiración ideológica y con el contexto político en el que surgen, que con cuestiones estructurales o relativas al ámbito en el que operan. Efectivamente, si los derechos económicos, sociales y culturales son los que operan en los ámbitos social económico y cultural, la propiedad sería un derecho social; si los derechos sociales se conciben como derechos prestacionales, el de huelga no podría ser adscrito a esta categoría.

En general, si pensamos en los rasgos que caracterizan los derechos en el Derecho –especialmente en la resistencia-, cuando hablamos de derechos sociales nos encontramos con derechos menos fundamentales. Una pregunta que hacernos más allá de la explicación que encontramos en la situación histórica, es a qué puede deberse esa distinta valoración jurídico-positiva.

De las razones que suelen esgrimirse para justificar el diferente grado de exigibilidad que reciben las distintas 'generaciones' de derechos, me interesa recordar dos. Por un lado, suele decirse que los derechos sociales no pueden ser justiciables sin dañar la democracia. Sin embargo, considero que el constitucionalismo implica que la actividad legislativa se someta a control[158], por lo que esta objeción podría extenderse también a los derechos civiles y políticos. Además algunos derechos sociales sí son justiciables y no por ello el carácter democrático del sistema en el que se insertan se ha puesto en entredicho. La educación, por ejemplo, aparece entre los derechos más protegidos en España.

Por otro lado, se señala que los derechos sociales son prestacionales o, en otros términos, son derechos positivos; mientras que la satisfacción de los derechos individuales únicamente requiere de una abstención. Sobre esta cuestión quisiera detenerme un poco más. Efectivamente, los llamados derechos sociales suponen la articulación, en forma de derechos subjetivos, de las exigencias del Estado social de Derecho, así como, en el caso del Estado español, de la obligación de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Estas cláusulas genéricas incorporadas en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución española, se concretan en normas más específicas que contienen mandatos dirigidos al Estado de llevar a cabo en determinados ámbitos la protección social, o que reconocen derechos subjetivos a veces no directamente justiciables y, en ocasiones, de carácter prestacional.

Pues bien, cuando se habla de derechos sociales prestacionales, se suele pensar en que la conducta obligada para el Estado es una prestación fáctica. Frente a esta tendencia, conviene poner de manifiesto que los derechos de prestación a veces requieren la realización de 'prestaciones normativas'[159], que también son necesarias para la efectividad de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, cuando se trata de estos últimos, frecuentemente pasan a formar parte del contenido esencial del Derecho, pero no ocurre lo mismo con los denominados derechos sociales.

Pero tampoco es cierto que los derechos sociales sean únicamente derechos a obtener prestaciones. Por el contrario, es posible afirmar que tienen también una dimensión negativa que implica que ni terceros sujetos ni el Estado pueden privarnos de los bienes de los que disfrutamos a su amparo[160]. Esta idea se concreta en la fórmula de la irreversibilidad de los derechos que ha sido acogida en algunos sistemas

[158]Barranco Avilés, M. C., "El papel del juez en el Estado constitucional", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXII, 2005, pp. 113 a 130.

[159] Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 428.

[160] Fabre, C., *Social Rights Under the Constitution*. *Government and the Decent Life*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 54 a 55.

constitucionales. Puesto que parece que todos los derechos pueden funcionar como límites al legislador y puesto que parece también que todos ellos pueden traducirse en pretensiones positivas y negativas, las diferencias entre el modo en el que los derechos de las primeras generaciones y los derechos sociales son garantizados hay que conectarlas con su distinto fundamento ideológico[161].

Recordemos que la inclusión en las constituciones de la cláusula del Estado social supone también una diversificación de las técnicas jurídicas utilizadas para la realización de los derechos: junto con las tradicionales técnicas represivas, se intensifican las técnicas regulativas y promocionales[162].

De cualquier forma, la jurisprudencia constitucional suele vincular el fundamento de los derechos sociales a las razones que inspiran la construcción del Estado social de Derecho, por un lado, y al valor de igualdad, por otro. En el plano teórico se ofrecen, además, otras propuestas complementarias de fundamentación entre las que destacan las que se presentan desde la defensa de la solidaridad como valor jurídico y las teorías de las necesidades básicas.

En concreto, en el caso de los derechos sociales las posiciones varían desde aquellas que los consideran exigencias de dignidad en la misma medida que los de generaciones anteriores, hasta los planteamientos que niegan su legitimidad, pasando por aquéllos que los presuponen instrumentales a los derechos individuales y civiles o a los derechos de participación política. Una aproximación al estudio de los derechos desde la idea de que éstos se producen en generaciones diferenciadas, puede contribuir a presentar de una forma más clara los distintos planteamientos. Este tipo de aproximación, no obstante, puede llevar a dos perspectivas. Por un lado, se puede considerar que los derechos obedecen a oleadas incomunicadas, pero por otro también puede servir para explicar el modo en el que históricamente se van ampliando los catálogos a medida que se toma conciencia de problemas para la dignidad que antes eran desconsiderados y de nuevos peligros en relación con cuya conjura los derechos pueden ser un instrumento adecuado. Este último es el sentido en que aquí se adopta. Desde esta perspectiva, la historia de los derechos puede verse asociada a la historia del Estado de Derecho.

Las objeciones contra los derechos sociales pueden reconducirse a dos que vendrían de algún modo a coincidir con los que Robert Alexy denomina argumento material y formal[163]. En lo sucesivo, pues, intentaré mostrar que los argumentos que se ofrecen para negar carácter fundamental a los derechos sociales tienen que ver más con desacuerdos sobre el fundamento de los derechos que con cuestiones técnicas. Además, de las distintas objeciones planteadas prestaré atención específica a las que se basan en la idea de democracia.

### *2.1. Los desacuerdos sobre el fundamento de los derechos sociales*

La construcción del Estado social y la justificación de los derechos sociales arranca de la idea de que "la garantía jurídica de la libertad delimitativa se muestra insuficiente para asegurar la libertad de los derechos fundamentales como una libertad también

[161] Abramovich, V., y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, 27. También en Rey, J. L., "La naturaleza de los derechos sociales", *Derechos y Libertades*, nº 16, 2007, pp. 137 a 156.

[162] Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione. Nouvi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milán, 1977.

[163] Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 491

real"[164]. En torno a los derechos sociales confluyen toda una serie de polémicas que se refieren, en definitiva, al papel atribuido al Estado. Por ello, en buena medida, la polémica sobre el concepto y el fundamento de los derechos sociales coincide con la que afecta al Estado social y se ha visto sometida a sus vaivenes[165].

Este modelo de Estado constituye una respuesta a necesidades del propio sistema capitalista, por un lado, pero, por otro, obedece a una toma de conciencia de la inconsistencia en la que incurre el modelo de organización política cuando se proclama la libertad y la igualdad de todos los hombres ("Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano" de 1789, pero también "Declaración Universal de Derechos humanos" de 1948 –*"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*-) al tiempo que las condiciones de existencia material incapacitan a la mayoría de la población para ejercer los derechos que le han sido atribuidos.

De este modo, tanto la teoría económica, cuanto la socialdemocracia y el liberalismo igualitario coinciden en la necesidad de romper con esa idea del Estado como policía y juez, en definitiva, del Estado mínimo, y en atribuir al Estado la tarea de intervenir en la vida social para asumir empresas que el capital privado no puede o no está dispuesto a asumir, pero también que acoge como propia la tarea de satisfacer aquellas necesidades básicas de los ciudadanos que quedan desprovistas por el mercado[166].

De la misma forma que es posible resumir en tres grupos las críticas al Estado social[167], también podemos considerar tres grandes argumentos desde los que se niega la fundamentalidad e, incluso, la legitimidad de los derechos sociales.

En primer lugar, es posible hacer referencia a aquellas críticas que proceden de los sectores neoliberales y que señalan que el Estado social supone una limitación injustificada de la libertad. Desde estos planteamientos, la incorporación de los derechos sociales, ya sea como derechos fundamentales, ya como meros objetivos de configuración legal, resulta ilegítima. Presentar la igualdad material como contenido de la igualdad política y jurídica resulta incompatible con la libertad.

Se alude, por otro lado, a la incompatibilidad entre el Estado de Derecho y los derechos sociales. Esta crítica se encuentra, por ejemplo, en Forsthoff[168], y podemos desglosarla en dos dimensiones, una axiológica y otra jurídica. En su vertiente axiológica, esta crítica lleva a sostener que el Estado social y el Estado de Derecho son fórmulas irreconciliables a nivel constitucional porque se produce una contradicción entre las funciones asumidas por el poder político y por el Derecho en el primero y la libertad

[164] Böckenförde, E. W., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. Requejo e I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 45 a 71, p. 64.

[165] Barranco Avilés, M. C., *La Teoría jurídica de los derechos funamentales*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 101-111.

[166] García Pelayo M., *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, 2ª edición, Alianza, Madrid, 1985**.** Conviene recordar que una de las dificultades que presenta el Estado social tal y como fue articulado, desde una teoría de la justicia basada en derechos, es que las intervenciones se definen a partir de las necesidades que define el propio Estado. Desde este punto de vista, la propuesta de Sen, A., *Desarrollo y libertad*, ob. cit., de utilizar como punto de partida el desarrollo de las capacidades, y no las necesidades, resulta más coherente con el enfoque basado en derechos de las políticas de desarrollo y de las políticas públicas orientadas a la realización de los derechos sociales.

[167] Fernández, E., "El Estado social: desarrollo y revisión", *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 101 a 134, pp. 111-124.

[168] Forsthoff, E., *El Estado social*, trad. J. Puente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

como valor inspirador del segundo. Según Forsthoff, la reducción del espacio vital dominado que supone el Estado social resulta incompatible con el objetivo del Estado de Derecho de proteger la libertad del individuo frente al poder. Esta dimensión de la crítica se dirige frente a la raíz más específicamente 'socialdemócrata' de los derechos sociales, por tanto, está orientada a negar su fundamento.

Por otro lado, desde este mismo bloque de críticas se apunta hacia la necesaria indeterminación de las disposiciones constitucionales que contienen derechos sociales. Puesto que se trata de derechos 'caros', han de quedar condicionados a la situación económica y no pueden articularse desde el texto constitucional como derechos exigibles. La presencia de este tipo de normas en las constituciones supone una ruptura, desde el punto de vista jurídico, del Estado de Derecho, por lo que es mejor que las intervenciones de carácter social del Estado se decidan a nivel legislativo y se articulen administrativamente. En este caso se argumenta a favor de una devaluación jurídica de la categoría.

El Estado social recibe también críticas que denuncian su insuficiente democratización. Este argumento parte de la crítica de 'izquierdas' que encontramos, por ejemplo, en los trabajos de Elías Díaz[169], al hilo de la descripción del Estado democrático como superación del Estado social de Derecho; y también en las reflexiones de Abendroth[170] y de J. Habermas[171]. Desde estos planteamientos se subraya que la igualación que se produce con el Estado social, no se refiere tanto a la libertad cuanto a la posibilidad de acceso al consumo. Elías Díaz, reclama junto con la democracia en la adopción de decisiones, la democracia en el reparto de los resultados de las decisiones y apuesta por la necesidad de una efectiva fundamentalización de los derechos sociales que los sustraiga de las necesidades del mercado.

En el mismo sentido, se apunta que en el Estado social el ciudadano ha quedado reducido a consumidor. A partir de este argumento, en los últimos años se observa una tendencia a construir modelos sociales de intervención. Se trata, básicamente, de dar entrada a los colectivos de afectados en la definición de las políticas públicas. Esta cuestión tiene una gran relevancia, dado que supone una muestra de cómo el fundamento de los derechos sociales se está situando cada vez en mayor medida en los mismos valores que justifican los restantes derechos fundamentales. Ya no se trata exclusivamente de proteger a grupos vulnerables obviando su autonomía, sino de que todos los titulares de los derechos humanos puedan ver igualmente protegida su dignidad; lo que supone su reconocimiento en tanto que agentes (y no meros pacientes) morales y, por extensión, políticos y jurídicos. Tendremos ocasión de detenernos en este aspecto con posterioridad. Por el momento, conviene advertir que aquellos últimos argumentos no se dirigen tanto a los derechos sociales como al modo en el que éstos han sido construidos jurídicamente en los modelos constitucionales de nuestro entorno, sin embargo, las críticas repasadas en primer y segundo lugar parten de una concepción de la igualdad y de la libertad distinta de la que sería coherente con la defensa de los derechos sociales como derechos fundamentales.

[169] Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 9ª edición, Taurus, Madrid, 1998.

[170] Abendroth, W., "El Estado de Derecho, Democrático y Social como proyecto político", *El Estado Social*, trad. J. Puente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 9-42.

[171] Habermas, J., *Facticidad y validez*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 500.

En términos generales, podemos decir que el fundamento de los derechos hace referencia a 'aquellas razones morales derivadas de la dignidad sin cuya presencia en la vida social las personas no pueden realizarse'[172]. Es un tema relevante que influye en aspectos tales como el concepto (de los derechos como categoría, pero también de cada uno de los derechos, piénsese en los problemas que plantea la configuración del derecho a la vida), las garantías (serán mayores o menores para cada derecho en función del fundamento), el ámbito de eficacia de los derechos, sus límites o su interpretación.

En algunas constituciones, como la española o la Ley Fundamental de Bonn, los valores que sirven de fundamento a los derechos han sido trasladados al Derecho positivo. De cualquier modo, el contenido del que se dote a los derechos y la medida en que estos son garantizados frente a otros derechos y a otros bienes jurídicos, depende del modo en que se entiendan los valores en que se fundamentan.

Desde las primeras declaraciones los derechos se presentan como requisitos para la libertad y la igualdad, sin embargo, no siempre el papel atribuido a la organización política en relación con estos valores ha sido el mismo. El liberalismo considera que la libertad y la igualdad políticas son conceptos formales. Sin embargo, los derechos sociales suelen relacionarse con la igualdad material, y, por tanto, con la idea de que la libre realización de planes de vida depende de la capacidad de llevarlos a cabo. De modo que si, desde el primer liberalismo, se niega la libertad como participación a quienes no pueden elegir autónomamente, la crítica socialista –en sentido amplio- justifica como tarea del Estado eliminar los obstáculos que impidan que los individuos puedan elegir autónomamente en igualdad de condiciones.

Los planteamientos que consideran que estamos ante derechos 'menos fundamentales' o que, simplemente, los rechazan por ser incompatibles con la idea de libertad[173], ganan terreno a los defensores de su carácter fundamental en el mismo nivel que los derechos individuales y civiles. Esta situación se produce en sintonía con un panorama internacional en el que la exigibilidad de los derechos sociales se ha difuminado. Buena muestra de ello es que es difícil encontrar opiniones que cuestionen que el discurso neoliberal sea compatible con una teoría de la justicia basada en derechos, especialmente desde el fracaso del comunismo que representa la caída del muro de Berlín.

Un argumento que frecuentemente acompaña a la reflexión sobre el fundamento de los derechos sociales es el de las necesidades básicas[174]. Efectivamente, se dice que los derechos sociales son la respuesta que se ofrece por parte de la colectividad para la satisfacción de ciertas necesidades que los sujetos no pueden afrontar por sí mismos.

Este punto de vista se aleja del modelo liberal, en el que los derechos surgen con la pretensión de establecer garantías para la dignidad del hombre y, aún más, del

[172] Peces-Barba, G.; Asís, R. de; Llamas, A. y Fernádez Liesa, C., *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, p. 209, "si estipulamos un sentido, podemos entender como fundamento de los derechos aquellas razones morales, que derivan de la idea de la dignidad del hombre y que son condiciones sociales de realización de la misma, es decir, sin cuya presencia en la vida social las personas no pueden desarrollar todas las virtualidades insertas en ella".

[173] Hayek, F. von, *Camino de Servidumbre*, trad. J. Vergara, Madrid, Alianza, 1978 y Nozick, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

[174] Desde determinados planteamientos, todos los derechos pueden reconducirse a necesidades. Ver Hierro, L., "¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto", *Sistema*, nº 46, 1982, pp. 45-61.

ciudadano. No está de más reiterar que en el imaginario colectivo que acompaña el modelo, el titular de los derechos es el hombre, burgués-propietario, adulto, independiente, sin problemas de salud…Realmente, los peligros para la dignidad de las mujeres, los desposeídos, los niños, los ancianos, las personas con discapacidad o enfermas… no se conjuran con las mismas herramientas que permiten salvaguardar los derechos de ese 'agente moral' tal y como es representado por esta primera tradición liberal (sin contar con que en numerosas ocasiones, estos sujetos no se consideran titulares de derechos, precisamente porque se les niega la agencia).

Desde estas teorías se afirma que la igual autonomía moral de los seres humanos únicamente es posible si éstos tienen satisfechas sus necesidades básicas[175]. A partir de este punto, en las distintas propuestas se identifican distintos niveles de necesidades. Por ejemplo, G. Peces-Barba[176] diferencia entre necesidades radicales, de mantenimiento y de mejora; y Añón[177] distingue entre necesidades fundamentales y necesidades instrumentales. En la última tipología citada, las primeras, que son las que fundamentan derechos, serían las que condicionan la autonomía (tanto en cuanto elección de planes de vida, cuanto en la posibilidad de actuar de acuerdo con el plan de vida elegido) y la supervivencia, en tanto que las segundas dependen del plan de vida elegido por los sujetos.

La alusión a las necesidades básicas, permite llamar la atención sobre la relevancia de las desigualdades económicas y sociales para la realización de los derechos y apoyan una lectura de la libertad y de la igualdad alejada de su consideración abstracta[178] como valores que operan en el ámbito material.

Sin embargo, las necesidades, para fundamentar derechos, requieren ser complementadas por otros argumentos. Dicho con otras palabras "del hecho de que describamos una necesidad no se infiere la prescripción de satisfacerla"[179]. Por otro lado, además, en las políticas públicas, la perspectiva de las necesidades, frente a la perspectiva de las capacidades, presenta dos dificultades. La primera a la hora de adecuar la definición de las necesidades a los distintos contextos, la segunda se produce cuando se trata de identificar las necesidades en relación con sujetos que ya están condicionados por el lugar que ocupan en la sociedad.

Finalmente, queda incidir en la idea de que el modo en que los derechos son positivizados da cuenta de las 'preferencias' del constituyente. Esto supone que las distintas cuestiones que se plantean a propósito de la dimensión jurídica de los derechos sociales recibirán una respuesta u otra en función de la concepción de éstos que se haya implantado en cada contexto.

---

[175] Hierro, L., "¿Qué derechos tenemos?", *Doxa*, nº 23, 2000 pp. 351 a 375.

[176] Peces-Barba, G., Asís Roig, R. de, Barranco Avilés, M. C., *Lecciones de derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 2004, pp. 142 a 144.

[177] Añón, M. J, *Necesidades y derechos*. *Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

[178] *Idem*, p. 271.

[179] Martínez de Pisón, J., *Políticas de bienestar*. *Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 180.

Recogiendo la clasificación utilizada a lo largo de este trabajo, es posible diferenciar entre derechos individuales y civiles (frecuentemente llamados de primera generación), derechos de participación política (de segunda generación) y derechos económicos, sociales y culturales. El primer tipo de derechos es de inspiración liberal, el segundo obedece a la ideología democrática y el tercero se desarrolla por influencia del socialismo –entendido aquí en un sentido amplio-.

A partir de las distintas posiciones que han sido presentadas a lo largo del presente apartado, es posible perfilar dos esquemas de interpretación de los sistemas de derechos: el modelo liberal y el modelo garantista. A ellos hay que añadir un tercer modelo que se construye a partir de la operatividad del tercero de los valores revolucionarios, la fraternidad o solidaridad: el modelo republicano. En lo sucesivo, se mostrará el lugar que en cada uno de estos modelos corresponde ocupar a los distintos tipos de derechos.

Los derechos individuales y civiles son técnicas a través de las cuales se trata de establecer barreras en torno al individuo, que construyan un ámbito en el que éste puede elegir libremente sin interferencias de otros sujetos ni de ninguno de los poderes del Estado. Desde el modelo liberal estos derechos se configuran de tal modo que la obligación correlativa principal asume un carácter negativo, el derecho se satisface 'no actuando'. Sin embargo, como consecuencia de la articulación del Estado social de Derecho, se empieza a extender en la jurisprudencia constitucional la idea ya anunciada, coherente con el garantismo, de que todos los derechos tienen una dimensión prestacional. De este modo, la garantía de, por ejemplo, la libertad religiosa, no sólo exige del Estado que se abstenga de interferir el acto de fe y que evite que terceros lo hagan, también genera para el mismo Estado la obligación de establecer las condiciones que hagan posible para todos los titulares elegir entre opciones religiosas diversas y actuar de acuerdo con la opción elegida. Tanto el liberalismo como el garantismo consideran que estos derechos consolidan ámbitos en relación con los cuáles el interés individual prevalece sobre el interés general. Los derechos son, en este sentido, triunfos frente a las decisiones de interés general.

Los derechos de participación constituyen técnicas a través de las cuales se habilitan canales para que el individuo intervenga en la adopción de decisiones públicas. En los modelos liberal y garantista, estos derechos tienen un carácter instrumental en relación con los derechos individuales y civiles; con ellos se trata de asegurar que todos los intereses privados puedan estar representados en la negociación que conduce a la adopción de decisiones públicas. Sin embargo, desde una concepción republicana, la participación se concibe como el modo en el que el individuo se realiza, convirtiéndose en ciudadano. Puesto que para el republicanismo los derechos se construyen sobre el interés general legítimo, que coincide, con el interés individual virtuoso, ya no se trata de garantizar la negociación entre los distintos intereses individuales para formular el interés general, sino de constituir foros de deliberación colectiva.

Los derechos económicos, sociales y culturales constituyen técnicas a través de las cuales se reclama al poder público que establezca condiciones y remueva obstáculos que dificulten que la dignidad sea real y efectiva. Esto es, que impidan el pleno ejercicio de los derechos individuales y civiles y de los derechos de participación política. La obligación correlativa principal es positiva. Como hemos tenido ocasión de mostrar, el modelo liberal considera que no estamos ante auténticos derechos fundamentales. Los planteamientos neoliberales discuten, incluso, la legitimidad de su incorporación al Derecho. Desde posiciones más moderadas, se considera que su incorporación a las constituciones supone una quiebra del Estado de Derecho, por lo que, en todo caso, deben ser disponibles para el legislador. El garantismo considera

que el desconocimiento de estos derechos supone una vulneración de la dignidad tan importante como la que representan el desconocimiento de los derechos individuales y civiles. En definitiva, quienes no están en condiciones de satisfacer por sí mismos las necesidades a las que se trata de atender mediante la articulación de los derechos sociales, tampoco tienen capacidad para ejercer algunos de los derechos individuales y civiles. Por esta razón, se justifica la resistencia de las posiciones subjetivas construidas al amparo de derechos sociales, económicos y culturales y se argumenta a favor de su carácter de triunfos frente a las mayorías.

Recordemos que la diferencia entre el modelo republicano y los dos modelos hasta aquí mencionados tiene que ver con una distinta representación de las relaciones entre el individuo y la organización política, que conduce a una distinta valoración del proceso político. Para el republicanismo el ser humano necesita interactuar para desarrollarse, el ámbito por excelencia de interacción son los espacios políticos, por lo que la organización política no es un mal necesario, sino un bien siempre y cuando se organice de una forma adecuada (precisamente de forma que contribuya a la realización de los ciudadanos). Como cabe esperar, esta cuestión influye en el modo en que se articulan las exigencias de las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales desde una concepción liberal o republicana de la política.

Si el punto de partida es liberal, los derechos establecen un marco de convivencia democrática y funcionan, sobre todo, como garantías de posiciones subjetivas. El aspecto determinante del concepto jurídico de derechos es el subjetivo. La dimensión objetiva es la consecuencia de la incorporación de los derechos a las normas de la máxima jerarquía del sistema, pero siguen siendo, desde el punto de vista material, instrumentos de garantía de intereses individuales considerados especialmente relevantes desde el punto de vista de la autonomía. De este modo, la atribución de derechos supone garantizar, en definitiva, ámbitos de autonomía del titular.

Si el punto de partida es republicano, se considera que los derechos encierran un proyecto sobre el sentido que ha de imprimirse a la convivencia colectiva y se presentan como un 'sistema de valores' a desarrollar. Los derechos se construyen sobre bienes fundamentales para la colectividad y para el individuo, por lo que, como se ha visto, desde este esquema carece de sentido la distinción entre interés general e individual en relación con los derechos. Dado que el Estado se legitima porque y en la medida en que es condición necesaria para la realización de los ciudadanos, y los derechos son los instrumentos jurídico-políticos que le permiten conseguir este objetivo, se justifica también que expresen el bien común. Con estos presupuestos, la actuación estatal sólo se justifica cuando se ordena a la implementación de los derechos, pero, al mismo tiempo, el poder político tiene la obligación de actuar para hacer efectiva la protección de los derechos aun cuando no estén en juego posiciones subjetivas, aun cuando no exista titular del derecho o incluso, en determinadas ocasiones, a pesar de la voluntad del titular. Por las mismas razones, se hace posible establecer una gradación interna al sistema de derechos. Dado que con la atribución de derechos no se protege exclusivamente la autonomía del titular, sino también el orden de convivencia basado en los derechos, serán especialmente resistentes frente a otros derechos en juego, aquellos cuya afectación suponga un mayor perjuicio para la organización democrática de la convivencia. A pesar de la defensa de la dimensión subjetiva como parte del "núcleo indisponible" de todos los derechos - también de los derechos sociales que puedan encontrarse entre los principios rectores de la política

social y económica- que lleva a cabo L. Prieto[180], el argumento de la dimensión objetiva puede ser interesante para reclamar el desarrollo de aquellos derechos sociales que no han llegado a ser incorporados como derechos subjetivos.

### *2.2. Derechos sociales y democracia*

A lo largo del apartado anterior, se han recogido una serie de objeciones a los derechos económicos, sociales y culturales que se orientan a subrayar que estos no están suficientemente fundamentados, y, por tanto, podrían considerarse como críticas de carácter material. Además, de estas páginas puede desprenderse una crítica que conecta con la defensa de la democracia frente a los derechos sociales, y en la que podemos apreciar dos dimensiones que se desenvuelven en muy distintas direcciones. Por un lado, la objeción democrática a los derechos económicos, sociales y culturales se basa en una defensa del papel del legislador frente al protagonismo del juez. Por otra parte, desde la democracia se argumenta también frente al Estado social, que su implementación supondría la reducción del ciudadano a consumidor, por cuanto las necesidades que justifican la atribución de derechos sociales son definidas de forma unilateral por las autoridades, sin tener en cuenta la autonomía de quienes van a resultar beneficiarios de las intervenciones públicas. El primer argumento puede ser rebatido desde la profundización en el significado del Estado constitucional. En relación con el segundo, que ya ha sido esbozado en sus grandes rasgos, presentaré la gobernanza como la fórmula política a través de la cual se pretende una mayor participación de la sociedad civil y me referiré también a algunos inconvenientes de esta respuesta.

Un argumento que se suele añadir frente a la exigibilidad de los derechos sociales es que su justiciabilidad implica una quiebra de la división de poderes y perjudica la democracia. En cierto modo, la presencia de contenidos materiales vinculantes para el legislador y garantizados por procedimientos de tipo jurisdiccional debe considerarse como un criterio de legitimidad presente en nuestros sistemas jurídico-políticos susceptible de entrar en conflicto con el criterio democrático. Ciertamente, si bien es posible considerar que algunos derechos son requisitos para la democracia, otros muy difícilmente –y sólo si se redefine la democracia[181]- pueden considerarse en este sentido. Sin embargo, se trata de una situación que afecta tanto a los derechos sociales, como a los derechos individuales y civiles y que sólo en algunas teorías[182] se utiliza como argumento frente al constitucionalismo contemporáneo. De esta forma, es posible afirmar que la objeción así formulada contra los derechos sociales es una objeción contra el mismo constitucionalismo.

Sin embargo, se insiste en que esta crítica es pertinente específicamente en relación con los derechos sociales, porque se trata de derechos especialmente indeterminados y en relación con los cuales la intervención del juez puede condicionar los criterios de distribución de recursos que se manejan en un determinado contexto. Se dice que puesto que los derechos sociales no están determinados, constituyen fórmulas vacías cuya

[180] *Idem*, p. 114.

[181] Puede verse esta cuestión en Troper, M., El poder judicial y la democracia, trad. Rolando Tamayo, *Isonomía*, nº 18, abril 2003, pp. 47 a 65. El autor distribuye las distintas teorías al respecto en dos modelos: quienes consideran que la democracia no es el poder del pueblo, sino más bien un conjunto de principios y quienes consideran que "el pueblo es un ente más complejo de lo que se podía creer", p. 60.

[182] Por ejemplo, en Waldron, J. , *Derecho y desacuerdos*, trad. J. L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005.

aplicación por parte del juez es imposible. El problema de la indeterminación en el Derecho no afecta exclusivamente a los derechos sociales, ni siquiera afecta sólo a los derechos[183]. En relación con la Constitución, por otro lado, una excesiva determinación de los contenidos supondría la eliminación del ámbito de acción de la política[184].

En relación con la idea de que la intervención del juez para garantizar derechos sociales condiciona la distribución de recursos, conviene tener en cuenta dos cuestiones. Por un lado, los derechos no son absolutos, de forma que en cada caso habrá que tener en cuenta las posibilidades de realización en función de la necesidad de articularlos con otros derechos y bienes constitucionales. Por otra parte, además, la realización de los derechos en ningún caso corresponde a los jueces, éstos sólo intervienen cuando el ejecutivo o el legislativo han incumplido sus obligaciones y lo hacen, además, a instancia de parte. Finalmente, se han desarrollado fórmulas a través de los cuáles los órganos de control de constitucionalidad determinan la vulneración del derecho, pero mantienen en manos del legislador la capacidad para la reparación[185]. En definitiva, no parece que estas dificultades sean exclusivas de los derechos sociales, por lo que de asumirse, afectaría a todo el sistema constitucional de derechos.

Como se ha señalado, en el contexto de la crítica del Estado social, una de las propuestas de revisión pasa por una profundización de las estructuras democráticas de éste. De hecho, esta profundización ha venido produciéndose a través de los grupos de interés que se han organizado en el ámbito de la sociedad civil y que se han mostrado dispuestos a colaborar con el Estado la definición de las políticas públicas que afectan a sus asociados. Esta situación ha dado en llamarse gobernanza.

En la teoría política se entiende por gobierno "las instituciones formales del estado y su monopolio del poder coercitivo legítimo. El gobierno se caracteriza por su capacidad para decidir y para obligar al cumplimiento de sus decisiones"[186] . Gobernanza moderna "significa una forma de gobernar más cooperativa, diferente del antiguo modelo jerárquico, en el que las autoridades estatales ejercían un poder soberano sobre los grupos y los ciudadanos que constituían la sociedad civil. En la gobernanza moderna, las instituciones estatales y no estatales, los actores públicos y privados, participan y a menudo cooperan en la formulación y la aplicación de políticas públicas. La estructura de la gobernanza moderna no se caracteriza por la jerarquía, sino por actores corporativos autónomos (es decir, organizaciones formales) y por redes entre organizaciones"[187].

Estas fórmulas cooperativas de adopción de decisiones, permiten que las medidas encuentren un mayor respaldo social y que vengan definidas de forma participativa, con lo cual, hay una mayor disposición de los agentes implicados a cumplirlas (por un lado)

[183] Ver Barranco Avilés, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Dykinson, Madrid, 2004.

[184] En este sentido, añade Fabre, C. *Social Rights under the Constitution*, ob. cit., p. 156, que si la constitución es demasiado vaga, sirve de poca ayuda a los agentes políticos y a los jueces, pero si es demasiado específica corre el riesgo de convertirse en irrelevante por la dificultad de adaptarse a necesidades y recursos que no hubieran sido tenidos en cuenta por los constituyentes.

[185] Pisarello, G., "Los derechos sociales en el constitucionalismo", en Carbonell, M., Cruz Parcero, J. A. y Vázquez, R. (comp.), *Derechos sociales y de las minorías*, UNAM, México, 2000, pp. 111-135, p. 124.

[186] Stoker, G., "Governance as theory: five propositions", *International Social Science Journal*, 50, 1998, pp. 17 a 28, p. 17.

[187] Mayntz, R., "Estado y sociedad civil en la gobernanza moderna", *Reforma y Democracia, Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo*, 21, 2001, pp. 7 a 22, p. 7.

–es decir, son más eficaces- y, por otro, es más probable que las medidas sean más eficientes desde el punto de vista de la satisfacción de los intereses de aquellos sujetos a las que van dirigidas. Por esta razón, se trata de fórmulas muy adecuadas para la administración de los derechos sociales.

Sin embargo, no cualquier Estado ni cualquier sociedad civil permiten la gobernanza. Debe tratarse de un Estado con una legitimidad suficiente como para poder actuar en tanto que impulsor del proceso en la confianza de que actúa en interés público y, por tanto, que es 'imparcial' en relación con otros intereses que puedan estar en juego. Pero, al mismo tiempo, la sociedad civil ha de ser, en términos de Habermas, moderna y diferenciada. Lo cual a su vez implica su articulación sobre la base de derechos civiles, la conexión entre el sistema político y la sociedad civil a través de derechos políticos y la garantía de derechos individuales que permitan la conformación plural de la sociedad. Efectivamente, Habermas subraya la importancia de la libertad de asociación como condición para una sociedad civil que permita la democracia: "la articulación de esa esfera en términos de derechos fundamentales nos suministra una primera aclaración acerca de su estructura social. La libertad de asociación y el derecho a fundar asociaciones y sociedades definen, junto con la libertad de opinión, un espacio para asociaciones libres que intervienen en el proceso de formación de la opinión pública, tratan temas de interés general y representando vicariamente a grupos (asuntos e intereses) subrepresentados o difícilmente organizables, que persiguen fines culturales, religiosos o humanitarios, que forman sociedades confesionales, etc."[188]

Las libertades de información y expresión constituyen, en este modelo, el soporte para la opinión pública, puesto que, afirma el autor, "la libertad de prensa, de radio y de televisión, así como el derecho a desarrollar una actividad publicística libre, aseguran la infraestructura de medios de comunicación que la comunicación pública necesita, habiendo de protegerse la apertura para opiniones que compitan unas con otras y para una diversidad de opiniones que resulte representativa"[189].

Los derechos de participación, a través de los partidos o mediante el derecho al sufragio, suponen, finalmente, el paso de la opinión pública y de las demandas que se producen en la sociedad civil y al sistema político, así, "el sistema político, que no tiene más remedio que permanecer sensible a estas influencias publicísticas, queda entrelazado (a través de la actividad de los partidos y del derecho a voto de los ciudadanos) con la esfera de la opinión pública y con la sociedad civil. Este entrelazamiento o conexión queda garantizado por el derecho de los partidos a ejercer su influencia sobre el proceso de formación de la voluntad política de la población, así como por los derechos electorales activos y pasivos (y otros derechos de participación) de los ciudadanos"[190].

Pero el funcionamiento del sistema requiere también de la protección de los derechos individuales que permita el desarrollo de diversos modelos de realización, señala Habermas: "finalmente, la trama asociativa sólo puede conservar su autonomía y espontaneidad en la medida en que pueda apoyarse en un sólido pluralismo de formas de vida, de subculturas y de orientaciones en lo concerniente a creencias. A la integridad de los ámbitos de la vida privada sirve la protección de los derechos fundamentales que articulan la esfera de la "privacidad"; derechos personales, libertad religiosa y de

[188] Habermas, J., *Facticidad y validez,* trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, pág. 448.

[189] *Ibidem*.

[190] *Ibidem*.

conciencia, libertad de movimiento, secreto epistolar, postal y telefónico, la inviolabilidad del domicilio, así como la protección de la familia, circunscriben una zona intangible de integridad personal y de formación autónoma de la conciencia moral y del juicio"[191]. La cuestión que hemos de plantearnos es si en el ámbito internacional (y en muchos espacios internos) estas condiciones se dan.

De cualquier forma estos presupuestos llevan a una nueva forma de hacer política. Efectivamente, en función del agente, las intervenciones son de tipo tecnocrático cuando el protagonista es el poder público. Este tipo de políticas son las propias del contexto del Estado social. Pero también pueden ser de tipo conservador, si el protagonismo del poder público en relación con el establecimiento de medidas es mínimo. En este último caso el modelo se basa en un fuerte control social de las costumbres y, en el caso de que se realicen actividades a favor de los pobres, éstas se justifican en la caridad. Por último, es posible identificar un tercer modelo de políticas públicas, el modelo de gestión social, en el que la sociedad civil desempeña un gran protagonismo en el diseño y ejecución de las políticas públicas. La cuestión es que esta última modalidad de definición de la política pública sólo es posible cuando el movimiento asociativo adquiere peso, por tanto, cuando los grupos de interés en la realización de los derechos son capaces de movilizarse.

Históricamente, las políticas de tipo conservador del Estado liberal, fueron sustituidas por políticas de tipo tecnocrático y, hoy en día, cada vez son más frecuentes las políticas de tipo social. En el espacio interno este tipo de políticas se hacen cada vez más visibles y, desde luego, en el espacio internacional la movilización de la sociedad civil adquiere importancia creciente desde los 80. Sin embargo, pero resulta dudoso, como he señalado que en todo caso se estén dando las condiciones que nos permitan hablar de gobernanza. Fundamentalmente, en lo que a este trabajo interesa, porque difícilmente la sociedad civil internacional está constituida por ciudadanos libres e iguales. Por otro lado, la sociedad civil es, en el ámbito internacional una sociedad sin Estado.

Con todo, se impone la cautela frente a una excesiva confianza en la sociedad civil. Por un lado, difícilmente en los contextos reales la sociedad civil se adecúa al modelo descrito por Habermas y, en buena medida, los grupos de presión con mayor capacidad de influencia tienen también mayor capacidad económica. Por otro lado, el esquema corre el riesgo de agudizar los problemas de exclusión social, por cuanto las políticas públicas pueden llegar a diseñarse desconsiderando los intereses de los no organizados y, por tanto, frente a la universalidad de los derechos.

La sociedad civil es, ya se ha mencionado, un ámbito en el que se desarrollan poderes salvajes, es decir, poderes todavía resistentes a ser controlados a través del Derecho y al mismo tiempo capaces precisamente de poner en peligro los bienes jurídicos protegidos por derechos fundamentales. Además, la gobernanza se relaciona muy bien con la política de los lobbies que en su desarrollo práctico ha encontrado sonados escándalos de corrupción y en relación con la cual no podemos olvidar que la capacidad de influencia de los distintos grupos depende en gran medida de su capacidad económica. Por último, si la acción del Estado se orienta en función de los intereses de los grupos, hay que insistir en el riesgo de dejar de atender a quienes no quieran o no puedan formar grupos o a los que queden fuera de los grupos ya constituidos. En cierto sentido, a partir de la defensa de la gobernanza es posible justificar también una pérdida de

[191] *Idem*, pág. 449.

protagonismo del Estado sin que se haya articulado una alternativa mejor. Por todo ello, conviene no perder de vista los requisitos para que el modelo sea efectivamente democrático y no degenere en una oligarquía.

# CAPÍTULO IV. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA: GRUPOS VULNERABLES Y RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

## 1. Autonomía, universalidad y derechos humanos. Los derechos de los sujetos no autónomos

L. Ferrajoli señala que "la ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de *status* que aún delimitan la igualdad de las personas humanas"[192]. En el capítulo III he tratado de ocuparme de la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía como uno de los aspectos que alejan los modelos reales de derechos de la aspiración a la universalidad presente en la teoría. En este capítulo, se trata de reflexionar sobre en qué medida la idea de autonomía ha servido para negar que ciertos seres humanos sean portadores de una igual dignidad. Esta idea ha tenido una manifestación jurídica clara en la configuración de la capacidad jurídica en los sistemas de nuestro entorno.

Recordemos que en el modelo inicial de derechos la universalidad frecuentemente se ha reconducido a la uniformidad del titular y a su representación como un sujeto abstracto y, por lo tanto, descontextualizado. Estas premisas filosóficas, han llevado a confundir la autonomía moral con la autonomía económica, social y física[193] y ha significado que aquellos seres humanos que por sus condiciones económicas, su posición social o por tener ciertas características físicas no pudieran desenvolverse autónomamente, tampoco fueran considerados titulares de los derechos en el plano moral. Al contrario, como sucede en la actualidad con los animales o con ciertos bienes que se consideran valiosos, estos otros sujetos son considerados por las teorías de los derechos que se mantienen en ese modelo inicial como destinatarios de las obligaciones que los agentes morales tienen para con ellos. En ocasiones, incluso, se les ha considerado prescindibles o, en todo caso, sólo valiosos en la medida en que pudieran superar esos condicionantes[194].

De cualquier forma, esa consideración se ha traducido en que cuando las normas jurídicas han tomado en consideración a esos seres humanos no lo han hecho como normas justificadas en los derechos. A veces porque la sociedad se ha intentado proteger de ellos, como ha sucedido, y sigue sucediendo en algunos lugares del mundo en mayor o menor medida, por ejemplo, en relación con las personas que viven con VIH/sida, con las personas con enfermedades mentales o con los inmigrantes. Podemos tomar por ejemplo el tratamiento que desde el Derecho han recibido las personas con VIH. Cuando comenzaron los primeros diagnósticos de la enfermedad, la lucha contra ésta se convierte en lucha contra los enfermos y la necesidad de tranquilizar a la opinión pública lleva a que se desconsideren los derechos de éstos. Pero también las personas con determinados tipos de discapacidades han sido y son esterilizadas contra su voluntad e internadas forzosamente.

---

[192] Ferrajoli, L., "Derechos fundamentales", en *Derechos y garantías la ley del más débil*, trad. , Trotta, Madrid, pp. 37 a 72, p. 40.

[193] Romañach Cabrero, J., *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Santiago de Compostela, 2009, p. 196.

[194] Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Cinca, Madrid, 2010, identifica, en este sentido, un modelo de la 'prescindencia' y un modelo 'rehabilitador'.

En otras ocasiones, las normas han tratado de proteger a estas otras personas que se consideran vulnerables. Muchas de las políticas que se justifican en los derechos en coherencia con el proceso de especificación han adoptado esta fisonomía. No obstante, una política de protección que no tenga en cuenta la capacidad de agencia de las personas a las que se dirige no puede considerarse respetuosa, ni mucho menos, fundamentada en los derechos humanos. De nuevo el ejemplo de las personas con discapacidad, pero también el de los niños, en el que me detendré con mayor detenimiento en el siguiente apartado, o el de las mujeres o las personas mayores, sirven para ilustrar esta actitud.

Este punto de vista olvida que el carácter vulnerable de los seres humanos no depende, o al menos no lo hace totalmente, de las condiciones personales de éstos, sino que la articulación de la sociedad es la que puede convertir en vulnerables a las personas. Es decir, y en lo que ahora nos interesa, la construcción de sistemas de derechos que no tienen en cuenta que los seres humanos se encuentran en distintas situaciones en las que su dignidad puede ponerse en peligro de modos también diferentes, es el problema a resolver. Algunas de esas situaciones pueden resultar indeseables (como la condición de pobreza extrema), pero en otras ocasiones son inevitables (como la condición de mujer), o incluso deseables (podemos repetir el ejemplo de las mujeres). En definitiva, que el titular abstracto se haya hecho corresponder con el tantas veces mencionado hombre, blanco, burgués…sólo puede ser interpretado en el sentido de que desde esos modelos que ser hombre, blanco, burgués…es lo normal y valioso frente a cualquier otra condición posible

Así pues, los derechos sólo sirven en la medida en que el ser humano real se aproxime a la imagen del titular abstracto. Históricamente, además, recordemos que no todos los seres humanos han sido titulares de todos los derechos, pero incluso una vez que se eliminan las restricciones formales, los derechos sólo sirven, por ejemplo para las mujeres, en la medida en que socialmente actúen como 'hombres'; sólo sirven a las personas con discapacidad en la medida en que se comporten como las personas 'normales'. Sin embargo, la normalidad es una cuestión de poder, no ya de número, puesto que las mujeres representan a la mitad de la humanidad.

El problema desde la perspectiva de la universalidad se agudiza porque cuando aquella perspectiva es trasladada al Derecho, las personas que no se consideran 'normales' encuentran restricciones a la capacidad de ejercer sus derechos, capacidad que debe ser complementada mediante la intervención de un ser humano 'normal' que se hace responsable. La dependencia se convierte de este modo en oficial y se generan espacios de dominación arbitraria en los que los derechos se hacen vulnerables. Por ejemplo, la mujer casada, en España, necesitaba el consentimiento de su marido para realizar actos de disposición patrimonial, pero también de disposición del propio cuerpo, como someterse a una intervención quirúrgica. Incluso, hasta 1970 el padre podía dar a los hijos en adopción sin consentimiento de la madre; además, si el marido era extranjero, la mujer perdía la nacionalidad española. Hasta 1981 no se eliminó la prohibición que establecía el Código civil a la mujer casada de disponer de los bienes de la sociedad de gananciales más allá de la mera administración doméstica y no se logró introducir la patria potestad compartida[195].

Otro ejemplo lo encontramos en la regulación de la capacidad de las personas con discapacidad. Por primera vez, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introduce, en su artículo 12.2 la obligación de los Estados

[195] Telo, M., *Mi lucha por la igualdad jurídica de la mujer*, Aranzadi, Madrid, 2009.

Partes de reconocer a las personas con discapacidad capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Esta determinación supondrá la necesidad de reformar los sistemas tradicionales de capacidad basados en modelos de sustitución y establecer sistemas de apoyo en la toma de decisiones[196]. Todavía en la mayoría de los Estados, y podemos poner el ejemplo del español, las personas con discapacidad que son incapacitadas o en relación con las cuáles se prorroga la patria potestad, son privadas también de la posibilidad de disponer de su patrimonio y de sus personas sin la intervención del tutor o, en su caso, de los padres.

Esta es la trampa que encierra la neutralidad, en la que los sistemas de derechos permanecen en buena medida atrapados. Frente al punto de partida de estas regulaciones, la universalidad en el sentido relevante en este trabajo exige considerar que todos los seres humanos tienen igual valor, que la autonomía moral debe ser reconocida en la medida en que exista y que el objetivo de los derechos es potenciarla.

El ejemplo de los derechos de los niños constituye un campo de prueba adecuado para ilustrar con más detalle estas reflexiones.

## 2. Los derechos de los niños como derechos morales

En el apartado anterior he tratado de mostrar cómo las restricciones que se establecen en torno a la capacidad han supuesto una quiebra en el principio de universalidad. Esta cuestión adquiere unas características específicas en relación con los niños.

Efectivamente, cuando se contemplan los listados y enumeraciones de instrumentos relativos a los menores, es posible comprobar que muy raramente los textos de Derecho positivo contienen derechos de los niños. Por el contrario, en estos documentos, es frecuente que referencias a la 'protección' o a la responsabilidad aparezcan en los títulos de las normas. En los últimos años, además, algunas de las exigencias relacionadas con la infancia se asocian a la realización de los *Objetivos de desarrollo del milenio*[197] y tienen que ver con mejorar las condiciones materiales de existencia de niños y niñas.

Para explicar esta ausencia es preciso recordar que en ocasiones se ha entendido que los niños son titulares de los mismos derechos que los adultos, de modo que se considera que las normas que amparan a quienes han alcanzado la mayoría de edad frente a vulneraciones en sus derechos, amparan también a quienes aún no han alcanzado esta situación y todavía son menores. Si adoptamos esta perspectiva, únicamente es necesario articular mecanismos jurídicos específicos allí donde la regulación general deba sufrir excepciones, dada las peculiaridades concretas que puede tener el ejercicio de derechos por parte de los niños. Este planteamiento, sin embargo, parte de la misma imagen del titular abstracto que llevó a la configuración de sistemas de derechos inadecuados para salvaguardar la dignidad de la mayor parte de la humanidad.

Y es que, esta desatención a los derechos de los niños arraiga en una concepción en la que los niños no se consideran igualmente dignos que los adultos[198]. Desde este

[196] Ver Cuenca, P., "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades*, nº 24, 2011, en prensa.

[197] Ver, al respecto, Martínez Osés, P., *Objetivos del Milenio. ¿Se puede acabar con la pobreza?*, PPC, 2005.

[198] Para un panorama general, ver Campoy Cervera, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.

planteamiento, es posible justificar que las medidas en torno a la infancia no se articulen técnicamente como medidas de derechos humanos, sino como mecanismos orientados a proteger al adulto que el niño llegará a ser, o bien como deberes de los adultos para con los niños, que pueden encontrar un fundamento equivalente al que justificaría ciertos deberes para con otras especies[199].

Por tanto, es posible encontrar la explicación de esta exclusión que se produce en relación con los niños, en las mismas insuficiencias del modelo sobre el que se construyen nuestros sistemas de derechos, insuficiencias que han sido en buena parte desveladas por las críticas que se han realizado a propósito con los derechos de otros colectivos como las mujeres o las personas con discapacidad. En la medida en que la dignidad de los niños y de las niñas no se vea suficientemente garantizada, es necesario reorganizar los sistemas de derechos si queremos seguir manteniendo su universalidad.

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas, aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituye el primer instrumento jurídico-internacional en la materia de carácter vinculante y, además, adopta un punto de partida muy distinto al de otros documentos sobre los niños: hay una referencia expresa al niño como titular de derechos. La Convención introduce un nuevo paradigma en la concepción moral y jurídica del menor que se caracteriza porque los niños se reconocen como agentes morales y, por tanto, se genera para los Estados la obligación de atribuirles la titularidad de derechos. De algún modo es posible afirmar que a partir de la Convención los niños pasan a ser sujetos activos de derechos, lo que debe tener repercusiones fundamentales para el reconocimiento de la autonomía del menor en relación con las decisiones que le afecten.

La cuestión no es baladí, y no lo es porque esta representación del niño como sujeto de derechos que ha sido recogida en la Convención[200], se aleja del modelo en el que históricamente surgen los derechos humanos (en nuestro Ordenamiento, derechos fundamentales). En este modelo nos encontramos con tres presupuestos que dificultan la inclusión de los niños en la imagen del titular de derechos. Estos mismos elementos han justificado también la exclusión de todos aquellos seres humanos en los que la autonomía no puede ser un dato previo que justifique la atribución de derechos, por lo que de un modo u otro han sido desmontados ya a lo largo de este trabajo.

El primero tiene que ver con la distinción entre lo público y lo privado, que, en lo que nos interesa, se venía y, todavía hoy, se viene traduciendo en que la familia se considera parte del ámbito de lo privado de los padres (incluso, frecuentemente, del padre) de

[199] Significativamente, O'Neill, O., "Los derechos de los niños y las vidas de los niños", en FANLO, I. (comp.), *Derechos de los niños Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004, pp. 77-106.

[200] A la que se alude, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que pretende ser un paso decisivo para adecuar la normativa española a las exigencias de la Convención: "el conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección".

familia. En este contexto, el niño no es sujeto de derechos, sino más bien parte del 'patrimonio' de sus padres que, se presupone, actuarán en su mejor interés. Las decisiones o acciones de los padres (de forma frecuente y, en definitiva, del padre) sobre sus hijos menores se consideran manifestaciones de la libertad jurídicamente protegida de éstos.

Desde este paradigma, las conductas sobre los niños que desde el nuevo paradigma pueden ser conceptualizadas como 'violaciones' de derechos por parte de los padres quedaron fuera del ámbito de lo político y, por tanto, lejos de la posibilidad de control público. En buena medida, todavía hoy, la idea de que las relaciones entre padres e hijos están protegidas por el derecho a la intimidad de los padres, constituye un obstáculo para poner fin a los abusos y malos tratos a los que algunos niños se ven sometidos, en una dinámica similar a la que tiene lugar en relación con la violencia de género[201]. La exigencia de que los límites a la atribución de la titularidad y el ejercicio de derechos de los niños se contemplen con criterios restrictivos, se enfrenta a esa concepción de la familia basada en el concepto del 'padre de familia'.

El segundo presupuesto que es preciso desmontar tiene que ver con la idea de que los derechos protegen la libertad entendida como no-interferencia. La concepción de los derechos como barreras frente a interferencias supone olvidar que los seres humanos no pueden desarrollar plenamente todas sus facultades si no es, precisamente, a partir de ciertas 'interferencias' de otros sujetos (padres, educadores, pareja, hijos…); y, lo que es especialmente relevante en el caso de los niños, que la ausencia de interferencias es compatible con la pervivencia de situaciones de dominación arbitrarias que no pocas veces suponen una amenaza, cuando no un obstáculo, para el desarrollo (recordemos que los padres disfrutan de *potestad* en relación con los hijos)[202]. Considerar que la autonomía 'debe ser promovida' es en cierto modo incoherente con la concepción de la libertad política como no interferencia.

Por último, volvemos a encontrarnos con la representación del titular de derechos como el hombre abstracto. Los 'derechos de los niños' no sólo han estado en gran medida ausentes del lenguaje de las normas jurídicas, además, su incorporación a la teoría de los derechos es relativamente reciente y ligada al proceso de especificación. Para la concepción liberal del Derecho y de los derechos antes delineada, el menor de edad es un incapaz[203] y las consecuencias de su incapacidad, fundamentalmente de tipo patrimonial, se traducen en que el menor actúa en el tráfico económico por representación. En este esquema existe un único sujeto de derecho; y la capacidad, en

[201] De hecho, y a propósito de los liberacionistas, señala Fortin, J., *Children rights and the developing law*, Butterworths, London, 1998, p. 3 "provocan también una controversia y ansiedad considerables sobre cómo ponderar los derechos de los niños a una mayor libertad en relación con el derecho de los padres a la privacidad frente a interferencias del Estado". De algún modo, los derechos de los niños se representan como una amenaza para los derechos de los padres.

[202] "Cuando una persona es libre en el sentido de la libertad negativa, está exenta de interferencias en las cosas que hace –exenta de coerción u obstrucción intencionadas-, y exención significa ausencia de interferencia. Cuando una persona disfruta de no-dominación, está exenta de interferencias arbitrarias en las cosas que hace, y exención significa aquí que otros son incapaces de interferirse en su camino. La restricción de que está hecha aquí la exención no es cualquier interferencia, sino la interferencia arbitraria. Y esta exención no se limita a implicar la ausencia de interferencia, sino la incapacidad de otros de ejercerla: se trata, si se quiere, de una segura ausencia de interferencia", Pettit, PH., *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. T. Doménech, Paidós, Barcelona, 1999, p. 45.

[203] Fanlo, I., "Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos. Algunas notas introductorias", en Fanlo, I. (comp.), *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004, pp. 7-37, p. 8

relación con la edad, se adquiere también en un momento concreto. Los derechos de los niños no existen, porque los derechos se atribuyen al hombre y al ciudadano.

El proceso de especificación supone una diversificación en la titularidad de los derechos, que arranca de la toma de consideración de que la presencia de determinadas circunstancias convierte a la igualdad formal en un instrumento de exclusión. Los niños pueden tener formalmente atribuidos los mismos derechos que los adultos, sin embargo, desde esta reflexión liberal, se trata de seres humanos incompletos, por cuanto no son autónomos. El carácter incompleto de los niños (como el de otros 'seres humanos' tales como las mujeres o los trabajadores dependientes) es una circunstancia fáctica que afecta a la posibilidad de que el derecho sea ejercido pero que, desde el modelo, resulta perfectamente coherente con la proclamación de la igualdad.

Además, la exclusión de los niños se produce también sobre la base de otro de los elementos característicos de ese mismo modelo liberal que hasta aquí no ha sido considerado. Se trata de la configuración técnica de los derechos como derechos subjetivos. Recordemos una vez más que el origen histórico de la teoría de la justicia basada en derechos se funde con el origen histórico de la concepción liberal de la política. En el liberalismo los derechos se presentan como ámbitos en los que se trata de proteger al individuo frente a intromisiones arbitrarias del Estado y de otros sujetos. De esta forma, los derechos pueden representarse como barreras que protegen una esfera de privacidad y libre disposición dentro de la cual el titular es 'soberano'. De modo usual, la atribución de un derecho supone la posibilidad del individuo de poder exigir a otros sujetos el cumplimiento de los deberes que aseguran el ejercicio de las facultades amparadas por el derecho en cuestión. Esta reflexión nos remite a la polémica en torno al significado del 'derecho subjetivo'[204] y discusión sobre en qué forma la falta de autonomía condiciona la posibilidad de atribuir derechos a los niños en el mismo sentido en el que se atribuyen derechos a los adultos.

Entre los juristas ha sido una polémica recurrente en la que se ha tratado de dilucidar si mediante la técnica del derecho subjetivo se protege una voluntad o un interés[205]. En sus formulaciones actuales, se suele adoptar, como punto de partida, la tesis de que los derechos subjetivos (también cuando éstos son 'fundamentales') confieren relevancia tanto a un interés cuanto a la voluntad del titular, de modo que la discusión entre las llamadas teorías de la voluntad o la capacidad y las llamadas teorías del interés o del beneficiario se refiere al elemento predominante.

Las teorías de la voluntad son las más coherentes con el modelo liberal en cuyo contexto surge, como he señalado, la idea de derechos. Estas teorías aparecen en dos versiones. En la primera de ellas, que podemos denominar formal, el papel otorgado a la voluntad se refiere a la posibilidad de decidir si se accionan los mecanismos que el Derecho dispone para la protección del bien jurídico sobre el que se construye el derecho. Esta concepción del derecho subjetivo, ha sido frecuentemente criticada desde dos aspectos que tienen que ver con las teorías de los derechos humanos: la inalienabilidad y la universalidad.

[204] Ver esta polémica en mayor profundidad en Barranco Avilés, M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales,* Dykinson, Madrid, 2000, pp. 273-283.

[205] Campbell, T.D., "The rights of the minors: as person, as child, as juvenile, as future adult", *Children, Rights and de Law,* ed. Ph. Alston, S Parker, J. Symour, Clanedon Press, Oxford, 1992, pp. 1-23. Existe traducción al castellano en Fanlo, I. (comp.), *Derecho de los niños*. *Una contribución teórica*, ob. cit., pp. 107-141.

El primer bloque de críticas obedece a que en algunas de las fundamentaciones los derechos se presentan como indisponibles, con lo que quedan hasta cierto punto fuera de la capacidad de control del titular. El argumento en contra de la teoría de la voluntad parte de la defensa de la inalienabilidad de los derechos: si los derechos son inalienables, no comprenden la facultad de renuncia a su titularidad[206].

El segundo, más relevante a nuestros efectos, incide en que esta caracterización de los derechos humanos como derechos subjetivos dificulta hablar de derechos de aquellos que se encuentran incapacitados para controlar los mecanismos de protección, y éste es el caso de los niños –cuando menos de los niños pequeños-. En definitiva, si se considera que, en última instancia, los derechos confieren a su titular el control sobre ciertas garantías que protegen el ejercicio de su voluntad en el ámbito delimitado por el derecho, es difícil pensar en derechos de personas que carecen de autonomía.

Pero también existe una versión sustancial de las teorías de la voluntad. En ellas se presupone que la voluntad es el bien jurídico protegido mediante la atribución del derecho subjetivo. Desde esta otra versión se mantiene que "todos los derechos están materialmente basados en la presunción del valor preeminente de los elementos distintivamente racionales de la naturaleza humana"[207]. Pues bien, las teorías de los derechos humanos suelen vincularse a este tipo de reflexión[208], dificultando la posibilidad de equiparar los niños a los adultos como titulares de derechos, dado que, titulares, por excelencia, serán los sujetos capaces de autodeterminación y en la medida en que posean esta capacidad. El hecho de que no exista capacidad de elección o de que ésta esté disminuida supone la inexistencia o la reducción del objeto para cuya protección se constituye el derecho. Llevada a sus últimas consecuencias, puede suponer que no sean titulares de derechos aquellos sujetos cuya autonomía aparezca disminuida por condiciones materiales (relaciones de subordinación, carencia de información...) con lo que el argumento podría construirse afirmando que, puesto que el objeto que los derechos tienden, en última instancia a proteger, es la autonomía, carecerán de derechos quienes no estén dotados de autonomía. En esta versión, los derechos sólo podrían conferirse a los niños en tanto que 'futuros' adultos, esto es, en tanto en cuanto estén orientados a una correcta adquisición de autonomía por parte del niño.

En este contexto, algunos autores han incitado a la revisión del concepto de derecho subjetivo, subrayando la importancia del interés como fundamento del derecho para hacer la teoría compatible con el establecimiento de sistemas de derechos de los niños[209]. De

---

[206] En la doctrina española es comúnmente admitida la posibilidad de renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, en este sentido se distingue la renuncia a la titularidad y la renuncia al ejercicio, en mi opinión, el control que el derecho otorga al titular se refiere a esa posibilidad de ejercer o no ejercer el derecho y a la circunstancia de que si decide ejercerlo su opción debe ser amparada por el Ordenamiento.

[207] Cambell, T. D., "Los derechos del niño en tanto que persona, niño, joven, futuro adulto", ob. cit., p. 113.

[208] Ver, por ejemplo, Nino, C.S., *Ética y derechos humanos,* Ariel, Barcelona, 1989.

[209] Ver Maccormick, N., "Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho", *Derecho legal y socialdemocracia*, trad. M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 129-137. Wellman, C., *An approach to Rights*. *Studies in the Philosophy of Law and Morals,* Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, pp. 85-104, subraya la dificultad de hacer compatible la teoría de la voluntad con la afirmación de que los niños tienen derechos, desde estas teorías la respuesta coherente es que los niños no tienen derechos morales, sino que los adquieren gradualmente en función del desarrollo de sus capacidades como agentes morales autónomos (p. 17). En relación con el tema que nos ocupa, Ballesteros, J., y Lucas, J. de, "Sobre los límites del principio de disidencia", *El fundamento de los derechos humanos,* ed. G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp.87-95, p. 89, señalan que las teorías de

este modo, según MacCormick, "adscribir a todos los miembros de una clase C un derecho al trato T es presuponer que T es, en circunstancias normales, un bien para cada miembro de C, y que T es un bien de tal importancia que sería incorrecto denegárselo o despojar de él a cualquier miembro de C"[210]. En la versión de Raz, "'X tiene un derecho' si y sólo si X puede tener derechos o, de otra forma, un aspecto del bienestar de X (su interés) es una razón suficiente para colocar a alguna otra persona(s) bajo un deber"[211]. Desde las teorías del interés o del beneficiario los derechos se justifican porque a través de ellos se intentan garantizar determinados intereses o bienes. Se dice, por tanto, que alguien tiene un derecho porque su interés resulta satisfecho por el hecho de que a otros sujetos se les atribuya un deber. Titulares serán, desde esta perspectiva, los titulares de los intereses que el derecho protege, con independencia de a quién corresponda ejercitar las acciones correspondientes para su defensa. Como veremos, las teorías del beneficiario o del interés, se alejan de algunos de los presupuestos del liberalismo sobre el que se construyen las teorías de la capacidad. Fundamentalmente, para estas teorías, en ciertas ocasiones, la determinación de los intereses del titular de derechos corresponde a instancias ajenas al mismo.

Hasta aquí la idea de derechos se ha asociado a una única técnica de protección: el derecho subjetivo. Sin embargo, recordemos que el concepto jurídico de derechos fundamentales se ha visto sometido a una evolución que ha llevado a que, una vez que las constituciones adquieren eficacia jurídica vinculante, se incida sobremanera en su vertiente normativa. Así pues, se suele atribuir a los derechos fundamentales dos dimensiones: una subjetiva, desde la que la reflexión técnica tiene que ver con su articulación como derechos subjetivos, y otra objetiva. En relación con esta última faceta, se subraya que los derechos, en el constitucionalismo contemporáneo, son también Derecho objetivo.

El modo en el que el Tribunal Constitucional español ha desarrollado las implicaciones de este presupuesto, le ha llevado a hablar de derechos sin titular (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85) y de derechos que deben protegerse a pesar de la voluntad del titular (Sentencia del Tribunal Constitucional 120/90). Esta línea jurisprudencial supone, en gran medida, una filosofía política alternativa a la liberal, y que puede ser considerara republicana.

Y es preciso insistir en que en el contexto del republicanismo con los derechos ya no se trata de proteger la libertad entendida como 'no-interferencia', sino la libertad entendida como ausencia de dominación arbitraria. Esta forma alternativa de contemplar los derechos permite superar dos de los presupuestos sobre los que se construye el liberalismo que han supuesto un obstáculo histórico en relación con el reconocimiento y protección de los derechos de los niños. Me refiero, fundamentalmente, a la separación tajante entre lo público y lo privado, y a la concepción de los derechos como barreras frente a interferencias.

El mayor impulso de los derechos de los niños ha venido de la mano del proceso de especificación. A diferencia de los nuevos derechos surgidos del proceso de

---

la voluntad "dejan sin resolver problemas tales como el fundamento de los derechos humanos de aquellos que no tienen tal capacidad de expresión de la voluntad (por ejemplo, niños o dementes), los derechos irrenunciables o inalienables, la existencia o constitución de los derechos (y su fundamento) respecto a las facultades o prerrogativas que hacen posible su ejercicio, etc."

[210] Ver "Rights in Legislation", *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, ed. P.M. S. Hacker y J. Raz, Oxford University Press, 1977, pp. 189-209, pg. 204.

[211] Raz, J., "The nature of rights", *The morality of freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, pg. 166.

generalización, que siguen manteniendo la universalidad de la titularidad, los que encuentran su punto de partida en el proceso de generalización son derechos específicos. El titular del derecho se diversifica –en este caso para acoger a adultos y niños-, de modo que sujetos distintos, situados en circunstancias distintas, pueden tener también derechos diferentes. La idea que subyace a este modelo es la ruptura de la imagen del ser humano como equivalente al hombre propietario, tan presente en el expuesto en el apartado anterior, que se acompañaba de una idea homogénea de la dignidad. Dado que los derechos habían sido construidos desde estos presupuestos, se atribuyen a los titulares que coinciden con el paradigma descrito y están orientados a salvaguardar ese modelo uniforme de dignidad que reconduce a la noción de autonomía como un rasgo inherente y previo.

El proceso de especificación afecta a los derechos de los niños en gran medida. En primer lugar, porque los derechos de los niños no son ya derechos del adulto en el que un día se convertirá, sino derechos que tienen en cuenta, por un lado, las circunstancias específicas en las que viven los niños que pueden requerir el reconocimiento de derechos para asegurar su funcionamiento y, en definitiva, para sortear los peligros que afectan a su dignidad y que pueden no afectar a la de los adultos[212] y, por otro, que los niños son dignos en tanto que niños (y no sólo en tanto que adultos en potencia) por lo que es necesario implementar derechos que contemplen sus diferencias para evitar que los niños sean tratados como meros medios[213].

La generalización, por el contrario, no ha tenido grandes repercusiones en el Derecho positivo que afecten a la configuración de los derechos de los niños. Tímidamente, se incorporan a las legislaciones nacionales referencias a la necesidad de tener en consideración la opinión del niño en determinadas decisiones que les afectan, pero en estas situaciones, la responsabilidad de determinar el grado de 'autonomía' del niño suele recaer sobre la persona que recibe el consentimiento, que puede ser objeto de un control posterior.

No obstante la escasa consideración que merece hoy por hoy la voluntad del menor, existen planteamientos que, desde la constatación de que las facultades del niño evolucionan[214], proponen una revisión del límite de la mayoría de edad como dato fijo a los efectos de la atribución de determinados derechos. De modo significativo, esta reflexión afecta a los derechos políticos, pero también a la toma en consideración de su consentimiento, a la que acabo de referirme[215]. En este caso, la crítica al modelo liberal tiene que ver, fundamentalmente, con un replanteamiento de la imagen del titular de los

[212] Por ejemplo, el artículo 11.1 de la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989, señala, "los Estados parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero"

[213] Un ejemplo de este tipo de derechos lo encontramos en el derecho del niño a no ser separado de sus padres del artículo 9.1 o el derecho al juego, reconocido en el artículo 31.1 de la *Convención sobre los derechos del niño*.

[214] Lansdown, G., *La evolución de las facultades del niño,* UNICEF, 2005.

[215] En este sentido, Campbell, T., "Los derechos del niño en tanto que persona, niño, joven, futuro adulto", ob. cit., incide en la necesidad de tomar en cuenta la adolescencia como un período de la existencia humana diferente de la niñez, pero también de la vida adulta, y muestra cómo "es difícil verle algún sentido, por lo que respecta a las capacidades e intereses, a las extensas y variadas limitaciones de que son objeto las libertades y facultades del adolescente...parece claro que estas restricciones variables tienen poco que ver con las capacidades adolescentes y mucho con los deseos de la gente de más edad por tratar de solucionar los problemas de seguridad en el tráfico, formación industrial, delincuencia o control de la reproducción"

derechos. Es posible constatar cómo de algún modo el reconocimiento de derechos a los niños mantiene paralelismos con otros procesos que asumieron un carácter emancipatorio, como el producido en relación con las mujeres.

En definitiva, cuando los derechos se hacen depender de la agencia moral, nos encontramos con fuertes obstáculos teóricos para conferir derechos a los niños en tanto en cuanto no se les pueda considerar agentes. Desde este punto de vista, los derechos positivos que puedan atribuírseles, no están justificados por derechos morales. Antes bien, el fundamento de estos derechos estará constituido por obligaciones de otros sujetos.

Este modelo de derechos humanos se asocia con un cierto tipo de liberalismo. Los derechos morales protegen el ejercicio de la autonomía moral, por tanto, sólo tiene sentido atribuírselos a los sujetos moralmente autónomos. Por otro lado, forma parte de los presupuestos de estas teorías la idea de que el ejercicio de los derechos ha de ser disponible por su titular, dado que, de ningún modo se pueden justificar interferencias en la libertad de los agentes morales que no estén orientadas a evitar el daño a terceros[216]. Algunos autores que parten de esta concepción de los derechos, sin embargo, reflexionan sobre la posibilidad de atribuir derechos a algunos niños que, precisamente, han alcanzado un nivel de autonomía equiparable al de los adultos. En cierto modo, el reconocimiento de la agencia queda condicionado a los estudios científicos sobre los procesos de adquisición de capacidades por parte de los niños, que por otro lado, pueden variar en los distintos escenarios culturales y económicos.

Realmente, las tesis liberacionistas no parten de una distinta comprensión del significado de los derechos de los niños en relación con lo ya dicho. También para los liberacionistas los niños son sujetos de derechos en la medida en que seamos capaces de identificar en ellos los rasgos que hacen que los adultos lo sean, es decir, en la medida en que seamos capaces de justificar su 'autonomía' entendida como capacidad de elegir y de responder por la opción efectuada.

La concepción de los derechos subyacente sigue siendo la teoría de la voluntad en su versión material y podríamos reiterar los inconvenientes asociados a esta teoría, pero me quiero fijar aquí en otro argumento, que por otro lado encontramos presente en la defensa de MacCormick de la teoría del interés[217], y que lleva a rechazar la teoría de la voluntad por reducción al absurdo. En realidad, condicionar la titularidad de derechos morales al reconocimiento de la responsabilidad, contradice el lenguaje en el que nos expresamos y nuestras intuiciones morales.

Efectivamente, si los niños adquieren los derechos en la medida en que progresan sus capacidades, hasta que alcanzan un nivel suficiente de desarrollo sólo podemos justificar su protección (que no sus derechos) sobre la base de la imposición de deberes a otros sujetos, es decir, hasta entonces deberíamos hablar más bien de deberes para con los niños[218].

[216] Critica Campbell, T., "Los derechos del niño en tanto que persona, niño, joven, futuro adulto", ob. cit., p. 128, la incompatibilidad que este tipo de teorías establecen entre los derechos y el paternalismo.

[217] Maccormick, N., "Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho", ob. cit., pp. 129-137.

[218] Ver los argumentos ya citados de O'Neill, O., "Los derechos de los niños y las vidas de los niños", ob. cit.

Por otro lado, equiparar la cualidad moral de los niños pequeños (y, podríamos decir, de las personas que no consigan alcanzar el nivel requerido de autonomía) a los bienes de interés general o al medio ambiente, contradice nuestras intuiciones morales. En un contexto en el que las teorías morales se basan en derechos y en los que la atribución de derechos supone ofrecer un argumento que queda fuera del cálculo de intereses, los niños han de tener derechos. Si una teoría no es capaz de dar cuenta de ello, se puede coincidir una vez más con MacCormick en que la teoría no es adecuada.

Por fin, a partir de los datos del Derecho positivo, conviene recordar que desde esta comprensión de los derechos, algunos de los reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, como el antes referido derecho al juego, no serían 'derechos morales'.

A lo largo de estas páginas se ha puesto de manifiesto la incoherencia entre la universalidad proclamada de los derechos y algunos de los presupuestos de la ideología que históricamente los fundamenta. De ellas podemos concluir que, a pesar de las insuficiencias, el ideal de los derechos humanos sigue siendo rescatable como modelo de organización de la sociedad. Por eso, frente al problema de la realización de los derechos más allá de las fronteras es importante reconstruir la legitimidad del Derecho internacional de los derechos humanos; frente a las situaciones en las que las privaciones materiales convierten en papel mojado las normas que reconocen derechos, es preciso reivindicar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos; por último, frente a los fenómenos de exclusión de quienes no son económica, social o físicamente independientes, es preciso reencarnar al titular de derechos.

La teoría de la justicia basada en derechos, por tanto, exige abandonar la neutralidad y diversificar la imagen del titular, lo que supone contextualizar los derechos, como herramienta, a las distintas situaciones en las que la dignidad puede ponerse en peligro, en lugar de valorar a los seres humanos en función de si su dignidad está más o menos expuesta. En buena medida, por fin, las normas que intentan hacer frente a la discriminación estructural suponen recuperar la coherencia de los sistemas de derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

Abellán, V., «La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Fundamento jurídico y discrecionalidad política», en VV.AA., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. *Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 3-18.

Abendroth, W., "El Estado de Derecho, Democrático y Social como proyecto político", *El Estado Social*, trad. J. Puente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 9-42.

Abramovich, V., y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, 27.

Abrisketa, J., "Intervención humanitaria", en VVAA, *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco, 2006, http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/131, consultada el 21-10-2007.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Annan, K., "Two concepts of sovereignty", *The Economist*, nº 18, 1999.

Añón, M. J, *Necesidades y derechos*. *Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Añón Roig, M.D., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, Madrid, 2001.

Asís Roig, R. de, "El modelo americano de derechos fundamentales", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 6, 1990, pp. 39-70.

Asís Roig, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

Asís Roig, R. de, "Inmigrantes: sujetos de derechos", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2004/2005, pp.259-271.

Asís Roig, R. de, "Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos", en Campoy Cervera, I., y Palacios, A. (ed.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 17-50.

Baylin, B. (1967), *The Ideological Origins of the American Revolution*,edición ampliada, Cambridge, 1992.

Ballesteros, J., y Lucas, J. de, "Sobre los límites del principio de disidencia", *El fundamento de los derechos humanos*, ed. G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp.87-95.

Barbé, E., "El Estado como actor internacional: crisis y consolidación del sistema de Estados", *Papers*, nº 41, 1993, pp. 33-54.

Barranco Avilés, M. C., *La Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2000.

Barranco Avilés, M.C., "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder", *Derechos y libertades*, nº9, 2000, pp. 65-92.

Barranco Avilés, M.C., "El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XVIII, 2001, pp. 205-226.

Barranco Avilés, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Dykinson, Madrid, 2004

Barranco Avilés, M. C., "El papel del juez en el Estado constitucional", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXII, 2005, pp. 113 a 130..

Barranco Avilés, M.C., "La concepción republicana de los derechos en un mundo multicultural", en Ansuátegui Roig, F.J.; López García, J.A.; Del Real Alcalá, A.; y Ruiz Ruiz, R. (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 15-34.

Barrère, M. A., "Problemas de Derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2003.

Bauman, Z., *La globalización*. *Consecuencias humanas*, trad. D. Zadunaisky, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1999.

Beitz, Ch., *Political Theory and International Relations*, Princenton University Press, 1999.

Benhabid, S., *The Rights of Others*. *Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, 2004. Hay traducción al español de G. Zadunaisky, en Gedisa, Barcelona, 2006.

Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione*. *Nouvi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milán, 1977.

Bobbio, N., "El tiempo de los derechos", *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Debate, Madrid, 1991, pp. 97-112.

Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, trad. P. Aragón, Paidós, Barcelona, 1993.

Bobbio, N., "Estado, poder y gobierno", *Estado, Gobierno y Sociedad*. *Por una Teoría General de la Política*, trad. J.F. Fernández Santillán, México, Fondo de cultura Económica, 1994, pp. 176-187.

Böckenförde, E. W., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. Requejo e I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 45 a 71.

Boggio, C., *Perspectivas y retos del asilo y el refugio en Europa*, Serie Migraciones, nº7, Fundación CIDOB, Barcelona, 2004.

Brems, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Kluwer, The Hague, 2001, p. 12.

Campbell, T.D., "The rights of the minors: as person, as child, as juvenile, as future adult", *Children, Rights and de Law*, ed. Ph. Alston, S Parker, J. Symour, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 1-23. Hay traducción al español en Fanlo, I. (comp.), *Derecho de los niños*. *Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004.

Campoy Cervera, I., *La fundamentación de los derechos de los niños*. *Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.

Cançado Trindade, A.A., "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de los derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", en *La nueva dimensión de la necesidad de protección del ser Humano en el inicio del siglo XXI*, 2ª ed. ACNUR y CIDH, San José de Costa Rica, 2002, pp. 56-62.

Carter, S. L., *Reflections of an affirmative action baby*, Harper Collins, New York, 1991.

Comanducci, P., "Formas de (neo)constitucionalismo, un análisis metateórico", trad. M. Carbonell, *Isonomía*, nº 16, 2001, pp. 89-112.

Constant, B. (1819), "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", *Escritos políticos*, trad. M.L. Sánchez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257-285.

Cuenca, P., "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades*, nº 24, 2011, en prensa.

Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 9ª edición, Taurus, Madrid, 1998.

Domènech, A., "Individuo, comunidad y ciudadanía", *Retos pendientes en ética y política*, J. Rubio-Carracedo, J.M. Rosales y M. Toscano, Madrid, Trotta, 2002, pp.29-45.

Domènech, A., *El eclipse de la fraternidad*, Barcelona, Crítica, 2004.

Fabre, C., *Social Rights Under the Constitution*. *Government and the Decent Life*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 54 a 55.

Facchi, A., *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Facio, A., "Hacia otra teoría crítica del Derecho", en Fries, L., y Facio, A. (eds.), *Género y Derecho*, FOM, Santiago, 1999, pp. 201-229.

Fanlo, I., "Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos. Algunas notas introductorias", en Fanlo, I. (comp.), *Derechos de los niños*. *Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004, pp. 7-37.

Fariñas, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000.

Fernández, E., *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp.18-20.

Fernández, E., *Valores constitucionales y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2009.

Ferrajoli, L., "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", trad. G. Pisarello, *Isonomía,* nº 9, 1998, pp. 173-184.

Ferrajoli, L., "De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona", *Derechos y garantías*. *La ley del más débil,* trad. P. A. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid,1999.

Ferrajoli, L., "Garantismo y poderes salvajes", *El garantismo y la Filosofía del Derecho,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 120-154.

Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales*. *Apuntes de Historia de las constituciones,* 3ª edición, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2000.

Forsthoff, E., *El Estado social*, trad. J. Puente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

Fortin, J., *Children rights and the developing law,* Butterworths, London, 1998.

Fraser, N., *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas sobre la condición "postsocialista",* Siglo del Hombre- Universidad de los Andes*",* trad. M. Hoguín e I. C. Jaramillo, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

Fredman, S., *Discrimination Law,* Oxford University Press, 2002

García de Enterría, E., *La lengua de los derechos*. *La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa,* Alianza, Madrid, 1994.

García Pelayo M., *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, 2ª edición, Alianza, Madrid, 1985**.**

Gargarella, R., "El republicanismo", *Teorías de la justicia después de Rawls,* Barcelona, Paidós, 1999, pp. 161-190.

Garzón Valdés, E., "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", *Isonomía,* nº 12, 2000.

Gianformaggio, L., *Eguaglianza, donne e diritto*, ed. De Facchi, A.; Faralli, C.; y Pitch, T., Il Mulino, Bolonia, 2005.

Gierke, O. von, *Las raíces del contrato de servicios,* trad. G. Barreiro González, Civitas, Madrid, 1982.

Giner, S., "Las condiciones de la democracia republicana", *Jornadas de Pensamiento Político en el siglo XXI,* Universidad Pablo Olavide de Sevilla, 2002.

Giner, S., "Las razones del republicanismo", *Claves,* nº 81, 1998, pp. 2-13.

González Amuchastegui, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía*. *Una teoría de los derechos humanos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Habermas, J., *Facticidad y validez,* trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, pág. 448.

Harrel, A., "Global Inequality and International Institutions", en POGGE, Thomas W., *Global Justice*, Blackwell, Oxford, 2001, pp. 32-54.

Hayek, F. von, *Camino de Servidumbre,* trad. J. Vergara, Madrid, Alianza, 1978 y Nozick, R., *Anarquía, Estado y Utopía,* trad. R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

Held, D. y Macgrew, A., *Globalización/Antiglobalización*. *Sobre la reconstrucción del orden mundial*, trad. A. de Francisco, Paidós, Barcelona, 2003.

Hierro, L., "Las huellas de la desigualdad en la Constitución española", en Mate, R., *Pensar la igualdad y la diferencia*. *Una reflexión filosófica,* Fundación Argentaria-Visor, Madrid, 1995, pp. 131-150.

Hierro, L., "¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto", *Sistema,* nº 46, 1982, pp. 45-61.

Hierro, L., "¿Qué derechos tenemos?", *Doxa,* nº 23, 2000 pp. 351 a 375.

Hierro, L., "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley", *Doxa,* nº 26, 2003, pp. 449-476.

Kant, I. (1797), *Principios metafísicos del Derecho,* edición de Francisco Ayala, Espuela de Plata, 2004.

Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M. A. (ed.), *Bienes públicos mundiales*. *Cooperación Internacional en el siglo XXI,* Oxford University Press, 1999.

Kumm, M., "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis", *The European Journal of International Law*, Vol. 15, nº5, 2004.

Landes, J., "The Public and the Private Sphere: A Feminist Reconsideration", K, *Feminism, the Public and the Private*, Oxford University Press, 1998, pp. 135-163.

Landes, J., *Woman and the Public Sfere in the Age of the French Revolution*, Ithaca, NY, Cornell Unersity Press, 1988.

Lansdown, G., *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, 2005.

Lirola, I. y Martín Martínez, M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001.

Lucas, J. de, "El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo", en VV.AA., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 11-30.

Lucas, J. de, "Solidaridad y derechos humanos", en Tamayo, J.J. (ed.), *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Madrid, 2005.

Lucas, J. de, *El concepto de solidaridad*, 2ª edición, México, Fontamara, 1998.

Lucas, J. de., *El desafío de las fronteras*, Madrid, Tecnos, 1994.

Maccormick, N., "Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho", *Derecho legal y socialdemocracia*, trad. M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 129-137.

MacCormick, N., "Rights in Legislation", *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, ed. P.M. S. Hacker y J. Raz, Oxford University Press, 1977, pp. 189-209.

Mackinnon, C., "Reflexions on Sex Equality under the Law", *The Yale Law Yournal*, vol. 100, nº 5, pp. 1280 y ss, 1285-1287

Mackintyre, A., *Tras la virtud*, trad. A. Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987.

Mariño F., "La 'protección internacional' de los derechos humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución francesa", en Mariño, F., y Fernández Liesa, C., "Antecedentes doctrinales e institucionales de la protección internacional de los derechos humanos", Peces-Barba, G., Fernández García, E., y Asís, R. de (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Vol. III, pp. 401-437.

Mariño, F., "La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho Europeo", en Mariño, F. (cord.) *El derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor J.M. Castro-Rial Canosa*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 463- 482.

Martínez de Pisón, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.

Martínez Osés, P., *Objetivos del Milenio. ¿Se puede acabar con la pobreza?*, PPC, 2005.

Mayntz, R., "Estado y sociedad civil en la gobernanza moderna", *Reforma y Democracia, Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo*, 21, 2001, pp. 7 a 22.

Medina Ortega, M., "La prohibición de la fuerza en el siglo XXI", en VVAA, *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, tomo II, Universidades de Sevilla, Córdoba y Málaga, 2005, pp. 879-910.

Michelman, F., "Law's Republic", *The Yale Law Journal*, vol. 97, nº 8, 1988, pp. 1493 y ss.

Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989.

Nussbaum, M., *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 1999.

Nussbaum, M., *Las mujeres y el desarrollo humano*, trad. R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002.

O'Neill, O., *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reasoning*, Cambridge University Press, 1996.

O'Neill, O., "Los derechos de los niños y las vidas de los niños", en FANLO, I. (comp.), *Derechos de los niños Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004, pp. 77-106.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *The rights of non-citizens*, UN, New York and Geneva, 2006

Orihuela Calatayud, E., "Asilados y Refugiados: ¿solidaridad o seguridad?", *Anales de Derecho,* nº 22, 2004, pp. 189-222, pp. 191-192.

Ovejero, F., *La libertad inhóspita: modelos humanos y democracia liberal,* Paidós, Barcelona, 2002

Ovejero, F.; Martí, L.; Gargarella, R. (comp.), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad,* Barcelona, Paidós, 2003.

Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Cinca, Madrid, 2010.

Peces-Barba, G., *Tránsito a la Modernidad y Derechos fundamentales,* Mezquita, Madrid, 1982.

Peces-Barba, G., "Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº IV, 1989.

Peces-Barba, G.; Asís, R. de; Llamas, A. y Fernádez Liesa, C., *Curso de derechos fundamentales,* BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

Peces-Barba, G., *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Peces-Barba, G., "Escasez y solidaridad. Una reflexión desde los clásicos", en Mariño, F., y Fernández Liesa, C., *El desarrollo y la cooperación internacional,* Universidad Carlos III de Madrid : Boletín Oficial del Estado , 1997, pp. 19-33.

Peces-Barba, G. y Fernández García, E., *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XVIII. El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema,* tomo II, vol. III, Dykinson, Madrid, 2001.

Peces-Barba, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho,* Dykinson, Madrid, 2002.

Peces-Barba, G., Asís Roig, R. de, Barranco Avilés, M. C., *Lecciones de derechos fundamentales,* Dykinson, Madrid, 2004.

Pérez Luño, A.E., "Ciudadanía y definiciones", *¿Ciberciudadanía o ciudadanía. com?*, Barcelona, Gedisa, 2004.

Pérez Luño, A.E., *Dimensiones de la igualdad,* Dykinson, Madrid, 2005.

Pettit, PH., *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno,* trad. T. Domènech, Paidós, Barcelona, 1999.

Pisarello, G., "Los derechos sociales en el constitucionalismo", en Carbonell, M., Cruz Parcero, J. A. y Vázquez, R. (comp.), *Derechos sociales y de las minorías,* UNAM, México, 2000, pp. 111-135.

Pocock, J.G.A, *The Machiavellian Moment. Florentine political thought and the atlantic republican tradition,* Princenton University Press, 1975.

Rawls, J., "Las libertades básicas y su primacía", en *El liberalismo político,* trad. A. Domènech, Crítica, Barcelona, 2003, pp. 326-209.

Rawls, J., *El derecho de gentes y "una revisión de la idea de razón pública",* trad. H. Valencia Villa, Paidós, Barcelona, 2001.

Raz, J., "The nature of rights", *The morality of freedom,* Clarendon, Oxford, 1986, pp. 165-192.

Remiro, A., "Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional", *Revista Española de Derecho Internacional,* nº 51, 1999, 1, pp. 11-57.

Rey, J. L., "La naturaleza de los derechos sociales", *Derechos y Libertades*, nº 16, 2007, pp. 137 a 156.

Ribotta, S. (ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.

Ribotta, S., *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia,* Dykinson, Madrid, 2009.

Ripoll, S., "El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo", *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 51, 1999, pp. 59-87.

Rodríguez Toubes, J., "Derecho a la paz e intervención humanitaria" en Campoy, I.; Rey, J.L., y Rodríguez Palop, M.E., *Desafíos actuales a los derechos humanos: Reflexiones sobre el derecho a la paz*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 15-50

Romañach Cabrero, J., *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Santiago de Compostela, 2009, p. 196.

Rosales, J.M., "La educación de la identidad cívica: sobre las relaciones entre nacionalismo y patriotismo", *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 117-132

Rousseau, J.J., (1754), "Dedicatoria a la República de Ginebra del *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres",* en *Del contrato social*, trad. Mauro Armiño, Alianza, Madrid, 1980, pp. 205-218.

Ruiz Miguel, A., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, 19, 1996, pp. 39-86.

Ruiz Miguel, A., "Concepciones de la igualdad y justicia distributiva", en Díaz, E. y Colomer, J.L., *Estado, justicia y derechos*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 211-242.

Ruiz Miguel, A., "Guerra, justicia y Derecho internacional", *Isonomía*, nº 20, 2004, pp. 59-72.

Ruiz, R., *La tradición republicana*, Madrid, Dykinson, 2006.

Sen, A., "Elements of a Theory of Human Rights", *Philosophy and Public Affairs;* Fall 2004; 32, 4; Research Library Core, pp. 315.

Sen, A., *Desarrollo y libertad*, trad. E. Rabasco y L. Toharia, Planeta, Madrid, 2000.

Solanes, Á., "La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate", *Derechos y libertades*, nº 18, enero 2008, pp. 67-95.

Stoker, G., "Governance as theory: five propositions", *International Social Science Journal*, 50, 1998, pp. 17 a 28, p. 17.

Telo, M., *Mi lucha por la igualdad jurídica de la mujer*, Aranzadi, Madrid, 2009.

Toscano Méndez, M., "Nacionalismo y pluralismo cultural. Algunas consideraciones", *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 71-86.

Troper, M., "El poder judicial y la democracia", trad. Rolando Tamayo, *Isonomía*, nº 18, abril 2003, pp. 47 a 65.

Türk, V., y Nicholson, F., "Protección de los refugiados en el derecho internacional: una perspectiva general", en Feller, E.; Türk, V, y Nicholson, F., *Protección de los refugiados en Derecho internacional*, trad. M. Tarallo, Icaria, Barcelona, 2010, pp. 3-49.

Vallespín, F., "Igualdad y diferencia", en Mate, R. (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia (una reflexión filosófica)*, Fundación Argentaria-Visor, 1995, pp. 15-34.

Arcos Ramírez, F., *¿Guerras en defensa de los derechos humanos? Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias*", Dykinson, Madrid, 2002.

Viola, F., "La teoria della guerra giusta e i diritti umani", en AA. VV, *Pace, sicurezza, diritti umani*, a cura di S. Semplici, Messaggero, Padova, 2005, pp. 35-68.

Waldron, J. , *Derecho y desacuerdos*, trad. J. L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Walzer, M., "Política y moral en Kosovo", *Guerra, política y moral*, trad. T. Fernández y B. Eguibar, pp. 87-92.

Wellman, C., *An approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997.

Westen, P., *Speaking of Equality. An analsis of the rhetoric force of "equiality" in moral and legal discourse*, Princenton University Press, New Jersey, 1990.

Wood, G. (1969), *The Creation of the American Republic. 1776-1787* (1969), with a new preface of the author, University of Nord Carolina Press, 1998.

Young, I.M., *Justice and the politics of difference*, Princenton University Press, N. Jersey, 1990. Hay traducción al español de Silvina Álvarez en Cátedra, Madrid, 2000.

Zolo, D., *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, trad. R. Campione, Dykinson, Madrid, 2005.

## UNIDAD III: FEMINICIDIO

1) Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000). "El discurso feminista y el poder punitivo". En: Las trampas del poder punitivo, Buenos Aires: Biblos, pp. 19-30.

2) Jiménez Rodríguez, Nayibe Paola. Feminicidio/Femicidio: Una salida emergente de las mujeres frente a la violencia ejercida en contra de ellas. Artículo de investigación desarrollado en el "Grupo de Investigación en Derechos Humanos Antonio Nariño y Álvarez. Universidad Autónoma de Colombia – Universidad Pedagógica Nacional – Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

3) Larrauri, Elena. Género y Derecho Penal. Conferencia dictada en el marco del Seminario "Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas", realizada los días 26 y 27 de setiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica.

4) Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género formulado por Naciones Unidas (ONU Mujeres).

## UNIDAD III: FEMINICIDIO

1) Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000). “El discurso feminista y el poder punitivo”. En: Las trampas del poder punitivo, Buenos Aires: Biblos, pp. 19-30.

# El género en el derecho.
## Ensayos críticos

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

# El género en el derecho.
## Ensayos críticos

Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares
*Compilador y compiladoras*

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

**Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Moni Pizani Orsini
Representante de UNIFEM en Ecuador y Directora para los Países Andinos

**Organización de las Naciones Unidas**
Av. Amazonas N 2889 y La Granja
Telf: (593-2) 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

**Equipo de Apoyo**
**Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**
Ramiro Ávila Santamaría
Carolina Silva

**Naciones Unidas**
**Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**
Guillermo Fernández-Maldonado Castro

**UNIFEM**
Lola Valladares

ISBN: 978-9978-92-786-1
Derechos de autor: 032326
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: diciembre de 2009

# Contenido

**Presentación** .....ix
*Néstor Arbito Chica,*
Ministro de Justicia y Derechos Humanos
**Presentación** .....xi
*Moni Pizani Orsini,*
Representante de UNIFEM en Ecuador y Directora para los Países Andinos
**A manera de introducción.**
**La propuesta y la provocación del género en el derecho** .....xiii
*Ramiro Ávila Santamaría*

## I. Conceptos fundamentales

**1. La categoría género**

La definición del género.....5
*Linda McDowell*
Críticas feministas a la dicotomía público/privado .....37
*Carole Pateman*

**2. Los movimientos feministas y la masculinidad**

El enigma masculino. La gran X .....69
*Elisabeth Badinter*

## II. Género y teoría del derecho

**1. Las escuelas feministas y el derecho**

La crítica feminista al derecho.....103
*Isabel Cristina Jaramillo*

**2. Género y derecho**

El sexo del derecho .....137
*Frances Olsen*
Cuestiones acerca de mujeres y derecho .....157
*Alicia E. C. Ruiz*
Género y derechos humanos .....165
*Judith Salgado*

**3. Metodología de investigación del derecho**

Metodología para el análisis de género del fenómeno legal.....181
*Alda Facio*
Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el Género ....225
*Ramiro Ávila Santamaría*

## III. El género en el derecho

**1. Derecho constitucional**

Igualdad sin discriminación .....257
*Joan Williams*
Igualdad, diferencia, discriminación.....285
*María José Añón*

**2. Derecho penal**

El discurso feminista y el poder punitivo .....321
*Eugenio Raúl Zaffaroni*
El aborto.....335
*Tamar Pitch*
Libertad de procreación y derecho
a la interrupción voluntaria del embarazo.
Una nota desde la incertidumbre .....383
*Miguel Carbonell*
Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres.....397
*Roxana Arroyo y Lola Valladares*

**3. Derecho de familia**

Cambios familiares:
Del modelo patriarcal al modelo de
responsabilidad individual en la familia.....465
*Margrit Eichler*

**4. Derecho laboral**

Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo .....517
*Eleonor Faur*

**5. Derecho internacional de los derechos humanos**

La Carta Magna de todas las mujeres.....541
*Alda Facio*
Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres
gocen de sus derechos humanos en el Sistema Interamericano .....559
*Cecilia Medina*
Violencia y jurisprudencia internacional .....593
*Roxana Arroyo y Lola Valladares*

## IV. Instrumentos internacionales

Declaración del Milenio.....641
Convención sobre la eliminación de todas las formas
de discriminación contra la mujer - CEDAW .....655
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación
de todas las forma de discriminación contra la mujer - CEDAW.....673
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y
erradicar la violencia contra la mujer
"Convención de Belem do Pará" .....681

**Nota biográfica de las autoras y autores**.....691

# Presentación

*Néstor Arbito Chica,*
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

La serie "Justicia y Derechos Humanos - Neoconstitucionalismo y Sociedad" tiene como objetivo enriquecer el debate jurídico, que ha estado tradicionalmente relacionado al derecho civil y a su análisis formal. El libro *El Género en el Derecho. Ensayos críticos,* siguiendo con la tradición editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ofrece a la ciudadanía doctrina, materiales e instrumentos jurídicos necesarios para comprender el alcance del Estado constitucional de derechos y justicia, pregonado por el artículo primero de la Constitución del 2008.

El género no es una cuestión sólo de feministas, es una temática que debe interesar a hombres y mujeres, grupos y colectividades diversas. La injusticia producida en sociedades patriarcales como la nuestra nos afecta a todas las personas. La sociedad nos ha privado a los hombres de ejercer roles de cuidado y a la vez no hemos construído vínculos sociales fuertes con nuestros seres queridos. De igual modo, las mujeres han tenido serias dificultades para desarrollar y expandir sus capacidades particularmente en la vida pública al estar relegadas a roles de cuidado. Todas las personas en una sociedad patriarcal, perdemos. Es hora de cambiar. Las lecturas de este libro invitar a ver la vida, el derecho y las tranformaciones que requieren la sociedad de una forma distinta.

El derecho contemporáneo no puede desconocer los aportes del análisis de género al derecho. Sin duda, no tener nociones de género, como no tener nociones de derechos humanos, hoy en día constituiría un gran déficit en la formación jurídica. De ahí la importancia de esta publicación.

El libro está estructurado como material para un curso o un módulo de estudio que va desde aspectos introductorios y contextuales hasta la aplica-

ción concreta en áreas específicas del derecho. Nos encantaría saber que este libro fue utilizado en la Escuela Judicial o en cualquier facultad de derecho, o simplemente que fue leído y que transmitió conocimientos útiles para la vida, para la exigibilidad de derechos, para despertar el sentido crítico de la persona estudiosa de las normas o para la transformación del derecho. Si algo de esto sucede, estaremos felices de saber que nuestras publicaciones tienen sentido y que el esfuerzo que implica la producción del libro no ha sido en vano.

# Presentación

*Moni Pizani Orsini,*
Representante de UNIFEM en Ecuador y Directora para los Países Andinos

Según Alicia Ruiz, autora de "El Derecho en el Género y el Género en el Derecho", en la producción del discurso jurídico se presentan lo que ella llama *"reglas de atribución de la palabra que individualizan a quienes están en condiciones de decir el derecho";* por lo tanto, el Derecho tiene mayores significaciones que la sola letra de la ley, refleja los valores, los mitos, los rituales, los imaginarios, las creencias, de la sociedad para la que rige y que terminan por convertirse en los supuestos que garantizan o no su eficacia; esto significa que el Derecho tiene una doble función, por una parte es creado, pero por otra, también tiene un poder creador. Esto permite entender al Derecho como el resultado de todo un proceso de construcción social, cruzado por relaciones de poder, capaz de generar ciertas prácticas sociales, discursos, subjetividades y aún materialidades.

La simbolización de lo femenino, ligado a la biología y la conservación de la especie, incidió severamente en el proceso de ciudadanización de las mujeres y en el reconocimiento de sus derechos, invisibilizando situaciones de facto violatorias de sus derechos, tanto en el ámbito privado, como en el público. Y es que nacer y ser mujer u hombre, es una condición que marca una diferencia y también marca la vida, las aspiraciones, la libertad, los sueños, las oportunidades y los riesgos.

Esta constatación justifica por sí misma la necesidad de la aplicación del enfoque de género en el Derecho, si de verdad se busca que la justicia sea posible, tanto para hombres como para mujeres y logre la verdadera reparación de las víctimas. "Mirar" desde el enfoque de género implica indagar sobre los efectos o impactos que las responsabilidades y representaciones de género tienen en hombres y mujeres; evaluar las consecuencias diferenciadas

de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes y políticas; comparar cómo y por qué las mujeres y los hombres se ven afectados de manera distinta por esas leyes o decisiones judiciales.

El objetivo final de este ejercicio es la igualdad.

La igualdad debe ser el principio que esté en el punto de partida, pero también debe ser el de llegada de cualquier norma jurídica o decisión de la administración de justicia que busque reducir el impacto de los factores que impiden el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, sobre todo de los derechos humanos de las mujeres.

El reconocimiento de derechos específicos de las mujeres en instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará trae consigo una nueva forma de organización discursiva que reorganiza las relaciones de poder en toda la sociedad y fortalece el proceso de transformación institucional a dos niveles: en lo ideológico - simbólico y en lo político. Se trata de normas y no declaraciones de voluntad, por lo que su inobservancia constituye una violación de derechos con consecuencias jurídicas específicas; es decir que definen a las mujeres como un sujeto de derechos en sí mismo. Pese a que han pasado ya 30 años de la aprobación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y quince años desde la suscripción de la Convención de Belem do Pará, aún seguimos aspirando que estos principios sean conocidos y aplicados en el ámbito judicial, de allí la importancia de contar con textos como el que en esta oportunidad presentamos.

El Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, UNIFEM, tiene como mandato promover los derechos humanos, la participación política y la seguridad económica de las mujeres, mediante asistencia técnica y financiera, es precisamente en cumplimiento del mismo que ha considerado muy importante hacer una alianza institucional con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador para la publicación de este libro que esperamos constituya un aporte a la reflexión teórica y a la aplicación del enfoque de género en la práctica del Derecho, como la integración plena de la dimensión de la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres y la realización de la justicia como la máxima expresión del desarrollo.

## A manera de introducción

# La propuesta y la provocación del género en el derecho

Ramiro Ávila Santamaría

Hace algunos años, antes de proponer la cátedra de Género y Derecho en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, intuía que atrás de los feminismos habían pistas para construir una teoría del derecho emancipatoria. En el año 2002, en la justificación para convencer que valía la pena enseñar género, decía:

> No existe universidad que se precie de brindar conocimientos adecuados a la época, que no tenga estudios (y hasta departamentos y post-grados) en género. El movimiento feminista ha logrado significativos aportes a las ciencias sociales, en general, y al derecho, en particular. El derecho, desde muchas perspectivas, no es neutro. La perspectiva de género contribuye a la formación de estudiantes críticos, y al desarrollo de la capacidad para develar las relaciones de poder que están detrás de los discursos. Por estas razones, harto importante es crear una cátedra, al momento introductoria, dedicada al estudio de género.

La cátedra se aprobó y se impartió. En esta clase, como en ninguna otra, aprendí enseñando. Los programas fueron variando de un año a otro. De alguna manera, iba a la sombra de los descubrimientos de Judith Salgado, quien dictaba una cátedra más ambiciosa sobre diversidades en la

Universidad Andina Simón Bolívar y que generosamente compartía su programa conmigo. En otros casos, libros que descubría en librerías o bibliotecas y que consideraba aceptables, libros que se experimentaban en clases. De esos textos, hemos escogido aquellas lecturas que fueron quedando por haberse convertido en imprescindibles (algunos textos no pudimos incluir por no haber conseguido el permiso para publicarlos). Esas lecturas están en esta edición. Lamentablemente pocos textos tratan de forma amplia y profunda el tema del derecho y el género, tales como el libro pionero editado por Alda Facio y Lorena Fries, *Género y Derecho,* la colección "Identidad, mujer y Derecho", publicado en Biblos en Buenos Aires y el libro de Tamar Pitch, *Un derecho para dos,* editado en Madrid por Trotta. Este libro pretende sumarse a esa pequeña lista de textos que den luces para la construcción de una teoría del derecho que incluya al género. Pero vuelvo a las clases.

Las clases de género y derecho tenían dos particularidades que hacían que se distingan de las otras clases que dictaba y de las otras que se daban en la Facultad. En primer lugar, la perspectiva de género en el derecho tiene, como pocas otras áreas, la virtud de ser siempre crítica. Y esto ya es refrescante en la tan pesada y monótona tradición jurídica. La ley nunca es neutra. Esto ya lo había dicho la escuela realista norteamericana, pero se hace una vez más evidente desde el género. Deconstruíamos las normas y éstas, aparentemente proteccionistas, se tornaban en normas censurables desde el derecho constitucional a la igualdad. En segundo lugar, y esto al principio fue casual y luego intencional, la relación de la temática de género se relacionaba directa e inevitablemente con la cotidianidad. Todas las personas estamos en relación de poder en cuanto al género. Era fácil, cuando se trataba de asuntos de familia, pensar, por ejemplo, en el trato distinto que tienen las adolescentes, terriblemente controladas para evitar que sean violadas, y los adolescentes, terriblemente libres para promover que "violen", las primeras escondiendo su actividad sexual y los segundos jactándose de promiscuidad sexual. También era fácil visitar la galería de presidentes de la asociación de estudiantes y constatar, por la simple mirada a las fotos, que no había mujer alguna y que, éstas, ocupaban los cargos de servicio, como la secretaría. Saltar de la educación por colores, el rosado-delicado, el azul-valiente, a los juegos y a los roles; las mujeres con vestido dedicadas a jugar a la cocina y a la mamá y los hombres, con pantaloneta, a jugar fútbol y a

ser superpoderosos héroes. Luego, al pasar al derecho, entender la regulación de los permisos maternales, la diferencia salarial entre géneros, la impunidad de las discriminaciones contra personas –no casualmente mujeres– que habían ejercido roles de cuidado al ser madres. Las clases, entonces, se enriquecían con las experiencias y las vivencias de los alumnos y las alumnas. El derecho hecho carne, literalmente.

Al comenzar las clases, y esto siempre me sucedió, la gran mayoría de personas, particularmente las mujeres, tienen la idea de que las feministas son un grupo de locas insatisfechas que no tienen mejor cosa que quejarse y que proponer cosas pecaminosas como el aborto o minimizadoras de la mujer como las cuotas. Siempre, cuando oía estas afirmaciones, preguntaba qué libro de feministas habían leído, y la respuesta era que ninguno. En la clase de Género y Derecho leerían, pues, sus primeros textos escritos por personas que no han estado tan locas como se imaginaban.

La clase tenía cuatro grandes partes, que no casualmente coinciden con la estructura de este libro: (1) la categoría género, (2) el género en la teoría del derecho, (3) el género en el derecho, (4) instrumentos jurídicos sobre género.

(1) La categoría "género" es una construcción relativamente nueva y mal entendida. En Latinoamérica podríamos afirmar que recién en los años noventa es difundida y no ha sido adecuadamente comprendida. Parte del problema de la categoría es que el término "género" es polisémico, puedo connotar desde el género lo artístico hasta aspectos relacionados con la sexualidad. Comencemos afirmando qué no es género. No es sinónimo de mujer, sexo, feminismo, aunque tenga relaciones con esas palabras y sus significados. La categoría es compleja y tiene que ver con que el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales y de las relaciones significantes de poder. En el primer aspecto, se distinguen cuatro aspectos: simbólicos (la idea de Eva, la virgen María, las princesas), normativos (interpretación de los símbolos y define qué es y lo que deben hacer las personas, entonces las mujeres deben preservar su virginidad y ser bellas), institucionales (organización social y roles en el trabajo, la familia, la escuela, la sociedad), y subjetivo (configuración de identidades). En el segundo aspecto, en el análisis de género, aunque no de manera exclusiva, podemos apreciar

relaciones de opresión/sumisión en lo cotidiano y en la estructura social. Linda McDowell nos hace una reflexión interesante y sugestiva sobre la relación entre género, identidad y geografía. Por un lado aclara el concepto y, por otro, lo aplica. La construcción del género en las personas y de sus relaciones sociales tiene que ver en los espacios y en los tiempos donde se las vivencia. No es lo mismo la forma de vida de una persona que ha vivido en Cuenca y hace 20 años, que la misma persona si hubiese vivido ahora, en New York y además si hubiese socializado con personas homosexuales. Interesante resulta preguntar a personas que han estudiado en el extranjero, en particular mujeres que han tenido familias harto conservadoras y patriarcales, lo que experimentaron al salir de su espacio geográfico original. Otra virtud del ensayo es que nos abre las puertas para otras categorías importantes que provocan sumisión, opresión o discriminación, tales como la clase, la raza, el sexo, la edad. Encontraremos en esta parte las ideas claras para reflexionar sobre el género, las diversidades, el patriarcalismo, la diferencia y, muy importante, la tarea pendiente aún para desmantelar las bases de relaciones sociales e institucionales injustas.

Un concepto fundamental para la comprensión de la categoría y de su complejidad es el de la dicotomía entre lo público y privado. Carole Pateman afirma que esta discusión ocupa un lugar central en los últimos dos siglos de la lucha feminista. Desde la instauración de liberalismo, las discusiones han cambiado considerablemente. Aunque el liberalismo planteó una forma de comprender la igualdad, Pateman nos recuerda que esa comprensión siempre fue patriarcal. Podríamos distinguir algunas doctrinas: la doctrina de las esferas separadas, separadas pero iguales, complementarias y diferenciadas. La de las esferas separadas es propia del liberalismo individualista, por la que la familia y la sociedad civil es lo privado y lo estatal es lo público, y se consideró que la mujer correspondía a lo natural y el hombre a lo cultural; el resultado, en la práctica, fue que la mujer tenía un evidente rol subordinado y socialmente secundario. La segunda doctrina, separadas pero iguales, se promovió con el movimiento de las sufragistas, que promovían el derecho al voto del mismo modo como lo venían ejerciendo los hombres, pero que nunca cuestionaron la "idoneidad" de las mujeres para la vida doméstica y al confinamiento al hogar. La tercera y la cuarta doctrina apuntan a desdibujar la línea que divide lo público y lo privado. Una de las

consignas, "lo personal es político", "desenmascara el carácter ideológico de los supuestos liberales... los problemas personales sólo se pueden resolver a través de medios y acciones políticas". A la postre, el problema sigue vigente y parece insoluble. Parecería que la solución es que hombres y mujeres compartan, en igualdad de condiciones, responsabilidades. Esto no implica necesariamente que haya armonía, porque irremediablemente hombres y mujeres somos biológicamente diferenciados.

En un tercer acápite de esta parte, encontramos un artículo de Elizabeth Badinter que nos ayuda a comprender el fenómeno histórico de la lucha por un mundo más igualitario, poniendo énfasis en la masculinidad. Este ensayo es de esas joyas escritas de las que uno puede sacar más de una enseñanza. Por un lado, se hace un repaso histórico desde los orígenes del feminismo hasta las crisis de masculinidad. Por otro lado, desde una perspectiva histórica, se puede apreciar que el fenómeno de la lucha por sociedades más equitativas no es del siglo pasado sino de toda la historia. Aunque el ensayo ponga énfasis en la historia europea y, en particular, de Francia, esto no quita que se pueda aprender lecciones en la forma de aproximarse a la historia para Latinoamérica. De este artículo, he sacado esa fórmula por medio de la cual una realidad opresiva puede ser transformada cuando hay discurso, organización, demanda, crisis y de ahí un paso adelante o uno atrás. Por ejemplo, en la revolución francesa es evidente que la reflexión sobre el derecho a la igualdad entre burgueses y aristócratas, podía aplicarse entre hombres y mujeres, que la demanda política y jurídica por esa igualdad se plasmó, en el primer caso, en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, y, en el segundo, en la Declaración de los derechos de la mujer, y que, después de la crisis, no sólo que moriría la mujer que hizo la propuesta sino que, en la época de Napoleón, se dio un paso atrás con el Código Civil que no reconocía la capacidad de las mujeres. Finalmente, el artículo distingue varias escuelas feministas, que tienen puntos de partida y llegada distintos, entre otras, las diferencialistas o esencialistas y sus múltiples derivaciones, como las ecofeministas y las constructivistas. Por supuesto que no se puede reducir la complejidad del movimiento por la igualdad de género a escuelas ni tampoco a otras categorías. Al final lo que importa es luchar por un mundo que sea menos o nada excluyente.

(2) La relación de género y derecho la hemos dividido en tres acápites.

En la primera tratamos sobre las distintas escuelas feministas que abordan el tema del derecho. Como nada en la vida, el abordaje no es pacífico ni unívoco. Isabel Cristina Jaramillo aborda el tema de manera lúcida y harto comprensible. La autora distingue entre feminismos de la igualdad, y entre estos al liberal clásico, al liberal social, al socialista, feminismos de la diferencia, y entre estos al cultural, al radical, al antiesencialismo, y finalmente el constructivismo cuya forma de aproximarse al derecho de este último la comparto, de igual forma la propuesta referente a que las personas somos frutos de una permanente construcción social, que huyen de las esencias y procuran la eliminación de roles predeterminados culturalmente. Mientras tanto en temas relacionados con la igualdad, Joan Williams comenta las aproximaciones, desde la litigación y otras formas de reivindicación jurídica, de las distintas escuelas, algunas de ellas contraproducentes en el sentido de lograr resultados opuestos a los deseados. Finalmente, se pueden apreciar las bondades del género para analizar el derecho: críticas teóricas, críticas institucionales, creación de métodos de análisis y, a la postre, renovación de la teoría jurídica que tanta falta hace.

Frances Olsen parte de los dualismos, propios del pensamiento occidental, y que tienen estrecha relación con el género (masculino/femenino, racional/emocional, universal/particular, positivo/negativo...). La vida no es así, nada es blanco o negro, bueno o malo, positivo o negativo. Todas las personas gozamos o sufrimos de aspectos que pueden valorarse como envidiables y repudiables. Sin embargo, las categorías de análisis –al igual que las películas de Hollywood– son opuestas. El derecho, como anota Olsen, no es ajeno a este bipolarismo que se atribuye a las diferencias sexuales, de las que se desprende una jerarquización y, finalmente, se puede concluir que el derecho es masculino. Las reacciones han sido varias y no siempre las más adecuadas. Se ha rechazado las diferencias sexuales y se ha propugnado, en consecuencia, una igualdad formal; se ha rechazado la jerarquización y se ha reforzado el rol femenino como natural; se ha atacado a la sexualización y a la jerarquización del derecho y se ha negado el dualismo como categoría válida para normar. La teoría a la que se adscribe Olsen es la crítica, que evalúa razonadamente el impacto de las reacciones y hace una invitación a pensar de manera constructiva e imaginativa al género y al derecho.

Alicia Ruiz, en su condición de profesora de Filosofía del Derecho y jueza, quien conoce las normas jurídicas desde lo abstracto y lo práctico, marca la diferencia entre el abordamiento jurídico clásico y el crítico. El primero –lamentablemente el más difundido– bajo la premisa de que las normas y el sistema jurídico es ordenado, coherente y racional y, el segundo, que relaciona al derecho con el poder, la violencia, lo oculto y que provoca la ficción de que todas las personas "actúan como si..." y que llega al punto de naturalizar las relaciones sociales y hasta el efecto del mismo derecho. Con estos presupuestos, aborda la cuestión del acceso al poder judicial y del saber y poder en las escuelas de derecho. En el primer caso, sin conciencia de género (y esto vale no sólo para las mujeres) se profundizan en la justicia las exclusiones que rodean a las mujeres y, en el segundo, al no existir cátedras específicas y ni abordamiento desde el género a las que ya existen, se niega un saber que es comprometido con la educación antidiscriminatoria. En este sentido, no se confrontan las teorías y las prácticas para que las cosas se transformen. Este artículo se empata, en este punto, con parte del ensayo de Ávila sobre las facultades de derecho.

Judith Salgado relaciona, de manera bastante comprensible y a la vez sintetiza lo discutido por otras autoras: feminismo, género y derechos humanos. Sostiene que el feminismo no sólo es teoría sino también práctica, y que en la teoría existen varias tendencias que tienen en común la lucha por la eliminación de la discriminación; nos relata la trayectoria de la concepción del género (cuando se distingue sexo de género, el género absorbe al sexo y los regímenes de género en las distintas estructuras sociales); finalmente aborda el tema de los derechos humanos, que tampoco son sólo normas sino también luchas y movimientos sociales, desde una perspectiva crítica.

El tercer acápite trata sobre la metodología de la investigación del derecho desde el género. Creo que –de lo poco que conozco– nadie ha escrito de forma tan consistente como Alda Facio sobre el tema. De manera pedagógica y desmenuzada Facio sugiere seis pasos para analizar el derecho. El primero tiene que ver con el aspecto subjetivo de la persona que investiga. Si ésta tiene conciencia de género y de la subordinación en la construcción social podrá seguir adelante. Si la persona no cree en el género como categoría ni tampoco puede apreciar la discriminación manifiesta en la realidad y que se proyecta en el derecho, no tiene sentido proseguir con los otros

pasos. El paso segundo es la identificación de la forma cómo se manifiesta la discriminación jurídica. El tercer paso es la apreciación de la mujer o del hombre invisibilizado por la norma. El cuarto paso es la identificación del estereotipo. El quinto, que nos invita a salir del típico análisis exegético al que estamos acostumbrados las juristas y los juristas latinoamericanos, tiene que ver con el marco de referencia en el que el derecho se desenvuelve: el componente formal-normativo, el componente estructural y el componente político-cultural. El sexto paso es la colectivización de la investigación, que también es un llamado al derecho transformador, que no se conforma con el análisis sino que tiene que avanzar hacia la denuncia para el cambio. Este texto ya ha sido utilizado en múltiples tesis de pregrado y de postgrado. Mi experiencia es que no siempre se aplican o son útiles todos los pasos, pero sin duda son un referente importante para analizar el derecho. A veces, por ejemplo, el paso cinco por sí solo puede ser suficiente para hacer una buena investigación sobre la interrelación entre derecho, sociedad y realidad.

Un ejemplo del uso de la metodología propuesta por Facio lo encontramos en el artículo de Ramiro Ávila Santamaría. Ese artículo tiene la virtud de ser una construcción colectiva entre estudiantes y profesor y de constituirse, al mismo tiempo, en una pieza de denuncia sobre la opresión que padecen las personas –en género diversas– en una típica facultad de derecho. Por un lado, se analizan normas vigentes en el sistema jurídico ecuatoriano y se puede concluir, desde la perspectiva de género, que son inconstitucionales; por otro lado, se analiza a la facultad de derecho desde la perspectiva de un ambiente masculino donde lo femenino es minimizado, utilizado o burlado y, por tanto, se constituye en un lugar donde se discrimina impunemente.

(3) La tercera parte del libro recoge ensayos en los que se abordan áreas específicas del derecho. Conviene aclarar que, por un lado, no tenemos –por espacio, tiempo y por falta de conocimiento– artículos sobre todas las áreas del derecho. Los artículos recogidos en este libro pretenden demostrar ejemplificativamente que todo derecho y cuerpo normativo podría ser "deconstruido" desde el género. Hemos escogido cuatro áreas: constitucional, penal, familia y derechos humanos. Por otro lado, tampoco, en cada área elegida, agotamos el espectro de lo analizable. Por ejemplo, en derecho penal

hemos escogido un ensayo general y otros específicos sobre el tema del aborto y la violencia, aunque podrían abordarse más temas como el de la víctima, la legítima defensa en casos en los que el género es relevante, la feminización del fenómeno de las drogas y cuestiones  por el estilo.

En el derecho constitucional hemos escogido tres artículos relacionados con la igualdad y la no discriminación. ¿Por qué tanto énfasis en la igualdad y no discriminación? Por varias razones. La una es que la igualdad es un principio clave en el estado constitucional de derechos y justicia; no sólo que tiene relación con la democracia sino también con la vida cotidiana. La otra es que Ecuador, como otros países de la región, es un país evidente y profundamente excluyente y discriminador. Finalmente, sorprende que el litigio desde la igualdad no ha tenido cabida en nuestros sistemas jurídicos, como ha sido notable en lugares como los Estados Unidos. Joan Williams lidia con las concepciones que existen sobre la igualdad y las estrategias utilizadas para lograrla: eliminar privilegios de los hombres y desventajas de las mujeres y deconstruir las normas masculinas. La promesa no es luchar por la igualdad formal o por consideraciones que refuercen los roles, sino por conseguir la igualdad sin discriminación. El ensayo de Marcela Rodríguez pone énfasis en dos derivaciones importantes de la lucha por la igualdad: las acciones afirmativas y la relación de estas con la democracia; justifica de manera sólidamente sustentada las razones que acreditan las acciones afirmativas: justicia compensatoria, justicia distributiva, utilidad social, y responde de manera solvente a las críticas que se han hecho en contra de estas medidas. Se concluye que las cuotas son un mecanismo adecuado para garantizar la igualdad y la democracia sustancial. María José Añón, por su lado, aborda el difícil tema de la distinción y la relación entre igualdad, diferencia y discriminación. Hay veces que, por lograr la igualdad, se puede discriminar y entonces cabe el respeto de la diferencia y que, por el contrario, mantener la diferencia podría ser discriminatorio y, entonces, hay que combatirla. Añón propone algunas distinciones importantes para entender la complejidad del concepto de discriminación, que ayudarán a un mejor diseño normativo o resolución jurisprudencial (directa, indirecta, individual, grupal); finalmente, complementando lo conceptualmente abordado por Rodríguez, aborda el tema de las acciones positivas y la necesidad, en algunos casos, de la diferenciación para la igualdad, especificando las modalida-

des de acción positiva: medidas de concienciación, de promoción de igualdad, cuotas y trato diferencial.

En el derecho penal encontramos –de toda la complejidad que abarca esta área del derecho– cinco ensayos. Uno contextual, dos relativos a la violencia, uno sobre el aborto y otro relacionado al género y al derecho penal internacional. Abrimos el debate jurídico en este tema con el provocativo ensayo del maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, denominado "El discurso feminista y el poder punitivo". Este autor argentino sostiene que el poder punitivo –siempre discriminante– se sostiene en tres vigas maestras: el patriarcado, la cosificación de las víctimas y la violencia. El poder vertical del *pater familia* ha ido evolucionando, consolidándose y perfeccionándose a lo largo de la historia y se ha manifestado en cualquier organización social (feudalismo, capitalismo, socialismo); actualmente ese poder se ejerce desde el Estado y por medio de sus agencias, que tiene como a su más refinado símbolo al poder punitivo del Estado. El patriarcado es el poder de lo masculino, que se ejerce de forma vertical y autoritaria. En la modernidad el Estado remplazó a la víctima, confiscándole el conflicto, y asumió el rol de defensa de la sociedad mediante el derecho penal; las víctimas son meros datos y objetos de investigación. La cosificación se manifiesta, por ejemplo, en las prácticas de interrogatorio, que van desde la tortura hasta la agresión emocional. La cosificación subordina y disciplina. Finalmente, el resultado no puede ser sino la violencia institucional. De parte del feminismo, el discurso se caracteriza por ser antidiscriminatorio. La lucha del feminismo es la eliminación de las diferencias que oprimen y someten, que ha ido desde la visibilización de las mujeres hasta el convertirlas en verdaderos sujetos de derechos. Sin ser el único discurso contra la discriminación, su propuesta es fuerte por algunas razones: abarca más de la mitad de la población mundial, no pierde identidad (como en la edad o el estatus migratorio), su impacto puede alterar sustancialmente la discriminación, tiene poder para penetrar en todo el Estado y es el inevitable complemento de otras categorías discriminatorias (siempre van a existir mujeres negras, niñas, religiosas...). Uno de los principales objetivos de lucha debería ser derrumbar el poder punitivo, por alimentarse de la discriminación. El poder punitivo selecciona a las personas más vulnerables de la sociedad, fragmenta a la sociedad mediante la exclusión, afecta al desarrollo de la personalidad de los individuos que son sometidos a su influencia, refuerza estereoti-

pos y es profundamente violento. ¿Puede un movimiento antidiscriminatorio hacer uso de un mecanismo profundamente discriminatorio? Parecería que no y que sería una autonegación. Por todas estas razones, el discurso fuertemente emancipador de la teoría de género en el derecho cae en una trampa cuando usa el poder penal por dos razones: neutraliza el discurso de género tornándolo controlador (ya no emancipador) y legitima el poder punitivo con todos sus defectos para los derechos humanos. En estas circunstancias, como sugieren algunos movimientos feministas y algunos ensayos de este libro, ¿conviene usar el poder punitivo en alguna circunstancia?

El ensayo de Tamar Pitch sobre el aborto aborda las diferentes formas de enfrentar problemas sociales desde el derecho, que va desde la no regulación, la regulación civil o administrativa hasta la penalización. Pitch, además, hace un recuento histórico sobre el impacto de cada una de las formas de regular el tema, vinculándolo con la diferencia de trato con los hombres y las reacciones y discusiones teóricas que ha provocado. En cuanto a la no regulación, sorprende –en términos absolutamente jurídicos-críticos cuando no morales– que la libertad del hombre con relación a su cuerpo y a su sexualidad haya sido prácticamente absoluta; ¿se justifica, por el contrario, que a la mujer se le haya restringido estas mismas libertades por el hecho de ser madre? La regulación civil tiene que ver con la familia y la administrativa con la permisión del aborto condicionada a la asistencia especializada, en este sentido existe una especie de tutela hacia la mujer y desconfianza en su capacidad para ejercer, por sí misma, derechos y responsabilidades. Finalmente la penalización, que transforma a las mujeres, sujetos de derechos, de víctimas a verdugos; se crea la oposición de un sujeto débil, el feto, con un sujeto arrogante y egoísta, la madre. En el fondo, la penalización es la forma más severa de control sobre la libertad y el cuerpo de la mujer que, en términos proporcionales, si fuese efectiva la ley penal, causaría más daños de los que pretende resolver. El ensayo no esquiva el debate y las nuevas críticas en contra del aborto, tales como la pretensión de los padres para poder opinar sobre la maternidad de la mujer, el momento en el que debe considerarse la protección del ser por nacer, la objeción de conciencia de los médicos en lugares donde el aborto es permitido y la píldora abortiva. El artículo trata también, de forma crítica, el precedente jurisprudencial más famoso y pionero sobre el tema, *Roe v. Wade,* y hace alusión a las regulacio-

nes normativas del sistema italiano. ¿Al final, no será mejor, desde la concepción de derechos, la perspectiva de un sistema jurídico que garantice su ejercicio, en lugar de un sistema represivo? Por su parte, Miguel Carbonell aborda el tema desde el constitucionalismo mexicano, invocando derechos reconocidos en algunos de nuestros sistemas jurídicos, y enfrenta la tensión entre la libertad de procreación y la interrupción voluntaria del embarazo. El ensayo recoge doctrina generada por el órgano mexicano defensor de los derechos de las personas, los órganos competentes de Naciones Unidas y de la jurisprudencia, destacando el fallo *Roe v. Wade* y la evolución jurisprudencial de este innovador precedente. Finalmente concluye que "nadie puede ofrecer una respuesta completa, segura y aceptable por todos, entonces corresponde al derecho –en tanto que ordenamiento objetivo para asegurar la convivencia social pacífica– suministrar el marco jurídico para que todas las opciones de cada persona queden a salvo, sin que nadie pueda imponer en el cuerpo de otro su propio criterio."

Roxana Arroyo y Lola Valladares nos demuestran documentadamente que la violencia contra la mujer ha sido una constante en todos los conflictos armados y sociales. Parten desde una crítica a la percepción de los derechos humanos, que sin duda han sido una conquista, pero que han invisibilizado en la práctica y en la institucionalidad a la mujer como sujeto que ejerce efectivamente sus derechos; de ahí que la denuncia y la exigencia de que la violencia sea considerada como una violación a los derechos humanos. El reconocimiento de que se han violado los derechos mediante la violencia ha sido ya manifiesto en múltiples instancias, en las que ya se han narrado horrendos hechos y en los que se ha declarado a éstos como violación. De igual modo incisivo y con dramáticos ejemplos extraídos de mujeres que han sufrido como víctimas del poder opresivo se pasa revista a todas las manifestaciones de agresión sexual y sus impactos. Además, para llamar la atención de quienes tienen el deber de prevenir, de investigar y sancionar, se determina la obligación de los Estados para combatir la impunidad. Si la sociedad y el Estado no reaccionan ante la violencia contra la mujer, la consecuencia es que se envía un mensaje referente a que las conductas que la provocan, propician o toleran no deben cambiar.

En la misma línea, las autoras mencionadas demuestran que existen tribunales e instancias internacionales que no han sido indiferentes ante el

dolor de miles de mujeres y a la presión jurídica de los movimientos feministas. En el ensayo sobre "violencia y jurisprudencia internacional" se extraen de casos judicializados las reflexiones y decisiones del tribunal para la ex Yugoslavia, del tribunal para Ruanda, de casos conocidos y resueltos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por la Corte Europea de Derechos Humanos. Nos encantaría algún día demostrar que esa preocupación y ese interés se refleja en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Este relato de la jurisprudencia nos demuestra algunos hechos: en primer lugar que los jueces y juezas a nivel internacional han visibilizado la violencia, que seguramente siempre ha existido en todo conflicto armado y social contra las mujeres; en segundo lugar, que se han dado pasos enormes para combatir la histórica impunidad contra las violaciones a los derechos específicos de las mujeres; en tercer lugar, que el movimiento de derechos de las mujeres ha tenido impacto judicial; finalmente, que es posible por la vía judicial reconocer como violación a los derechos humanos y hasta como crímenes atroces a la violencia contra las mujeres.

Margaret Eichler aborda el tema del derecho familiar de una manera que rompe cualquier esquema tradicional. Siempre hemos considerado a la familia a partir de lo que dispone el Código Civil, y a esta familia la podemos considerar tradicional: hombre y mujer casados, hijos, que generan riqueza (sociedad conyugal) y que eventualmente pueden divorciarse (y hay que preocuparse de los bienes y disolver la sociedad conyugal). La verdad es que la familia es más que contrato, hijos y bienes. Por un lado, el derecho civil descuida la calidad de los vínculos familiares, que el movimiento feminista ha logrado conseguir la preocupación pública mediante las leyes especiales que combaten la violencia doméstica; por otro lado, los vínculos jurídicos (parentesco y cónyuges) no coinciden con los vínculos afectivos. En este último punto, Eichler pone el ejemplo de una persona que decide crear vínculos con personas distintas a lo que se considera familia y asume todas las obligaciones que tendría un padre o una madre; ¿al final de la vida, cuando esta persona está en estado de necesidad, las otras personas tienen algún tipo de obligación? Sin duda, de acuerdo al modelo de familia tradicional la respuesta es no. También se podría afirmar que este resultado es injusto. Pensemos ahora en una familia que se permite el lujo de tener una persona que se dedica a las labores de cuidado en la casa sin que esta sea pariente,

digamos que la empleada doméstica o la niñera (que no casualmente siempre son mujeres; cuando pregunto a las mujeres si tolerarían un empleado doméstico o un niñero, la respuesta es no y, cuando hay niñas, categóricamente no), que es quien prepara alimentos, alimenta, acompaña a los deberes, sana, cuida...: ¿esta persona, en otro paradigma, podría ser considerada familia? Para contestar esta pregunta, Eichler pasa por tres modelos de regulación de la familia: patriarcal, de responsabilidad individual y de responsabilidad social, considerando este último como el más justo, racional y práctico, que requiere de mucha precaución al aplicar, y requiere de voluntad política, nuevo marco normativo, seguimiento a la aplicación porque podría incrementar las desigualdades y pueden ocurrir efectos no planeados al insertarse en una cultura jurídica totalmente diversa. ¿Cómo se vería el Código Civil con una concepción familiar como la sugerida en esta propuesta? ¿Sería viable?

En una cuarta área relacionada al derecho laboral, hemos escogido el ensayo de Eleonor Faur, "Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo", que aborda la temática de la conciliación entre los roles productivos y reproductivos de los hombres y las mujeres. Faur no sólo que pone en contexto geopolítico el tema sino también que recorre todas las posibilidades de regulación que se han planteado en nuestra región, señalando con claridad los déficits en las legislaciones; por ejemplo, señala las responsabilidades de cuidado familiar se concentra en las mujeres, que la alusión en las leyes a la obligación de otorgar servicios de cuidado en los trabajo es excepcional, que el tratamiento diferenciado en la maternidad se concentra en la mujer, que existen distinciones injustificables en el otorgamiento de licencias entre hombres y mujeres, que los roles de cuidado se trasladan de mujeres (trabajadoras) a mujeres (empleadas domésticas) que no tienen todas las garantías laborales, que las relaciones laborales están atravesadas por pautas jerárquicas. Luego plantea el dilema que se presenta en cuanto a los roles entre hombres y mujeres, ¿conciliación o conflicto? Tres respuestas: oposición al trabajo de las mujeres (irreconciliable), aceptación pragmática (incomodidad en la reconciliación) o aceptación auténtica (conciliable). Finalmente, en balance, la situación –como en todas las áreas del derecho– no es fácil para las mujeres. Faur concluye afirmando que se requiere un nuevo "contrato sexual" que incluya y supere las políticas labo-

rales para que incluyan la conciliación, la revisión de las políticas culturales, educativas y comunicativas y, no menos importante, la incorporación del hombre como parte del problema y corresponsable en la búsqueda de un nuevo equilibrio.

Cierra esta cuarta parte, una sección dedicada al derecho internacional de los derechos humanos. Dos ensayos fueron seleccionados. Uno relacionado con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y otro relacionado al sistema interamericano de Derechos Humanos. En el primer tema, nadie mejor que Alda Facio para explicar la importancia y el contenido de lo que ella llama "la Carta Magna de todas las mujeres" y ojalá –y esto ya digo yo– de todas las personas en esa lógica de la corresponsabilidad. En el segundo, Cecilia Medina, también una persona autorizada por su experiencia y conocimiento, nos ofrece pautas importantes para hacer un uso más efectivo del Sistema Interamericano de protección de derechos. Comienza afirmando la necesidad de un enfoque distinto a la aproximación de los derechos de las mujeres por medio de la lucha general por los derechos humanos, para lograr el reconocimiento de la dignidad de todas las personas (no específicamente por los derechos de las mujeres); de este modo se asegura legitimidad y fuerza, se garantiza éxito en la lucha, no se tiene que argumentar el fundamento específico por los derechos de las mujeres, y estos logros sólo se conseguirán "si la mujer comienza a utilizar consistentemente la legislación internacional sobre derechos humanos para su propio beneficio". El ensayo aborda los problemas que enfrentan las mujeres en América Latina y las cuatro áreas en las que opera el derecho: la fijación o creación de normas, la promoción, la implementación de las normas a nivel nacional y la protección por medio de órganos internacionales con competencia para investigar y condenar por violación de derechos humanos. Finalmente, concluye afirmando que se debe trabajar en investigación, publicidad, cabildeo y educación en derechos humanos.

En una quinta y última parte, con la intención de que sean instrumentos de respaldo y para que cuando se lean tenga más sentido cada una de sus palabras, decidimos transcribir cuatro documentos internacionales de derechos de las mujeres: la Declaración del Milenio, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW),

el Protocolo Facultativo de la CEDAW y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém do Pará". Estos documentos reflejan, al momento, el desarrollo y la preocupación de la comunidad internacional sobre el género. Nos hubiera encantado, y esa fue una de las propuestas originales, transcribir extractos de sentencias de tribunales internacionales (aunque el ensayo de Arroyo y Valladares suple en algo este vacío al resumir algunos precedentes importantes) y nacionales, pero queda pendiente para otro libro, esperando que este sea acogido por la comunidad jurídica.

He pretendido seguir el curso de una clase para presentar la estructura y brevemente el contenido de un curso y no casualmente de este libro. Sigo con esta idea. Al final de cada semestre, como en todas mis clases, tenemos una sesión de evaluación. En este punto también las diferencias con otras clases son notables. La idea normalmente es saber si se cumplieron los objetivos, si la metodología fue útil, si las lecturas fueron adecuadas y, en fin, para conocer si la clase tuvo sentido. Más de una vez esta sesión se convirtió en una especie sesión de catarsis, de testimonio de crisis existenciales o de rutas de emancipación. Recuerdo el dibujo de una mujer, que en las primeras clases se presentaba como modelo de miembro de una familia feliz, que el último día se había dibujado entre rejas como clamando por libertad. Más de una vez sacamos o contuvimos una lágrima. En fin, mujeres que expresaban su insatisfacción con las relaciones que tenían con sus padres, novios o amistades; hombres que tenían conciencia de lo que se estaban perdiendo al no haber ejercido roles de cuidado con sus hijos e hijas, o que comprendían el por qué no podían relacionarse con sus padres que habían estado ausentes en su infancia.

Un último comentario con relación a mi motivación y preocupación por el género y el derecho: soy hombre y tengo dos hijas. Decir que soy hombre, con la mirada desde el género, significa que estoy consciente de mi situación de privilegios y desventajas en sociedades patriarcales como las nuestras. Tengo el privilegio de poder, irresponsable e impunemente, dejar de ejercer roles sociales importantes, sin los cuales la sociedad sería un desastre. Al mismo tiempo, y paradójicamente, ese privilegio es mi desventaja. Privarse del rol de cuidado es privarse de la afectividad que implica

el desarrollo de vínculos con las personas queridas. Al final, como decía algún escritor famoso, la vida tiene más sentido cuando lo que se acumula no es dinero sino afectos y los afectos se construyen cotidianamente. Y de eso nos perdemos los hombres, de la posibilidad de ser más sensibles, más emocionales, más femeninos, y esto, tarde o temprano, con conciencia o sin ella, lo pagamos, en el peor de los casos, con el abandono y la soledad. Siempre he mirado con cierta envidia la forma profunda con la que se relacionan las mujeres, las hermanas, las amigas, la madre con la hija, y con cierta insatisfacción con la forma como nos relacionamos los hombres: superficialmente, dedicados a comentar sobre lo público (deportes, política, religión, trabajo, sexualidad como trofeo) y a evadir los sentimientos. No es justo ni tiene sentido perpetuar esas diferencias de roles que provocan tanta distinción intolerable. Y tengo dos hijas –decía– Manuela y Nina, que tienen ya su perspectiva de género desde los nombres. Manuela por representar a mujeres que, en Ecuador, ejercieron ya roles importantes y poco tradicionales para su época, que lucharon y que fueron inconformes con su realidad. Nina por significar en quichua que tiene voz, que es escuchada, que "dice", siempre pensando en esa frase de C. Mackinnon quien afirmaba que a las mujeres no se les escucha la voz por tener un pie en sus gargantas. Hemos luchado con mi compañera María Eugenia, con todo lo difícil que el contexto permite, contra la atribución de roles inmodificables, que se transmite mediante las películas, de los colores, de las expectativas de los parientes cercanos, de los roles atribuidos en la escuela, de las formas de vestir, de los juegos, de los regalos y sorpresas de cumpleaños. No es fácil y procuramos que no sea dramático. Pero sí es satisfactorio cuando no siempre son princesas y a veces son dragones, no cuidan bebés sino que también tienen espadas y superpoderes, la fiesta no hacen de barbies sino de héroes, no escogen el rosado sino también el azul o el amarillo, cuando afirman, de vez en cuando, que la vida de las princesas es aburrida y no conviene esperar a que un hombre les bese y se casen y sean felices para siempre. Es decir, tener hijas con el firme deseo de que sean autónomas, libres, desarrollen al máximo sus potencialidades y que su vida no acaben –sin opción distinta– siendo madres, cuidadoras, dependientes de un hombre, sometidas, silenciadas... El género ayuda, abre los ojos, abre puertas mentales, es necesario, es útil.

No tiene sentido perder tanto conocimiento, parte del cual presentamos en este libro, e invisibilizar o negar tanto dolor que ha sido consolidado y perpetuado desde el derecho. No tiene sentido seguir enseñando derecho formal, inútil, alejado de la realidad.

En fin, el género en el derecho y el derecho en la vida...

# I

# Conceptos fundamentales

# 1

# La categoría género

# La definición del género*

Linda McDowell*

**Sumario**

Introducción. **I.** Los estudios feministas. **II.** Una reflexión sobre el género. **2.1.** La distinción entre sexo y género. **2.2.** La absorción del sexo por el género. **III.** El patriarcado, los regímenes de género y la negociación entre los géneros. **IV.** Diversidad, diferencia y deconstrucción. **V.** Las feministas y la geografía. **VI.** Otras lecturas recomendadas.

## Introducción

Si la conceptualización del lugar ha adquirido nuevos matices en los recientes trabajos geográficos, otro tanto podríamos decir de la definición del género. También el enfoque de las estudiosas feministas, algunas de ellas geógrafas, ha pasado de las desigualdades materiales entre los hombres y las mujeres en las distintas zonas del mundo a una llueva convergencia de intereses en el lenguaje, el simbolismo, el sentido y la representación en la definición del género, así como en los problemas de la subjetividad, la identidad y el cuerpo sexuado. Hace unos diez años, revisando la obra de las antropólogas femi-

* Linda McDowell, *Género, identidad y lugar Un estudio de las geografías feministas,* Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, pp. 19-47.

nistas, Henrietta Moore (1988) planteaba que la finalidad de los estudios feministas en su disciplina es analizar «qué significa ser mujer, cómo varía en el tiempo y el espacio la concepción cultural de la categoría "mujer", y cómo influye esa idea en la situación de las mujeres dentro de cada sociedad» (pág. 12). Según Moore, el desarrollo de la idea necesita del concepto de «género» y del concepto de «relaciones de género», es decir, de las distintas definiciones de hombre y mujer, con los correspondientes atributos aceptados de la feminidad y la masculinidad, a través del tiempo y del espacio. El género, según Moore, debe considerarse desde dos perspectivas: «Como construcción simbólica o como relación social».

En realidad, ambos aspectos –el género como significado simbólico y como conjunto de relaciones sociales materiales– son inseparables. Al definir el género, como en el caso de los cambios que acabamos de constatar en la definición del lugar, debemos tener en cuenta que las actuaciones sociales, entre ellas un amplio espectro de interacciones en múltiples lugares y situaciones –por ejemplo, en el trabajo, la casa, el bar o el gimnasio– y las distintas formas de pensar y representar el lugar y el género se relacionan entre sí y se crean unas a otras. Todos actuamos como nos dictan nuestras ideas, que siempre responden a una creación cultural y están histórica y espacialmente situadas. Por ejemplo, mis sentimientos hacia los hombres jóvenes se encuentran condicionados por lo que pienso de su comportamiento, por mi propia experiencia como madre de un adolescente y por mi conocimiento de cómo se comporta la juventud de Cambridge cuando sale de noche. Estos hechos influyen en mi forma de reaccionar frente a ellos y en la suya frente a mí, lo que, a su vez, se refleja en mi comportamiento, mis ideas y mis intenciones futuras, así como en mi modo de captar y comprender el mundo y el puesto que ocupa en él la gente que no es como yo.

Así pues, lo que la sociedad considera un comportamiento propio del hombre o de la mujer influye en la idea que ellos mismos tienen de lo que debe ser masculino y femenino y de cuál es la actitud que corresponde a cada género, a pesar de las diferencias de edad, clase, raza o sexualidad, y estas expectativas y estas ideas cambian de un lugar y un tiempo a otro. Las nociones prácticamente universales, intocables e inalterables de la feminidad sólo son posibles en un icono o una imagen como quizá la de la Virgen María; para todas las demás, las ideas establecidas cambian en el tiempo y el espacio.

Junto al llamado «giro cultural» en los estudios feministas y, desde luego, en la investigación geográfica (Barnes y Duncan, 1992; Duncan y Ley, 1994) –esto es, un mayor énfasis en los símbolos, significados y representaciones–, se ha producido también un cambio en los fines políticos del movimiento feminista desde hace aproximadamente treinta años. Mi intención es ofrecer aquí un resumen de estas transformaciones, necesariamente breve desde el momento en que existen otros lugares donde encontrar un tratamiento más amplio de la historia del feminismo en la geografía (Bondi, 1990, J 992; Duncan, 1996b; Jones III *et al.,* 1997; McDowell, 1992a, 1992b, 1992c; G. Pratt, 1993; G. Rose, 1993; Massey, 1994; Women and Geography Study Group 1984,1997), Y aún más extensos (Alcoffy Potter, 1993; Gunew, 1990, 1991; lackson, 1993; Lovell, 1990; Barrett y PhilIips, 1992; Pollock, 1996). La nueva obra, escrita en colaboración por las integrantes del Women and Geography Study Group (1997), ofrece un excelente punto de partida. Tanto en el resumen que ofrezco en este capítulo como en los capítulos que sigucn se reflejarán estos cambios de enfoque de las geógrafas feministas, en los conceptos y en las teorías y los casos prácticos analizados. En el capítulo final trataré de ilustrar estos cambios de énfasis con un enfoque metodológico, para mostrar no sólo las nuevas cuestiones que se plantea la indagación, sino también los métodos que se utilizan para abordarlas.

## I. Los estudios feministas

La esencia de los estudios feministas estriba en demostrar que la construcción y el significado de la diferenciación sexual constituyen principios organizadores fundamentales y ejes del poder social, así como una parte decisiva de la constitución del sujeto y del sentido individual de la identidad, en tanto que persona con sexo y género. Una de las definiciones más interesantes del pensamiento feminista que he encontrado recientemente es la debida a Griselda Pollock en el prefacio a su selección titulada *Generations and Geographies in the Visual Arts:*

> El feminismo propone a la mujer un compromiso político y un cambio para sí y para el mundo. El feminismo plantea un compromiso para la plena apreciación de lo que las mujeres inscriben, articula e imaginan en formas cultu-

> rales: las intervenciones en el campo del sentido y la identidad que proceden de ese lugar llamado «la mujer» o «lo femenino». El feminismo se refiere también a una revolución teórica en la comprensión de los conceptos de arte, cultura, mujer, subjetividad, política, etc., pero no implica la unidad en el campo teórico, en la perspectiva adoptada o en la posición política. El feminismo se ha identificado con un movimiento de mujeres, lo cual es importante desde el punto de vista histórico, pero en el momento actual su autonomía como lugar en el que se sitúa la cuestión del género adquiere un significado político y teórico especial (1996: XV).

El feminismo, como afirma Pollock con claridad meridiana, es tanto un movimiento político como un campo teorético de análisis. La definición refleja, como no podía ser de otro modo, su propia experiencia de historiadora del arte, y nosotras, como geógrafas y científicas sociales, dedicadas al estudio de las actuaciones políticas y los comportamientos cotidianos –tanto en su aspecto material como en sus intervenciones representacionales– podríamos quizá incluir una frase que implica lo mismo, probablemente después de su segunda proposición. Por otro lado, su definición, además de parecerme excepcionalmente precisa y completa, subraya la diversidad de la teoría feminista, lo que resulta aún más importante como veremos en un momento. No cabe duda de que muchas geógrafas hablan ya de los «feminismos» y las: «geografías feministas», con una preferencia por el plural que manifiesta la diversidad de enfoques y perspectivas. Nótese que el título del libro introductorio escrito en común que antes he mencionado es *Feminist Geographies: Explorations in Diversity and Difference,* mientras que su predecesor de 1984 llevaba el más escueto de *Geography and Gender.*

Pero; como observa Pollock, el feminismo académico no es sólo el lugar en el que se plantean ciertas preguntas sobre el género –su definición, variaciones y efectos–, sino también el espacio al que deberíamos dirigir otras preguntas, esta vez políticas, sobre quién está representado dentro de sus cuatro paredes, como estudiosas y como objetos estudio. De momento, pospondremos el problema de las mujeres en tanto que intelectuales para el final del capítulo, con el objetivo de analizar antes el género como objeto de estudio.

Como afirma Pollock en su libro, «el feminismo ha tenido que luchar mucho y muy duramente para comprender la centralidad organizadora de

la diferencia sexual, con sus resultados de género y sexualidad como uno de los niveles de la constitución subjetiva y social» (1996: 4), y esto no es menos cierto en nuestra disciplina que en otras. Como afirmaba Susan Christopherson (1989), con cierta amargura, en un artículo publicado en *Antipode* –una revista radical de geografía– los problemas relativos al género, la justicia y la igualdad quedaban «fuera del programa» para la mayoría de los geógrafos, incluso para aquellos que se identifican ti sí mismos como radicales interesados en la desigualdad de clase y el cambio social. Hubo que luchar mucho para que los geógrafos de la línea mayoritaria aceptaran las divisiones de género como un eje fundamental de la diferenciación social, al mismo nivel que, por ejemplo, la clase y la raza o la etnicidad. Se asume con excesiva frecuencia que el género es sólo un atributo de la feminidad y, por tanto, un asunto de interés sólo para las estudiosas. Las que damos clases en cursos que versan sobre el género y la geografía (las geografías) o incluso sobre las geografías feministas, o introducimos perspectivas feministas en cursos que tratan de otros temas, por ejemplo, la geografía económica, nos hemos visto muchas veces obligadas a cambiar impresiones para lograr que nuestras clases se tomen en serio o para mantener el interés no sólo de las mujeres, sino también de los hombres.

A estos malentendidos de nuestro trabajo por parte de Ila audiencia habría que añadir otra incomprensión aún mayor. Por lo general, se sobrentiende, erróneamente, que los estudios feministas abordan sólo el género y excluyen cualquier otro eje de constitución y discriminación, lo cual añade un equívoco más. Como subraya Pollock:

> El género no es al feminismo lo que la clase al marxismo o la raza a la teoría poscolonial. En primer lugar, porque feminismos hay muchos, y porque sus alianzas con los análisis de qué es lo que determina la opresión de la mujer son muy variadas. El feminismo socialista siempre se ha ocupado de la cuestión de la clase, mientras que las feministas negras, por ejemplo, incluyen las configuraciones del imperialismo, la sexualidad, la feminidad y el racismo. En su amplitud y su pluralidad, los feminismos tratan de la complejidad y la textura de las configuraciones del poder relacionadas con la raza, la clase, la sexualidad, la edad, la fuerza física, etc., pero necesitan ser también el espacio político y teórico concreto en el que se nombra y se analiza la diferencia sexual como

> eje de poder que opera específicamente, sin concederle prioridad, exclusividad o predominio sobre otros, ni aislarlo Conceptualmente de las texturas de poder y resistencia al poder que constituyen lo social (1996: 3-4).

Sobre la complejidad de tales metas convendría oír de lluevo a Pollock, cuya argumentación plantea también cuestiones tan importantes como difíciles a propósito de la relación que existe entre los análisis teoréticos y la movilización política por el cambio, que, el lector lo recordará, son para ella los dos focos del feminismo, ya que sitúa los intereses de las mujeres en la clase y la etnia. Desde mi punto de vista, no cabe duda de que Pollock tiene razón. Es imprescindible conocer el entramado de relaciones que se produce entre todos los ejes del poder y la opresión social, así como las formas de constitución de las diferencias sexuales y las relaciones de género en el espacio y en el tiempo a causa de su interconexión con los citados ejes de poder, pero debemos insistir, una vez más, en que lo que distingue los estudios *feministas* es la indagación de cómo se constituyen las relaciones de género y las diferencias sexuales y cómo forman una base de poder. Pero eso no es todo, porque si queremos cambiar las relaciones entre el sexo, el género y el poder tendremos que mantener el compromiso político. Las feministas no se conforman con analizar, quieren desmantelar las estructuras que refuerzan la inferioridad de la mujer, y desafiar la definición convencional de la feminidad y la opresión a la que se ve sometida. Como ha sostenido Nancy Miller (1988), las feministas «protestan contra la ficción convencional sobre lo que significa hacerse mujer». Se trata de un proyecto al que, poco a poco, se van sumando los hombres que también quieren poner en tela de juicio las ficciones convencionales de la masculinidad.

El proyecto feminista –su examen teorético de las distintas formas de ser hombre o mujer y su oposición a las opciones convencionales– no es, desde luego, una empresa fácil, dado que pide ni más ni menos que el desmantelamiento de las bases que sostienen las relaciones sociales cotidianas y la mayoría de las instituciones y estructuras de poder, así como de los fundamentos teoréticos de las divisiones convencionales de género. Y ello es así porque el establecimiento de una diferencia de categorías entre las mujeres y los hombres –si las primeras son una cosa, los segundos serán todo lo contrario– se halla profundamente enraizada en nuestro sentimiento de individuos, en las

interacciones cotidianas y en las estructuras institucionales y el pensamiento occidental. A pesar de que cada vez es mayor el reconocimiento de la diversidad y la pluralidad de las experiencias sociales, se reproduce continuamente la tendencia a pensar en una forma distintiva de feminidad para las mujeres, y otra de masculinidad para los hombres. Como sostiene Doreen Massey: «Los dualismos profundamente interiorizados [ ... ] estructuran la identidad personal y la vida cotidiana, y este hecho tiene consecuencias para la vida de otras personas, porque estructura, a su vez, la práctica de las relaciones y las dinámicas sociales, y extrae la codificación de lo femenino y lo masculino de los cimientos sociofilosóficos más profundos de la sociedad occidental» (1995: 492). Aunque las intelectuales feministas han demostrado de un modo convincente su debilidad natural, este sistema binario de las divisiones de género sigue siendo uno de los elementos decisivos del comportamiento de las sociedades contemporáneas. Así, las mujeres y las características asociadas a la feminidad son irracionales, emocionales, dependientes y privadas, y más cercanas a la naturaleza que a la cultura; mientras que los atributos masculinos se presentan como racionales, científicos, independientes, públicos y cultivados. Las mujeres, según suele afirmarse, se hallan a merced del cuerpo y las emociones; los hombres, en cambio, representan la superación de esos aspectos básicos; ellos son a la mente lo que las mujeres al cuerpo.

Como ya han demostrado muchas estudiosas feministas, la diferencia categorial, que es binaria y jerárquica, crea una mujer inferior al hombre, y valora menos los atributos de la feminidad. Esta idea se halla hondamente enraizada en las estructuras del pensamiento occidental, en las instituciones sociales y en la división de las disciplinas sociales; por eso las ciencias económica y política se ocupan de estudiar los atributos públicos del Estado y el mercado, en tanto que las decisiones «privadas», es decir, las que se toman dentro del mundo doméstico, son materia de estudio para la sociología y la psicología. La selección editada por Pateman y Grosz (1987) nos brinda una introducción muy clara a la estructura binaria de la ciencia social de Occidente.

Esa división binaria tiene mucho que ver con la producción social del espacio, con la definición de lo que es un entono «natural» y un entorno fabricado y con las regulaciones que influyen en quién ocupa un determinado espacio y quién queda excluido de él. Como en otras ciencias sociales, las ca-

tegorizaciones binarias también estructuran los estudios geográficos (véanse más ejemplos y análisis en Mackenzie y Rose, 1983; McDowell, 1992a, 1992b; Massey, d994;.G. Rose, 1993; Women and Geography Study Group, 1984; 1997). Es, pues, evidente que las geógrafas feministas nos hemos planteado un proyecto muy ambicioso: derribar primero y reconstruir después las estructuras de nuestra disciplina; de ahí nuestro modo de teorizar y de relacionar las personas con los lugares.

En consecuencia, la finalidad específica de una geografía feminista consiste en investigar y sacar a la luz la relación que hay entre las divisiones de género y las divisiones espaciales, para descubrir cómo se constituyen mutuamente, y mostrar los problemas ocultos tras su aparente naturalidad. Nuestro propósito será examinar hasta qué punto los hombres y las mujeres experimentan de un modo distinto los lugares y los espacios, y mostrar que tales diferencias forman parte de la constitución social tanto del lugar como del género. El propio sentido común nos habla de la existencia de una geografía de las relaciones de género, debido a las enormes variaciones que podemos encontrar de un país a otro, o dentro de un mismo país, en materia de subordinación o de autonomía relativa de las mujeres o del correspondiente poder de los hombres. De igual modo, existe una no menos evidente multiplicidad en la creación social del género, en sus divisiones y en los significados simbólicos asociados a lo femenino y lo masculino. Construir una geogtafía o geografías del género, como apunta Pollock, «consiste en llamar la atención sobre la trascendencia de conceptos como el lugar, el emplazamiento y la diversidad cultural, conectando los problemas relativos a la sexualidad con la nacionalidad, el imperialismo, la emigración, la diáspora y el genocidio» (1996: XII).

Pero las relaciones de género interesan también a las geógrafas porque las divisiones espaciales –público y privado; dentro y fuera– tienen una importancia fundamental para la construcción social de las divisiones de género. La asignación a la mujer de un lugar concreto no es sólo la base de un amplio abanico de instituciones que van de la familia al puesto de trabajo, o del centro comercial a las instituciones políticas, sino también un aspecto esencial del pensamiento ilustrado occidental, de la estructura y división del conocimiento y de los temas que deben estudiarse dentro de tales divisiones.

Veamos una lista de las distinciones binarias en función del género que, sin duda, nos resultará familiar:

| *Masculino* | *Femenino* |
|---|---|
| Público | Privado |
| Fuera | Dentro |
| Trabajo | Casa |
| Trabajo | Recreo-Diversión |
| Producción | Consumo |
| Independencia | Dependencia |
| Poder | Falta de poder |

Ésta es sólo una de las posibles listas de oposiciones binarias, pero podríamos encontrar otras muy parecidas en un análisis cualquiera de las instituciones y las relaciones sociales de la Gran Bretaña actual o en los textos explícitamente feministas. Las características y los atributos asociados a la mujer y a lo femenino se consideran «naturales» y, por tanto, no necesitadas de explicación, o triviales y, por consiguiente, no adecuadas para el análisis académico serio. Recordemos, por ejemplo, el tiempo que tuvieron que invertir las economistas y las sociólogas feministas en convencer a sus colegas de que las tareas caseras son «trabajo», como el que se remunera en fábricas y oficinas, y que, por tanto, debían incluirlo en sus análisis (véase Oakley, 1974; Rowbotham, 1989). Tampoco las actividades relacionadas con el ocio y el consumo han tenido importancia para el análisis geográfico hasta hace relativamente poco tiempo (Wrigley y Lowe, 1996).

Descubrir cuál es el papel que desempeñan los lugares comunes relativos al género en la estructuración del pensamiento y del conocimiento mismo tiene una enorme trascendencia, porque ayuda a replantear la división de los géneros y supone, ni más ni menos, que la reconstrucción del cuerpo de conocimientos de Occidente, es decir, una meta que podría ir más allá de la superación de las desigualdades estructurales entre el hombre y la mujer, aunque, naturalmente, una cosa depende de otra.

Veamos ahora un breve resumen de esta reconstrucción del pensamiento, tanto en nuestra disciplina como en términos más generales.

## II. Una reflexión sobre el género

Desde el resurgimiento del feminismo a finales de los años sesenta se ha introducido y vuelto a definir el término «género», que, en la actualidad, se emplea en dos sentidos distintos aunque relacionados entre sí. Me serviré aquí de la historia de su uso que ha trazado Linda Nicholson (1995) en su esclarecedor ensayo «Una interpretación del género».

### 2.1. La distinción entre sexo y género

En primer lugar, el término «género» se utiliza en oposición al término «sexo». Mientras que el segundo expresa las diferencias biológicas, el primero describe las características socialmente construidas. En 1949, Simone de Beauvoir, la gran feminista y pensadora existencialista francesa, planteó un serio desafío al determinismo biológico en su obra *El segundo sexo,* publicada ese mismo año, donde afirmaba que la mujer no nace, se hace.

«No nacemos mujeres, nos hacemos mujeres. No existe ningún destino biológico, psicológico o económico que determine el papel que un ser humano desempeña en la sociedad; lo que produce ese ser indeterminado, entre el hombre y el eunuco, que se considera femenino es la civilización en su conjunto» (Simone de Beauvoir, 2000).

La posición de la mujer entre el hombre y el eunuco ha merecido tantas críticas como el carácter etnocéntrico de la obra, pero la idea de la feminidad como creación social tuvo una enorme importancia para el resurgir de la segunda época feminista en Gran Bretaña y Estados Unidos. El renacimiento feminista (en la teoría y en la práctica) de los años sesenta, así llamado para distinguirlo de la «primera época», la de la lucha por el sufragio, se inspiró, entre otros, en el libro de Simone de Beauvoir. La idea de la feminidad como creación social tuvo tal resonancia que se adoptó el término «género» para distinguir la «construcción» de la identidad femenina del sexo biológico de la mujer. Así pues, una gran parte de las feministas contemporáneas han dedicado sus mayores esfuerzos a desmentir las aparentemente inmutables diferencias basadas en el hecho biológico, a minar el pensamiento basado en la diferencia absoluta entre el hombre y la mujer, y a demostrar que la supuesta inferioridad femenina en materia de agilidad mental y fuerza f1sica no responde al fenómeno «natural».

La diferenciación entre género y sexo permite teorizar sobre el primero como creación social o cultural del segundo, al tiempo que lo convierte en materia susceptible de cambios. Otras aportaciones decisivas fueron el concepto antropológico de cultura y la evidente naturaleza intercultural de los roles femeninos y masculinos, aunque incluso en este ámbito se dieron por descontados ciertos procesos «naturales». Como escribieron Ortner y Whitehead en 1981:

> Los aspectos naturales del género, y los procesos naturales del sexo y la reproducción, son sólo un telón de fondo, sugerente y ambiguo, de la organización cultural del género y la sexualidad. Qué es el género, qué es un hombre y qué es una mujer, que relaciones existen o deberían existir entre ellos'[ ... ], estos interrogantes no sólo plantean a partir de los «hechos» biológicos reconocidos, sino que son también, y en gran parte, producto de procesos sociales y culturales (pág. 1).

En uno de los artículos mejor conocidos y más influyentes de la segunda época del feminismo, Gayle Rubin (1975) demostró la interrelación de estos procesos a través de lo que denominó el sistema de sexo-género. El sistema consiste en «un conjunto de mecanismos sociales que sirven para transformar la sexualidad biológica en un producto de la actividad humana, y para dar satisfacción a las necesidades sexuales así transformadas» (pág. 159). Mediante tales transformaciones y mediante la regulación social, el «sexo» se convierte en «género». Con una significativa analogía, Linda Nicholson compara este modelo o relación entre el sexo y el género con un «perchero»/El sexo o diferencia biológica seria la estructura básica en la que cada sociedad a lo largo de los distintos periodos históricos ha ido colgando distintas prendas, que son los mecanismos socialmente definidos de las características de género. La gran ventaja de esta distinción estriba en que ha permitido a las feministas criticar la «naturalidad» de las divisiones de género y teorizarlas como hechos susceptibles de cambio. Permitió también plantear las igualdades y las diferencias entre las mujeres, y, para las geógrafas, ayudó a demostrar que las características de género no sólo varían ele un país a otro y de una época a otra, sino también en los espacios y las relaciones de la vida cotidiana. Así por ejemplo, en los bares, los clubes, los parlamentos nacionales, los colegios mayores, las oficinas,

etc., varían tanto el uso de los símbolos como las expectativas del comportamiento apropiado para cada género.

### 2.2. La absorción del sexo por el género

En un segundo y posterior uso, el «género» no se distingue ya del sexo, porque el primer término absorbe al segundo. Nicholson (1995) cita el análisis de Joan Scott sobre esta segunda definición del género en *Gender and the Politics of History*.

> Por tanto, el género es la organización social de la diferencia sexual, lo cual no significa que refleje unas diferencias naturales e inmutables entre el hombre y la mujer; por el contrario, el género sería aquel pensamiento que dota de significado a las diferencias anatómicas [...] Sólo podemos entender las diferencias sexuales como una función de nuestro pensamiento sobre el cuerpo, un pensamiento que nunca es puro, porque no se puede aislar de su relación con un amplio número de contextos discursivos (Scott, 1988: 2).

De este modo, se desmiente el fundacionalismo biológico de la primera perspectiva sobre las diferencias de género, y los atributos de la diferencia sexual supuestamente aplicables en una dimensión universal se revelan como lo que son: «Hechos específicos de la cultura occidental o de ciertos grupos concretos de esa misma cultura» (Nicholson, 1995: 42). Este planteamiento significa lo siguiente:

> No podemos establecer a partir del cuerpo los supuestos culturales de la distinción hombre-mujer [...] las diferencias lo recorren todo [...] y no sólo tienen que ver con los fenómenos que la mayoría asociarnos al género (por ejemplo, los estereotipos culturales de la personalidad y el comportamiento), sino también con las distintas formas de entenderlo culturalmente y con lo que significa ser hombre y ser mujer (pág. 43).

La idea de cuerpo queda, pues, expuesta al análisis y a la teorización no como una constante, sino como un hecho variable. En el capítulo siguiente abordaremos los trabajos más recientes sobre la materia.

## III. El patriarcado, los regímenes de género y la negociación entre los géneros

En los primeros trabajos de las geógrafas feministas, entre otros estudios, el género se ha definido y analizado sobre lodo en el primer sentido, haciendo hincapié en el hecho de que las actuaciones sociales materiales producen unas relaciones de género desiguales. El concepto de patriarcado ha tenido una enorme importancia por su utilidad para vincular el género a la clase y para construir una teoría sobre las razones de la opresión femenina en una amplia muestra de sociedades. En general, el término patriarcado significa la ley del padre, el control social que ejercen los hombres en cuanto padres sobre sus esposas y sus hijas. En el sentido más específico de los estudios feministas, el patriarcado es aquel sistema que estructura la parte masculina de la sociedad como un grupo superior al que forma la parte femenina, y dota al primero de autoridad sobre el segundo. Las sociedades industriales avanzadas presentan numerosas formas de estructurar y reforzar la superioridad y el control de los hombres sobre las mujeres; por ejemplo, a través del ordenamiento jurídico, de los impuestos, del sistema de seguridad social y del comportamiento cotidiano.

Si tomamos el ejemplo del ordenamiento jurídico, vemos que la mujer británica tuvo un estatus legal dependiente durante todo el siglo XIX y hasta bien entrado el XX, ya que su vida y sus propiedades estaban en manos del padre o del marido. Hasta 1885, año en que se aprobó la Married Women's Property Act, la mujer perdía todas sus posesiones, a favor del marido, al contraer matrimonio. El voto femenino no fue posible hasta después de la Primera Guerra Mundial; hasta 1948 no hubo mujeres entre los miembros de pleno derecho de la universidad de Cambridge; no existió el aborto legal hasta 1967, ni tampoco el acceso a la financiación hipotecaria sin aval masculino hasta la década de los setenta.

En su obra *Theorizing Patriarchy* (1990), Walby afirma que las relaciones patriarcales en las sociedades industriales avanzadas se construyen y se mantienen gracias a seis estructuras analíticamente separables, en las que los hombres dominan y explotan a las mujeres: la producción doméstica (los hombres se apropian del valor del trabajo doméstico no remunerado); las relaciones patriarcales en el trabajo remunerado (las mujeres quedan relegadas a las ta-

reas peor pagadas); las relaciones patriarcales en el plano del Estado (los hombres dominan las instituciones y elaboran una legislación claramente desventajosa para las mujeres); la violencia machista; las relaciones patriarcales en el terreno de la sexualidad (los hombres controlan el cuerpo femenino); y las relaciones patriarcales en las instituciones culturales (los hombres dominan tanto la producción y la forma de los distintos medios como las representaciones que éstos ofrecen de la mujer).

La crítica al patriarcado ha pecado de generalismo. En las primeras teorizaciones, el patriarcado se consideraba un aspecto universal de las relaciones entre el hombre y la mujer, de modo que no parecía quedar margen para ningún cambio, ni mucho menos para un intento de liberación por parte femenina. La distinción que establece Walby entre sus seis estructuras evita en parte esa generalización, porque adjudica formas específicas a las relaciones patriarcales en cada rula de las seis esferas que formula, pero incluso esa formulación ha recibido acusaciones de generalización y etnocentrismo (se basa en las sociedades de capitalismo avanzado). Walby también ha recibido críticas por haber ignorado la vinculación entre las relaciones de género y otras divisiones sociales, tales como las que se basan en la etnia, la edad y las orientaciones sexuales diferentes.

En sus últimas formulaciones, Walby acepta las críticas y mantiene la idea de las estructuras interrelacionadas, aunque plantea que esas estructuras o conjuntos de relaciones se conectan de distinta forma en función del lugar y la circunstancia. Sustituye el término «patriarcado» por el concepto de «régimen de género», formado también por los seis grupos de relaciones. Walby distingue dos regímenes principales en las sociedades industriales avanzadas: el régimen doméstico, caracterizado por relaciones patriarcales de índole privada; y el régimen público, dominado por las relaciones patriarcales en ese ámbito. Oigamos cómo describe ambos regímenes:

> El régimen doméstico de género se basa en la producción doméstica como principal estructura y lugar del trabajo femenino, donde se explota su trabajo y su sexualidad, y en la exclusión de las mujeres de la vida pública. El régimen público de género no excluye a las mujeres del ámbito colectivo, pero las subordina dentro de las estructuras del trabajo remunerado y del Estado, mediante la cultura, la sexualidad y la violencia. La vida doméstica

> no deja de ser una estructura importante de la forma pública, pero nunca es la principal. Los beneficiarios de la versión doméstica son en primer lugar los maridos y los padres de las mujeres que están en casa, mientras que en la versión pública se produce una apropiación más colectiva. En su forma doméstica, la principal estrategia del patriarcado es la exclusión de las mujeres del terreno público; en la forma pública, es la segregación y la subordinación. Pero en ambos casos comprobamos la importancia de las seis estructuras, aunque éstas se relacionan entre sí de un modo distinto. Para comprender cualquier régimen de género es imprescindible comprender primero que el género y las relaciones étnicas y de clase se estructuran mutuamente (Walby, 1997: 6).

Pese a la distinción analítica que establece entre sus estructuras, Walby reconoce que coexisten con frecuencia y que las mujeres se encuentran implicadas en ellas a distintos niveles.

> Las distintas formas del régimen de género coexisten como resultado de la diversidad de las relaciones del género con las derivadas de la edad, la clase, la etnia y la región. [En Gran Bretaña] las mujeres mayores se hallan insertas en el régimen doméstico en mayor proporción que las jóvenes. Aquellas mujeres cuyas ocupaciones las sitúan en los grupos socioeconómicos más altos están más cercanas a la forma pública. Las mujeres que han nacido en familias de Paquistán o Bangladesh se encuentran dentro de la forma doméstica, mientras que las mujeres negras de ascendencia caribeña pertenecen más al ámbito público que las blancas (pág. 6).

Según mi opinión, estos regímenes distintos, compuestos de estructuras separadas pero conectadas entre sí, resultan analíticamente útiles para distinguir las cambiantes relaciones de género, especialmente desde que Walby ha incluido las diferencias étnicas y de clase en su última formulación. En los capítulos que siguen examinaré muchas de las áreas y relaciones sociales que aborda Walby, centrándome, por ejemplo, en las relaciones sociales dentro de la casa, y en el papel que desempeñan las relaciones sociales del puesto de trabajo en la construcción de las relaciones de género cuando se trata de un sistema capitalista.

La reciente sustitución que ha realizado Walby del patriarcado por el concepto mucho más matizado de regímenes de género acerca su obra a la de otro importante teórico de las relaciones de género me refiero a Robert Connell, que ha ejercido un fuerte influjo en los estudios feministas, quizá por haber sido uno de los primeros autores en analizar la construcción social de la masculinidad (Connell, 1987, 1995). También él considera útil el concepto de régimen de género, y, como Walby, subraya el cambio y la variedad en sus estructuras. Connell escribe desde una perspectiva gramsciana (Gramsci analizó los aspectos no coercitivos del poder, que operan a través de la cultura, en oposición a las formas más directas y brutales de dominación). En contraste con Walby, que teoriza sobre la coerción y el dominio que ejerce el hombre sobre la mujer en la línea de Marx cuando habla de la opresión de clase, Connell se interesa por las formas de acuerdo y satisfacción cultural, así como por los múltiples modos de creación y mantenimiento de las relaciones de género.

Aunque Connell sostiene que cada sociedad se caracteriza por un régimen de género dominante o hegemónico, que se mantiene relativamente estable a lo largo del tiempo, afirma también la posibilidad de que coexista con otros regímenes opuestos que transgreden los valores establecidos respecto al género y la sexualidad y preparan la vía hacia el cambio. De este modo, supera la crítica al patriarcado como un sistema omnipresente y, al parecer, inasequible al cambio. Por otro lado, afirma que las ideas sobre la sexualidad y los papeles atribuidos a cada género no sólo se sostienen a fuerza de poder y opresión, sino gracias a la satisfacción que encuentran los sujetos en su posición dentro de un régimen de género determinado. Este planteamiento le acerca a la argumentación de aquellas feministas que comienzan a reconocer el hecho de que la creación social de la feminidad proporciona satisfacción e incluso placer a las mujeres, tomadas individualmente (véase, por ejemplo, Coward, 1984).

Los regímenes de género, según Connell, consisten en tres grupos de estructuras, frente a los seis de Walby. Connell distingue relaciones de «a) poder, b) producción, y c) *cathexis* (dependencia emocional) » (1995: 73-4). Por tanto, si, además del dominio impuesto por la fuerza, tal como sostiene Walby, adoptamos el planteamiento de Connell, será más fácil comprender las razones que llevan a los individuos, especialmente a las mujeres, a aceptar,

incluso de buena gana, y defender su situación en el sistema de relaciones patriarcales, lo que antes las feministas mencionaban en tono desaprobador bajo la etiqueta de «connivencia femenina con el patriarcado». Veamos con mayor detalle el modelo tripartito con el que Connell distingue poder, producción y *cathexis:*

> a) Relaciones de poder. El eje principal del poder en el orden de género, tanto en América como en Europa, es la absoluta subordinación de la mujer al dominio masculino, es decir, a la estructura que el Movimiento de Liberación de la Mujer denomina patriarcado. Esta estructura sobrevive en términos generales, a pesar de que en algunas facetas la situación se ha dado la vuelta (por ejemplo, las mujeres que se convierten en cabeza de familia o las maestras que enseñan a estudiantes varones), y a pesar también de las variadas formas de resistencia que actualmente canaliza el feminismo.
>
> b) Relaciones de producción. Las divisiones de género más comunes en el ámbito del trabajo afectan al reparto de las tareas, que a veces alcanza un detallismo extraordinario [ ... ] La misma atención merecen, también en el terreno laboral, las consecuencias económicas de la división del trabajo, es decir, los beneficios que recogen los hombres a partir de una desigual distribución del producto del trabajo social. Este apartado se analiza casi siempre como desigualdad salarial, pero no debemos olvidar que también el capital tiene carácter de género. Una economía capitalista que funciona a través de la división de género en el trabajo es, necesariamente, un proceso de acumulación basado en el género. Por tanto, el hecho de que sean los hombres quienes controlan la mayor parte de las grandes empresas y las grandes fortunas privadas no es un accidente estadístico, sino un aspecto de la creación social de la masculinidad. Aunque parezca poco verosímil, la acumulación de riqueza se halla estrictamente vinculada al terreno reproductivo a través de las relaciones sociales de género.

(Aquí cabría destacar el interés que, de cara a la herencia, demostraron siempre las clases capitalistas en el matrimonio endogámico y la legitimidad de los hijos, En este hecho se basó Engels para analizar el dominio que se ejerce sobre la mujer dentro de la familia, anticipándose en más de un siglo, al trabajo de Connell.)

> c) *Cathexis,* El deseo sexual se considera un hecho tan natural que suele excluirse de las teorías sociales, pero cuando consideramos el deseo en el sentido freudiano, como energía emocional que se fija en un objeto, su carácter de género se hace patente, y esto vale tanto para el deseo heterosexual como para el homosexual. Así, pues, las actuaciones sociales que conforman y realizan el deseo son otros tantos aspectos del orden de género. A este tenor podríamos planteamos ciertos interrogantes políticos sobre las relaciones: ¿Son consensuadas o coercitivas?, ¿Se da y se recibe equitativamente el placer? En los análisis feministas de la sexualidad estas preguntas son imprescindibles para conocer los vínculos de la heterosexualidad con la posición predominante del hombre en la sociedad (Connell, 1995: 74-5).

Vemos, pues, que existen coincidencias muy claras entre el modelo de Walby y el de Connell. Ambos tienen su origen en las teorías marxistas y ambos subrayan las relaciones sociales de producción y reproducción. Si comparamos las estructuras quinta y sexta de Walby –sexualidad y cultura– con la *cathexis* de Connell, comprobamos que el poder aparece en este último como una estructura aparte, pero sostiene las restantes estructuras, mientras que en el caso de Walby la autora reconoce el poder en el terreno de la producción y reproducción, pero ,identifica su manifestación concreta en la violencia masculina contra las mujeres, como una estructura aparte.

A mi parecer, el principal fallo del análisis de Walby es que no explica las razones del apego de la mujer a un hombre: particular o a un orden o régimen de género concreto, Connell, por su parte, lo capta mejor, gracias a su concepto de dependencia emotiva, pero creo que no destaca lo suficiente los casos en que la mujer no puede elegir y no le queda otro remedio que «aceptan» el orden de género dominante. Por esta razón pretendo introducir ahora una tercera vía para comprender los regímenes de género. Al contrario que Walby y Connell, cuyos trabajos se basan en ejemplos tomados de las sociedades industriales avanzadas, Deniz Kandiyoti, en un artículo publicado en 1988, se centra expresamente en las sociedades no europeas. Kandiyoti demuestra un gran interés no sólo por distinguirlas estructuras patriarcales a una escala geográfica muy amplia (por ejemplo, el patriarcado africano del asiático), sino también por explorar las razones que llevan a la mujer a no rebelarse contra el sistema patriarcal, y, para ello, vuelve la mirada a las estruc-

turas familiares en las que las esposas y las viudas dependen de las relaciones patriarcales de parentesco, concluyendo que su interés por apoyar el sistema reside en que va en ello su supervivencia a largo plazo y su bienestar material, aun cuando suponga la opresión para ellas y para sus hijas.

Kandiyoti insiste en que las mujeres que viven bajo esas dos grandes formas de patriarcado ocupan un puesto subordinado pero no necesariamente servil. Pueden trabajar dentro del sistema y hasta cierto punto subvertir las relaciones de patriarcado, de modo que, como Connell, e incluso como Walby en su último trabajo, Kandiyoti reconoce posibilidades de cambio en el régimen de género. Los tres autores insisten en los conceptos de variedad y complejidad, tanto por las múltiples formas en que las relaciones de género producen desigualdades entre el hombre y la mujer como por el número de razones y de fines que pueden inspirar el cambio, e insisten también en la relación entre género, posición de clase y orígenes étnicos. En su libro, *Masculinities* (1995), Connell muestra, por ejemplo, que la idea que los hombres blancos tienen de sí mismos se construye en relación con un concepto idealizado de la masculinidad negra y en oposición a la feminidad blanca (Lynn Segal, 1990, en *Slow Motion* defiende lo mismo), y llega a la conclusión de que las ideas establecidas sobre la feminidad y la masculinidad varían de acuerdo con la clase, la «raza», la época, el país o el continente.

Por tanto, el concepto de regímenes dominantes y oponentes, en sí mismo complejo y variable, nos proporciona un modo útil de investigar la diversidad geográfica de las relaciones de género, del que me serviré en los últimos capítulos. Mi propia indagación empírica, como las de Walby y de Connell, junto con mis lecturas durante su desarrollo, se ha basado en los estudios de casos pertenecientes a las sociedades industriales avanzadas, tal como se reflejará en esta obra. En ciertos momentos introduciré casos estudiados por otros autores en otras sociedades, pero temo que mi conocimiento en ese ámbito sea demasiado limitado para brindar al lector comparaciones globales entre el «norte» y el «sur».

Una última palabra sobre el enfoque estructural antes de emprender nuestro viaje por la historia de las teorías feministas. La consideración del patriarcado y los regímenes de género como un conjunto estructurado de desigualdades se ha visto atacada recientemente desde las rilas del posmodernismo y el deconstructivismo con argumentos sobre la obsolescencia de

las categorías de «hombre» y «mujer» (volveré sobre ello con mayor detalle más adelante) y la imposibilidad de comprender la diversidad y la diferencia a través de las «(grandes teorías». Sin embargo, creo, con Walby, que no hace falta renunciar a ideas de amplio espectro como las relaciones estructuradas para establecer teorías sobre hechos. complejos. Las tres teorías que acabamos de ver reconocen la complejidad de la relación del género con la clase, la edad, la etnia y otros factores tales como la sexualidad, pero desde el momento en que las mujeres, como grupo, están claramente subordinadas a los hombres, como grupo, y éstos las dominan en unas relaciones desiguales, me parece que debemos mantener las teorías sobre las desigualdades estructurales entre grupos sociales. Por muy fluida y muy variada que resulte la creación social de la feminidad y la masculinidad, aún es práctica habitual creer que una de esas creaciones es inferior a otra y que, por tanto, los hombres, como grupo, están implicados en el dominio sobre las mujeres.

## IV. Diversidad, diferencia y deconstrucción

De lo que acabamos de ver, el lector puede deducir con toda claridad que las relaciones de género «son, básicamente, relaciones de poder, desiguales y jerárquicas, y no meras dicotomías o relaciones simétricas y complementarias, como pretenden las categorías del pensamiento común» (De Almeida, 1996: 8). Existen múltiples formas de «crear el género» (West y Zimmerman, 1987), de ser hombre y mujer. Tantas y tan opuestas como las versiones hegemónicas de la feminidad y la masculinidad. Tienen su especificidad geográfica e histórica, y varían en un amplio abanico de escalas espaciales. El propio género es ya objeto de estudio como una variable entre otras o, por mejor decir, como un hecho que se constituye en mutua relación con la clase y la etnicidad (Brewer, 1993; Davis, 1981; Giddings, 1984; Kobayashi y Peake, 1994; Malson et al., 1990; Mirza, 1997; Peake, 1993).

Pese a esta aceptación de la variedad y las diferencias entre las mujeres, un grupo de críticos, influidos especialmente por la teoría postestructural y poscolonial, comenzaron a deconstruir desde la década de los setenta el concepto de género como creación absolutamente estable, partiendo de la crítica de las feministas negras al protagonismo de la mujer blanca en la mayoría de

los estudios y en la práctica política del feminismo. Por ejemplo, en el marco de la lucha política por el derecho de la mujer a disponer de su cuerpo, el acceso gratuito a los métodos anticonceptivos y el aborto fueron siempre demandas fundamentales, pero muchas mujeres de color, esterilizadas contra su propia voluntad, consideraban más importante el derecho a ser fértiles y tener hijos. De igual modo, las lesbianas señalaban el carácter implícitamente heterosexual de gran parte de los trabajos feministas de investigación, y pedían la inclusión de los problemas relacionados con la sexualidad «alternativa». La crítica adquirió cada vez más fuerza gracias al rápido aumento de los trabajos de gays y lesbianas durante la década de los ochenta (Craig, 1992; Fuss, 1990; Herdt, 1992; Kimmel, 1988; Sedgwick, 1990; Simpson, 1994; Weeks, 1986).

Por su parte, las feministas influidas por la teoría posmodema denunciaron que, pese a la crítica del primer feminismo al pensamiento ilustrado, en tanto que reflejo de una concepción del mundo masculina y burguesa, el feminismo actual continuaba manteniendo esa concepción centrada en el sujeto y defendiendo una visión idealizada del progreso social. En un intento de incluir las voces de los desposeídos -un abigarrado conjunto de «otros- en el discurso académico, se discutieron ciertas ideas establecidas (lo que Haraway (1991) llamó «la perspectiva desde ninguna parte»). Algunas críticas poscoloniales como Gayatri Spivak (1988) y Chandra Talpade Mohanty (1991), y las mujeres de color, entre ellas bell hooks (1982), obligaron a las blancas a revisar.el sujeto femenino que aparecía en sus obras, a incluir en sus teorías la complejidad de las identidades de raza y a escribir desde su situación concreta, es decir, no como la «Mujer», sino como las mujeres blancas que eran. Nace entonces un nuevo tipo de estudio feminista, que investiga la «racialización» de la mujer blanca. Vron Ware (1992), por ejemplo, ha estudiado la situación de las mujeres blancas en la India imperial, y Ruth Frankenberg (1993) ha indagado en sus propias ideas y las de otras mujeres de su etnia sobre el racismo durante su periodo de crecimiento como jóvenes blancas en los Estados Unidos de la posguerra.

A esta variedad de puntos de vista vino a sumarse un problema de mayor trascendencia, a medida que las feministas conocían la literatura psicoanalítica y la obra de Michael Foucault. Se llegó entonces a una nueva teorización, en la que el sujeto se hizo contingente y relacional. Este dejó de ser esa iden-

tidad fija y estable que encontramos en el mundo de las relaciones sociales, con su correspondiente género, para convertirse en algo siempre fluido y provisional, en continua conversión. El género se crea y se mantiene a través de un discurso y de unos actos cotidianos. Podríamos agrupar, las distintas versiones de esta tendencia bajo la etiqueta de feminismo deconstructivo, sobre el cual volveré con mayor profundidad en el próximo capítulo. Antes, sin embargo, diré que cuestiona la distinción dicotómica de la diferencia sexual y la división bipolar de los atributos de género. Donna Haraway, por ejemplo, sostiene que «en lo que se considera "femenino" no hay nada que se ajuste naturalmente a la mujer. La propia "feminidad" no es más que un conjunto extremadamente complejo de categorías creadas en el ámbito de un discurso científico sexual, entre otras actuaciones sociales» (1991: 155).

Una de las teóricas más importantes del nuevo análisis feminista del género, Judith Butler, apartándose en cierto modo de Haraway, afirma que los cuerpos sexuados se crean como tales a partir del punto de vista de un género ya dicotomizado –es decir, se da por sentado que existen los dos géneros: el hombre y la mujer– y que el discurso científico y médico consolida la misma identificación para los cuerpos. Según Butler (1990a, 1993), esa construcción se mantiene a lo largo del tiempo gracias a lo que llama comportamiento de género, por el cual la ficción reguladora que representa la heterosexualidad obliga a la mayoría de las personas a comportarse conforme a las normas hegemónicas que definen los roles masculinos y femeninos en cada contexto societal específico. No obstante, cree en la posibilidad de destruir esa creación discursiva o convencional del género bipolar con comportamiento subversivos, entre los que destaca el fenómeno del travestismo. Aunque analizaré estos argumentos con más detalle en el capítulo próximo, adelanto aquí que han planteado preguntas trascendentes sobre la materialidad y la realidad del cuerpo. Comentando estos debates, Caroline New (1997) ha realizado recientemente un intento de devolver la dimensión «real» a la creación discursiva del cuerpo sexuado.

> Afirmo que la diferencia sexual es una realidad, aunque no meramente dicotómica. Sin embargo, no podemos considerar una casualidad que los seres humanos hayan podido dicotomizarla con mayor o menor éxito: las diferencias sexuales tienen, en efecto, una distribución bipolar, como muestran los

> estudios evolucionarios de la sexualidad. Las capacidades y las incapacidades masculinas y femeninas existen realmente, aunque su concreción en los casos particulares dependa de todo el contexto causal (New, 1997: 179).

Por mi parte, estoy de acuerdo con el espíritu de las palabras de New, que, de hecho, presenta una gran afinidad con los conceptos realistas de ciencia que tanta importancia han tenido para nuestra disciplina, aunque no acepto su atribución de la causalidad al contexto. A mi parecer, las relaciones del sexo con el género son histórica y espacialmente contingentes, aunque, como observa New, los cambios biológicos evolucionarios afectan a la diferencia sexual «real». Por tanto, el significado de ser hombre o mujer depende de un contexto, y es relacional y variable, aunque se halle siempre sometido a las leyes y regulaciones de cada época, que establecen lo que está permitido y lo que puede ser un acto transgresor. Por eso, el género, como defiende Lind Alcoff, una politóloga feminista, «no es el punto de partida, en el sentido de una identidad establecida, sino un principio o construcción, formalizable de modo no arbitrario a través de una matriz de hábitos, prácticas y discursos» (1988: 43).

La nueva teoría del género como construcción discursiva y ficción relacional ha sido muy fructífera. En los estudios relativos al puesto de trabajo, por ejemplo, ha facilitado la respuesta a un gran número de preguntas sobre las distintas culturas laborales (cómo se construyen las identidades de género mediante las interacciones cotidianas en el trabajo) y, lo que es muy importante, ha proporcionado una posibilidad de denunciar la desigualdad de las relaciones de género. El reconocimiento de la diversidad y las estrategias de oposición a las ideas establecidas posibilitan un análisis de la subordinación de la mujer en el puesto de trabajo mucho más matizado que el concepto global de dominación patriarcal, e introducen además nuevas vías de investigación sobre la gestualidad, el lenguaje y la presentación del cuerpo (Halford *et al.,* 1997; McDowell, 1997a; Tannen, 1994).

El nuevo estímulo para conceptualizar el género como un hecho fluido ha venido de la mano de las recientes tecnologías de la reproducción o la cirugía reconstructiva: Es como si el género se hubiera liberado de los imperativos del cuerpo o, más precisamente, se hubiera definido de nuevo. El control de la reproducción, por ejemplo, desde la fertilización *in vitro* a los

tratamientos de fertilidad o el alquiler de madres, han hecho del género y la sexualidad algo cada vez más fluido y maleable, casi como una elección, como un aspecto más de la identidad personal. Las mujeres son «libres» de convertirse en madres después de la menopausia o de rehacerse el cuerpo a su gusto, al parecer, con la sola limitación del precio. Es como si hubiéramos llegado, en palabras de la antropóloga feminista Marilyn Strathern (1992), a una época «posterior a la Naturaleza», en la que los tradicionales lazos de sangre, de matrimonio y de parentesco hubieran pasado a ser algo casi irrelevante para la reproducción y la vida familiar.

El éxito del giro «cultural» o deconstructivo del feminismo ha consistido en situar sus ideas sobre la especificidad y la singularidad justo en el centro de un nuevo trabajo comparativo. En este sentido podemos pretender, no sin justicia, a mi modo de ver, que las cuestiones geográficas ganen importancia para los estudios feministas. Esta pretensión no viene sólo del ámbito de la geografía (véase, por ejemplo, Katz y Smith, 1993), sino también de otras disciplinas (véase, por ejemplo, la obra que escribió, en 1996, Kirby, que se dedica a la enseñanza del inglés). En todos estos casos se subraya la importancia del lugar, el emplazamiento y la posición de la persona que habla, los modos de escuchar y de interpretar las voces marginales que hemos ignorado con frecuencia (McDowell, 1992a, 1992b). Las nuevas teorías sobre el sujeto y la deconstrucción de las identidades estables plantean, sin embargo, nuevas dudas sobre la posibilidad de una política y una investigación específicamente feministas. Si ya no existe la categoría estable «mujer», ¿cómo reivindicar sus derechos?

«Son muchas las feministas que han sopesado las consecuencias de este di lema (Fox-Genovese, 1986; Grosz, 1994; Mascia-Lees *et al.,* 1989; McDowell, 1991b). Oigamos, a este propósito, la voz representativa de Linda Alcoff: «¿Qué pedir en nombre de una "mujer" que no existe? ¿Qué lograrían las reivindicaciones sino reforzar el mito de su existencia? ¿Cómo exigir el aborto legal, los medios para una adecuada protección de la infancia o la igualdad salarial, sin recurrir al concepto de "mujer"?» (1988: 420). No hay duda de que se trata de problemas peliagudos, pero yo no los considero insolubles. Nuestra obligación como científicas sociales es descubrir y analizar las estructuras y los procesos mediante los cuales se crean las distinciones y se sitúa a los seres humanos en grupos sociales cuyas relaciones son desiguales.

En las sociedades capitalistas contemporáneas –y con el siglo XX a punto de acabar parece que el capitalismo triunfa en un número cada vez mayor de países– los seres humanos están divididos en clases sociales con oportunidades radicalmente distintas, y, por otro lado, las actitudes racistas y la discriminación racial cierra las puertas a muchas personas de color. Como ya he sostenido en la introducción y trataré de analizar con más detalle en los restantes capítulos, las mujeres, como grupo, tienen muchas menos oportunidades que los hombres, como grupo, e incluso existen sociedades en las que se les niega posibilidad de educación. Prácticamente en todas, las mujeres ganan menos que los hombres y apenas tienen relación con las fuentes de riqueza. Aunque no abrigo la menor intención de pintar a la mujer como una víctima, no puedo dejar de constatar su sometimiento a formas concretas de dominación y violencia. En tales circunstancias, mientras no desaparezcan las diferencias que las discriminan –diferencias de clase y etnicidad, por ejemplo, y de lugar en distintas regiones–, las mujeres tendrán que seguir hablando como mujeres y proclamando la idea de un futuro mejor. Como afirma Nancy Fraser: «Las feministas necesitan tanto la deconstrucción como la reconstrucción; desestabilización de la ideología y proyección de una esperanza utópica» (1991: 175).

## V. Las feministas y la geografía

Como ya ha quedado establecido, los seres humanos, el conocimiento y las instituciones sociales se hallan sujetos a unas divisiones desiguales de genero que, a su vez, los definen. Sean cuales sean las variaciones entre los hombres y el alcance (a veces enorme) de los cambios que ha experimentado la condición femenina de unas décadas a esta parte, los hombres, como grupo, continúan siendo mayoría en la base del poder de las sociedades contemporáneas. y esto vale también para las instituciones académicas. A pesar de aquel periodo decisivo para los estudios feministas que se extendió de comienzos de los setenta a finales de los noventa, y de los enormes cambios en el ámbito de la geografía, que transformaron la naturaleza misma de la disciplina y su forma de relacionarse con el «mundo real», las jefaturas de los departamentos y las cátedras de los comités decisivos siguen en manos de hombres. El

enorme aumento en términos comparativos de mujeres licenciadas (mayoría desde hace unos años en mi propio departamento) no se corresponde (¿aún?) con un aumento similar en la enseñanza y la investigación profesional, aunque cada vez hay más mujeres entre los últimos nombramientos de jóvenes aspirantes en los departamentos ingleses de geografía. Pero entre los grupos de más edad, las mujeres escasean –en Gran Bretaña sólo hay catedráticas en cuatro departamentos de geografía–, y la investigación geográfica a este nivel continúa en manos de los hombres, aunque algunos de ellos (pocos) se muestran tan interesados en las cuestiones relacionadas con la diferenciación geográfica de la feminidad y la masculinidad como muchas geógrafas. Naturalmente, no todas las mujeres se interesan por las cuestiones del género, y sería un grave error, no sólo creerlo, sino pensar que los problemas del «género» son problemas de mujeres. Con todo, me interesa que haya quedado absolutamente claro en las páginas anteriores que los hombres también tienen género.

Los orígenes de la organización feminista en el ámbito de la geografía, por lo menos en el mundo de habla inglesa, datan de los años setenta. Desde el principio se abordaron las dos facetas: una indagación de las geografías del género, y, siempre que fue posible, una actuación alternativa. Así pues, cuando en 1979 se creó, dentro de la asociación profesional británica, el Institute of British Geographers (hoy fundido con la Royal Geographical Society), su doble finalidad fue tanto el estudio teorético de los problemas de género como el compromiso de promocionar a las mujeres dentro de las instituciones académicas. Un compromiso político mayor quizá hubiera asustado en aquel momento al *establishment* geográfico, dejando aparte el hecho de que nosotras mismas lo rechazamos por excesivamente utópico, y, por otra parte, el idealismo de la hermandad universal de las mujeres no resistió la evidencia, cada vez más reconocida en los años ochenta, de las diferencias y las distancias que nos separan también a nosotras. Si las divisiones de clase, etnia, edad y preferencias sexuales, entre otras, hicieron imposible hablar en nombre de todas las geógrafas, qué decir cuando se trata de las mujeres en general.

El compromiso con un proyecto político, no obstante, fue siempre una de las principales finalidades. Los grupos feministas formados por geógrafas en las universidades de Estados Unidos y Canadá también declaraban explí-

citamente su intención de promocionar a las mujeres en el ámbito académico, y durante varios años se realizaron estadísticas para seguir de cerca el movimiento de las mujeres en los puestos institucionales (McDowell y Peake, 1990; Momsen 1980; G. Rose, 1993). Existe en la actualidad un pequeño grupo de feministas declaradas en posiciones de poder, con cátedras de geografía, por ejemplo, en Gran Bretaña, Estados Unidos, Australia y Canadá, pero aún son pocas. Aunque, como ya he apuntado, las estudiantes, al menos en Gran Bretaña, dominan la disciplina al nivel de no licenciadas, la proporción entre los graduados sigue siendo de dos a uno a favor de los hombres. Se ha dicho que la estructura y la práctica de nuestra disciplina tienen algo irremediablemente masculino; en otro contexto, Cosgrove lo denominó «una disciplina de pelo en pecho» (Cosgrove, 1993). En su compromiso con los ideales ilustrados de pensamiento racional y abstracto (véase G. Rose, 1993), la geografía no es, sin duda, distinta a las ciencias sociales o a otros tipos de ciencia, pero quizá sea su relación con los descubrimientos, exploraciones e imperios (Driver, 1992; véase también Stoddart, 1986, y Livingstone, 1992, sobre los orígenes de la geografía), que comparte con la antropología, lo que atraiga de un modo especial a los hombres.

Desde finales de los años setenta se ha producido un acusado aumento de los estudios feministas en la materia, por lo menos han crecido de modo espectacular los trabajos sobre la dominación masculina, y debo decir que ha ocurrido en un tiempo muy breve. En la actualidad se dispone de un grupo de actividades relacionadas con los estudios geográficos feministas: nuevas asignaturas en muchos departamentos, una nueva publicación –*Gender, Place and Culture*– y un número cada vez mayor de ponencias en otras publicaciones (véanse los cambios en *Society and Space,* por ejemplo), nuevos libros (Gregson y Lowe, 1994; Hanson y Pratt, 1995; Massey, 1994; G. Rose, 1993), conferencias (McDowell y Sharp, 1997) y colecciones (Jones III *et al.,* 1997; Women and Geography Study Group 1984, 1997); y las series de *International Studies of Women and Place* (las editoras generales son Janice Momsen y Janet Monk). No menos rápido ha sido el crecimiento de los grupos feministas en las asociaciones profesionales de varios países, especialmente entre las mujeres más jóvenes. No obstante, conviene aclarar que, por lo menos en Gran Bretaña, las pioneras fueron mujeres que habían iniciado sus estudios superiores en la década de los sesenta y que ejercieron una fuerte

influencia en los primeros años, lo cual, naturalmente, no debe sorprender a nadie, dado que fue la época del movimiento feminista y de otras luchas políticas radicales. El feminismo, el antirracismo, el pacifismo y los movimientos estudiantiles se hallaban en pleno auge a finales' de los sesenta.

Ciertos atisbos de la historia de esas mujeres y las razones que las llevaron a interesarse por la geografía feminista aparecen en numerosos escritos. Yo misma entrevisté a Susan Hanson para el *Journal of Geography in Higher Education* en 1993 (McDowell, 1994a), y Susan Hanson y Janice Monk, coautoras de uno de los primeros estudios feministas editados en una publicación estadounidense (Hanson y Monk, 1982), han escrito introducciones, especialmente personalizadas en el caso de Monk, en la nueva colección americana *Thresholds in Feminist Geography* (Jones III *et al.,* 1997). La reflexión sobre su vida y sobre los cambios que ha experimentado la geografía, me llevó a examinar mi propio compromiso con los estudios feministas, y llegué a la conclusión de haber sido feminista durante toda mi vida, aunque no tuviera conciencia de ello durante mis primeros veinte años o no hiciera coincidir después, durante algún tiempo, mi trabajo académico con mis ideas políticas. Crecí en una familia de tres hermanas, donde nuestros padres «trabajaban», ambos cocinaban y se ocupaban de la limpieza de la casa. Creo que no me daba plena cuenta de hasta qué punto mi casa era una excepción, porque el hecho de que mi mejor amiga del colegio recibiera de sus padres un trato muy diferente al que daban a su hermano mayor me producía una enorme perplejidad.

Ann Oakley (1985) ha destacado la importancia que tuvo para muchas mujeres comprometidas desde finales de los sesenta y durante toda la década de los setenta, el momento que ahora se conoce como segunda época feminista, el hecho de haber crecido entre hermanas o haber acudido a institutos femeninos, y mi caso no es una excepción. En efecto, después de acabar los estudios de secundaria en una institución donde sólo estudiaban niñas, pasé tres años en Newnham, un *college* femenino de Cambridge, donde el predominio de las mujeres neutralizaba la atmósfera singularmente masculina del departamento de geografía en aquella universidad y en aquella época (finales de los sesenta y principios de los setenta), donde no había una sola mujer entre el profesorado. Hasta que me trasladé a estudiar a Londres no fui consciente del predominio masculino, ni me vi afectada por ello. En aquel mo-

mento había muy pocas estudiantes y aún menos profesoras en el University College de Londres. Por fortuna, durante mi carrera académica nunca fui la única en ninguno de los departamentos para los que trabajé (aunque durante mis tres primeros años como profesora éramos sólo dos mujeres), y he disfrutado también de apoyo, como miembro que soy del Women and Geography Study Group desde 1979.

Este grupo ha publicado recientemente una segunda obra editada sobre la geografía feminista (1997). Participé en la primera (1984), cuando el trabajo reflexivo, ahora mucho más común, apenas afectaba a la disciplina. Elegimos deliberadamente el anonimato dentro del grupo que produjo los primeros estudios publicados de geografía feminista, y no (me molesta tener que aclararlo) porque quisiéramos escondemos del *establishment,* sino porque más que la autoridad nos interesaba afirmar una voz colectiva. El segundo grupo de estudiosas feministas –en cierta forma solapado con el primero– eligió también la misma estrategia colectiva, aunque, a mi parecer, también se identificaron con mayor claridad. En un fascinante capítulo de su obra *Feminist Geographies: Explorations in Diversity and Difference* (el título refleja, naturalmente, ciertos cambios en los intereses de las feministas, que ya he destacado en este capítulo), titulado «Writing personally», diez geógrafas del Women and Geography Study Group incluyeron datos de su historia personal como feministas. Por mi parte, recomiendo su lectura, y me gustaría que el presente libro –mi contribución al estudio de la geografía feminista– se leyera junto a *Feminist Geographies y Thresholds in Feminist Geography* (Jones III *et al.,* 1997). Hay en estas tres obras muchas coincidencias y muchas discrepancias, pese a estar dirigidas a un mismo grupo de lectores: todos aquellos que comienzan su carrera de geografía y, espero, muchos otros que sientan curiosidad por saber en qué consiste la llamada geografía feminista.

Mi libro es también compañero de *Feminism and Geography,* de Gillian Rose (1993). Mientras que el interés de esta autora se centra sobre todo en el estatus teorético de los estudios geográficos y en su naturaleza de género, mi enfoque aquí está dirigido a los cambios sociales y culturales en las relaciones de género, pero las dos obras se parecen más de lo que haría suponer su argumento, ya que el mayor interés de nuestro trabajo académico es para las dos la reflexión sobre la forma femenina de ver y conocer el mundo. Por otra parte, mis temas y mis aproximaciones reflejan y complementan el en-

foque de *Space, Place, and Gender* (1994), una recopilación de trabajos escritos por Doreen Massey a lo largo de veinte años, donde seguimos el fascinante recorrido de la autora hasta el descubrimiento de sus nuevos intereses y su dedicación a las relaciones de género. He tenido el honor de trabajar con Doreen durante más de diez años, y de ser una de las autoras de su colección, de modo que también nos une una relación personal. Finalmente, colaboré hace poco tiempo con Jo Sharp en la preparación de una colección de lecturas feministas, *Space, Gender, Knowledge* (McDowell y Sharp, 1997), escritas por geógrafas y otras estudiosas con la finalidad de introducir a los estudiantes en algunos trabajos «clásicos» sobre el espacio, el lugar y la identidad; también en este caso espero que resulte una guía útil.

Estas últimas publicaciones han demostrado que existe un público ávido por conocer qué es lo que constituye la feminidad y la masculinidad en los distintos lugares, y cuáles son los cambios que pueden o podrían producirse al final del milenio.

## VI. Otras lecturas recomendadas

Existen muchas introducciones de calidad a las teorías y la investigación feministas, tanto en el ámbito geográfico como en el de otras disciplinas. Aunque ya me he referido a algunas en el texto, quisiera mencionar algunas más. La historia geográfica se ha contado en *Geography and Gender* (Women and Geography Study Group, 1984), *Feminism and Geography* (G. Rose, 1993), en Feminist Geographies (Women and Geography Study Group, 1997), *Thresholds in Feminist Geography* (Jones III et al., 1997) y en *Space, Gender, Knowledge* (McDowell y Sharp, 1997). He proporcionado un resumen de investigaciones realizadas durante los setenta y los ochenta en dos artículos de *Progress in Human Geography* (McDowell, 1992a, 1992b). No obstante, estas obras y estos artículos presentan un enfoque predominantemente centrado en el mundo anglosajón. Existen numerosas revistas sobre el desarrollo de los estudios geográficos feministas en otras sociedades. Lynn Brydon y Sylvia Chant (1989), por ejemplo, Janice Monk (1994) y Janet Momsen, solas (1991) y en colaboración con Janet Townsend (1987) y luego con Vivian Kinnaird (1993), han comenzado a narrar la historia, pero quedan mu-

chos detalles. La publicación *Gender, Place and Culture* anima a las feministas que trabajan en instituciones no occidentales a publicar en sus páginas, y la International Geographic Union's Commission on Gender publica una hoja informativa muy útil de las novedades, tanto en libros como en artículos, debidas a la comunidad internacional de geógrafas feministas. *Progress in Human Geography* incluye también excelentes resúmenes anuales de las recientes investigaciones feministas en materia geográfica.

Para una idea más general de los estudios feministas, el lector puede acudir a Terry Lovell, *British Feminist Thought* (1990), Sneja Gunew, *Feminist Knowledge: Critique and Construct,* a *A Reader in Feminist Knowledge* (Senja Gunew, 1991), a Heide Safia Mirza, *Black British Feminism* (1997), o al reciente y excelente texto de Mary Evans, *An Introduction to Contemporary Feminist Thought* (1997), entre los cuales este último presenta la ventaja añadida de la brevedad. Existen dos excelentes análisis de antropología feminista, que, después de todo, se encuentra muy cerca de la geografia feminista [véanse *Antropología y feminismo,* de Henrietta Moore (1988), y *Gender at the Crossroads of Knowledge,* de Maria de Leonardo (1991)]. Finalmente, para quienes necesiten una ayuda en la comprensión de los términos hay un *Glossary of Feminist Theory,* que resulta muy práctico, editado por Sonya Andermahr et al. (1997), al que, cuando este libro esté en la calle, se habrá unido *A Glossary of Feminist Geography* (McDowell y Sharp, 1999).

# Críticas feministas a la dicotomía público/privado*

Carole Pateman

**Sumario**

Introducción. **I.** Liberalismo y patriarcado. **II.** Naturaleza y cultura. **III.** Moralidad y poder. **IV.** «Lo personal y lo político». **V.** Condiciones de una alternativa feminista al patriarcalismo liberal.

## Introducción

La dicotomía entre lo privado y lo público ocupa un papel central en los casi dos siglos de textos y de lucha política feminista. En realidad, esta dicotomía es aquello sobre lo que trata, fundamentalmente, el movimiento feminista. Pese a que para algunas feministas tal dicotomía es una característica universal, transhistórica y transcultural de la existencia humana, la crítica feminista se refiere, básicamente, a la separación y a la oposición entre las esferas pública y privada en la teoría y la práctica liberal.

La relación entre feminismo y liberalismo es sumamente estrecha, pero también extremadamente compleja. Ambas doctrinas hunden sus raíces en la emergencia del individualismo como teoría general de la vida social; ni el

* Carole Pateman, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado" en *Perspectivas feministas en teoría política,* Carmen Castells(comp.), Buenos Aires, Editorial Piados, 1996, pp. 31-52.

liberalismo ni el feminismo son concebibles sin alguna concepción de los individuos como seres libres e iguales, emancipados de los vínculos asignados y jerarquizados de la sociedad tradicional. Pero aunque liberalismo y feminismo comparten un origen común, a menudo, desde hace más de doscientos años, sus partidarios han sostenido posturas antagónicas. El sentido y el alcance de la crítica feminista de los conceptos liberales de lo público y lo privado han variado enormemente en diversas fases del movimiento feminista. El análisis de estas críticas se complica más porque el liberalismo es esencialmente ambiguo en cuanto se refiere a lo «público» y lo «privado», y feministas y liberales discrepan sobre dónde y por qué se debe trazar la distinción entre las dos esferas, o, según ciertas posturas feministas contemporáneas, si esta distinción debería trazarse en algún lugar.

Con frecuencia se considera que el feminismo no es más que la culminación de la revolución liberal o burguesa, una extensión de los principios y derechos liberales a las mujeres así como a los hombres. Naturalmente, la reivindicación en favor de la igualdad de derechos siempre ha sido una parte importante del feminismo. Sin embargo, el intento de universalizar el liberalismo tiene consecuencias de mayor alcance de las que se acostumbra a considerar, porque al final este intento acaba por cuestionar el liberalismo en sí[1]. El feminismo liberal tiene implicaciones radicales, en cuanto pone en tela de juicio la separación y la oposición entre los ámbitos público y privado, que es fundamental para la teoría y la práctica liberal. El contraste liberal entre privado y público es más que una distinción entre dos tipos de actividades sociales. El ámbito público, y los principios que lo gobiernan, se consideran separados o independientes de las relaciones en el ámbito privado. Un conocido ejemplo de esta afirmación es la larga controversia entre los politólogos liberales y radicales sobre la participación, en la que los radicales niegan el supuesto liberal según el cual las desigualdades sociales del ámbito privado son irrelevantes para las cuestiones relativas a la igualdad política, al sufragio universal y a las libertades civiles asociadas con la esfera pública.

Sin embargo, no todas las feministas son liberales; el «feminismo» va mucho más allá del feminismo liberal. Otras feministas rechazan explícitamente las concepciones liberales de lo privado y lo público, y consideran que

1 El carácter subversivo del feminismo radical ha sido recientemente puesto de manifiesto por Z. Eisenstein, *The Radical Future of Liberal Feminism,* Longman, Nueva York, 1981.

la estructura social del liberalismo es el problema político, no un punto de partida desde el cual se puede reivindicar la igualdad de derechos. Éstas tienen mucho en común con las críticas radicales y socialistas al liberalismo que se fundamentan en teorías «orgánicas» (por usar la terminología de Benn y Gaus)[2], aunque difieren profundamente en su análisis del Estado liberal. En síntesis, las feministas –a diferencia de otros radicales– plantean el problema, generalmente olvidado, del carácter patriarcal del liberalismo.

## I. Liberalismo y patriarcado

La descripción que Benn y Gaus hacen de la idea liberal de lo público y lo privado es un buen exponente de algunos de los principales problemas de la teoría liberal. Estos autores aceptan que lo privado y lo público son categorías centrales del liberalismo, pero no explican por qué estos dos términos son fundamentales o por qué el ámbito privado se contrasta y se opone al ámbito «público» en vez de al «político». De forma similar señalan que la argumentación liberal no deja claro si la sociedad civil es privada o pública si bien, aun sosteniendo que en sus dos modelos liberales la familia es el paradigma de lo privado, dejan sin resolver la cuestión de por qué, en este caso, los liberales también acostumbran a considerar la sociedad civil como privada. La descripción del liberalismo de Benn y Gaus también ejemplifica su carácter abstracto y ahistórico y, en la medida en que esto se omite y se da por supuesto, es un buen exponente de las discusiones teóricas que, hoy por hoy, son objeto de duras críticas por parte de las feministas. La descripción confirma el supuesto de Eisenstein según el cual «invariablemente, la ideología de la vida pública y privada presenta la división entre la vida pública y la privada ... como algo que refleja el desarrollo del Estado liberal burgués y no ordenación patriarcal del Estado burgués»[3].

El término «ideología» resulta adecuado aquí porque la profunda ambigüedad de la noción liberal de lo privado y lo público oculta y mixtifica la realidad social que ayuda a constituir. Las feministas sostienen que el liberalismo está estructurado tanto por relaciones patriarcales como por relaciones

2 S. Benn y G. Gaus, (comps.), *Public and Private in Social Life,* Croorn Helm, Londres y Nueva York, 1983, cap. 2.

3 Eisenstein, *The Radical Future,* pág. 223.

de clase, y que la dicotomía entre lo público y lo privado oculta la sujeción de las mujeres a los hombres dentro de un orden aparentemente universal, igualitario e individualista. La descripción de Benn y Gaus da por supuesto que las ideas liberales captan, con mayor o menor justeza, la realidad de nuestra vida social. No admiten por tanto que el «liberalismo" es un liberalismo patriarcal y que la separación y la oposición entre las esferas pública y privada constituye una oposición desigual entre mujeres y hombres. Así pues, adoptan al pie de la letra el discurso «individualista» de la teoría liberal, si bien desde el período en el que los teóricos del contrato social atacaron a los patriarcalistas, los pensadores liberales continuaron excluyendo a las mujeres del alcance de sus argumentos supuestamente universales[4]. Una de las razones por las que pasó desapercibida dicha exclusión es que la teoría liberal presenta la separación entre lo privado y lo público como si fuese aplicable a todos los individuos por igual. Se suele afirmar –en la actualidad, desde posturas antifeministas, y en el siglo diecinueve por parte de las propias feministas, habida cuenta que la mayoría aceptaban la doctrina de las «esferas separadas»– que ambas esferas son independientes, pero igualmente importantes y valiosas. La distinta manera en que mujeres y hombres están situados en la vida privada y en el mundo público resulta, como es inevitable señalar, un asunto complejo, si bien tras esa complicada realidad persiste la creencia de que la naturaleza de las mujeres es tal que lo correcto es que estén sometidas a los hombres y que el lugar que les corresponde es la esfera privada, doméstica. A su vez, para los hombres lo correcto es que habiten y gobiernen ambas esferas. El argumento esencial de las feministas es que la doctrina de «sepa-

4 J. S. Mill es una excepción a esta generalización, pero Benn y Gaus no mencionan *The Subjection of Women.* Se puede aducir, por ejemplo, que B. Bosanquet aludió, en *The Philosophical Theory of the State* (cap. X, 6), a «las dos personas que son (la) cabeza» de la familia. Sin embargo, Bosanquet habla de Hegel, y no parece percatarse de que la filosofía de Hegel descansa en la explícita, y filosóficamente justificada, exclusión de las mujeres de la jefatura de la familia, así como de su participación en la sociedad civil o en el Estado. La referencia de Bosanquet a las «dos personas» requiere así una crítica sólida y amplia de Hegel, no una mera exposición. Las argumentaciones liberales no pueden universalizarse mediante una referencia simbólica a «mujeres y hombres» en lugar de «hombres». Sobre Hegel, véase P. Mill, "Hegel and "The Woman Question": Recognition and Intersubjectivity», en *The Sexism of Social and Political Theory,* L. Clark y L. Lange (comps.), Toronto, University of Toronto Press, 1979. (Agradezco a Jerry Gaus que me hiciera prestar atención a las observaciones de Bosanquet).

rados pero iguales», así como el patente individualismo e igualitarismo de la teoría liberal, difuminan la realidad patriarcal de una estructura social caracterizada por la desigualdad y la dominación de las mujeres por los hombres.

En teoría, liberalismo y patriarcalismo son doctrinas irrevocablemente antagónicas entre sí. El liberalismo es una doctrina individualista, igualitaria y convencionalista; el patriarcalismo sostiene que las relaciones jerárquicas de subordinación se siguen necesariamente de las características naturales de hombres y mujeres. En realidad, ambas doctrinas llegaron a un punto de conciliación mediante la respuesta que en el siglo diecisiete dieron los teóricos contractualistas a la subversiva cuestión de quiénes debían considerarse individuos libres e iguales. El conflicto con los patriarcalistas no se extendió a las mujeres o a las relaciones conyugales; estas últimas fueron excluidas de los argumentos individualistas y la batalla se libró alrededor de la relación de los hijos varones adultos con sus padres.

Fue Locke en su *Segundo Tratado* quien sentó el fundamento teórico de la separación liberal entre lo público y lo privado. Frente a la postura de Filmer, Locke sostuvo que el poder político es convencional y que sólo se puede ejercer justificadamente sobre individuos adultos, libres e iguales, y con el consentimiento de éstos. El poder político no se debe confundir con el poder paternal sobre los hijos en la esfera privada y familiar, que es una relación natural que llega a su fin con la madurez y, por tanto, con la libertad e igualdad de los hijos (varones). En líneas generales, los comentaristas no suelen advertir que la separación establecida por Locke entre la familia y lo político constituye también una división sexual. Si bien Locke afirmó que las diferencias naturales entre hombres –como, por ejemplo, la diferencia de edad o de talento– son irrelevantes respecto de su igualdad política, coincidía con el supuesto patriarcal de Filmer según el cual las diferencias naturales entre hombres y mujeres implican el sometimiento de éstas a aquéllos o, más concretamente, de las esposas a los maridos. En realidad, cuando al inicio del *Segundo Tratado* Locke afirma que demostrará por qué el poder político es un poder específico da por supuesto que el dominio de los maridos sobre las esposas se incluye en otras formas de poder, no políticas. Locke coincide explícitamente con Filmer en que la subordinación de la esposa a su marido «se basa en la naturaleza», así como en que la voluntad del marido debe prevalecer en el hogar porque es por naturaleza «el más capaz

y el más fuerte»[5]. Pero una persona subordinada por naturaleza no puede ser al mismo tiempo un ser libre e igual. Por tanto, las mujeres (las esposas) son excluidas del estatus de «individuos» y, por tanto, de la participación en el mundo público de la igualdad, el consenso y la convención.

Puede parecer que la separación lockeana entre el poder paternal y el poder político puede caracterizarse también como una separación entre lo privado y lo público. Y ello es así en un sentido, si se considera que la esfera pública abarca toda la vida social, a excepción de la vida doméstica. La teoría lockeana demuestra también cómo las esferas privada y pública se basan en principios de asociación antagónicos, que se manifiestan en el distinto estatus de mujeres y hombres; la subordinación natural es contraria al libre individualismo. La familia se basa en vínculos naturales de sentimientos y de consanguinidad y en el estatus, sexualmente adscrito, de la esposa y del marido (un estatus de madre y padre). La participación en la esfera pública se rige por criterios de éxito, intereses, derechos, igualdad y propiedad universales, impersonales y convencionales; es decir, por los criterios liberales aplicables únicamente a los hombres. Una de las consecuencias importantes de esta concepción de lo privado y lo público es que la teoría liberal (y de hecho, prácticamente toda la teoría política) conceptualiza y trata el mundo público, o la sociedad civil, haciendo abstracción de –o como algo separado de– la esfera doméstica privada.

Llegados aquí conviene subrayar que la crítica feminista contemporánea a la dicotomía entre lo público y lo privado se basa en la misma perspectiva lockeana de las dos categorías; al igual que (en esta interpretación de) la teoría lockeana, las feministas consideran que la vida doméstica es privada por definición. Sin embargo, rechazan el supuesto en virtud del cual la separación entre lo privado y lo público se sigue inevitablemente de las características naturales de los sexos y sostienen, por el contrario, que sólo resulta posible una correcta comprensión de la vida social liberal cuando se acepta que las dos esferas –la doméstica (privada) y la sociedad civil (pública)– presunta-

5 J. Locke, *Two Treatises of Government,* edición a cargo de P. Laslett, segunda edición, Cambridge, Cambridge University Press, 1967, l, § 47; II § 82. El conflicto entre los teóricos del contrato social y los patriarcalistas se aborda con mayor profundidad en T. Brennan y C. Pateman, "Mere Auxiliaries to the Commonwealth": Women and the Origins of Liberalism», en *Political Studies,* vol. 27, 1979, págs. 183-200.

mente separadas y opuestas están inextricablemente interrelacionadas. Dicho de otra forma, que son las dos caras de la misma moneda, el patriarcalismo liberal.

Si, a nivel teórico, feministas y liberales no logran ponerse de acuerdo en una concepción compartida de lo público y lo privado, a otro nivel discrepan profunda y grandemente acerca de dichas categorías. Concretamente, aún hay otro sentido en el que lo privado y lo público distan de ser sinónimos del poder paternal y político de Locke; precisamente porque el liberalismo conceptualiza la sociedad civil prescindiendo de la vida doméstica, esta última sigue siendo «olvidada» en las discusiones teóricas. Así pues, la separación entre privado y público se vuelve a establecer como una división *dentro* de la propia sociedad civil, dentro del mundo de los varones. Por tanto, la separación se expresa de diferentes maneras, no sólo en términos de privado y público sino también, por ejemplo, en términos de «sociedad» y «Estado», de «economía» y «política», de «libertad» y «coerción» o de «social» y «político»[6]. Además, en esta versión de la separación de lo privado y lo público, una categoría, lo privado, empieza a vestir pantalones (por adaptar la metáfora patriarcal de J. L. Austin, esta vez en un contexto apropiado). Como, por ejemplo, señala Wolin en *Politics and Vision*[7], el aspecto público o político de la sociedad civil tiende a perderse.

La vacilante posición de la esfera pública se desarrolla por una muy buena razón: los criterios aparentemente universales que rigen la sociedad civil son en realidad los criterios que se asocian con la noción liberal de individuo

6 Los dos principios de justicia rawlsianos ofrecen un ejemplo de esta división. Rawls sostiene que los principios «presuponen que la estructura social puede dividirse en dos partes más o menos distintas». A estas dos partes no las denomina privada y pública, aunque «las iguales libertades de la ciudadanía» normalmente se denominan libertades «políticas» y las «desigualdades sociales y económicas» de la segunda parte normalmente se consideran parte de la esfera «privada». En la formulación final de Rawls queda claro que los principios se refieren a la sociedad civil y que la familia queda fuera del alcance de los mismos. La parte b) del segundo principio, de igualdad de Oportunidades, no es aplicable a la familia, y la parte a), el principio de la diferencia, puede no serlo. Por ejemplo, a un hijo varón inteligente se le puede enviar a la universidad a expensas de los otros miembros de la familia. (Debo esta última observación a mi discípula Deborah Kearns.) John Rawls, A *Theory of Justice,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1971, págs. 61, 302 [existe traducción castellana, aunque no muy recomendable, en Editorial Fondo de Cultura Económica].

7 S. Wolin, *Politics and Vision,* Londres, Allen & Unwin. 1961.

varón, que se presenta como la noción *del* individuo. Este individuo es propietario de su persona, es decir, se concibe de forma abstracta, prescindiendo de sus relaciones familiares y de las relaciones con sus semejantes. Se trata de un individuo «privado», aunque necesita una esfera en la que poder ejercer sus derechos y oportunidades, procurar por sus intereses (privados) y proteger e incrementar su propiedad. Si, como advirtió Locke, todos los hombres («individuos») actúan de forma ordenada, para promulgar y hacer cumplir leyes equitativas y conocidas por todos se necesita no una mano oculta –¿privada?–, sino un «árbitro» público, o un Estado representativo, liberal. Puesto que el individualismo, como señalan Benn y Gaus, es «el modo dominante de la teoría y del discurso liberal», tampoco resulta sorprendente que lo privado y lo público aparezcan como la pareja «obvia» de las categorías liberales, o bien que lo público pierda sus pantalones y la sociedad civil se considere, por encima de cualquier otra cosa, como la esfera del interés privado, de la empresa privada y del individuo privado[8].

A finales del siglo veinte la relación entre la economía capitalista y el Estado no tiene mucho que ver con la del árbitro y la sociedad civil de Locke, aunque abunda todavía la confusión sobre la frontera entre lo privado y lo público. No obstante, es improbable que esta confusión se resuelva desde dentro de una teoría que «olvida» que sigue estableciendo una frontera entre lo privado y lo público. Una solución al problema consiste en reinstaurar lo político en la vida pública, justamente la respuesta de Wolin o de Habermas en sus más bien opacas consideraciones acerca del «principio» de la esfera pública, una esfera en la que los/as ciudadanos pueden elaborar juicios políticos razonados[9]. A diferencia de estos teóricos, las críticas feministas insisten en que

8 Es también la esfera de la privacidad. J. Reiman, en «Privacy, Intimacy, and Personhood», en *Philosophy and Public Affairs,* vol. 6, 1976, pág. 39, vincula la «propiedad» del propio cuerpo con la idea del «yo» y sostiene que por esto es necesaria la privacidad. Mis comentarios en el texto no explican por qué los pensadores liberales acostumbran a escribir de lo público y lo privado en lugar de lo político. Sólo podría encontrarse una explicación al hecho de someter a un pormenorizado examen las ambigüedades liberales con respecto a lo público y lo político, un examen que supera con mucho la finalidad de este capítulo, aunque el problema se replanteará en el contexto de la consigna feminista «lo personal es lo político».

9 J. Habermas, «The Public Sphere«, en *New German Critique,* vol. 6, n.º 3, 1974, págs. 49-55. Sin embargo, Habermas, al igual que otros autores, prescinde del hecho de que convencionalmente se considera que las mujeres poseen una razón deficiente y, por tanto, no reúnen las condiciones necesarias para participar en un organismo público.

una alternativa a la concepción liberal también ha de abarcar la relación entre la vida pública y la doméstica. La pregunta que plantean las feministas es ¿por qué se «olvida» con tanta facilidad el carácter patriarcal de la separación entre una esfera pública despolitizada y la vida privada?; ¿por qué la separación entre ambos mundos se sitúa dentro de la sociedad civil, de manera que la vida pública se conceptualiza, implícitamente, como la esfera de los hombres?

La respuesta a esta pregunta sólo se puede encontrar examinando la historia de la conexión entre la separación de la producción del ámbito del hogar y la emergencia de la familia como el paradigma de lo privado. Cuando Locke atacó el patriarcalismo (o, mejor dicho, uno de sus aspectos), los maridos eran cabezas de familia, pero sus mujeres desempeñaban un papel activo e independiente en numerosas áreas de la producción. Sin embargo, a medida que se desarrollaba el capitalismo –y con él su forma específica de división sexual, laboral y de clases– las mujeres se vieron confinadas a unas cuantas tareas de bajo estatus o totalmente apartadas de la vida económica, fueron relegadas a su lugar «natural», y dependiente en la esfera familiar, en la esfera privada[10]. En la actualidad, pese a las grandes medidas encaminadas a lograr la igualdad civil, parece natural que las esposas estén subordinadas sólo porque dependen de sus maridos para la subsistencia, hasta el punto que se da por supuesto que la vida social liberal se puede entender sin referencia alguna a la esfera de la subordinación, a las relaciones naturales y las mujeres. Así pues, el antiguo argumento patriarcal derivado de la naturaleza en general y de la naturaleza de las mujeres en particular se transformó, se fue modernizando y se incorporó al capitalismo liberal. La atención teórica y práctica se centró exclusivamente en el ámbito público, en la sociedad civil –en lo «social» o en la «economía»–, dándose por supuesto que la vida doméstica era irrelevante para la teoría social y política o para las preocupaciones de los hombres de negocios. El hecho de que el patriarcalismo es una parte esencial, constitutiva, de la teoría y la práctica del liberalismo queda así oscurecido

10 En el presente Contexto estas observaciones deben ser muy sintéticas. Para un tratamiento más extenso, véase Brennan y Pateman, "Mere Auxiliaries to the Commonwealth», en R. Hamilton, *The Liberatiorn of Women: a Study of Patriarchy and Capitalism,* Londres, Allen & Unwin, 1978; H. Hartmann, "Capitalism, Patriarchy and Job Segregation by Sex», en Signs, vol. 1, n.º 3, parte 2.ª, suplemento primavera de 1976, págs. 137-170; A. Oakley, Housewife, Londres, Allen Lane, 1974, caps. 2 y 3.

por la dicotomía, aparentemente impersonal y universal, entre lo público y lo privado en la propia sociedad civil.

La íntima relación entre lo privado y lo natural pasa desapercibida cuando, como sucede en la descripción de Benn y Gaus, lo privado y lo público se discuten prescindiendo de su desarrollo histórico y también de otras formas de expresar dicha separación estructural fundamental en el liberalismo. Antes he señalado que cuando la separación se sitúa dentro de la sociedad civil, la dicotomía entre lo público y lo privado se explicita de distintas maneras, por lo que un análisis y descripción íntegro del liberalismo debería dar cuenta de dichas variaciones. De forma similar, la visión feminista de lo público y lo privado, así como la crítica feminista de su separación y oposición, emplea en ocasiones estos términos, aunque el argumento se formula también utilizando las categorías de naturaleza y cultura, o bien las de personal y político, moralidad y poder y, naturalmente, las de mujeres y hombres o femenino y masculino. En la conciencia popular (y académica) la dualidad de femenino y masculino sirve a menudo para encapsular o representar la serie (o el círculo) de oposiciones y separaciones característicamente liberales: femenino o (naturaleza, personal, emocional, amor, privado, intuición, moralidad, adscripción, particular, sometimiento); masculino o (cultura, política, razón, justicia, público, filosofía, poder, éxito, universal, libertad). La más fundamental y general de estas contraposiciones identifica mujer con naturaleza y hombre con cultura; diversas feministas contemporáneas han enmarcado sus críticas en estos términos.

## II. Naturaleza y cultura

El patriarcalismo recurre a la naturaleza y al supuesto de que la función natural de las mujeres consiste en la crianza de los hijos/as, lo que prescribe su papel doméstico y subordinado en el orden de las cosas. En el siglo diecinueve, J. S. Mill escribió que la profundidad de los sentimientos que rodean este llamamiento a la naturaleza eran «el más intenso y más arraigado de todos los que agrupan y protegen las antiguas instituciones y costumbres»[11].

11 J. S. Mill, "The Subjection of Women», en *Essays on Sex Equality,* A. Rossi (comp.), Chicago, University of Chicago Press, 1970, págs. 125-242, en la pág. 126.

En la década de 1980, cuando en las democracias liberales las mujeres han ganado la ciudadanía y una considerable igualdad legal ante los hombres, los argumentos del movimiento antifeminista organizado demuestran que el llamamiento a la naturaleza no ha perdido ni un ápice de su resonancia. Desde el siglo diecisiete, algunas voces femeninas se han preguntado insistentemente: «Si todos los hombres han nacido libres, ¿cómo es que todas las mujeres han nacido esclavas?»[12] La respuesta habitual, vigorosamente presentada por Mary Wollstonecraft en *The Vindication of the Rights of Women* (1792) y en la actualidad por las críticas feministas del sexismo de los libros infantiles, la escolaridad y los medios de comunicación, es que las que se entienden por características naturales de las mujeres en realidad son, como dijo Wollstonecraft, «artificiales», un producto de la educación de las mujeres o de su carencia de ella. Sin embargo, ni siquiera los cambios más radicales en la práctica educativa afectarán la capacidad natural y biológica de las mujeres de tener hijos. Esta diferencia entre los sexos es independiente de la historia y de la cultura, y por esto quizá no resulta sorprendente que la diferencia natural, y la oposición entre naturaleza (de las mujeres) y la cultura (de los hombres) haya sido central en algunos conocidos intentos feministas de explicar la aparentemente universal subordinación de las mujeres. Los argumentos que se centran en la oposición naturaleza/cultura pertenecen a dos grandes categorías: el feminismo antropológico y el feminismo radical[13].

En una de las argumentaciones antropológicas más influyentes, Ortner sostiene que la única manera de explicar por qué el valor universalmente asignado a las mujeres y a sus actividades es menor que el asignado a los hombres y sus objetivos es que las mujeres son «un símbolo» de todo aquello «que cualquier cultura define como algo de orden inferior a ella»[14]; es decir, las

12 M. Aſstell, «Reflections on Marriage», publicado en 1706, citado en L. Stone, *The Family, Sex and Marriage in England: 1500·1800,* Londres, Weidenfeld & Nicholson, 1977, pág. 240.

13 «Feministas radicales» es la expresión que se usa para distinguir a las feministas que sostienen que la oposición masculino-femenino es la causa de la opresión de la mujer de las «feministas liberales» y de las «feministas socialistas».

14 S. B. Onner, «Is Female to Male as Nature is to Culture? » en M. Z. Rosaldo y L. Lampere (comps.) *Women, Culture and Society,* Stanford, Stanford University Press, 1974, pág. 72. Ortner no menciona a los autores que en los dos últimos siglos glorificaron la naturaleza y consideraron la cultura como la causa del vicio y de la desigualdad. Sin embargo, el significado que se da al término «naturaleza» en estas argumentaciones es extremadamente complejo y la relación entre mujer y naturaleza dista

mujeres y la vida doméstica simbolizan la naturaleza. La humanidad intenta trascender una existencia meramente natural, de manera que la naturaleza siempre se considera como algo de orden inferior a la cultura. La cultura se identifica con la creación y el mundo de los hombres porque la biología y los cuerpos de las mujeres las acercan más a la naturaleza y porque la crianza de los hijos y las tareas domésticas, su trato con infantes no socializados y con materias primas, hace que tengan un íntimo contacto con ella. Por tanto, las mujeres y la esfera doméstica aparecen como algo inferior a la esfera cultural y a las actividades masculinas, de manera que las mujeres se consideran como seres necesariamente subordinados a los hombres.

No queda claro si Ortner sostiene que las actividades domésticas de las mujeres simbolizan la naturaleza, son parte de ella o si, en lugar de ello, sitúa a las mujeres en una posición mediadora entre la naturaleza y la cultura. Para Ortner, la oposición mujeres/naturaleza y hombres/cultura es en sí misma un constructo cultural y no algo que se da naturalmente; «En realidad, –dice– la mujer no está más próxima (o más lejana) a la naturaleza que el hombre: ambos son seres conscientes, ambos son mortales. Pero, ciertamente, hay razones por las que parece que lo esté»[15]. Sin embargo, Ortner no da suficiente peso al hecho fundamental de que mujeres y hombres son seres sociales y culturales, o a su corolario, de que la «naturaleza» siempre tiene un significado social, un significado que varía además ampliamente en diferentes sociedades y en diferentes períodos históricos. Aun si las mujeres y sus tareas han sido universalmente devaluadas, de ello no se sigue que se pueda comprender ese importante hecho de la existencia humana haciéndonos preguntas formuladas en términos universales y buscando respuestas generales en términos de dicotomías universales. La distinción entre la vida doméstica y privada de las mujeres y el mundo público de los hombres no tiene el mismo significado en la sociedad europea premoderna que en el actual capitalismo liberal; por tanto, considerar las sociedades actuales y las de la época de los/as cazadores-recolectores a partir de una oposición general entre naturaleza y cultura, o público y privado, únicamente puede llevar a poner énfasis en la

de estar clara. Rousseau, por ejemplo, segrega a mujeres y hombres incluso en la vida doméstica porque considera que la naturaleza de éstas es una amenaza a la vida civil (a la cultura). Para algunos comentarios sobre esta cuestión, véase Pateman, C., «The Disorder of Women», en *The Disorder of Women,* Cambridge, Polity Press, 1989, págs. 17-32.

15 Ortner, «Is Female to Male as Nature is to Culture?», pág. 87.

biología o en la «naturaleza». Recientemente, Rosaldo ha criticado las argumentaciones acerca de la subordinación de las mujeres que, como la de Ortner, se basan implícitamente en la cuestión ¿cómo empezó? En su opinión, intentar encontrar una respuesta universalmente aplicable contrapone inevitablemente «mujer» a «hombre» y da pie a la separación de la vida doméstica de la «cultura» o la «sociedad», en virtud de las «funciones presumiblemente panhumanas» que de esa forma se atribuyen a las mujeres[16].

El intento más minucioso de encontrar una respuesta universal a la pregunta de por qué las mujeres están sometidas a los hombres, así como la oposición más clara entre naturaleza y cultura, puede encontrarse en las obras de las feministas radicales que sostienen que la naturaleza es la única causa del dominio de los hombres. La versión más conocida de este argumento se encuentra en *The Dialectic of Sex,* de Firestone, un texto que ilustra también cómo una forma de la argumentación feminista, al tiempo que ataca la separación liberal de lo público y lo privado, se mantiene dentro del marco del individualismo abstracto que contribuye a establecer esa división de la vida social. Firestone reduce la historia de la relación entre naturaleza y cultura, o entre privado y público, a una oposición entre femenino y masculino. Sostiene que el origen del dualismo reside en «la propia biología y en la procreación»[17], una desigualdad natural u original que es la base de la opresión de las mujeres y la fuente del poder masculino. Los hombres, al confinar a las mujeres al espacio de la reproducción (a la naturaleza), se liberaron a sí mismos «para los negocios del mundo»[18] y de esta forma crearon y controlaron la cultura. La solución propuesta consiste en eliminar las diferencias naturales (desigualdades) entre los sexos, introduciendo la reproducción artificial. Entonces, la «naturaleza» y la esfera privada de la familia quedarán abolidas y los individuos, de todas las edades, interactuarán como iguales en un orden cultural indiferenciado (o público).

16 M. Z. Rosaldo, «The Use and Abuse of Anthropology: Reflections on Feminism, and CrossCultural Understanding», en *Signs,* vol. 5, n.º 3,1980, pág. 409. Compárese con D. Haraway, «Animal Sociology and a Natural Economy of the Body Politic, Part 1: A Political Physiology of Dominance», en Signs, vol. 4, n.º 1, 1978, especialmente págs. 24-25.

17 S. Firestone, *The Dialectic of Sex,* Nueva York, W. Morrow, 1970, pág. 8.

18 *Ibid.,* pág. 232. Firestone tampoco consigue distinguir la «cultura» entendida como arte, tecnología, etc., de la «cultura» como la forma general de la vida de la humanidad.

El éxito popular de *The Dialectic of Sex* se debe más a la necesidad de las mujeres de continuar luchando por el control de sus cuerpos y de su capacidad reproductiva que a su argumentación filosófica. El supuesto básico de este libro es que las mujeres sufren necesariamente «una condición biológica fundamentalmente opresiva»[19]. Pero la biología, en sí misma, no es opresiva ni liberadora; la biología, o la naturaleza, representa para las mujeres bien una fuente de sometimiento bien una fuente de libre creatividad únicamente en virtud del significado que le confiere su lugar en unas relaciones sociales específicas. El supuesto de Firestone reduce los conceptos sociales de «mujeres» y «hombres» a las categorías biológicas de «hembra» y «varón», negando así toda importancia a la compleja historia de las relaciones entre hombres y mujeres, o entre las esferas privada y pública. Se basa en una concepción abstracta de un individuo femenino natural, biológico, con una capacidad reproductora que la deja a merced del individuo masculino, quien se supone que tiene un impulso natural para someterla[20]. Esta versión contemporánea de una completa reducción hobbesiana de los individuos a su estado natural conduce a un punto muerto teórico, lo que quizá no constituya una conclusión sorprendente de un argumento que, implícitamente, acepta la premisa patriarcal de que la subordinación de las mujeres está determinada por la naturaleza. La vía hacia adelante no se encontrará en una dicotomía universal entre naturaleza y cultura, entre individuos femeninos o masculinos. Más bien, como sostiene Rosaldo, lo que se necesita es desarrollar una perspectiva teórica feminista que dé cuenta de las relaciones sociales entre mujeres y hombres en estructuras de dominación y de subordinación históricamente específicas, y, podríamos añadir, dentro del Contexto de las interpretaciones específicas de lo «público» y lo «privado».

19. *lbid.,* pág. 255.

20. Debo esta última observación a J. B. EIshtain, "Liberal Heresies: Existentialism and Repressive Feminism", en M. McGrath (comp.), en *Liberalism and the Modern Polity,* Nueva York, Marcel Dekker, 1978, pág. 53.

## III. Moralidad y poder

La larga lucha por el sufragio de las mujeres es uno de los ejemplos teóricos y prácticos más importantes de los ataques feministas a la dicotomía entre lo privado y lo público. Los argumentos sufragistas muestran cómo el intento de universalizar los principios liberales conduce a un cuestionamiento del propio liberalismo, algo que queda especialmente bien ilustrado –aunque de una manera implícita– en los escritos de J. S. MilI. Pese a la enorme atención otorgada a todo lo relativo al voto durante los últimos treinta años, resulta especialmente notoria la poca atención que los estudiosos de la política –tanto en su vertiente teórica como empírica– han dedicado a la significación política y a las consecuencias del sufragio de los hombres y de las mujeres. Sin embargo, en la literatura feminista reciente pueden encontrarse dos perspectivas distintas sobre las implicaciones del sufragio femenino para la separación entre lo público y lo privado. Existe un cierto desacuerdo sobre si el movimiento sufragista sirvió para reforzar la separación sexual de la vida social o si, pese a todo, fue uno de los medios que contribuyó a socavar dicha separación. A mediados del siglo diecinueve, cuando surgió el feminismo como movimiento político y social organizado, la argumentación a partir de la naturaleza se había elaborado y convertido en la doctrina de las esferas separadas; se afirmaba que mujeres y hombres tenían, por naturaleza, un lugar social separado pero complementario e igualmente valioso. La diferencia más notable entre las primeras feministas y sufragistas y las feministas contemporáneas es que, en el siglo diecinueve, casi todo el mundo aceptaba la doctrina de las esferas separadas.

Las primeras feministas se opusieron amargamente a la enormemente desigual posición de las mujeres, pero las reformas que lucharon por alcanzar, como acabar con los poderes legales de los maridos que convertían a sus mujeres en propiedad privada y en personas nulas a efectos civiles, así como la oportunidad de obtener una educación que permitiese que las mujeres solteras pudieran mantenerse, solieron considerarse medios para lograr la igualdad de las mujeres, que permanecerían dentro de su propia esfera privada. El supuesto implícito era que también el sufragio significaba cosas distintas para hombres y mujeres. Esto se percibe claramente

en uno de los alegatos más apasionadamente sentimentales, y antifeministas, de la doctrina de las esferas separadas. En «Of Queens' Gardens», Ruskin afirma que:

> El deber del hombre, como miembro de la comunidad, es colaborar en el mantenimiento, en el progreso y en la defensa del Estado. El deber de la mujer, como miembro de la comunidad, es colaborar en e! orden, en el consuelo y en la bella ornamentación del Estado[21].

Por tanto, la ciudadanía para las mujeres podía considerarse una elaboración de sus tareas privadas y domésticas, de ahí que uno de los principales argumentos de las sufragistas fuera que el voto era un medio necesario de proteger y fortalecer el ámbito concreto de las mujeres (un argumento que cobró peso a finales de siglo, a medida que los legislativos se interesaron cada vez más en temas sociales relacionados con la esfera de las mujeres). Además, tanto los antisufragistas más ardientes como las sufragistas más vehementes coincidían en que las mujeres eran más débiles, aunque más morales y virtuosas, que los hombres. Los antisufragistas defendían, consecuentemente, que conceder el derecho al voto a las mujeres debilitaría fatalmente al Estado, puesto que éstas no podían empuñar las armas o emplear la fuerza; las sufragistas contraargumentaban afirmando que la mayor moralidad y rectitud de las mujeres transformaría el Estado y marcaría el comienzo del imperio de la paz. Todo ello ha llevado a Elshtain a sostener que las sufragistas «fracasaron, aun en sus propios términos» precisamente por aceptar los supuestos de la doctrina de las esferas separadas. Lejos de desafiar la separación de lo público y lo privado, pura y simplemente «perpetuaron las mixtificaciones y los supuestos no cuestionados que sirvieron para armar el sistema en su contra»[22].

Gran parte de la argumentación de Elshtain se presenta en términos de la dualidad de moralidad y poder, una manera de formular la separación de privado y público cuando ésta se encuentra *dentro* de la sociedad civil. Los pensadores liberales suelen contraponer la esfera política (el Estado), la esfera

21. J. Ruskin, "Of Queens' Gardens», en C. Bauer e I. Pitt (comps.), *Free and Ennobled,* Oxford, Pergamon Press, 1979, pág. 17.

22. J. B. Elshtain, "Moral Woman and Inmoral Man: A Consideration of the Public-Private Split and its Political Ramifications», en *Politics and Society,* vol. 4, 1974, págs. 453-461.

del poder, la fuerza y la violencia, a la sociedad (el reino de lo privado), la esfera del voluntarismo, la libertad y la regulación espontánea[23]. No obstante, la argumentación sobre las implicaciones de la superioridad moral de las mujeres, así como el uso que hace Elshtain de la dualidad moralidad y poder, aluden más bien a la separación más fundamental de la esfera privada, doméstica, de la vida pública o sociedad civil. Por consiguiente, la oposición entre moralidad y poder contrapone la fuerza física y la agresión –es decir, los atributos naturales de la masculinidad, que se ven ejemplificados en la fuerza militar del Estado– al amor y al altruismo, los atributos naturales de la feminidad que, paradigmáticamente, se despliegan en la vida doméstica cuando la esposa y madre se erige como la guardiana de la moralidad[24]. Así las cosas, cabe preguntarse si la lucha por el sufragio femenino estaba encerrada en la separación y en las dicotomías del liberalismo patriarcal, dentro de la dualidad de moralidad y poder (que, una vez más, es una forma de expresar la doctrina de las esferas separadas) hasta el punto sugerido por Elshtain. Después de todo, votar es un acto político. De hecho, se ha llegado a considerar como *el* acto político de un ciudadano demócrata liberal, y la ciudadanía es un estatus de igualdad formal, civil o pública.

Una versión diferente del movimiento sufragista se ofrece en un reciente trabajo de DuBois, que sostiene que la razón de que ambas caras de la lucha por la emancipación considerasen el voto como la reivindicación feminista clave era que el voto daba a las mujeres «una conexión con el orden social no basada en la institución de la familia y en su subordinación en ella... En tanto que ciudadanas y votantes, las mujeres podrían participar directamente en

23. Una argumentación reciente basada en dicha contraposición es la de]. Steinberg, *Locke, Rousseau and the Idea of Consent,* Westport, Greenwood Press, 1978, especialmente los capítulos 5 y 7. El énfasis en el consentimiento da una apariencia de moralidad a la esfera privada, que es bastante menos evidente cuando, como suele suceder, se considera que el interés propio es el principio que gobierna la sociedad civil (privada). Si la división dentro de la sociedad civil se considera como libertad (entendida como el propio interés) en oposición al poder, la ubicación de la moralidad dentro de la vida doméstica queda más patente, pero plantea un grave problema de orden para lo público liberal o sociedad civil.

24. Aquí surge un espinoso problema sobre la «naturaleza» y «la naturaleza» de las mujeres, porque a las mujeres se las considera las guardianas de la moralidad y, al mismo tiempo, seres políticamente subversivos por naturaleza. Véase C. Pateman, «The Disorder of Women': Women, Love and the Sense of Justice», *The Disorder of Women,* Cambridge, Polity Press, 1989, págs. 17-32.

la sociedad como individuos, no indirectamente a través de su posición subordinada como esposas y madres»[25]. DuBois subraya que las sufragistas no cuestionaban la «peculiar idoneidad» de las mujeres para la vida doméstica, aunque la reivindicación del voto negaba que las mujeres *sólo* sirviesen, por naturaleza, para la vida privada. Por tanto, la reivindicación del voto alcanzó el núcleo de la acomodación mutua entre patriarcalismo y liberalismo, habida cuenta que lograr el voto significaba que, al menos en un aspecto, las mujeres deberían ser aceptadas como «individuos». De ahí que DuBois sostenga que cuando las mujeres reclamaron un estatus público e igual al de los hombres «desenmascararon y desafiaron el supuesto de la autoridad masculina sobre las mujeres»[26]. Otra consecuencia importante a largo plazo de la concesión del derecho al voto a las mujeres, así como de las otras reformas que desembocaron en la actual posición de las mujeres de (una práctica) igualdad formal política y legal con los hombres, es que la contradicción entre la igualdad civil y la subordinación civil, especialmente la familiar, incluyendo las creencias que ayudan a conformarla, quedan ahora evidenciadas con especial claridad. La separación liberal-patriarcal de las esferas pública y privada se ha convertido en un problema político.

La magnitud del problema se plantea en toda su extensión –y con toda claridad, con la ventaja que da el paso del tiempo– en el ensayo feminista de John Stuart Mill *The Subjection of Women,* así como en sus argumentos en favor del sufragio femenino. El ensayo de Mill demuestra que el supuesto de que el estatus político individual es algo que puede añadirse a la adscripción de las mujeres a la esfera privada, dejando esta última intacta o incluso fortalecida, es, en última instancia, un supuesto insostenible. O, por explicarlo en otros términos, los principios liberales no pueden simplemente universalizarse para abarcar a las mujeres en la esfera pública sin provocar un agudo problema acerca de la estructura patriarcal de la vida privada. Mill demostró teóricamente, al igual que el movimiento feminista reveló en la práctica, que ambas esferas están íntegramente relacionadas y que la plena e igual participación de las mujeres en la vida pública es imposible sin que se produzcan cambios en la esfera doméstica.

25. E. DuBois, «The Radicalism of the Woman Suffrage Movement», en *Feminist Studies,* vol. 3, n.º 1/2, 1975, págs. 64-66.

26 E. DuBois, *Feminism and Suffrage,* lthaca, Cornell University Press, 1978, pág. 46.

En *The Subjection,* Mill sostiene que la relación entre hombres y mujeres, o más específicamente entre maridos y mujeres, constituye una injustificada e injustificable excepción a los principios liberales de libertad e igualdad individual, libre elección, igualdad de oportunidades y asignación de ocupaciones en función del mérito, principios que en su opinión regían otras instituciones sociales y políticas en la Gran Bretaña del siglo diecinueve. La subordinación social de las mujeres era «el único vestigio existente de un viejo mundo de pensamiento y práctica que, por lo demás, ha quedado totalmente refutado»[27]. Al inicio del ensayo Mill critica que se recurra a la naturaleza y sostiene que nada puede saberse sobre las diferencias naturales, de haber alguna, entre mujeres y hombres hasta que se disponga de pruebas de sus respectivos atributos en las relaciones e instituciones donde interactúen como iguales y no como superiores e inferiores. Gran parte de la argumentación de Mill iba dirigida contra los poderes legalmente prescritos de los maridos, que les conferían una posición de amo/esclava respecto de sus mujeres. La reforma legal debería transformar la familia, que convertiría una «escuela de despotismo» en una «escuela de compasión y de igualdad», en una «verdadera escuela de las virtudes de la libertad»[28]. Sin embargo, como han señalado recientes críticas feministas, al final vuelve a caer en la argumentación a partir de la naturaleza que está criticando. Pese a que Mill sostiene que en las circunstancias imperantes de socialización, carencia de formación, de oportunidades ocupacionales y de presiones legales y sociales a las que están sometidas las mujeres, éstas no podían elegir libremente casarse o no, da por supuesto al mismo tiempo que, incluso después de la reforma social, la mayoría de las mujeres seguirán optando por la dependencia marital. Mill afirma que, por lo general, se entenderá que cuando una mujer se casa escoge su «carrera», como sucede cuando un hombre empieza a dedicarse a una profesión: «Ella elige hacerse cargo de un hogar, sostener una familia, como la primera de sus obligaciones ... Renuncia a toda ocupación que no concuerde con las exigencias que esto comporta»[29]. De este modo, Mill omite claramente la cuestión de por qué, si el matrimonio es una «carrera», los argumentos liberales sobre la igualdad (pública) de oportunidades tienen alguna importancia para las mujeres.

27 Mill, *The Subjection,* pág. 146.

28 *Ibid.,* págs. 174-175.

29 *Ibid.,* pág. 179.

Mill planteó la primera medida en favor del sufragio femenino en la Cámara de los Comunes en 1867. Defendió el voto para las mujeres por las mismas dos razones que defendió el voto para los hombres: porque era necesario para la autoprotección, o para la protección de los propios intereses, y porque la participación política aumentaría las capacidades de las mujeres. No obstante, no se acostumbra a percibir que la aceptación de Mill de una división del trabajo sexualmente adscrita, o que la aceptación de la separación entre la vida doméstica y la vida pública, socava desde la base su argumentación en favor del voto de las mujeres. La dificultad obvia de su postura es que las mujeres, en tanto que esposas, estarán básicamente confinadas al pequeño círculo familiar, de manera que no les resultará nada fácil emplear su voto para proteger sus intereses. Las mujeres no serán capaces de aprender cuáles son sus intereses si carecen de experiencia fuera de la vida doméstica. Este punto es aún más crucial para la postura de Mill sobre el desarrollo individual y la formación a través de la participación política. Mill, en lo que Benn y Gaus denominan su «texto liberal por antonomasia», alude al desarrollo de un «espíritu público» por parte de los ciudadanos[30]. En *The Subjection* escribe sobre la superación del individuo «como ser moral, espiritual y social» que se deriva de «la ennoblecedora influencia» del gobierno libre[31]. Se trata de una rotunda afirmación en defensa de la celebración periódica de elecciones, aunque Mill no pensaba que tales consecuencias fuesen sólo un producto del sufragio. Escribió que la «ciudadanía» –entendiendo por ella en este caso sufragio universal– «ocupa sólo un pequeño lugar en la vida moderna y no repercute en los hábitos cotidianos ni en los sentimientos más Íntimos»[32]. Mill prosigue afirmando que la familia (reformada) es la verdadera escuela de la libertad. Sin embargo, esto no es más plausible que el supuesto sobre la votación democrático-liberal. Una familia despótica y patriarcal no es una escuela para la ciudadanía democrática, pero la familia igualitaria tampoco puede, por sí misma, sustituir la participación en una amplia gama de instituciones sociales (especialmente el lugar de trabajo) que Mill, en sus otros escritos políticos y sociales, considera necesarias para la

30 Véase Benn y Gaus, *Public and Private,* cap. 2, en el que se refieren a las *Considerations on Representative Government* de Mill.

31 Mill, *The Subjection,* pág. 237.

32 *Ibid.,* pág. 174.

educación de la ciudadanía. ¿Cómo pueden las mujeres que han «elegido» la vida privada desarrollar un espíritu público? En estas circunstancias, las mujeres serían el paradigma de los seres egoístas, privados, carentes del sentido de la justicia que, según Mill, aparecen cuando los individuos están faltos de experiencia en la vida pública.

La incapacidad de Mill para cuestionar la «natural» división sexual del trabajo socava su defensa de un estatus público igual para las mujeres. En *The Subjection,* su argumentación se basa en una ampliación de los principios políticos al ámbito doméstico, lo que cuestiona inmediatamente la separación de lo privado y lo público, así como la oposición entre los principios de asociación entre las dos esferas. Benn y Gaus no lo hubiesen considerado un pensador liberal «ejemplar» de no haber suscrito, al menos en parte, la ideología patriarcal-liberal de la separación entre público y privado. Por otra parte, al plantear dudas sobre la separación original lockeana entre poder paternal y poder político, y al defender que los mismos principios políticos son aplicables a la estructura de la vida familiar como lo son a la vida política, Mill plantea también una gran pregunta sobre el estatus de la familia. El lenguaje de «esclavos», «señores», «igualdad», «libertad» y «justicia» implica que la familia es una asociación convencional, no natural. Mill no hubiese querido extraer la conclusión de que la familia es algo político, pero muchas feministas contemporáneas lo han hecho. La consigna más popular del movimiento feminista actual es «lo personal es político», lo que no sólo rechaza explícitamente la separación liberal de lo público y lo privado, sino que implica también que no puede ni debe trazarse distinción alguna entre los dos ámbitos.

## IV. «Lo personal y lo político»

La consigna «lo personal es político» ofrece una referencia útil a partir de la que comentar algunas de las ambigüedades de lo público y lo privado en el patriarcalismo liberal y también, a la luz de algunas de sus interpretaciones feministas más literales, para abundar en una concepción alternativa, desde una postura feminista, de lo político. El impacto principal de esta consigna ha sido desenmascarar el carácter ideológico de los supuestos liberales sobre lo privado y lo público. «Lo personal es político» ha llamado la atención de

las mujeres sobre la manera en la que se nos insta a contemplar la vida social en términos personales, como si se tratase de una cuestión de capacidad o de suerte individual a la hora de encontrar a un hombre decente con el que casarse o un lugar apropiado en el que vivir. Las feministas han hecho hincapié en cómo las circunstancias personales están estructuradas por factores públicos, por leyes sobre la violación y el aborto, por el estatus de «esposa», por políticas relativas al cuidado de las criaturas y por la asignación de subsidios propios del Estado del bienestar y por la división sexual del trabajo en el hogar y fuera de él. Por tanto, los problemas «personales» sólo se pueden resolver a través de medios y de acciones políticas.

La popularidad de la consigna y la fuerza que confiere a las feministas se deriva de la complejidad de la posición de la mujer en las sociedades liberal-patriarcales contemporáneas. Se considera que lo privado o personal y lo público o político son independientes e irrelevantes entre sí. La experiencia cotidiana de las mujeres confirma esta separación aunque, simultáneamente, esta experiencia niega y afirma la conexión integral entre ambas esferas. La separación de lo privado y lo público es tanto una parte de nuestras vidas reales como una mixtificación ideológica de la realidad liberal-patriarcal.

La separación de la vida privada doméstica de las mujeres del mundo público de los hombres ha sido algo constitutivo del liberalismo patriarcal desde sus orígenes y, desde mediados del siglo diecinueve, la esposa económicamente dependiente se ha presentado como el ideal para todas las clases respetables de la sociedad. En la actualidad, la identificación de las mujeres con la esfera doméstica queda reforzada por el resurgimiento de organizaciones antifeministas y por la reformulación «científica» que hacen los sociobiólogos de las argumentaciones basadas en la naturaleza[33]. Evidentemente, las mujeres nunca fueron totalmente excluidas de la vida pública, pero la forma en que se produjo su inclusión se basó, con la misma firmeza que su posición en la esfera doméstica, en creencias y prácticas patriarcales. Por ejemplo, no eran pocos los antisufragistas que consideraban que las mujeres podían recibir educación, puesto que así podrían ser buenas madres, y también que debían comprome-

33 Sobre la sociobiología véase, por ejemplo, E. O. Wilson, *Sociobiology: The New Synthesis,* Cambridge, Harvard University Press, 1975 [existe edición castellana de Omega editorial], y S. Goldberg, *The Inevitability of Patriarchy,* 2a edición, Nueva York, W. Morrow, 1974. Para una crítica, véase, por ejemplo, P. Green, *The Pursuit of Inequality,* Oxford, Martin Robertson, 1985, cap. 5.

terse con la política local y la filantropía, puesto que estas actividades, a diferencia del voto, podían considerarse una extensión directa de sus tareas domésticas. En la actualidad, las mujeres todavía siguen teniendo, en el mejor de los casos, una representación meramente simbólica en los organismos públicos relevantes; la vida pública, aunque no totalmente exenta de mujeres, sigue siendo el mundo de los hombres y sigue estando dominada por ellos.

Por otra parte, un gran número de esposas de la clase obrera han tenido siempre que entrar en el mundo público del empleo remunerado para asegurar la supervivencia de sus familias, no en vano una de las características más notorias del capitalismo de posguerra ha sido el empleo de un número siempre creciente de mujeres casadas. No obstante, su presencia sirve para subrayar la continuidad patriarcal existente entre la división sexual del trabajo en la familia y la división sexual del trabajo en el ámbito profesional. Las investigaciones feministas han mostrado que las mujeres trabajadoras se concentran en unas pocas áreas ocupacionales («trabajos propios de mujeres») y en empleos poco remunerados, de bajo estatus y consideración auxiliar[34]. Asimismo, las feministas han llamado la atención sobre el hecho de que los debates sobre la vida laboral, bien desde el *laissez-faire* liberal bien desde el marxismo, dan siempre por supuesto que es posible entender la actividad económica prescindiendo de la vida doméstica. Se «olvida» que el trabajador –que invariablemente se considera que es un hombre– puede estar listo para trabajar y para concentrarse en su trabajo completamente liberado de la cotidiana necesidad de preparar la comida, fregar, lavar y atender a los hijos/as, sólo porque estas tareas son realizadas de forma no remunerada por su esposa. Y si ésta es también una trabajadora asalariada, tiene que dedicar una jornada complementaria a estas actividades «naturales». Por consiguiente, sólo será posible obtener un análisis y una explicación completa de la estructura y de la forma en la que opera el capitalismo cuando, además de la figura del trabajador, se tenga en cuenta también la del ama de casa.

Las feministas han llegado a la conclusión de que, en realidad, los mundos liberales «separados» de la vida privada y la vida pública están interrela-

34 Véase, por ejemplo, en el caso de Australia, K. Hargreaves, *Women at Work,* Hardmonsworth, Penguin Books, 1982; en el de Inglaterra, J. West (comp.), *Women, Work and the Labour Market,* Londres, Routledge & Kegan Paul, 1982; en el de Estados Unidos, Eisenstein, *The Radical Future of Liberal Feminism,* cap. 9.

cionados, conectados por una estructura patriarcal. Esta conclusión pone de nuevo en primer plano el problema del estatus de la esfera «natural» de la familia, que se presupone cercana a –aunque separada de e irrelevante para– las relaciones convencionales de la sociedad civil. La esfera de la vida doméstica está en el corazón de la sociedad civil, no es algo aparte o separado de ella. Que por lo general se considera que esto es así se evidencia en la preocupación contemporánea por la crisis, el declive y la desintegración de la familia nuclear, que se considera el baluarte de la vida moral civilizada. Que la familia sea uno de los principales «problemas sociales» es importante, puesto que lo «social» es una categoría inherente a la sociedad civil y no algo ajeno a ella o, dicho con mayor precisión, es una de las dos caras en las que se puede dividir la sociedad civil; lo social (privado) y lo político (público). Recientemente, Donzelot ha explorado cómo la emergencia de lo social representa también la emergencia del «trabajo social» y de una amplia gama de formas de ordenar (políticamente) la familia, confiriendo a las madres un estatus social y el control sobre sus hijos[35]. También las feministas han investigado cómo está regulada la vida personal y familiar, una investigación que contradice el supuesto liberal convencional en virtud del cual la autoridad del Estado se detiene en el umbral del hogar. Diversos trabajos han demostrado que la familia es una de las principales preocupaciones del Estado y cómo, a través de la legislación relativa al matrimonio y a la sexualidad, así como mediante las políticas del Estado del bienestar, el poder del Estado presupone y mantiene el estatus subordinado de las mujeres[36].

Estas críticas feministas a la dicotomía entre privado y público subrayan que estas categorías aluden a dos dimensiones interrelacionadas de la estructura del patriarcalismo liberal; no necesariamente sugieren que no pueda o no deba trazarse ninguna distinción entre los aspectos personal y político de

35 J. Donzelor, *The Policing, of Families,* Nueva York, Pantheon Books, 1979. "Lo que más sorprende es el estatus que "lo social" ha ganado en nuestras mentes, como algo que damos por supuesto», pág. XXVI.

36 Sobre el matrimonio, véase, por ejemplo, D. L. Barker, «The Regulation of Marriage: Repressive Benevolence», en G. Littlejohn et al. (comps.), *Power and the State,* Londres, Croom Helm, 1978; sobre la violación, véase C. Pateman, "Women and Consent», en *The Disorder of Women,* Cambridge, Polity Press, 1989, cap. 4, y A. G. ]ohnson, "On the Prevalence of Rape in the United States», en *Signs,* vol. 6, n.º 1, 1980, págs. 136-146; sobre el Estado del bienestar, véase, por ejemplo, E. Wilson, *Women and the Welfáre State,* Londres, Tavistock, 1977.

la vida social. Sin embargo, la consigna «lo personal es político» se puede tomar en sentido literal. Por ejemplo, Millett rechaza implícitamente en *Sexual Politics* la distinción lockeana entre poder paternal y poder político. En ciencia política, lo político se acostumbra a definir en términos de poder, pero los politólogos invariablemente se resisten a llevar su definición a su conclusión lógica. Millett coincide con la definición pero, por el contrario, sostiene que todo poder es político, de manera que, puesto que los hombres ejercen su poder sobre las mujeres en multitud de formas en la vida personal, tiene sentido hablar de «política sexual», y de «dominio sexual que... proporciona el concepto de poder más fundamental de todos»[37]. Lo personal se convierte en lo político. Este enfoque ilumina muchos aspectos desagradables de la vida doméstica, especialmente su violencia, que con demasiada frecuencia permanece oculta, aunque no represente un gran avance en la crítica al liberalismo patriarcal. Así como las feministas radicales intentan eliminar la naturaleza, una de las caras de la dicotomía. Millett intenta eliminar el poder, emulando así la visión sufragista de una transformación moral de la política. Pero esto no contribuye en nada a cuestionar la asociación (o identificación) liberal de lo político con el poder, ni para cuestionar la asociación de las mujeres con el lado «moral» de la dualidad.

Otras feministas han rechazado también la identificación de lo político con el poder. En algunas ocasiones, conservando en sus mentes el patriarcalismo liberal, se limitan a sostener que, propiamente entendida, la vida política es intrínsecamente femenina[38]. Por otra parte, el rechazo feminista del poder «masculino», que produce un resultado más relevante, se basa también en una idea alternativa de lo político. Se sostiene que lo político es «el ámbito de los valores y de la ciudadanía compartidos»[39] o que «comprende valores compartidos y preocupaciones cívicas en las cuales el poder no es más que uno de sus aspectos»[40]. Estas ideas aún no están desarrolladas desde una perspectiva feminista, aunque están Íntimamente relacionadas con los argumen-

37 K. Millett, *Sexual Polities,* Hart-Davis, Londres, 1971, págs. 25-26.

38 N. McWilliams, «Contemporary Feminism, Consciousness Raising and Changing Views of the Political», en J. Jaquette (comp.), *Women ln Politics,* Nueva York, Wiley, 1974, pág. 161.

39 *Ibid.*

40 L. B. Iglitzin, .The Making of Apolitical Woman: Feminity and Sex-Stereotyping in Girls», en Jaquette, *Women in Politics,* pág. 34.

tos de las críticas del liberalismo que deploran la despolitización de la sociedad civil o que el liberalismo haya perdido un sentido específico de lo político. Por ejemplo, Habermas defiende una comunicación pública y compartida, que permita que los problemas políticos se puedan evaluar racionalmente; Wolin, por su parte, señala que lo «público» y lo «común» son «sinónimos de lo que es político», de manera que «una de las cualidades esenciales de lo político ... es su relación con lo que es «público"»[41]. Estos críticos y algunas feministas coinciden en que lo que no es personal es público, y en que lo que es público es político. Ello implica que no existe división alguna dentro de la sociedad civil, que es el reino de la vida pública, colectiva, común y política de la comunidad. Sin embargo, la argumentación se acostumbra a desarrollar sin considerar en absoluto cómo esta concepción de la esfera pública-política está relacionada con la vida doméstica, o sin indicación alguna de que se plantee tal problema. Lo que puede decirse es que, pese a que lo personal no es lo político, las dos esferas están interrelacionadas, son dimensiones necesarias de un futuro orden social democrático feminista.

## V. Condiciones de una alternativa feminista al patriarcalismo liberal

Las críticas feministas de la oposición liberal-patriarcal de lo privado y lo público plantean cuestiones teóricas fundamentales, así como complejos problemas prácticos relativos a cómo lograr una transformación social radical. Pero una objeción a los planteamientos feministas niega que nuestro proyecto sea siquiera razonable. Por ejemplo, desde una posición favorable al feminismo, Wolff ha afirmado recientemente que superar la separación de las dos esferas presenta un problema intrínsecamente insoluble. «Luchar contra la división no tiene sentido», lo máximo que se puede lograr son ajustes *ad hoc* del orden existente. La separación de lo público y lo privado se deriva de dos «concepciones totalmente incompatibles pero igualmente plausibles de la naturaleza humana». Según una de ellas, «el hombre (*sic*) es esencialmente racional, atemporal y ahistórico», mientras que la segunda sostiene que «el

41 J. Habermas, "The Public Sphere», y Wolin, Politics and Vision, págs. 9, 2.

hombre, en lo esencial, es un ser temporalmente limitado y condicionado histórica, cultural y biológicamente»[42]. Argumentar que en el ámbito público todo el mundo debiera ser tratado como si los factores del sexo, raza, color, edad y religión fuesen irrelevantes, es insistir en que deberíamos negar las realidades humanas más básicas sobre nosotros mismos, acentuando así la deshumanización y la alienación del presente. Pero las dos nociones de Wolff no corresponden a una «única» naturaleza humana, y distan mucho de ser plausibles por igual, ya que representan la idea liberal-patriarcal de las verdaderas naturalezas de las mujeres (privadas) y de los hombres (públicas). Los seres humanos son criaturas temporalmente limitadas, y biológica y culturalmente específicas. Sólo desde una perspectiva individualista liberal (sin percatarse de que uno está situado en una perspectiva patriarcalista) que abstrae al individuo varón de la esfera en la que su esposa sigue sometida a subordinación natural, abstracción que posteriormente generaliza para hablar de hombre público, puede aparecer como algo filosófica o sociológicamente plausible una oposición semejante de la naturaleza «humana», de mujeres y hombres, de lo privado y lo público.

Las feministas están intentando desarrollar una teoría de la práctica social que, por primera vez en el mundo occidental, sería una teoría verdaderamente general –que incluiría a las mujeres y a los hombres por igual– basada en la interrelación, y no en la separación y oposición –de la vida individual y la colectiva, o de la vida personal y la política–. A un nivel inmediatamente práctico, esta necesidad se expresa en la que quizá sea la conclusión más clara de las críticas feministas: si las mujeres han de participar plenamente, como iguales, en la vida social, los hombres han de compartir por igual la crianza de los hijos/as y otras tareas domésticas. Mientras a las mujeres se las identifique con este trabajo «privado», su estatus público siempre se verá debilitado. Esta conclusión no niega –como se suele aducir– el hecho biológico de que son las mujeres, y no los hombres, las que *paren* las criaturas; lo que niega es

42 R. P. Wolff, «There's Nobody Here but Us Persons», en C. Gould y M. Wartofsky (comps.), en Women and Philosophy, Nueva York, Putnams, 1976, págs. 137, 142-143. Wolff se opone también a la lucha feminista contra la separación de lo privado y lo público porque ésta construye supuestos normativos sobre la naturaleza humana dentro de la defensa de nuevas formas de instituciones sociales; una observaci6n extrañamente fuera de lugar a la luz de los supuestos sobre la naturaleza de las mujeres y los hombres encarnados en el liberalismo patriarcal.

el Supuesto patriarcal en virtud del cual este hecho natural conlleva que únicamente las mujeres pueden *criarlas.* Que padre y madre compartan por igual la responsabilidad en la crianza de sus hijos e hijas, y que participen por igual en otras actividades de la vida doméstica, presupone algunos cambios radicales en la esfera pública, en la organización de la producción, en lo que entendemos por «trabajo» y en la práctica de la ciudadanía. La crítica feminista de la división sexual del trabajo en la empresa y en las organizaciones políticas de cualquier tipo de creencia ideológica, y su rechazo del concepto liberal-patriarcal de lo político, amplía y profundiza el desafío al capitalismo liberal planteado por las críticas democrático-participacionistas y marxistas de las dos últimas décadas, pero va mucho más lejos que ellas.

La tentación, como demuestra el argumento de Wolff, es suponer que si las mujeres deben ocupar su lugar como «individuos» públicos, entonces el conflicto reside en la universalización del liberalismo. Pero ello implica ignorar el avance feminista consistente en hacer aflorar el carácter patriarcal del liberalismo, así como las ambigüedades y contradicciones de su concepción de lo privado y lo público. Todavía está pendiente un análisis exhaustivo de las diversas expresiones de la dicotomía entre lo privado y lo público, así como una exploración más profunda de la que es posible en este texto de las implicaciones de la doble separación entre la vida doméstica y la vida civil, y de la separación de lo privado y lo público dentro de la propia sociedad civil. Las críticas feministas implican una perspectiva dialéctica sobre la vida social como alternativa a las dicotomías y oposiciones del liberalismo patriarcal. Resulta tentador, como demuestran las propias feministas, sustituir la oposición por la negación (negar que la naturaleza tenga algún papel en un orden feminista), o bien dar por supuesto que la alternativa a la oposición es la armonía y la identificación (lo personal es político; la familia es política). Los supuestos del liberalismo patriarcal sólo permiten estas dos alternativas, pero las críticas feministas consideran que hay una tercera.

El feminismo persigue un orden social diferenciado dentro del cual las diversas dimensiones son distintas pero no separadas u opuestas, basado en una concepción social de la individualidad, que incluye a mujeres y hombres como seres biológicamente diferenciados pero no como criaturas desiguales. Sin embargo, mujeres y hombres, y lo privado y lo público, no están necesariamente en armonía. Dadas las implicaciones sociales de las capacidades

reproductivas de las mujeres[43], seguramente es utópico suponer que la tensión entre lo personal y lo político, entre amor y justicia, entre individualidad y comunalidad desaparecerá con el liberalismo patriarcal.

El conjunto de problemas filosóficos y políticos que abarcan –implícita o explícitamente– las críticas feministas indica que una alternativa feminista al liberalismo patriarcal plenamente desarrollada ofrecería la primera «crítica» verdaderamente «total» del mismo[44]. Tres grandes críticos varones del liberalismo abstractamente individualista han afirmado haber realizado ya tal crítica, aunque hay que rechazar tal pretensión. Tanto Rousseau como Hegel y Marx pretendieron haber dejado atrás las abstracciones y las dicotomías del liberalismo, conservando la individualidad dentro de la comunidad. Rousseau y Hegel excluyeron explícitamente a las mujeres de esta empresa, confinando a estos seres políticamente peligrosos a la oscuridad del mundo natural de la familia; Marx tampoco logró librarse –ni él ni su filosofía– de supuestos patriarcales. La crítica feminista total de la oposición liberal entre lo público y lo privado todavía espera a su filósofo/a.

43. Véase R. P. Petchesky, «Reproductive Freedom: Beyond "A Woman's Right to Choose"», en *Signs,* vol. 5, n.º 4, 1980, págs. 661-685.

44. He tomado la frase de R. M. Unger, *Knowledge and Politics,* Nueva York, free Press, 1975. También debe rechazarse la afirmación de Unger de haber realizado una crítica total al liberalismo. Este autor no logra advertir que las antinomias entre teoría y hecho, razón y deseo, y normas y valores son, al mismo tiempo, expresiones de la antinomia patriarcal entre hombre y mujer. Unger sostiene (pág. 59) que «la forma política de la oposición de la razón formal y el deseo arbitrario es el contraste entre la existencia pública y la privada», pero es también la oposición entre la «naturaleza» de hombres y mujeres.

# 2

# Los movimientos feministas y la masculinidad

# El enigma masculino
## *La gran X**

Elisabeth Badinter

**Sumario**

**I.** ¿Qué es el hombre? **II.** Cuando el hombre era el Hombre. **III.** Las anteriores crisis de la masculinidad. **3.1.** La crisis de la masculinidad durante los siglos XVII y XVIII. **3.2.** La crisis de la masculinidad entre los siglos XIX y XX. **IV.** La polémica actual. **4.1.** ¿Está el hombre sobredeterminado o indeterminado? **4.2.** Los diferencialistas o el eterno masculino. **4.3.** Los consuctivistas o la masculinidad resquebrajada.

## I. ¿Qué es el hombre?

¿Cuál es la esencia del macho humano? Se ha aceptado espontáneamente la idea de un eterno masculino, despreciando la observación de Rousseau; "El macho sólo es macho en ciertos momentos, la hembra es hembra a lo largo de toda su vida, o al menos, durante toda su juventud"[1]. Ante la dificultad de aceptar una realidad inconstante, se ha preferido creer que la masculinidad

* Elisabeth Badinter, "El enigma masculino, la gran X", en *XY la identidad masculina,* Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993, pp. 15-56.

1 *Emile,* Libro V, La Pléiade, Gallimard, 1969, pág. 697. Trad. cast. *Emilio o de la educación,* Madrid, 1990.

es un principio universal y permanente, que está por encima del tiempo, el espacio y las edades de la vida. La misma naturaleza nos sugiere ese principio al exhibir la diferencia entre los sexos. Apenas nace un niño, se le asigna un sexo. Y si existe alguna duda, la genética se encarga de resolver el problema que plantea la deficiencia anatómica.

Sin embargo, esas evidencias a las que tan a menudo se recurre no logran zanjar la discusión. El lenguaje cotidiano refleja nuestras dudas, nuestra inquietud incluso, al referirse , a la masculinidad como un objetivo, como un deber ser. Ser hombre es una expresión que se usa más en imperativo que en indicativo. La orden, tantas veces oída de "Sé un hombre", implica que no es algo que se dé por sentado y que la virilidad puede no ser tan natural como se pretende. Y significa, además, que el hecho de detentar un cromosoma y u órganos sexuales masculinos no basta para circunscribir al macho humano. Ser hombre implica un trabajo, un esfuerzo. No sucede lo mismo con la mujer. Así como no suele oírse: "Sé una mujer", como un llamado al orden, la exhortación al niño, al adolescente, e incluso al hombre adulto es lugar común en la mayoría de las sociedades[2]. Actuamos, sin tener plena conciencia de ello, como si la feminidad fuera algo natural e ineluctable y la masculinidad debiera adquirirse y pagarse caro. Desde el momento en que se le exigen al hombre pruebas de virilidad es porque ni él mismo ni los que lo rodean están convencidos de su identidad sexual. "Prueba que eres un hombre" es el reto permanente al que se enfrenta cualquier ser humano de género masculino y para demostrarlo, debe someterse a pruebas por las que las mujeres nunca tendrán que pasar. La menstruación llega naturalmente, sin esfuerzo cuando no sin dolor, y la niña es declarada mujer para siempre. Sin embargo, hoy en día las cosas han cambiado para el niño de la civilización occidental. Y no porque haya desaparecido la necesidad arcaica de probar la virilidad, sino porque nunca fue tan grande la contradicción entre la necesidad de hacer evidente el género y la ausencia de pruebas ciertas y definitivas.

La confusión se hace aún mayor cuando se habla de *un verdadero hombre* para referirse al hombre viril. ¿Resulta entonces que hay seres humanos que son hombres sólo en apariencia, que en realidad son falsos hombres? Muchos

2 David D. Gilmore, *Manhood in the Marking. Cultural Concepts of Masculinity,* Yale University Press, 1990, pág. 2.

se quejan hoy en día de la falta de feminidad de las mujeres, pero es raro que éstas duden de su identidad. Los hombres, en cambio, crean distinciones entre ellos agregando la etiqueta de calidad "verdadero" y se interrogan secretamente para saber si merecen esa calificación.

Palabras como *deberes, demostraciones o pruebas* muestran que para llegar a ser hombre es necesario emprender toda una tarea. La virilidad no es algo que se les haya dado, deben construirla, "fabricarla". El hombre es, pues, una especie de artefacto, y como tal puede resultar defectuoso. Defectos de fábrica, fallas en la maquinaria viril, dicho en otras palabras, el hombre puede llegar a ser un fracaso. Se trata de una empresa tan arriesgada, que los que logran alcanzar el éxito merecen reconocimiento. Como dice Pierre Bourdieu: "Para alabar a un hombre, basta con decir de él que 'es un hombre'"[3]. Esta es la fórmula de la *illusio* viril. Y subraya el esfuerzo patético que se requiere para estar a la altura de esa idea de hombre y el dolor que produce no lograrlo.

A este drama se añade un nuevo sufrimiento. Hoy en día han desaparecido los puntos de referencia y el hombre de fines del siglo XX ya no sabe cómo definirse. A la pregunta de "¿qué es el hombre?", Günter Grass responde: "Un lugar de enojoso sufrimiento ... un juguete del destino ... un teatro de angustia y desesperanza"[4]. Estas palabras fueron escritas justamente en los años 70, época en que los hombres empiezan a preguntarse por su identidad. Siguiendo el ejemplo de las feministas que protestan contra los roles tradicionales que les han sido asignados, los hombres expresan su deseo de liberarse de las obligaciones de la *illusio* viril. En los Estados Unidos, los teóricos de las ciencias humanas discuten sobre el ideal masculino, considerado como fuente de alienación y causa de desavenencia con las mujeres. En esos años 70 que vieron aparecer los primeros trabajos científicos sobre la masculinidad[5], predomina el tono de pasión que acompaña a toda denuncia. Una especie de furor impulsa a cuestionar la norma y a mostrar las contra-

3 P. Bourdieu, "La domination masculine", *Actes de la racherche en sciences sociales,* N° 84, septiembre de 1990, pág, 21.

4 Günter Grass, *El rodaballo,* 1977, Alfaguara, 1980, pág. 250.

5 Con excepción del libro de Mare Geigen-Fasteau, *Le robot male,* publicado en 1974 en los Estados Unidos y en 1974 en Francia por Denoël-Gontier, los demás no tuvieron el honor de una traducción. Se trata de Warren Farrell, *The Liberated Man* (1975), J. Pleck y J. Sawyer, Men and Masculinity (1974) y D. David y R. Brannon, *The Forty-nine Percent Majority* (1976).

dicciones que ésta le impone al macho humano. Pero al placer de la denuncia y de la destrucción del modelo le sigue, en los años 80, un período de pesada y angustiosa incertidumbre. El hombre empieza a ser considerado más corno un problema que como un hecho dado. La australiana Lynne Segal[6], y la norteamericana Catherine Stimpson[7], dos especialistas en el tema, llegan a la misma conclusión: "El hombre se ha vuelto un verdadero misterio." Su esencia, la virilidad, se ve amenazada en su unidad. La clase, la edad, la raza o la preferencia sexual se convierten en factores de diferenciación masculina y los anglo-americanos ya sólo hablan de la masculinidad en plural.

Mientras que los investigadores franceses mantienen una actitud discreta frente al tema[8], muchos novelistas en cambio se han sentido afectados y expresan con palabras simples su desconcierto. Philippe Djian es uno de ellos. En *Lent debors,* que cuenta la historia de un hombre desde la infancia hasta la madurez, el héroe declara: "Durante muchos años pensé que la mujer era un misterio absoluto. Hoy tengo que aceptar que es a mí mismo en cuanto hombre a quien no logro comprender… Creo que puedo entender para qué sirve una mujer, pero un hombre, ¿para qué sirve exactamente? ¿Qué significa: soy un hombre?" Para P. Djian, el hombre es el gran misterio. Anda sin brújula[9].

Semejantes planteamientos eran impensables hace tan sólo treinta años. Los hombre tenían tan claro lo que eran que ninguno se le ocurría preguntarse por la identidad masculina. ¿Qué fue lo que ocurrió entonces? Muchos acusan al feminismo de los años 60 de haber "desestabilizado las oposiciones reglamentadas y confundido las referencias estables"[10]. En realidad, el feminismo occidental más que confundir las referencias, lo que hizo fue mostrar desnudo al rey. Al acabar con la distinción entre los roles y tomarse sistemáticamente todos los campos que antes estaban reservados a los hombres[11], las

6 Lynne Segal, *Slow Motion. Changing Masculinities, Changing Men,* Virago Press, Gran Bretaña, 1990, y Rutgers University Press, pág. IX.

7 Catherine Stimpson, prefacio de Harry Brod (ed.), *The Making of Masculinities. The New Men's Studies,* Boston, Unwin Hyman lnc., 1987, pág. XI.

8 Sea el momento de rendir homenaje al trabajo precursor de Emmanuel Reynaud, *La Sainte virilité,* ed. Syros, 1981.

9 Phillipe Djian, *Lent dehors,* Bernard Barrault, 1991, págs. 44, 63.

10 Gilles Lipovetsky, *L'Ere du vide,* Gallimard, 1983, pág. 80.

11 E. Badinter, *L'Un est l´autre: des relations entre hommes et femmes,* O. Jacob, 1986, 3ª parte, la semejanza entre los sexos. Trad. Cast. *El uno es el otro,* Barcelona, 1987.

mujeres demostraron lo que caracterizaba universalmente al hombre: su superioridad sobre la mujer. Desde el origen del patriarcado el hombre se definió siempre como un ser humano privilegiado, dotado de algo *más* que las mujeres ignoraban. Se consideraba *más* fuerte, *más* inteligente, *más* valiente, *más* responsable, *más* creador o *más* racional. Y ese *más* justificaba su relación jerárquica con las mujeres o, al menos, con su propia mujer. Pierre Bourdieu explica que "ser hombre es estar instalado por derecho propio en una posición que implica poderes"[12]. Y concluye precisamente que "la *illusio* viril le sirve de fundamento a la libidu *libido dominandi".* Pero también se puede invertir la idea y decir que la fundamenta la virilidad, así sea ilusoria. Y aunque "el dominante sea dominado por su dominación", ésta última constituía el criterio definitivo de la identidad masculina. Con su desaparición progresiva, el hombre se ha visto enfrentado a un vacío de definiciones. Hay motivos entonces para sentir angustia por todos aquellos jóvenes que navegan alertas para evitar dos escollos: no ser suficientemente machos, o serlo demasiado.

Los norteamericanos comprendieron mucho antes que los demás la urgencia de replantearse la masculinidad, y dieron origen a los *Men's Studies* que han proliferado en Inglaterra, en los Estados Unidos[13], en Australia y en menor grado en los países nórdicos. El hecho de que tal cuestionamiento provenga esencialmente de los países anglo-americanos se debe probablemente a que ésta es una civilización que siempre ha estado obsesionada por la virilidad, como lo prueban su historia, su arte y su cultura. Sus mujeres fueron muy diferentes a las francesas y su feminismo mucho más radical y poderoso por razones históricas y psicológicas que aún no han sido establecidas. De hecho, las feministas norteamericanas suelen reprocharle a las francesas su excesiva tolerancia con los hombres. Y la verdad es que pese a las polémicas y a las críticas que enfrentaron a hombres y mujeres, las francesas nunca rompieron el diálogo con su cómplice. La solidaridad entre los sexos le sobrevivió a todo, incluso a los períodos de discusión más agudos. De este lado del Atlántico la virilidad es menos controvertida, la violencia masculina es menos fuerte, los hombres le tienen menos miedo a las mujeres y viceversa. Conclusión: el problema de la masculinidad se ha planteado aquí con menos

12 *Op. cit.,* pág. 21.

13 Hay más de 200 departamentos de *Men's Studies* en los Estados Unidos.

virulencia que en otras partes, lo que no impide que tanto hombres como mujeres se hayan visto afectados.

## II. Cuando el hombre era el Hombre

Las lenguas francesa y española –hoy como ayer– utilizan la misma palabra para designar al macho y al ser humano. En caso de confusión es sólo cuestión de aclarar si se escribe con mayúscula o con minúscula. Con ello, el francés no hace más que confirmar la tendencia que viene desde la Antigüedad griega a asimilar ambos significados. El hombre (*vir*) se asume como universal (*homo*). Se considera como el representante más logrado de la humanidad, como el criterio que sirve de punto referencia. Dos enfoques aparentemente diferentes sobre el dualismo de los sexos dividen el pensamiento occidental[14]; el que privilegia el modelo de la semejanza y el que cree en una oposición. En ambos casos se establece la superioridad del hombre y se justifica su dominación sobre la mujer.

Según Thomas Laqueur, hasta principios del siglo XVIII el pensamiento estuvo dominado por el *one sex model* o modelo unisexo. Éste reaparece luego, de tanto en tanto, concretamente en Freud, pero el que se impone durante los siglos XIX y XX, es decir, hasta ayer, es el modelo que opone a los sexos.

¿Qué significa *one sex model*? ¿Contradice esta teoría el dualismo de los sexos? Durante mucho tiempo fue común la idea de que las mujeres tenían los mismos órganos genitales que los hombres, con la única diferencia de que los de ellas estaban al interior del cuerpo y no al exterior[15]. En pleno siglo XVIII escribe Diderot: "La mujer tiene las mismas partes que el hombre, la única diferencia que hay es una bolsa que cuelga hacia afuera o una bolsa vuelta hacia

14 Este pasaje se inspira en la brillante obra del norteamericano Thomas Laqueur, *Making Sex, Body and Gender from the Greeks to Freud,* Harvard University Press, 1990.

15 Quien mejor desarrolló la identidad estructural de los órganos de reproducción masculinos y femeninos fue Galien. Sostuvo la tesis según la cuales las mujeres eran esencialmente hombres a los que les faltaba el calor vital, marca de la perfección. Esa falta de calor era la causa de que se retuviera en el interior lo que en el hombre está al exterior. Desde esta óptica, la vagina es considerada como un pene interno, el útero como el escroto, los ovarios como los testículos. Para apoyar sus teorías, Galien se basaba en las disecciones del anatomista alejandrino Herófilo en el siglo III antes de Cristo.

adentro"[16]. Durante casi dos milenios el lenguaje acogió este punto de vista. El ovario, que desde principios del siglo XIX sería considerado como la metonimia de la mujer, sólo tuvo nombre propio desde finales del siglo XVII[17].

Como dice Thomas Laqueur, antes del Siglo de las Luces el sexo o el cuerpo eran considerados como epifenómenos, mientras que el género, que hoy vemos como una categoría cultural, era el hecho básico y primordial. Ser hombre o mujer hacía referencia a un rango, a un lugar en la sociedad, a una función cultural, y no a un ser biológicamente opuesto al otro. Este modelo de unicidad sexual trajo consigo un dualismo cualitativo en el que el hombre ocupaba el polo luminoso. Pero aunque las diferencias entre los sexos fueran de grado y no de naturaleza seguía existiendo una jerarquía. La mujer se medía con respecto a la perfección masculina, y puesto que era contraria al hombre, era menos perfecta.

A fines del siglo XVIII, pensadores con nuevos horizontes insisten en la diferencia radical de los sexos, basados en los últimos descubrimientos biológicos. De la diferencia de grado se pasa a la diferencia de naturaleza. En 1803 Jacques-Louis Moreau rebate airado las teorías de Galien: los sexos no sólo son diferentes sino que lo son en todos los aspectos del cuerpo y del alma, y por lo tanto, física y moralmente[18]. Es el triunfo del dimorfismo radical. A diferencia del modelo precedente, esta vez es el cuerpo el que aparece como real y sus significaciones culturales como epifenómenos. La biología se convierte en el fundamento epistemológico de las prescripciones sociales. El útero y los ovarios, que definen a la mujer, consagran su función maternal y la convierten en una criatura totalmente opuesta a su compañero[19]. La heterogeneidad de los sexos impone destinos y derechos diferentes. Los hombres y las mujeres se mueven

16 Diderot, *Le rêve de d'Alembert,* 1769, en (*Euvres philosophiques,* ed. de P. Vernière, Garnier, 1967, pág. 328.

17 Herófilo llama a los ovarios dydumos, los gemelos, nombre atribuido igualmente a los testículos. Tampoco existe ningún nombre técnico en latín, griego o en las lenguas europeas antes de 1668, para designar la vagina.

18 En su *Histoire naturalle de la femme,* Jacques-Louis Moreau (1771-1826) describe la relación entre el hombre y la mujer como "una serie de oposiciones y de contrastes", Th. Laqueur, *op. cit.,* pág. 5.

19 En 1889, el biólogo Patrick Geddes cree encontrar la prueba definitiva de ello por la observación al microscopio de células femeninas y masculinas. Las primeras son "más pasivas, conservadoras, apáticas y estables" mientras que las del hombre son "más activas, enérgicas, impacientes, apasionadas y variables", *idem,* pág. 6.

en dos mundos distintos y ya no vuelven a encontrarse ... salvo para la reproducción. Gracias a su poder de procreación ella reina en su hogar, preside la educación de los hijos y encarna la ley moral que decide sobre las buenas costumbres. A él le queda el resto del mundo. Debe encargarse de la producción, de la creación y de lo político; la esfera pública es su elemento natural.

Muchos ven en esta dicotomía de los mundos masculino y femenino el cumplimiento de un ideal: los sexos se complementan y hacen posible la armonía entre el hombre y la mujer. Hoy se hablaría de "igualdad en la diferencia". Los defensores de este modelo, ampliamente mayoritarios en el siglo XIX, sostenían que no se podía hablar de desigualdad entre los sexos puesto que eran incomparables. Y, al serlo, el hombre perdía su condición de referente. Pero este hermoso discurso ideológico, tan conveniente para los hombres, ya que mantiene a las mujeres fuera de su territorio, oculta una realidad menos democrática. Aunque pretende negarlo, el hombre sigue siendo el criterio a partir del cual se mide a la mujer. Él es el *uno,* legible, transparente, familiar. La mujer es la *otra,* extranjera e incomprensible[20]. Mejor dicho, sea cual fuere el modelo elegido para hablar de los sexos –semejanza o diferencia–, el hombre siempre se presenta como el ejemplar más logrado de la humanidad, el absoluto a partir del cual se juzga a la mujer.

La novedad introducida por los *Men's Studies,* sucesores de los *Women's Studies",* reside precisamente en la voluntad explícita de acabar con ese esquema milenario. Según Harry Brod: "El pensamiento tradicional, al considerar al hombre como la norma humana, excluye sistemáticamente de sus consideraciones lo que se refiere al género masculino en particular"[21]. Michae1 Kimme1 habla de la "invisibilidad" del género masculino, que tanto ha contribuido a su identificación con lo humano. "Solemos tratar a los hombres, dice, como si no tuvieran género, como si sólo fueran personajes públicos… como si la experiencia personal que se deriva de su género no tuviera importancia"[22]. Kimmel dice haber tomado conciencia de ello al presenciar la discusión entre dos mujeres, una blanca y una negra, sobre si la igualdad sexual estaba por encima de las diferencias raciales. La mujer blanca afirmaba

20 Annelise Maugue, *L'Identité masculine en crise au tournant du siède,* Rivages-Historie, 1987, pág. 7.

21 Harry Brod (ed), *The Making of Masculinities, the New Men's Studies,* Bostan, Unwin Hyman, 1987, pág. 2.

22 Michael S. Kimmel y Michael A. Messner (eds.), *Men's Lives,* Macmillan, Nueva York 1989, pág. 3·

que el hecho de ser ambas mujeres las volvía solidarias y que la diferencia de color pasaba a un segundo plano. Pero la otra no estaba de acuerdo.

"-¿Qué ve cuando se mira al espejo por la mañana?

-Veo a una mujer –respondió la mujer blanca.

-Precisamente ese es el problema –replicó la negra.

Yo veo a una negra. Para mí la raza se manifiesta a diario porque es la causa de mi inferioridad social. Para usted, en cambio, es invisible. Esa es la razón por la cual nuestra alianza me parecerá siempre un poco artificial"[23].

En ese momento Kimmel se dio cuenta de que cuando se miraba al espejo por la mañana veía a "un ser humano: universalmente generalizable. A la persona genérica." Lo que estaba oculto –a saber, que tenía un género y una raza– lo sorprendió de repente al hacerse *visible.* Y es que, como dice Kimmel, no vemos nuestros privilegios.

Hoy en día ya casi nadie ve al Hombre en el hombre. El macho es tan sólo una parte de la humanidad y la masculinidad un concepto relativo, puesto que sólo se define con respecto a la feminidad. Los anglo-americanos insisten en que no existe una virilidad[24] en sí: "Masculinidad y feminidad son construcciones relativas... Aunque el "macho" y la "hembra"[25] tengan características universales, la construcción social de la masculinidad o de la feminidad sólo tiene sentido con referencia al otro"[26]. Lejos de poder ser considerada como un absoluto, la masculinidad, cualidad del hombre, es a la vez relativa y reactiva. En cuanto cambia la feminidad –lo que sucede cuando las mujeres deciden redefinir su identidad– se desestabiliza la masculinidad.

La historia de las sociedades patriarcales muestra que los grandes cuestionamientos han sido siempre suscitados por las mujeres. Lo cual es lógico, si se piensa que los hombres siempre han sido privilegiados en este tipo de sociedades. Pero las grandes crisis de la masculinidad no se han dado sólo por cuestiones de

23 *Ibídem.*

24 Si la palabra "virilidad" significa en primer lugar el conjunto de atributos y características físicas y sexuales del hombre, se la usa igualmente en el sentido más general de "propio del hombre" y sinónimo de masculinidad. La palabra inglesa, en cambio, se atiene al primer significado; las feministas americanas detectan un cierto sentido machista en el significante *virility* y se abstienen de utilizarlo.

25 Traducción del inglés "male" y "female" que remiten a las características físicas y biológicas del hombre y la mujer.

26 Michael S. Kimmel (ed.), *Changing Men. New Directions in Researrh on Men and Masculinity,* Sage Publications, 1987, pág. 12.

poder. La psicología, como se verá, ha desempeñado un papel importante. A diferencia de lo que cree la ideología patriarcal, los primeros referentes de la humanidad no son los hombres sino las mujeres. Ellos se definen con respecto y por oposición a ellas. Por lo menos así ha sido hasta ahora. Pero los hombres pueden estar tranquilos: otras crisis han precedido a la actual.

## III. Las anteriores crisis de la masculinidad

Aquéllas de las que aún tenemos noticia tienen rasgos comunes. Se originan en países de civilización refinada, en los que las mujeres gozan de una mayor libertad. Estas crisis que expresan una necesidad de cambio de los valores dominantes, por lo general, vienen después de transformaciones ideológicas, económicas o sociales y repercuten en la organización de la familia o del trabajo, cuando no de ambas. Pero lo que distingue a las dos crisis anteriores de la actual es el carácter socialmente limitado de aquéllas. En los siglos XVII y XVIII sólo afectaron a las clases dominantes, a la aristocracia y a la burguesía urbana[27]. A fines del siglo XIX, el malestar masculino fue mucho más extendido y profundo, y tuvo sucesivas repercusiones en las dos grandes guerras mundiales.

### 3.1. La crisis de la masculinidad durante los siglos XVII y XVIII

Las Preciosas francesas fueron las primeras en cuestionar el papel de los hombres y la identidad masculina, y la reacción de la sociedad de su tiempo fue tan violenta como la angustia que provocaron con sus reivindicaciones "demenciales". La *préciosité* francesa alcanzó su apogeo entre 1650 y 1660. Surgió como reacción a la brutalidad de los hombres de la corte de Enrique IV y de la Fronda (1648-1652), y fue la primera expresión del feminismo tanto en Francia como en Inglaterra. Coincidencialmente, ambos países eran considerados como los más liberales de Europa con respecto a las mujeres. Al contrario de lo que sucedía con sus hermanas mediterráneas, las francesas y las inglesas podían moverse libremente y tener comercio con el mundo. Si

27 En esta época el mundo rural representa el 80% de la población francesa.

pertenecían a las clases dominantes, gozaban de una ventaja excepcional para la época: no tener que asumir los oficios maternales[28].

La Preciosa fue una mujer liberada que planteó soluciones feministas a su deseo de emancipación e invirtió los valores sociales tradicionales. Abogaba por un nuevo ideal de mujer que contemplara la posibilidad de ascenso social y su derecho a la dignidad. Reclamaba el derecho al saber y atacaba la obra maestra de la sociedad falocrática: el matrimonio. Asumió una actitud francamente hostil contra el matrimonio de conveniencia y la maternidad[29], símbolos del autoritarismo de padres y maridos. Defendió el matrimonio tentativo y su ruptura una vez hubiera nacido el heredero, que quedaba en manos del padre. Como no quería renunciar a su libertad pero tampoco al amor, abogaba por un sentimiento tierno y platónico. "Quisiera, decía Mademoiselle de Scudéry, un amante no marido, un amante que, contentándose con poseer mi corazón, me amara hasta la muerte." O sea, una situación inversa a la a costumbrada en una época en que hombres y mujeres se casaban sin amor. Cuando las Preciosas hablaban de amor, se referían siempre al que siente el hombre por la mujer y no al contrario. Le exigían al enamorado una sumisión sin límites, próxima al masoquismo, y al hacerlo, invertían el modelo masculino dominante, el del hombre brutal y exigente, el del marido grosero que cree que todo le está permitido.

Sólo unos pocos hombres, los Preciosos, aceptaron las nuevas reglas. Su número fue despreciable, pero su influencia no tanto. Adoptaron una moda femenina y refinada –peluca larga, plumas extravagantes, golillas, lunares, perfumes, colorete– que fue imitada. Los hombres que se preciaban de distinguidos se esforzaban por parecer civilizados, corteses y delicados. Se abstenían de hacer demostraciones de celos y de actuar como tiranos domésticos. Los valores femeninos fueron imponiéndose poco a poco entre la gente "de bien" y al iniciarse el siguiente siglo parecían imperar. Hoy en día sabemos

28 Desde el momento en que pretende acceder a un cierto estatus social, la mujer francesa contrata auna nodriza para que se ocupe de su hijo y ella dispone de su tiempo a voluntad. Elizabeth Badinter, *L'Amour en plus: histoire de l'amour maternel du XVIIe au Xxe siècle,* Flammarion, 1980, cfr. la primera parte: El amor ausente. Trad. cast. *¿Existe el instinto maternal?* Barcelona, 1991.

29 G. Mongrédien, *Les Précieux et les précieuses,* Mercure de France, 1939, págs. 149-l50, sobre la diatriba contra el matrimonio: marido, hijos y familia política, son relegados sin piedad a la categoría de desgracias de la mujer.

que los Preciosos no fueron un microcosmos ridículo. La resistencia y las burlas que provocaron son claros indicios de su influencia.

El debate sobre la identidad masculina fue, curiosamente, más explícito en Inglaterra que en Francia, como si los amigos del otro lado de la Mancha tuvieran mayores razones para preocuparse por su virilidad. La verdad es que las exigencias de las feministas inglesas eran diferentes a las de las francesas. No sólo querían libertad sino una total igualdad sexual o, dicho de otra manera, reclamaban el derecho al goce[30] y a no ser abandonadas cuando estuvieran encinta. El sociólogo M. Kimmel, gran conocedor de la historia de la masculinidad en Inglaterra, dice que en Gran Bretaña se vivió una verdadera crisis de masculinidad entre 1688 y 1714 (período de la Restauración inglesa). Durante este periodo son evidentes "los esfuerzos por renegociar los papeles del hombre y la mujer en el matrimonio, la familia y la sexualidad"[31].

El significado de lo masculino fue objeto de debates. Las mujeres no se contentaban con exigir deseos y derechos iguales, sino que querían hombres más dulces, más femeninos. A lo que los panfletarios respondían que lo podían dar como un hecho, puesto que la inversión de los papeles ya había empezado a darse. La imagen del hombre "afeminado" que adopta actitudes semejantes a las de las mujeres, suscitó én Inglaterra un miedo a la homosexualidad que no se percibió en Francia entre los detractores de los preciosos. El "hombre nuevo" de la Restauración inglesa era considerado como un invertido, tan vano, mezquino y encantador como una mujer. Se compadecía a las mujeres por ser víctimas del abandono masculino[32], que se le atribuía al crecimiento galopante de las ciudades. En esos centros de todos los vicios, las mujeres, menos vigiladas que en el campo, podían ser objeto de todo tipo de tentaciones. Los ingleses empezaron, entonces, a sentir como perniciosa la influencia de la moda francesa en sus costumbres, y sacaron todo tipo de

30 *Sylvia's Complaint,* 1688, citado por M. Kimmel, *The Contemporary "Crisis" of Masculinity* en Harry Brod, *op. cit.,* pág. 132.

31 *Ibídem,* pág. 133.

32 "Ladies this was ill luck, but you
have much the worser of the two;
The world is changed I know not how,
For men kiss men, not Wommen now;"
*Ibídem,* pág. 135·

panfletos que relacionaban afeminamiento masculino con traición y masculinidad tradicional con patriotismo[33].

El afeminamiento de las costumbres y de los hombres no suscita las mismas reacciones en Francia. El Siglo de las Luces marca un corte en la historia de la virilidad. Es el período más feminista de nuestra historia antes de la época contemporánea. Se desdibujan los valores viriles, o por lo menos ya no se hace ostentación de ellos. La guerra ya no tiene ni la importancia ni la categoría que tuvo en otra época, la caza se ha convertido en una distracción, y los jóvenes nobles pasan más tiempo en el salón o en la recámara de las mujeres que entrenando. En el mundo de la aristocracia y de la alta burguesía se imponen los valores femeninos. La delicadeza de palabras y actitudes le gana terreno a las formas que habían sido consideradas tradicionalmente como viriles. Puede decirse que en las clases dominantes desaparece el dualismo oposicionista que caracteriza al patriarcado, para cederle paso a una especie de unisexismo.

Este proceso concluye con la Revolución de 1789. Las mujeres exigen públicamente sus derechos ciudadanos pero la Convención se los niega unánimemente[34]. Los diputados, que no alcanzaron a conocer las dulzuras del Antiguo Régimen, son firmes defensores de la desigualdad entre los sexos y de su diferenciación radical. Palabras como proximidad, similitud y confrontación les producen horror y suscitan entre ellos reacciones autoritarias y hasta amenazantes. Fuera del hogar, las mujeres son peligrosas para el orden público. Se les pide que no se mezclen con los hombres y se les prohíbe realizar cualquier trabajo diferente al doméstico o al maternal. El dualismo oposicionista, reforzado por el Código Napoleónico y ratificado por la ideología del siglo XIX, se mantendrá durante casi cien años, hasta el advenimiento de una nueva crisis de la masculinidad, aún más extensa y profunda que la anterior.

33 "So strangely does Parisian air
Change English youth, that half a year
Makes them forget all native custome
To bring French modes, and Gallie Lust home;
Nothing will these Apostates please
But Gallie health and French disease."
Kimmel, *ibídem,* pág. 135·

34 *Condorcet, Prudhomme, Gyuomar…, paroles d'hommes* (1790-1793). Presentados por Elisabeth Badinter, POL, 1989.

### 3.2. La crisis de la masculinidad entre los siglos XIX y XX

Esta crisis se sintió tanto en Europa como en los Estados Unidos de América. Con las nuevas condiciones impuestas por la industrialización y la democracia, muchos países enfrentaron conmociones económicas y sociales similares. La vida de los hombres cambió, las reivindicaciones feministas se hicieron sentir de nuevo, y con ellas reapareció la ansiedad masculina. Esa ansiedad tomó formas diferentes en Francia, Austria o los Estados Unidos, según la historia y cultura de cada país.

Annelise Maugue fue la primera en interesarse por la crisis de identidad que hace un siglo conmovió a los ciudadanos franceses[35]. En el lapso de unas cuantas generaciones, 1871-1914, aparece un nuevo tipo de mujer que amenaza con destruir las fronteras sexuales, Gracias a la ideología republicana, la educación de las mujeres es ya un hecho. La universidad les ha abierto un espacio y ahora pueden ser profesoras, doctoras, abogadas o periodistas. Están, por lo tanto, en condiciones de reclamar la totalidad de sus derechos ciudadanos, quieren ganarse la vida por fuera del hogar, y proclaman: "A igual trabajo, igual salario." La mayoría de los hombres reacciona en forma hostil ante este movimiento. Y no solamente los que pertenecen a la corriente católica tradicional, o al movimiento obrero que le temen la competencia de mano de obra femenina, sino también republicanos tan convencidos como Anatole France o Emile Zola: todos ellos "tienen la sensación de asistir, más que a una simple evolución, a una verdadera mutación."[36] Desde lo más alto de la escala social hasta los más bajos peldaños, todos se sienten amenazados en su identidad por esa nueva criatura que pretende actuar como ellos y ser como ellos, al punto de preguntarse si no acaban siendo obligados "a encargarse de las labores femeninas, o lo que es aún peor, ¡a convertirse en mujeres!"

La angustia de los hombres ante la igualdad de los sexos no tiene equivalente en las mujeres. Ellos la sienten como "la trampa mortal"[37] que amenaza con destruir su especificidad y, como dice Annelise Maugue, tienen miedo. Barbey

35 Annalise Mauge, *L'Identité masculine en crise au tournant du siède,* Rivages-Historie, 1987. Y "L'Eve nouvelle et le viel Adam, identités sexualles en crise" en *Histoire des femmes,* bajo la dirección de Georges Duby y Michelle Perrot, el siglo XIX, tomo 4, Plon, 1991, págs. 527 a 543.

36 Annlise Maugue, "L'Eve novelle et le vieil Adam", op. cit., pág. 528.

37 A. Maugie, *L'identité masculine en crise au tourant du siéde, op. cit.,* pág. 37.

D'Aurevilly se toma la vocería para profetizar sombríamente: "Llegará el día en que María de Agoult esté en la Academia de las Ciencias morales y políticas, George Sand en la Academia Francesa, Rosa Bonheur en la de Bellas Artes y a nosotros, los hombres, nos toque preparar las mermeladas y los encurtidos."[38] Es la misma inquietud que expresa Albert Cim u Octave Mirbeau quienes no sólo creen que tendrán que hacer mermeladas, sino también que acabarán "amamantando a las criaturas."[39] El hombre siente amenazados sus poderes, su identidad y su vida cotidiana. Y la verdad es que sus temores son infundados puesto que las mujeres de la época no rechazan ni la familia, ni la maternidad, ni la consagración que ésta conlleva. Pero "ni los actos ni los discursos (tranquilizadores) de las mujeres bastan para calmar la desazón masculina, y hasta 1914 se desarrolla entre los dos sexos el más increíble diálogo de sordos"[40].

Otras circunstancias contribuyen a agudizar la angustia de los hombres ante la nueva Eva. El trabajo en fábricas, haciendo tareas mecánicas y repetitivas, o en la monotonía de la administración, no les permite demostrar sus cualidades tradicionales. Ya no se necesita ni fuerza, ni iniciativa, ni imaginación para ganarse la vida. Barres puede entonces burlarse de esos funcionarios "semimachos" que sólo aspiran a la seguridad como las mujeres, y compararlos con aquellos que, en otro tiempo, vivían "con el fusil en la mano", en "un cuerpo a cuerpo viril con la naturaleza"[41]. La crisis de la masculinidad llega así a su auge. Y desafortunadamente tendrá que ser la guerra la que venga a ponerle fin temporalmente a la angustia masculina. Al recuperar su función tradicional de guerreros, esos pobres jóvenes reclutas partirán al frente con una flor en el fusil, como si se alegraran de la oportunidad que finalmente se les brinda de ser hombres, hombres de verdad... Sin embargo, la crisis de identidad masculina fue menos absurda en Francia que en otros países. Los escritores franceses más misóginos no alcanzaron nunca los extremos de un Schopenhauer, de un Nietzsche o de un Weininger.

Jacques Le Rider explica que en la Viena de principios de siglo, la crisis de masculinidad se enmarca en un contexto de crisis generalizada[42]. A la de-

38 *Les Bas blues,* 1878, *ibídem,* pág. 52.

39 *Ibídem,* pág. 52. Varias escritoras antifeministas se unieron a la residencia masculina. Entre ellas, Ida Sée, *Le Devoir maternel* (1991) o Colette Yver, *Les Cervelines* (1908).

40 Annelise Maugue, "L`Eve nouvelle…", *op. cit.,* pág. 534.

41 *Ibídem,* pág. 73

42 Esta explicación le debe mucho a los trabajos de Jacques Le Rider, uno de los mejores especialistas

sintegración del imperio de los Habsburgo, y al "retorno sobre sí mismos" de los intelectuales vieneses, se añade la explosión del sujeto[43]. Ya no se habla de sujeto sino de "ello", de "yo" y de "super-yo". El austriaco vive en "una crisis permanente de identidad"[44] magníficamente ilustrada en *El hombre sin atributos*[45], que rechaza las identificaciones precipitadas y permanece a la expectativa. Situación extremadamente incómoda puesto que, en períodos de "deconstrucción", las experiencias se ponen en duda, las referencias se disuelven y el hombre ya no sabe cómo definirse.

Al intelectual vienés no le preocupa tanto la disolución de la célula familiar tradicional entre los proletarios, como la emancipación (muy progresiva) de la mujer de la burguesía media. Independiente, activa y reivindicativa, ella está lejos de ser la mujer- dulce y pasiva con la que han soñado. Robert Musil se pregunta con cierta ironía, "¿Qué quiere decir 'nostalgia del seno materno' en una civilización en la que la mujer se ha masculinizado a tal punto que la feminidad ya no puede considerarse como un refugio para el hombre?"[46] La mujer feminista es como "un hombre en un cuerpo femenino, es una virago"[47]. Y una monstruosidad engendra otra: el hombre afeminado, el decadente por excelencia. Otto Weininger, misógino obsesivo, registra tristemente el hecho: "Hay épocas... en que nacen más mujeres masculinas y más hombres femeninos. Es precisamente lo que sucede hoy en día... La proliferación desde hace algunos años, del 'dandismo' y la homosexualidad, sólo puede explicarse por un afeminamiento generalizado."[48]. Karl Kraus, por su parte, denuncia el culto moderno a lo andrógino,

franceses en el tema de la modernidad vienesa. Especialmente: *Modernité viennoise et crises de l`identité,* PUF/Perspectives critiques, 1990; *Le cas Otto Wininger, racines de l'antiféminisme,* PUF/Perspectives critiques, 1982; "Ludwig Wittgenstein et Otto Weininger" en *Wittgenstein et la critique du monde moderne,* La Lettre volée, Bruselas, 1990, págs. 43 a 65; "Otto Wininger: Féminisme et virilité à Vienne" en *L 'Infini,* N° 4, otoño de 1983, págs. 4 a 20; "Misères Je la virilité a la belle époque" en *Le Genre humain,* N° 10, 1984, págs. 117 a 137.

43 Bruno Bettelheim, *Le Poids d'une vie,* colección "Reposes". Robert Laffont, 1991, pág. 15 a 40.

44 J. Le Rider, *Modernité viennoise,* pág. 55.

45 Título de la novela de Robert Musil (1880-1942), publicada entre 1930 y 1933. Trad. cast. *El hombre sin atributos,* Barcelona, 1980.

46 R. Musil, "Edipe menacé", en *Euveres pré-posthumes,* Seuil, 1931.

47 Jaques Le Rider, *Le Cas Otto Weininger,* pág. 67.

48 Otto Weininger, *Sexe et caractére,* L'Age d'Homme, 1989, pág. 73. Trad. cast. *Sexo y carácter,* Barcelona, 1985.

es decir, a lo flojo, a lo confuso, a las "formas intermedias"[49]. El concepto de bisexualidad, introducido por Freud y retomado por Weininger, obliga a unos y a otros a asumir su parte irreductible de feminidad, lo que perturba a gran parte de la *intelligentsia* masculina, que toma así conciencia del hecho de que la virilidad es algo que no se puede adquirir nunca definitivamente.

Si uno de los temas dominantes de la literatura alemana es el terror frente a la mujer, con Weininger la misoginia llega al paroxismo. Y él sabe perfectamente que ese elemento femenino que constituye una continua amenaza para el ideal viril está alojado en su interior. Pero él no es el único que expresa a gritos su aversión hacia la mujer y su malestar de identidad. El final del siglo XIX, explica J. Le Rider, se caracteriza por un recrudecimiento de la actitud difamatoria hacia el sexo femenino[50]. Ya no sólo los filósofos[51], sino psicólogos, biólogos, historiadores y antropólogos, dan muestras de un violento antifeminismo. Uno tras otro se dedican a demostrar, con éxito, la inferioridad ontológica de la mujer[52]. La mujer, al igual que el negro y el animal[53], se mueve por instintos primitivos: celos, vanidad, crueldad. Pero como tiene un alma infantil, y la naturaleza la ha dotado del instinto materno (que comparte con las demás hembras mamíferas), su única vocación verdadera es la maternidad. Por consiguiente, todas las mujeres que pretenden ser emancipadas son malas madres: seres nerviosos de cuerpo degenerado...

49 J. Le Rider, *L'Infini, op. cit.* Pág. 14. Por "formas intermedias" se entendía la homosexualidad, es decir, el vicio, la decadencia o la enfermedad vergonzante.

50 Cfr. *Le Cas Otto Weininger, op. cit.,* págs. 71 a 76.

51 Arthur Schopenhauer, *El amor, las mujeres, la muerte,* Barcelona, 1978. Friedrich Nietzsche, en especial *Más allá del bien y del mal,* Alianza Editorial, Madrid, 1992.

52 El tratado *Sur Pimbécilerté physiologique de la femme* del médico Paul Julius Moebius fue un verdadero *best seller.* Publicado en 1900, se reedito nueve veces entre 1900 y 1908 y tuvo el mismo éxito de *Sexo y carácter* (1903). Trata, como lo indica el título, de su "imbecilidad" y por lo tanto de su relativa irresponsabilidad legal, "Podemos definirla ubicándola a medio camino entre la tontería y el comportamiento normal. Conviene abandonar la idea abstracta de "género humano" para hablar de géneros humanos. Comparando con el del hombre, el comportamiento de la mujer parece patológico, como el de los negros si se lo compara con el de los europeos", escribe Moebius, Citado por J. Le Rider en *Le Cas Otto Weininger, op, cit,* pág.75.

53 En Francia, Dumas hijo comparaba a las mujeres con "Pieles Rojas de tez rosada, o con "negras de manos blancas y regordetas". Aunque E. Vogt o Baudelaire la comparan con el judío, con quien compara la adaptabilidad, la indiscreción y la hipocresía, es menos frecuente encontrar esa analogía bajo la pluma de un francés que bajo la de un austriaco o de un alemán.

Los remedios propuestos van de un extremo al otro. La mayoría de los hombres se declaran, como Nietzsche y Weininger, partidarios del retomo a una sana polaridad de las funciones sexuales. Para que los hombres recuperen su virilidad, hay que hacer que las mujeres vuelvan a su lugar natural. Sólo el restablecimiento de las fronteras sexuales liberará al hombre de su angustia de identidad. La represión masiva de la bisexualidad original hará el resto. Ese es el sentido de la célebre fórmula de Alfred Adler: *la protesta viril.* En el extremo opuesto están las voces marginales[54] que invitan a los hombres a deshacerse de una virilidad artificial y opresiva, y a recuperar cuanto antes La feminidad original. Pero no tienen mayor resonancia. Tampoco las mujeres que se expresan públicamente sobre el tema logran atenuar la ansiedad masculina. Ya puede jugar Lou Andreas-Salomé al "desarme unilateral" y a "llevar puesta la encantadora máscara del Eterno Femenino, para calmar las perpetuas dudas de los hombres sobre su masculinidad[55], sin obtener ningún éxito. Lo mismo sucede con el discurso clarividente de la feminista vienesa Rosa Mayreder que habla de la síntesis de lo masculino y lo femenino en aquellos individuos que se hayan liberado de sus características sexuales[56]. Semejante defensa de la androginia no podía sino aumentar el terror masculino.

La angustia de identidad de los hombres austro-alemanes estuvo ligada al ascenso del nazismo, y en general, del fascismo europeo. La llegada de Hitler al poder fue recibida inconscientemente como una promesa de restauración viril. Klaus Theweleit[57] ha demostrado que la hipervirilidad de los héroes del nazismo ocultaba un yo frágil y problemas sexuales de consideración. Ese no fue exactamente el caso de los franceses, aunque Francia no se salvo del virus del fascismo, su historia difiere de la de Italia o Alemania, y los franceses tienen "la obsesión del rechazo y la secesión"[58]. A diferencia de los anglosajones, que optaron por la separación de los sexos y por un ideal masculino hiperviril, estos prefirieron la vía de la, negociación y un comportamiento aparentemente menos machista.

54 Véase en particular Georg Groddeck y Otto Gross.

55 J. Le Rider. "Miséres de la virilité", en *Le Genre humain, op. cit.,* pág. 119.

56 Sobre Rosa Mayreder, cfr. J. Le Rider, *Modernité viennoise, op. cit.,* págs. 186-189; Le cas Otto Weininger, op. cit., pags. 165-166; *Le Genre humain, op. cit.,* págs. 128- 129.

57 Klaus Theweleit, *Male Famtasies,* traducción al inglés de Stephen Carway, University of Minnesota Press, 1987, vol. I: Women, Floods, Bodies, History.

58 Annelise Maugue, *L'Identité masculine, op.cit.,* pág. 159.

En los Estados Unidos la crisis se sintió con fuerza. Algunos historiadores norteamericanos sitúan su aparición hacia 1880[59] y otros hacia 1890[60]. Pero todo se refiere al miedo generalizado a la "europeización" de America, sinónimo de afeminamiento de la cultura y del hombre americano. Los norteamericanos se sentían orgullosos de no haber llegado al grado de pusilanimidad de la civilización europea[61]. Hasta principios del siglo XIX, habían tenido múltiples oportunidades de manifestar su virilidad: la expansión geográfica –la conquista del Oeste, la "pacificación" de las poblaciones locales y el desarrollo urbano– sumada a un rápido crecimiento económico y al desarrollo de la infraestructura industrial, alimentaban un optimismo viril estrechamente ligado a la promoción social[62]. Antes de la guerra de Secesión (1861-1865), el 88% de los hombres eran granjeros, artesanos o comerciantes independientes. Pero en 1910, menos de un tercio de los norteamericanos conserva ya esa forma de vida[63]. La industrialización y sus obligaciones –tareas mecánicas, rutinarias y parceladas– se impone rápidamente y los trabajadores son despojados de todo control sobre la organización y los resultados de su trabajo.

Como en Europa, esta transformación económica viene acompañada de una alteración de la vida familiar y de los valores. Los hombres obligados a trabajar lejos del hogar, se ven forzados a abandonar la educación de sus hijos a la entera responsabilidad de sus mujeres. La paternidad se convierte en una "institución de domingo"[64], y la virilidad empieza a identificarse con el éxito simbolizado en el dinero. La crisis de la masculinidad estalla cuando, como en Europa, las mujeres pretenden realizar labores diferentes a las de madre y ama de casa. Con mayor ímpetu aun que las europeas[65], se declaran hastiadas

59 Michael S. Kimmel, "The Contemporary Crisis of Masculinity in Historical Perspective" en Brod, *op. cit.,* págs. 143 a 153

60 Peter G Filene, *Him/Her/Self. Sex roles in Modern America,* 1974 2da. edición 1986, The Johns Hopkins University Press, Baltimore/London; Joe L. Dubbert."Progressivism and the Masculinity Crisis", en *The American Man,* ed. E. y J. Pleck, Prentice-Hall Inc, New Jersey, 1980, págs. 303 319.

61 Joe L. Dubbert, "Progressivism and the Masculinity Crisis", *op, cit.,* pág. 308.

62 Michael S. Kimmel, "The Contemporary Crisis of Masculinity ..." en Brod, *op. cit.,* pág. 138

63 *Ibídem,* pág. 138.

64 Peter G. Filene, *op. cit.,* págs. 78-79.

65 A diferencia de Europa, los Estados Unidos había vivido ya una crisis de la vida doméstica. Desde 1890, libros y periódicos femeninos se quejan amargamente de la falta de criadas o de cualquier otro tipo de ayuda doméstica, lo que obligaba a las amas de casa a realizar todas esas tareas rutinarias.

de esas labores y se rebelan contra las convenciones. Frustradas y deprimidas, deciden tomar la ofensiva creando clubes femeninos, enviando a sus hijas a los colegios [66], y trabajando por fuera del hogar. Con una actitud independiente, defienden su derecho a permanecer solteras o a casarse según se lo dicte su corazón y su voluntad. En caso de casarse, tendrán menos hijos y no sacrificarán su libertad para someterse al marido. Reclaman igualmente el derecho al divorcio, una mayor participación en la vida pública, y por supuesto, el derecho al voto. Y también aquí, como en Europa, la actitud de los hombres frente a ese ideal femenino es abiertamente hostil. Arremeten contra el egoísmo de la Nueva Eva que degrada su sexo, abandona su hogar y pone en peligro a la familia. Tratan a las mujeres de "tercer sexo" o de "lesbianas hombrunas"[67]. El aumento en el número de divorcios –7.000 en 1860, 56.000 en 1900 y 100.000 en 1914– y el descenso en la tasa de natalidad[68] suscitan miles de artículos sobre la disolución de la familia. En 1903, Teodoro Roosevelt declara que la raza americana se está suicidando. Incluso los demócratas defensores del sufragio femenino llegan a considerar que las feministas están yendo demasiado lejos. A medida que las mujeres manifiestan con mayor decisión sus reivindicaciones, más evidente se hace la vulnerabilidad de los hombres: con un rol masculino incierto y pánico al afeminamiento[69], el norteamericano medio de 1900 ya no sabe bien cómo ser un hombre digno de ese nombre.

Más que las mujeres, a los norteamericanos les preocupa el afeminamiento de la cultura[70]. Por ello alertan a los padres contra el peligro de educar

En Europa, por esa misma época, hasta los hogares más modestos cuentan con la ayuda de una empleada, como testimonian por ejemplo, *Les Rougon-Macquart* (1871 -1893) de Emile Zola.

66 En los Estados Unidos, ir al colegio significaba abandonar el techo paterno y entrar al mundo mixto en los estudios, los deportes y la vida social. En l890 se calculaba que había 3000 niñas egresadas de los colegios para un total de 13000 muchachos. A principios del siglo XX, representaban e1 40% del grupo de los egresados y no estaban dispuestas a volver al hogar para hacer los mismos oficios que sus madres. P. FiLene calcula que entre 1880 y 1890 se dobló el número de mujeres trabajadoras. Entre 1900 y 1910, esta cifra aumenta aún en un 50%. Filene, *op. cit.,* pág. 26 y Michael S. Kimmel, *op. cit.,* pág. 144.

67 M. Kimmel, *op. cit.,* pág. 144.

68 De 13000 niños de menos de cinco años por cada 1000 madres en 1800, se pasó a 700 niños en 1900, *idem,* págs. 40 y 41.

69 El libro de Henry James *Las bostonianas* (1886) ilustra ese miedo al afeminamiento

70 M. Kimmel, *op. cit.,* pág. 146.

a los jóvenes entre algodones y atacan a las madres que socavan la virilidad de sus hijos, es decir, su vitalidad. Se vuelven decididos defensores de la división de los sexos y las ocupaciones. Deportes como el fútbol y el béisbol se popularizan; probablemente porque, como anotaba un periodista en 1909: "El campo de fútbol (deporte particularmente violento) es el único lugar en el que no hay duda sobre la supremacía masculina."[71] Con similar espíritu se adopta la institución de *boy-scouts* que se propone "salvar a los jóvenes de la podredumbre de la civilización urbana"[72], y convertir a los niños en hombres viriles. Teodoro Roosevelt, presidente de los Estados Unidos' entre 1901 y 1908, es considerado como un héroe porque encarna los valores viriles tradicionales. Desde su posición, invita a los norteamericanos a recuperar el gusto por el esfuerzo y el coraje, defiende la antigua distinción de los roles sexuales e insiste en la sagrada misión maternal de las norteamericanas y, al hacerlo, pone un bálsamo sobre las heridas masculinas. Pero aún no está resuelta la crisis psíquica de los hombres; en vísperas de la Primera Guerra Mundial, todavía no han entendido en qué consiste la virilidad moderna. Como una especie de sublimaciones fantásticas, empiezan a aparecer nuevos héroes en la literatura. Resurge el Oeste salvaje y, con él, la figura emblemática del *cow-boy,* el hombre viril por excelencia: "Violento pero-honorable, ese incansable luchador provisto de un revólver fálico, defiende a las mujeres sin dejarse domesticar por ellas"[73]. La clase media se abalanza literalmente sobre estos nuevos libros. De la serie de *Tarzán,* publicada en 1912 por Edgar Rice Burroughs, ¡se venden más de 36 millones de ejemplares! Pero a pesar de todo, muchos no logran calmar su ansiedad, y una vez más es la entrada de los Estados Unidos a la guerra, en 1917, la que les ofrece una salida, una especie de "prueba de virilidad". Convencidos de que pelean por una causa justa, los hombres logran por fin desatar su violencia contenida y probarse de una vez por todas que son verdaderos machos[74].

71 *The Independent,* citado por Joe. L. Dubbert, *op. cit.,* pág. 308.

72 Filene, Peter G., *op. cit.,* pág. 95. La institución de los *boy scouts* fue creada en Inglaterra por el general Roben Baden Badel-Powel en 1908.

73 *Ibídem,* pág. 94. La primera novela de este tipo fue *The Virginian* (1902) de Owen Wister. Tuvo un éxito considerable. En menos de un año se publicaron 15 novelas del mismo género.

74 Basta leer la correspondencia del escritor John Dos Passos para convencerse de ello. Enviado a Francia durante la guerra, sus cartas vibran con una apasionada violencia. Le confiesa a su amigo Arthur McComb que nunca había sido tan feliz como en pleno combate: "Constantemente siento que me

Gracias a la guerra se resolvió momentáneamente la crisis de principios de siglo. ¡A grandes males, grandes remedios! Pero ésta no hizo más que ocultar los problemas esenciales, que en realidad no habían sido resueltos, y que hoy reaparecen en toda su magnitud. Después del cataclismo de la Segunda Guerra Mundial, cuando la hipervirilidad mostró todo lo patológica que puede llegar a ser, la guerra ya no parece ser la solución contra la inseguridad masculina. Y nos vemos de nuevo enfrentados al problema del hombre, sin escapatoria a la vista. En el seno de las ciencias "del hombre" se está dando una verdadera polémica, promovida por las diferentes corrientes feministas. Lo que está en juego es crucial para todos, puesto que el punto de vista que se imponga tendrá repercusiones en la pedagogía, en la relación entre los sexos y desde luego, en la política.

## IV. La polémica actual

### 4.1. ¿Está el hombre sobredeterminado o indeterminado?

¿Es la masculinidad un hecho biológico o una construcción ideológica? Este es un problema que opone a los partidarios del determinismo biológico con los culturalistas, llamados también "constructivistas" en los Estados Unidos. Pero al contrario de lo que pueda parecer, no se trata únicamente del viejo debate entre antiguos y modernos, tradicionalistas y liberales, sino que es una polémica que enfrenta de manera violenta a dos corrientes feministas contemporáneas que pretenden, tanto la una como la otra, fundamentar la igualdad de los sexos: una sobre el dualismo absoluto de los géneros y la otra sobre la igualdad de los sexos y la infinidad de los géneros humanos.

### 4.2. Los diferencialistas o el eterno masculino

Este término comprende a todos aquellos que piensan que la *última ratio* del destino de los sexos y de sus mutuas relaciones está en su irreductible diferencia. La biología sería entonces, en última instancia, la encargada de definir

hace falta la ebriedad excitante del gran bombardeo... llegado el momento me siento más vivo que: nunca." Dicho de otra manera: me: siento como un verdadero hombre, Peter G. Filene, *op. cit.,* pág. 101.

la esencia masculina y femenina. Este punto de vista encontró un nuevo estímulo en la sociobiología, fundada en 1975 por E. O. Wilson[75]. Especializado en el estudio del comportamiento de los insectos, Wilson, y con él sus discípulos, están convencidos de que todos los comportamientos humanos se explican en términos de herencia genética y de funcionamiento de las neuronas. Herederos de las tesis de Darwin, creen que la conducta humana resulta de la evolución y de la necesidad de adaptarse.

Las teorías socio biológicas, mucho más populares en los países angloparlantes que en Francia[76], parten de la idea de que el sexo es "una fuerza antisocial". Los sexos no están hechos para entenderse sino para reproducirse. Y la explicación última de su naturaleza reside en esa estrategia opuesta frente a la reproducción. Jeffrey Weels dice con algo de humor: "Todas las diferencias empiezan y terminan con los ovarios y los testículos"[77]. Del número de ovarios y espermatozoides se extrapola los caracteres presuntamente innatos de hombres y mujeres. A ellas se las declara "tímidas, difíciles, puntillosas" por naturaleza. Y ellos son "inconstantes, dispuestos a acostarse con cualquiera"[78]. Otro postulado que se deduce del número de huevos disponibles en machos y hembras: ¡la competencia inevitable de los machos por la posesión del potencial reproductivo limitado de las hembras! Como es natural, en esa competencia sólo los más fuertes y agresivos logran imponerse. Existe pues una agresividad masculina hereditaria que sirve para sentar las bases biológicas de la dominación de los machos sobre las hembras, de la jerarquía y competitividad entre los hombres y de la guerra[79]. David Barash intentó incluso probar que la violación era un impulso natural en el hombre[80]. Con ejemplos provenientes del reino animal (abejas, lombrices, patos

75 E. O. Wilson, *Sociobiología,* Barcelona 1980. Y *Sobre la naturaleza humana,* Madrid, 1983. Define la sociobiología como "el estudio sistemático de los fundamentos biológicos de todas las conductas sociales".

76 Aparte de Desmond Morris que tuvo gran éxito con su *Mono demudo,* Lionel Tiger (*Men in groups*) 1964 y E. O. Wilson no lograron seducir a los teóricos de la nueva derecha.

77 Jeffrey Weeks, *Sexuality and its Discontents,* Routledge & Kegan, 1985, reed. 1989, pág. 114.

78 Ruth Bleier, *Science and Gender. A Critique of Biology and its Theory on Women,* Pergamon Press, pág. 19.

79 *Ibídem,* pág. 20.

80 D. Barash, *The Wisperings Whithin,* Haper & Row, 1979, págs. 30-31. Los libros de D. Barash son muy populares en los Estados Unidos, y también muy criticados.

... ) y vegetal (¡¡¡alude a la violación de las flores hembras por las flores machos!!!), proclama la inocencia del violador, y llega incluso a elogiarlo. Plantea que los violadores no son más que instrumentos involuntarios de una pulsión genética ciega. La violación es un deseo inconsciente de reproducción y por lo tanto, biológicamente hablando, sería a la vez provechosa e inevitable.

Estas teorías causarían risa si no tuvieran todavía adeptos en los países anglo-americanos. Pero dejemos que los sociobiólogos se sigan buscando entre los insectos o en la edad de las cavernas, y veamos qué dicen las feministas diferencialistas, quienes también recurren al determinismo biológico para definir a la mujer y al hombre. Aunque sus objetivos son radicalmente opuestos, ambas corrientes de pensamiento comparten la creencia en una esencia sexual inmutable. Si los primeros fundan en ella la eterna superioridad masculina, las segundas sostienen, por el contrario, que a través de esta diferencia radical se llega a la igualdad de los sexos.

El diferencialismo feminista nació a fines de los años setenta como consecuencia de la decepción causada por el feminismo universalista, corriente que dominó ampliamente con Simone de Beauvoir, quien preconizaba una política de unixesualismo basada en la filosofía de la semejanza. A ese movimiento se le reprochó no haber resuelto los problemas esenciales. Muchas mujeres, al darse cuenta de que era poco lo que habían ganado con ese régimen, entre otras cosas la doble jornada laboral, los trabajos menos remunerados y una presión sexual masculina sin precedentes, llegaron a la conclusión de que habían errado el camino. Si la igualdad no es más que un engaño, pensaban, es precisamente porque ni se reconocen ni se tienen en cuenta las diferencias. Para ser iguales a los hombres, las mujeres han tenido que renegar de su esencia femenina y convertirse en pálidas copias de sus maestros. Al perder su identidad sufren la peor de las alienaciones y le dan, sin saberlo, la victoria final al imperialismo masculino[81].

Las diferencialistas, llamadas también feministas maximalistas[82] o nacionalistas[83], buscan nuevamente la esencia femenina en las diferencias corporales –y

81 En los Estados Unidos, las primeras en adoptar esta posición fueron las separatistas lesbianas. A éstas las siguieron otras que se consideraban radicales. Luce Irigaray encarna esta corriente en Francia.

82 Expresión creada en 1980 por Catherine Stimpson para designar a las feministas que acentúan, las diferencias sexuales, en una actitud contraria a la de las minimalistas.

83 Cfr. Ti-Grace Atkinson, "Le Nationalisme féminin" en *Nouvelles questions feministes,* N° 13, 1984, págs. 5 a 35.

más recientemente en el inconsciente específicamente femenino. La vulva es ahora la metonimia de la mujer[84], como antes lo fue el ovario para los médicos y filósofos del siglo XIX. De la manera más natural, se le restituye a la maternidad su lugar de honor. Aunque Luce Irigaray proclama el derecho a la virginidad[85]. Se asiste a un retorno de lo sublime materno. En él radica el verdadero destino de las mujeres, la condición de su poder y su felicidad, la promesa de regeneración del mundo, tan maltratado por los hombres. Las feministas diferencialistas preconizan la separación de los sexos e invitan a las mujeres a privilegiar las relaciones entre ellas. Tanto Adriana Rich, en 1976[86] como Luce Irigaray, ven en la relación madre/hija la quintaesencia de la pareja humana, la base de la fuerza y la amistad entre las mujeres, y una primera respuesta al patriarcado que domina al mundo[87]. Llevando su lógica al extremo, A. Rich no niega la heterosexualidad, pero invita a las mujeres a reconocer su homosexualidad latente[88].

A. Rich fue muy leída pero poco seguida. La ideología maternalista y ginocéntrica alcanzó en cambio cierto éxito, pues no sólo justificaba la superioridad moral de las mujeres sobre los hombres, sino que fundamentaba muchas de sus prerrogativas. Si la mujer es "maternal" por naturaleza, es decir, que es dulce, pacífica y cálida, no hay duda de que ella es la llamada a construir el porvenir radiante de la humanidad. La maternidad –que hasta el momento había sido considerada como una relación privada– debe adoptarse como modelo de la esfera pública[89]. Gracias a ella se logrará una con-

84 Maryse Guerlais, "Vers une nouvelle idéologie du droit statutaire: le temps de la différence de Luce lrigaray" en *Nouvelles questions féministes,* Nos 16-17-18, 1991, pág. 71.

85 *Le Temps de la différence,* Le Livre de Poche, 1989, pág. 7 I.

86 A. Rich, *Nacida mujer,* Barcelona, 1978.

87 De la misma manera, L. Irigaray llama a las niñas a permanecer en el regazo de su madre y a reencontrarse con "las grandes parejas madre-hija de la mitología: Deméter-Koré, Clitemnestra-Ifigenia, Yocasta-Antígona". Yendo aún más lejos, reclama la creación de un lenguaje y de un código civil exclusivamente femeninus. La estrategia de la no mixticidad de los sexos, llevada a sus últimas consecuencias, desemboca en la creación de un mundo de mujeres. Según ella, esta es la única manera de contrarrestar "la cultura patriarcal fundada sobre el sacrificio, el crimen y la guerra". Cfr. *Le Temps de la différence, op. cit.,* págs. 23 y 27.

88 A. Rich, "Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence", en *Signs,* 5, 1980, págs. 631-660. Este artículo causó conmoción en los Estados Unidos.

89 Basándose en los trabajos de Nancy Chodorow o de Carol Gilligan, que tienden a demostrar la superioridad "social" y moral de las mujeres, las feministas "maternalistas" declaran que la experiencia maternal les confiere a las mujeres una capacidad moral capaz de contrarrestar al mundo individua-

cepción totalmente novedosa del poder y la ciudadanía. "El ciudadano será un ser humano amoroso… consagrado a la protección de la vida humana, tan vulnerable"[90]. En otras palabras, sólo las madres podrán salvar el mundo.

Este tema fue retomado y desarrollado por las "ecofeministas"[91]. De acuerdo con sus teorías, la mujer encarna la naturaleza y la vida, mientras que al hombre le corresponde la cultura y la muerte. Esa dicotomía tuvo cierto éxito en Francia[92], aun antes de que se hablara de fecundación *in vitro.* Luego fue reactivada por el miedo de las mujeres a verse privadas de la función procreadora. Se habló del poder del cuerpo médico masculino sobre el vientre de las mujeres y del espectro del útero artificial, última argucia del tirano macho para eliminar a su enemigo. En su afán por someterse a las leyes de la naturaleza, muchas de estas feministas, antiguas defensoras de la contracepción y el aborto, dudan hoy de su legitimidad. Se oponen a todo lo que amenace la vida y se preocupan por el medio ambiente y por el conjunto de la cadena de los seres. Contrarias a la teoría del animal-máquina del siglo XVII, consideran al ser humano como un animal más. El animal sufriente está para ellas al mismo nivel que la mujer[93] en su lucha contra el hombre. Una de ellas sostiene que "la simpatía que muchas mujeres sienten por los animales se debe al hecho de que tanto las unas como los otros son víctimas de los hombres"[94]. En consecuencia, en la lucha contra el patriarcado

lista de macho liberal. Véase Nancy Chodorow, *The Repruduction of Mothering,* University of California Press, 1978. En este libro la autora tiende a demostrar que la aptitud de las mujeres para comunicarse y establecer relaciones con los demás es una cualidad humana más positivá que la necesidad masculina de establecer distancias. Véase también Carol Gilligan, *In a Different Voice,* Har.

90 Mary C. Diez, "Feminism an T Theories of Citizenship" en *Gender, Polities and Power,* Y. Onway, S. Bourque y J. W. Scott eds., University of Michigan Press, 1987, pág. 11.

91 Linda Birke, *op. cit.,* págs. 116 a 125.

92 Cfr. la revista *Sorcieres,* especialmente el N° 20, 1980, "La naturaleza asesinada", en donde se reivindica a la mujer/naturaleza. Se critica la noción de bisexualidad por considerar que se deshace de lo femenino, pág. 15. Véase también la revista Le Sauvage, que se mueve en la misma dirección, como muchos otros trabajos que celebran el cuerpo, la menstruación y el útero de la mujer. Se llegó incluso a revalorar el trabajo doméstico, por considerarlo más pacífico y cercano a la naturaleza que el trabajo de los hombres. Cfr. Annie Leclerc, *Paroles de femmes,* Grasset, 1976, pág. 114.

93 Cfr. A. Brown, *Who Cares for Animals?,* Heinemann, Londres, 1974, págs. 1-35·

94 Carol Adams, "The CEdipus Complex: Feminism and Vegetarianism" en *The Lesbian Reader,* G. Covina y L. Galana (eds.), Amazon Press, Oakland California, 1975, págs. 149- 1 50. vard University Press, 1982.

(explotador de la naturaleza), "debe tenerse en cuenta el sufrimiento de los no humanos"[95] y de todas las minorías oprimidas. La cadena de los seres se rompe así a la altura del hombre, animal tan pervertido que ya no pertenece al mundo natural. La diferencia entre la mujer y el animal es de grado, mientras que con el hombre es de naturaleza. Se repite aquí el discurso de las sociobiólogas, que pueden comparar a una mujer con una abeja, pero no a un hombre con una mujer.

La sociobiología y el feminismo diferencialista, basándose ambos en el principio del determinismo biológico, llegan a una conclusión similar: siempre hay uno que resulta valorado a expensas del otro, razón por la cual hombres y mujeres sólo deben juntarse en el momento de la inseminación. El esencialismo conduce necesariamente a la separación y a algo peor: a la opresión. Su perspectiva de la naturaleza y del potencial humano es necesariamente limitada. Todo está establecido de antemano sin que haya lugar a cambios o a creación. Prisioneros de un esquema predeterminado, o mejor aún, sobredeterminado, hombre y mujer se encuentran condenados a desempeñar a perpetuidad los mismos papeles. A reiniciar eternamente la misma guerra.

### 4.3. Los consuctivistas o la masculinidad resquebrajada

Los especialistas de los *Men's studies* coinciden en rechazar la idea de una masculinidad única. Con una formación humanística, niegan el papel fundamental de la biología y se inclinan por la idea de una plasticidad humana. Se basan en los diversos trabajos de antropología social y cultural, y en las últimas investigaciones históricas y sociológicas sobre la masculinidad (y la feminidad), para concluir que no existe un modelo masculino universal, válido para todos los tiempos y todas latitudes. La masculinidad, más que una esencia es una ideología que tiende a justificar la dominación masculina. A lo largo del tiempo ésta ha ido cambiando de forma (¿qué hay de común entre el guerrero de la Edad Media y el padre de familia de los años sesenta?) y lo único que ha subsistido es el poder del hombre sobre la mujer. Pero ahora que ese poder se está desintegrando, ¿qué queda de la masculinidad?

95 Norma Benney, "All of One Flesh: The Rights of Animals" en Caldecott & Leland, citado por Linda Birke, *op. cit.,* pág. 121.

Hace ya casi medio siglo que la antropóloga norteamericana Margaret Mead planteó la idea de que la masculinidad no es una sola, sino que existen múltiples masculinidades. En sus estudios sobre siete poblaciones de los mares del sur[96], descubre lo variables que llegan a ser las funciones y los estereotipos masculinos y femeninos, así como también las relaciones entre hombres y mujeres. ¿Qué puede haber de común entre el arapesh, un hombre aficionado al arte que se deja maltratar sin defenderse, y el guerrero mundugumor, un ser colérico y agresivo, que ríe y habla mientras se come al enemigo[97]? ¿Cómo comparar la audacia sexual de los muchachos iatmul con la timidez de los tchambuli?

Trabajos más recientes muestran que a pesar de que en el mundo tiende a imponerse la cultura occidental, aún persisten diversas formas de asumir la masculinidad. David Gilmore[98] recoge una gran variedad de modelos que van desde el sur mediterráneo hasta las tribus samburu del este del África, pasando por Nueva Guinea, los tahitianos y los judíos americanos, entre otros. Por un lado; encuentra hombres duros, angustiados[99] por su virilidad, que hacen valer la más mínima diferencia con las mujeres. Por otro, hombres tiernos y dulces que podrían calificarse de femeninos según los criterios tradicionales y que viven apaciblemente la comunión de los sexos[100].

¿En que se para el mito de la agresividad natural de los hombres luego de conocer la pequeña sociedad semai de Malasia central[101], una de las poblaciones

96 M. Mead, *L'Un et Pautre sexe,* publicado en 1948. Las recientes críticas contra uno de sus libros más famosos (*Coming of Age in Samoa,*1928) no cuestionan la validez de sus últimos trabajos sobre la diversidad de géneros, cfr. Derek Freeman, *Margaret Mead and Samoa, the Making and Unmaking of an Amtropological Myth,* Harvard University Press, 1983.

97 M. Mead, *op. cit.,* págs. 67 y 70.

98 David A. Gilmore, *Manhood in the Making. Cultural Concepts of Masculinity,* Yale University Press, 1990.

99 Las tribus de Nueva Guinea, por ejemplo. Vease Maurice Godelier, *La Production des grands hommes,* Fayard, 1982, trad. Cast. *La produccion de grandes hombres*, Barcelona, 1986. Este libro recoge las observaciones realizadas entre 1967 y 1975 por el autor sobre los baruya; Gilbert H. Herdt, ed., *Rituals of Manbood. Male Initation in Papua New-Guinea,* University of California Press (1982).

100 Sobre los tahitianos, véase Robert Levy, *Tahitians, Mind and Experience with the Society Islands,* University of Chicago Press. 1973.

101 Los semai creen que la agresividad es la peor de las calamidades y la frustración del otro, el mal absoluto. Por lo tanto no son ni celosos, ni autoritarios, ni despreciativos. Cultivan cualidades no competitivas, son más bien pasivos y tímidos y asumen una actitud discreta frente a los demás,

más pacíficas del mundo? Son innumerables los interrogantes que se nos plantean sobre la "naturaleza" y el origen de la masculinidad. ¿Quién es más viril, Rambo, héroe de los jóvenes norteamericano, o el hombrecito semai? ¿Cuál es más normal, más cercano a la naturaleza? ¿En cuál se nota más la presión del amiente o de la educación? ¿Cuál se ha tenido que reprimir más?

Pero no hay necesidad de recorrer el mundo para comprobar la multiplicidad de los modelos masculinos. Nuestra sociedad nos da suficientes ejemplos. La masculinidad no sólo varía según la época, sino también según la clase social[102], la raza[103] y la edad[104].

La célebre frase de Simone de Beauvoir puede aplicársele también al hombre: No se nace hombre, se llega a ser. Los casos de Víctor de Aveyron y de Gaspar Hauser, los niños salvajes del siglo XIX que crecieron lejos de todo contacto humano, son una prueba *a contrario.* Aunque quienes los observaron poco se interesaban en los problemas de identidad sexual, éstos se manifiestan claramente en sus relatos. Gaspar Hauser quiere ponerse vestidos de mujer porque los encuentra más hermosos:

"Se le explica que debe convertirse en un hombre: él lo niega categóricamente"[105]. Víctor, a quien el doctor ltard describe como poseído por fuertes pulsiones sexuales, no muestra preferencia por uno u otro sexo. Su deseo es indiferenciado. Pero como dice el buen doctor en 1881, no hay que extrañarse de que esto suceda "en un ser a quien la educación no le ha enseñado a distinguir entre un hombre y una mujer"[106].

Si la masculinidad es algo que se aprende y se construye, también puede cambiar. En el siglo XVIII, un hombre digno de ese nombre podía llorar en público y ruborizarse; a fines del XIX eso mismo podría llevarlo a perder la dignidad masculina. Como es obvio, lo que se construye puede ser deconstruido para ser reconstruido de nuevo. Pero a los más radicales de los "cons-

hombres o mujeres. Poco interesados en la diferencia entres los sexos, no ejercen ningún tipo de presión sobre los niños para que se diferencien de las niñas y se conviertan en pequeños duros. Cfr. D. Gilmore, *op.cit.* págs.209 a 219. Véase también Robert K. Dentan, *The Semai: A Non Violent People of Malaysia,* Nueva York, Holt, Rinehart and Wurston, 1979.

102 Anthony Astrachan, *How Men Feel,* Nueva York, Anchor Press/Doubleday,1986.

103 Robert Staples, "Stereotypes of Black Male Sexuality" en Mens's Lives, *op. cit.,* pág. 4.

104 Véase Segunda Parte, capítulo 2.

105 Lucien Malson, *Les Enfants sauvages,* colección 10/18, 1964, págs. 81-82.

106 *Ibídem.*

tructivistas", inspirados por J. Derrida, sólo les interesa la deconstrucción. Pretenden acabar definitivamente con el dualismo de los géneros[107] y de los sexos[108], que no son más que oposiciones ideológicas encaminadas a establecer la opresión de uno sobre otro. Piensan deshacerse así, de una vez por todas, de los problemas de identidad sexual –incluidos los de los transexuales [109]– e instaurar un régimen de plena libertad.

Las posiciones son irreconciliables. Entre los partidarios del determinismo biológico, que manejan la idea de un macho eterno, y sus opositores, que declaran tranquilamente que "el género masculino no existe"[110], quedamos con la sensación de que el enigma masculino sigue en el más absoluto misterio. ¿Qué es el hombre? ¿Una pregunta sin respuesta? ¿Un significante sin significado? Sin embargo, sabemos que hay dos sexos y que el hombre no es una mujer. Salvo raras excepciones, siempre es posible distinguirlos. Si la diversidad de comportamientos desmiente la preeminencia de lo biológico, la multiplicidad de las masculinidades no impide la existencia de caracteres comunes, e incluso de connivencias secretas. A continuación nos dedicaremos, precisamente, a encontrarlas.

107 S. Kessler y McKenna, Gender: *An Ethno Methodogical Approach,* Nueva York, 1978, John Wiley. Cuestionan el dualismo de los géneros como categorías arbitrarias, al igual que Holly Devor, *Gender Blending. Confronting the Limits of Duality,* Indiana University Press, 1989, pág. 33.

108 Judirh Bucler, *Gender Trouble. Feminism and Subversion of Identity,* Rouctledge, 1990. Su objetivo es el de desestabilizar la distinción. Insiste en el hecho de que el cuerpo mismo es una construcción, pág. 8.

109 Marcia Yudkin, "Transsexualism and women: a critical perspective" en *Feminist Studies,* octubre de 1978, vol. 4, N° 3, págs. 97 a 106.

110 Marc Chabot, "Genere masculin, genre flou". Conferencia dictada en la Universidad de Laval en Quebec, en 1990, que el autor tuvo la gentileza de hacerme llegar. Publicada actualmente en *Des hommes et du masculin,* Bief, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, Ier trimestre de 1992, págs. 177 a 191.

# II

## Género y teoría del derecho

# 1

# Las escuelas feministas y el derecho

# La crítica feminista al derecho*

Isabel Cristina Jaramillo**

**Sumario**

Introducción. **I.** Las distinciones. **1.1.** Sexo y género. **1.2.** El feminismo. **1.3.** Tipos de feminismos. **1.4.** Tipos de relación entre el feminismo y el derecho. **II.** La crítica feminista al derecho. **2.1.** Critica teórica al derecho. **2.2.** Instituciones jurídicas sometidas a la critica feminista. **2.3.** Los métodos feministas. **III.** A modo de conclusión. Bibliografía.

## Introducción

El derecho, entendido como el conjunto de instituciones formales que regulan la vida en sociedad, no podía dejar de ser uno de los principales focos de la critica feminista, como tampoco podía dejar de ser una de las más importantes herramientas dentro de la lucha de las mujeres por alcanzar el lugar

* Isabel Cristina Jaramillo, "La crítica feminista al derecho, estudio preliminar", en Robin West, *Género y teoría del derecho,* Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, pp. 27-66.

** Agradezco de manera muy especial a Mónica Roa por su energía en el trabajo como mí asistente en el diseño y desarrollo del curso *Corrientes feministas contemporáneas,* que fue dictado en la Universidad de los Andes en el segundo semestre de 1998. Sin su asistensia y colaboración ni el curso ni este texto habrían sido una realidad.

que desean tener dentro de la sociedad. La crítica y los usos del derecho por el feminismo, sin embargo, no sólo son intensos sino que también son inmensamente variados, pues tanto en su cantidad como en su cualidad, dependen en último término de la manera en la que cada mujer o conjunto de mujeres entiende su opresión dentro de las sociedades contemporáneas, así como de su comprensión del derecho y de las relaciones de éste con las otras esferas de la vida social.

El propósito de este texto es precisamente hacer una exposición de esta apasionada relación entre el feminismo y el derecho a la luz de la consideración de su complejidad y riqueza. Para esto se procederá, en primer lugar, a señalar una serie de distinciones que permitan introducir algún orden dentro de la complejidad. Luego se presentarán de manera esquemática las principales criticas feministas al derecho en sus presupuestos generales, las criticas feministas a las instituciones jurídicas particulares y los métodos feministas de análisis jurídico[1].

1 Como se dará cuenta cualquier lector medianamente informado, este estudio se refiere básicamente a los debates teóricos y políticos y a las características del movimiento feminista en los Estados Unidos. Aunque podría decirse que en este tema, como en otros. los Estados Unidos han marcado la tendencia internacionalmente, sería absurdo generalizar lo que aquí se dice para los casos de los demás países. Las razones para el carácter americanocéntrico de este estudio son vanas. En primer lugar, y lo más importante, el texto al que se pretende introducir al lector es un texto que se ubica dentro del contexto estadounidense. En segundo lugar, como ya se dijo, las tendencias en los Estados Unidos han marcado de manera importante los debates académicos y las acciones de los movimientos feministas en otros países. En tercer lugar. en los Estados Unidos es en donde más prolífico e importante socialmente ha sido el debate feminista y el movimiento feminista. Por último, y con un *mea culpa,* mi formación en este tema ha sido fundamentalmente "americana". Una compilación de artículos que contiene los movimientos y debates en los Estados Unidos, pero también en otros países, es la de Monica Threfall, *Mapping the Women's Movement.* New York, verso, 1996. Una aproximación a la reconstrucción del movimiento de mujeres en América Latina puede encontrarse en Virginia Vargas, "El movimiento feminista latinoamericano: entre la esperanza y el desencanto", en: Magdalena León (comp.), *Mujeres y participación política. Avances y desafíos en América Latina,* Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1994: y en: Nancy Saporta Sternbach y otras, "Feminismo en América Latina: de Bogotá a San Bernardo". en: *ibíd.* En esta misma compilación se incluye una presentación sobre el movimiento feminista en Colombia: Norma Villarreal. "El camino de la utopía feminista en Colombia. 1975-1991".

# I. Las distinciones

## 1.1. Sexo y género

La primera distinción que cabe hacer, también la más básica y la que cuenta con el mayor consenso en la literatura, es la que se refiere al uso de las palabras sexo y género[2]. Sexo es la palabra que generalmente se usa para hacer alusión a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos. El sexo, como parámetro para crear categorias, distingue entre hombres y mujeres o, en otras palabras, entre machos y hembras de la especie humana. Género, por el contrario, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Los atributos de género son, entonces, femeninos o masculinos. Entre otros, se consideran atributos femeninos la delicadeza en los comportamientos, la no violencia, la inclinación por el cuidado de otros (el altruismo), la inclinación por las tareas domésticas y manuales, la menor capacidad de abstracción, la belleza. Como masculino, por oposición, se considera la brusquedad en las actuaciones, la violencia, el egoísmo, la competitividad, una mayor capacidad de abstracción, la fealdad.

Lo que la distinción busca poner en evidencia es que una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra la significación que culturalmente se asigna a esas diferencias. Esto no implica, claro, que se caiga en la ingenuidad de considerar que no existe ninguna relación entre biología y cultura. Por el contrario, la literatura feminista ha sido bastante enfática en el señalamiento de la influencia que pueden tener las prácticas culturales en el discurso de la biología[3] y, sobre todo, la que puede tener la biología en la configuración cultural[4]. El caso de la reproducción es un buen ejemplo. El que las mujeres sean reproductoras es un hecho biológico que ha determi-

2 Véase Cynthia Fuchs Epstein, *Deceptive Distinctions Sex. Gender and the Social Order.* New Haven and London. Yale University Press. 1988. Para una critica de esta distinción, véase Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity,* New York, Routledge. 1999 (1990). pp. 9 y ss.

3 Una excelente compilación de artículos en los que se pone de presente esta relación del género con el discurso de la biología y la ciencia en general es la de Evelyn Fox Keller y Helen Longlno (eds.). *Feminism and Science.* Oxford. Oxford Unlverslty Press. 1996.

4 Véase. por ejemplo. Shulamith Firestone. *The Dialectic of Sex.* New York. William Morrow. 1970.

nado ciertas prácticas culturales, como la de que sean las mujeres las encargadas principales del cuidado y la crianza de los niños. Pero este hecho biológico ha sufrido importantes modificaciones con la introducción de las tecnologías de planificación y procreación artificial. Hoy en día, no todas las mujeres son reproductoras y en algún momento puede ser que ni siquiera se necesite de una mujer para la reproducción de la especie. Los cambios culturales derivados del hecho de que se haya introducido un control a la función de reproducción ya son algo evidentes (aunque no tienen aún la dimensión que algunas feministas pensaron que podria tener)[5].

Ahora bien, la adopción de esta distinción, que como todas no es dada sino construida, fue producto de consideraciones tanto teóricas como políticas. Teóricamente, su introducción respondió a la constatación de que el tratamiento que un individuo recibe socialmente depende de la percepción que socialmente se tiene de él y esta percepción responde a lo que se espera de él según su sexo. En este sentido, se hizo notar que en últimas lo importante socialmente no es el sexo, sino el género. Distinguir entre sexo y género también se mostró como importante frente a las teorías socio-biológicas que pretendían reducir el asunto de los comportamientos sociales de hombres y mujeres a variables biológicas, como si la biología fuera una condena[6].

Políticamente, patrocinar la diferencia entre sexo y género resultaba importante no sólo para socavar la tendencia conservadora de los socio-biologicistas, sino también para convertir la lucha entre los sexos (entre hombres y mujeres) en una lucha contra el género (de hombres y mujeres). En efecto, al introducir el género como estructura social, los hombres de carne y hueso dejaron de ser los principales blancos de ataque, así como también las mujeres de carne y hueso dejaron de ser siempre las víctimas. Las tensiones entre hombres y mujeres tendrían entonces que disiparse y los argumentos feministas ganarían nuevamente un espacio perdido[7].

5 lbid. Al contrario de Firestone. muchas feministas actualmente alertan a las mujeres sobre los peligros que la tecnología representa para la capacidad femenina de la reproducción. Véase Robin West, *Caring for Justice.* New york, New York Unlversity Press. 1997. p. 3.

6 Una interesante presentación de las teorías socio-biológicas puede encontrarse en Cynthia Fuchs Epstein. op. cit., pp. 46-71. Véase también Deborah Rhode, *Speaking of Sex, the Denial of Gender lnequality,* Cambridge, Harvard University Press, 1997, especialmente el capitulo 2.

7 Judlth Butler, *op. cit*.

La introducción de esta distinción tuvo también importantes efectos en la práctica académica. Si los años setenta y los primeros de los ochenta vieron surgir los programas e institutos de estudios sobre la mujer, en la última década estos han venido siendo reemplazados por programas e institutos dedicados al estudio de género[8]. La modificación no es sólo en el nombre: si los estudios sobre la mujer se concentraban en la problemática de las mujeres definidas por su sexo, los estudios de género hacen énfasis en las cuestiones relacionadas con el género y por eso, no se limitan, aunque todavía lo hacen en gran parte, al estudio de las mujeres (estudios mujer-centrados) sino también al de los hombres y al de las relaciones entre ambos.

Además, ha surgido toda una corriente identificada como "masculinista" en cuyo seno se debate lo relacionado con la construcción masculina de la identidad y los problemas de los hombres frente al género. Al interior del masculinismo se identifican actualmente dos posiciones: la de los llamados "masculinistas mitopoiéticos" y la de los "masculinistas profeministas". Los primeros, inspirados en la obra del poeta Robert Bly, sostienen que la principal consecuencia que ha tenido la industrialización para los hombres es la ausencia del padre, lo que ha generado fallas en el proceso de identidad masculina, "una herida de padre". Reivindican valores asociados a lo masculino como la protección, la fuerza, el trabajo. Critican las imposiciones sociales de la competitividad, el egoísmo, la delegación del trabajo de cuidado a las mujeres, la violencia[9].

Los masculinistas profeministas, por otra parte, si bien comparten la preocupación por la construcción de la identidad masculina, no creen que los problemas se deriven de una "herida del padre" sino de una "herida de madre", un rechazo por lo femenino vinculado a la misoginia social. Comparten con las feministas, pues, la creencia de que las sociedades en las que vivimos son patriarcales y que deben ser transformadas no sólo por el bien de las mujeres sino también por el de los hombres[10].

8 Véase Johanna Brenner, "The Best of Times, the Worst of Times: Feminism in the Unlted States", en: Monica Threfall (ed.). *Mapping the Women's Movement,* New York, Verso, 1996.

9 Robert BIy, *Iron John: a Book About Men,* Reading, Mass., Addison Wesley. 1990. Véase también Shepherd Bliss. "The Mitopoietic Men's Movement". en: Michael Kimmel (ed.). *The Politics of Manhood,* Philadelphia. Temple Unlversity Press. 1995. pp. 292-307.

10 Véanse Tom Digby (ed.). *Men Doing Feminism.* New York, Routledge, 1998; Michael Kimmel y Michael Messner (eds.), Men's Lives. Boston, AlIyn & Bacon, 1994; Michael Kimmel (ed.). *The*

### 1.2. El feminismo

A pesar de las discusiones recientes y de las confusiones iniciales en torno al uso de este término (feminismo), es importante para los propósitos de este escrito contar con una definición operativa. La definición que goza de mayor acogida hoy en día, si bien no está lo suficientemente difundida, es la que considera como "feminista" al conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras en el juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe una supremacía de lo masculino[11].

La utilidad de asignar este referente al término feminismo radica en que, por un lado, hace posible reunir un conjunto de teorías y prácticas políticas bajo un denominador común, y, por el otro, permite distinguir unas prácticas teóricas y políticas de otras. Sin embargo, el asunto del uso de esta etiqueta no ha estado exento de debate.

En prímer lugar, y al interior del feminismo mismo, se discute la verdadera utilidad del "agrupamiento" bajo un denominador común. En el ámbito de lo teórico, se oponen a la idea de lo "común" quienes consideran que lo femenino o "las mujeres" no son una categoría útil para comprender la realidad social[12]. Señalan que bajo esta idea se esconde una intención por preservar un poder adquirido. Se critica entonces el que en la academia las mujeres blancas de clase media pretendan ser representantes del feminismo cuando de hecho ellas son las únicas que tienen acceso *realmente* al debate académico[13]. Por su parte, quienes defienden la "etiqueta" feminista, hacen

*Politics of Manhood,* Philadelphia. Temple University Press. 1995; Alice Jardine y Paul Smith (eds.), *Men in Feminism.* New York, Methuen. 1987; Mlchael Kaufman. "Los hombres, el feminismo y las experiencias contradictorias del poder entre los hombres" en: Luz Gabriela Arango, Magdalena León y Mara Viveros (comps.), *Género e Identidad.* Bogotá. Tercer Mundo Editores y Ediciones Uniandes. 1995. pp. 123-146. Un excelente mapa de la configuración de los movimientos masculinistas o de hombres puede encontrarse en Deborah Rhode. op. cit., pp. 228-239.

11 Véase Patricia Smith. "Introduction", en: Patricia Smith (ed.), *Feminist Jurisprudence,* pp. 9-16.

12 Como se verá más adelante, el reto a la idea de que socialmente el género es el principal factor de configuración de lo social ha venido tanto de las mujeres negras y latinas, como del posmodernismo.

13 Martha Mahoney, "Whiteness and Women, in Practice and Theory: a Reply to Catharine MacKinnon", en: *Yale Journal of Law and Feminism,* vol. 5.1993. pp. 217-251.

énfasis en la importancia que tiene el unir esfuerzos para lograr posicionar el tema de la opresión de las mujeres dentro del debate académico[14].

Del mismo modo se expresan críticas a la intención de agrupar los distintos movimientos de mujeres bajo una idea de lo "común". La crítica aquí se dirige también al hecho de que este interés por la "unidad", por resaltar lo "común", sirve para encubrir y proteger el poder adquirido de estas mismas mujeres blancas y de clase media en lo relativo a la fijación de la agenda en la práctica política[15]. Adicionalmente se señala que este interés por la "unidad" puede ir en desmedro de la necesidad de establecer puentes con otros movimientos políticos que tienen intereses comunes a los de los movimientos de mujeres y que comparten algunos miembros con estos últimos[16]. Las defensoras del uso del término "feminismo", no obstante, señalan el valor que tiene la unidad para la lucha política cuando se está ubicado en la posición del menos poderoso dentro de la sociedad. Además, ponen en evidencia el efecto perverso que podría tener sobre la organización de mujeres el subrayar excesivamente la diferencia y no lo común: si cada mujer resulta ser en últimas esencialmente diferente de las demás, sus problemas no son atacables por la vía política sino que exigen respuestas individuales. Sería el fin de los movimientos de mujeres[17].

14 Véase, por ejemplo, Nancy Fraser, *Justitia Interrupta,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997.

15 The Combahee River Collectlve, "A Black Feminist Statement", en: Linda Nicholson, *The Second Wave,* London. Routledge. 1997. pp. 63-70; Patricia HilI Collins. "Defining Black Feminist Thought", en: *Ibid.,* pp. 241-259; Kimberle Crenshaw. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine. Feminist Theory and Antiracist Politics", en: *The University of Chicago Legal Forum,* 1989, pp. 139-167.

16 Las críticas contra el esencialismo de genero, así como el contexto de los movimientos sociales en los Estados Unidos, han llevado a la necesidad práctica de la política de coalición, así como a la discusión teórica de los beneficios de la coalición. Véase, Bernice Johnson Reagon, "Coalition Politics: Turning the Century". en: Ann Phillips, *Feminism & Politics.* Oxford. Oxford University Press, 1998. pp. 242-253; Judith Butler, op. eit., Nancy Fraser. *op. cit.*

17 La preocupación por la agencia política. por la posibilidad de movilización en tomo a la causa de las "mujeres" permea tanto los textos de quienes proponen una posición esencialista como de quienes la critican. Véase his Marion Young, *Intersecting Voices, Dilemmas of Gender, Political Philosophy, and Policy,* Princeton, Prínceton University Press, 1997 (propone la idea del genero como serialidad para salvar la agencia política de las críticas al esencialismo); Martha Albertson Fineman, "Feminist Theory in Law: the Difference it Makes", en: *Columbia Journal of Gender and Law,* vol. 2. no. 1. pp. 1-23

Lo cierto es que el uso de la etiqueta tendrá siempre un costo teórico y político. Lo importante es aprender a reconocer cuáles costos pueden evitarse y si los beneficios que se obtienen son mayores. Por el momento, el balance parece estar a favor del uso de la noción: los beneficios son reales y algunos de los costos que se han puesto en evidencia, corregibles.

En segundo lugar, se discute sobre el uso de la etiqueta desde el punto de vista de la realidad social que sirve de fundamento al compromiso político por el cual se define el feminismo. El núcleo de estos argumentos, externos al feminismo mismo, es la consideración de que las mujeres ya lograron aquello a lo que podrían aspirar, por lo que tanto la crítica académica, como la lucha política feminista se estiman carente de sentido. Las mujeres han logrado acceso a todos los tipos de trabajo, a las universidades (muchas tienen doctorados), cuentan con representación política, existen normas que castigan los delitos sexuales y otras que protejen a las mujeres de la violencia en los hogares, en fin, todo está resuelto. Ahora bien, si su vida no es igual a la de los hombres, ha de ser porque las mismas mujeres así lo quieren, y es que, ¿quién en sus cinco sentidos puede querer llevar la vida de un hombre, llena de sacrificios, esfuerzos, peligros? ¿Quieren las mujeres acaso tener el mismo riesgo de enfermedades cardíacas atribuibles al estrés o convertirse en víctimas del homicidio en la misma proporción que los hombres?[18]

Entonces, si el compromiso político que va envuelto en el feminismo ya no tiene asidero en la realidad social, si la situación actual de las mujeres es producto de sus decisiones individuales (ella *quería* tener hijos temprano, ella *prefiere* educar a sus hijos que dejarlos con alguien que los cuide, ella *prefirió* ser secretaria cuando *decidió* no estudiar más, ella *decidió* no obtener el ascenso al *decidir* dedicar tanto tiempo a sus hijos, ella *decidió* ser madre soltera cuando tuvo relaciones con un hombre irresponsable, ella *prefirió* que-

(propone la idea de las "vidas engendradas" o marcadas por el genero en reemplazo del concepto esencialista): Robin West, *op. cit.,* especialmente capítulo 5; Judith Butler, *op. cit.,* entre muchas otras. Dentro del campo del análisis jurídico propiamente dicho, la discusión se ha centrado en la utilidad de contar con categorías para el análisis. Aquí, si bien se acepta que las categorías son construidas y muchas veces no corresponden con la realidad Social, el razonamiento jurídico requiere de la construcción de categorias. Véase Martha Albertson Fineman. *op. cit.;* Martha Minow y Elizabeth Spelman. "In Contexto. en: Michael Brint y William Weaver, *Pragmatism in Law,* Boulder, Westview Press.

18 Una presentación exhaustiva de la negación de la desigualdad de géneros puede encontrarse en Deborah Rhode, *op. cit.*

darse y aguantar los golpes de un marido violento, etc., etc.) las mujeres que todavía lo sostienen deben tener algún problema, y el problema intenta ubicarse aquí: en el resentimiento, personal, por no tener un hombre a su lado o no querer tenerlo, como en el caso de las lesbianas, o grupal, por no tener privilegios que las sociedades igualitarias no pueden conferirle a ninguno de sus grupos de población, la consecuencia clara de este tipo de argumentos es una nueva marginación del feminismo y las feministas, una marginación que se agrega a la marginación que es propia del pensamiento y las luchas de los habitualmente excluidos, una doble marginación. Ser feminista, pues, es mucho más difícil ahora que hace algún tiempo[19]. Ahora, no sólo hay que convencer a los otros, hay que convencer a muchos de los que hasta hace poco apoyaban al feminismo,

Así, lo que involucra en últimas este segundo eje en el debate es una nueva necesidad de justificación del feminismo a la luz de los cambios en las sociedades contemporáneas. Posiblemente la alta carga de la prueba sea un argumento más para desalentar el uso de una etiqueta que para muchas no sólo está desgastada, sino que tiene problemas teóricos y políticos. Pero, nuevamente, los argumentos de las defensoras del "feminismo" parecen más sólidos: si desaparece el feminismo como tal, ya no quedará nadie que se encargue de correr el velo de la negación de la desigualdad entre los géneros[20].

En tercer y último lugar, se encuentra la discusión en torno al carácter "verdaderamente" teórico de la llamada teoría feminista, esto, porque como se explicó, el feminismo implica la adhesión a una convicción política (claro,

19 Vale la pena transcribir la anécdota con la que Deborah Rhode empieza su libro *The Denial of Gender Inequality* para ilustrar este problema de la marginación: "Casi dos décadas han pasado desde que llegué a la Escuela de Derecho de Stanford como la segunda mujer dentro de un profesorado de treinta y cinco hombres, cuando expresé mi interés en enseñar un curso sobre discriminación sexual, mis colegas en general estaban sorprendidos, 'realmente necesitan nuestros estudiantes una clase sobre eso?', '¿No son la mayoría de las personas capaces de discriminar naturalmente, sin necesidad de una educación formal?' El decano, sin embargo, estaba aterrado con el proyecto, no solamente se trataba de un campo que diplomáticamente describió como "complicado", sino que llevaría a que me "etiquetaran como mujer". 'Bueno', contesté con lo que esperé fuera clara ironía, 'eso probablemente no será una sorpresa para la mayoría de la gente. ¿Y cuál, después de todo, es mi alternativa? Pero para el decano, el asunto era la credibilidad académica, y para establecerla, yo necesitaba un curso "verdadero"; él me sugirió transacciones comerciales, (Traducción libre), Deborah Rhode, *op. cit.,* p. 1.

20 *Ibid.*

una convicción política con sustento en la realidad social, pero política al fin y al cabo). y para los opositores, no puede ser teoría (un cuerpo de conceptos que busca explicar el mundo, la realidad) una explicación que parte de un postulado político. Una explicación de este tipo no puede ser más que un discurso político[21]. Las feministas que se han dado a la tarea de tratar de rescatar a la "teoría feminista" de sus contradictores, sin embargo se han apoyado en las más aceptadas teorías sobre la ciencia y el conocimiento[22] para mostrar que lo único que distinguiría a las teorías feministas de otras es su aceptación explícita del compromiso político que subyace a toda explicación conceptual y a toda empresa de conocimiento, y su formulación, también explícita, del contenido de su propio compromiso político[23]. Así, la objeción a la posibilidad de hablar de una "teoría feminista" sería una objeción que se extiende a toda teoría, en tanto toda teoría representa un compromiso con valores y creencias sobre el modo en el que está organizado el mundo. La teoría feminista no sería sino una teoría más honesta que las demás. Al crítico, entonces, no le quedaría más que intentar un cambio en el lenguaje en el sentido de que dejemos de llamar teorías o explicaciones científicas a los cuerpos de conceptos en la medida en que estos no satisfacen la idea de la neutralidad y objetividad que tradicionalmente se venía adhiriendo a los términos "teoría" y "ciencia", o intentar mostrar que es posible construir cuerpos de conceptos que no estén vinculados a una cierta manera de ver el mundo, es decir, tendría que enfrentarse a la teoría general sobre la ciencia y no al uso del término "teoría feminista" en particular.

21 Véase Katheline Bartlett, "Feminist Legal Methods", en: *Harvard Law Review,* vol. 103. No. 4. 1990. pp. 829-888; PatJicia Smith, *op. cit.*

22 Tres autores centrales en esta "revolución" son Nietzsche, Foucault y Kuhn. Véanse. F. Nietzsche. *Fragmentos Póstumos,* Bogotá, Norma. 1997; F. Nietzsche, *La genealogía de la moral,* Madrid, Alianza Editorial. 1993; F. Nietzsche, *La ciencia jovial,* Caracas. Monte Ávila Editores, 1985, F. Nietzsche, "Sobre verdad y mentira en sentido extramoral", en; Joan Llinares (ed.), *Nietzsche,* Barcelona. Península. 1988: Michel Foucault, *The History of Sexuality,* New York. Pantheon Books. 1978: Michel Foucault. *The Order of Things; an Archaeology of the Human Sciences,* New York. Vintage Books. 1973: Michel Foucault. *The Archaeology of Knowledge;* and, *The Discourse on Language,* New York. Pantheon Books. 1982: Thomas S. Kuhn. *The Structure of Scientific Revolutions,* Chicago. University of Chicago Press, 1996.

23 Véase Katherine Bartlett. *op. cit.. ibíd:* Patricia Smith. *op. cit.*

### 1.3. Tipos de feminismos

Una vez delimitado el campo de las prácticas teóricas y políticas que pueden considerarse feministas, lo que se encuentra es una enorme diversidad (lo que es el punto de partida de la discusión sobre lo "común", obviamente). Esta diversidad es el resultado, en parte, de la ubicuidad del feminismo y de las feministas: hay teoría política feminista, teoría jurídica feminista, teoría científica feminista, teoría psicológica feminista, teoría feminista sobre la ciencia social y natural, movimientos feministas en prácticamente cada uno de los países del mundo, organizaciones feministas internacionales, feministas en los gobiernos, feministas en los partidos políticos, organizaciones feministas no gubernamentales, etc. Pero principalmente es el resultado de las diferencias en los modos de entender la opresión de la mujer en las sociedades contemporáneas, tanto en abstracto como en concreto. Estas diferencias en la comprensión de la opresión se reflejan a su vez en las transformaciones que se proponen y por lo tanto en las estrategias políticas que deben asumirse.

Teniendo como criterio el de las diferencias en los modos de entender la opresión, la primera distinción que cabe hacer dentro de las teorías feministas son las de aquellas que consideran que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de modo *igual* a los hombres, y las que consideran que las mujeres son oprimidas porque no se reconoce como valiosa su *diferencia* respecto de los hombres. Dentro del primer grupo (*feminismos de la igualdad*) se incluyen a su vez distintas interpretaciones de lo que significa la igualdad que se pretende. Así, para algunas feministas la *igualdad* debe ser igualdad en cuanto a las oportunidades (f*eminismos liberales clásicos* –igualdad en las oportunidades formales– y *feminismos liberales sociales* –igualdad en las oportunidades materiales o reales–) y para otras, la igualdad debe ser igualdad en cuanto al acceso a los recursos (*feminismos socialistas*). A estos dos grupos se agrega el de las llamadas *feministas radicales*, que sostienen que el género es la estructura social predominante y que el problema de las mujeres es un problema de falta de poder.

El feminismo liberal clásico tiene sus raíces en las reivindicaciones de las mujeres dentro del marco de la revolución francesa y en las obras de Mary Wollstonecraft[24] y John Stuart Mill[25]. Fue el principal apoyo teórico

24 Mary WolIstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman,* London, Penguin Books, 1972 (4ª reimpresión en 1992).

de los movimientos sufragistas de los Siglos XIX y XX[26]. Ubicándose en general dentro del paradigma liberal de la época, lo que se exigía era incluir a las mujeres como titulares de los derechos que disfrutaban los hombres. El argumento para excluir a las mujeres era el de su menor capacidad racional y por lo tanto su necesidad de protección. En contra de este argumento, el feminismo liberal clásico señala(ba) que las mujeres, como seres humanos, eran iguales en cuanto a sus capacidades humanas. Sólo necesitaban que se les permitiera desarrollar estas capacidades teniendo acceso a la educación, al empleo formal y a la política. Había pues que eliminar las barreras formales (legales) que disminuían la capacidad civil de las mujeres, su autonomía, que les impedían entrar en las áreas mencionadas. Este fue su objetivo político y a pesar de la demora, podría decirse que se vio satisfecho.

Si bien los logros del feminismo liberal clásico no pueden considerarse menores. empezaron a hacerse evidentes sus insuficiencias, así como las deficiencias de su sustento teórico. Por un lado, y como bien lo señala Betty Friedan en su ya clásico libro *The Femenme Mystique*[27], a pesar de que las mujeres norteamericanas tenían acceso a la educación y al empleo, seguían relegadas a la esfera doméstica, atrapadas por la mística femenina de la mujer hermosa que vive en una casa en los suburbios, que tiene tres niños y que dedica su vida al "hogar". Por otro lado, el feminismo liberal clásico fue víctima de los ataques lanzados contra el liberalismo clásico en general, en el sentido de que la mera igualdad formal, la igualdad en la ley, no podía ser una garantía suficiente en sociedades con profundas desigualdades sociales. Por último, este feminismo fue criticado por acoger ciegamente los parámetros sociales vigentes en cuanto a lo que debe ser un ser humano, parámetros que reflejaban el punto de vista masculino y no tenían en cuenta las capacidades y necesidades específicas de las mujeres[28].

25 John Stuart Mili, "The Subjection of Women", en la compilación de Stefan Colliny, John Stuart MilI, *On Liberty,* Cambridge, Cambridge Universily Press, 1989.

26 Véase Johanna Brenner, *op. cit*.

27 Betly Friedan, *The Feminine Mystique,* Harmondsworth, London, Penguin Books, 1963.

28 Esta es fundamentalmente la crítica de las feministas de la diferencia en contra del feminismo de la igualdad en general. Véase Nancy Fraser, *op. cit.* Rosemaríe Tong, *Feminist Thought,* San Francisco. Westvlew Press, 1989; Nancy Tuana y Rosemaríe Tong (eds.), Feminism and Phllosophy, Oxford, Westview Press. 1995.

El feminismo liberal social aparece entonces como alternativa que intenta superar las deficiencias anotadas. Teóricamente se sitúa dentro del liberalismo social, que recogiendo los planteamientos marxistas, sostiene que la libertad no puede ser ejercida si no se cuenta con los recursos materiales necesarios, y por lo tanto propone entender la libertad en relación directa con la igualdad de recursos. La reinterpretación feminista del liberalismo social enfatiza en la desigual distribución de recursos de acuerdo con el género[29]. Se concentra entonces en mostrar que si bien las mujeres tienen acceso al empleo, están peor remuneradas que los hombres; tienen jornadas laborales más largas porque no sólo deben atender a sus obligaciones frente al trabajo remunerado sino asumir las tareas de cuidado y domésticas; sufren discriminación en el empleo que les impide entrar a ciertas áreas del mercado y ascender; en fin. Las feministas liberales sociales, además, recogen el reclamo del desconocimiento de la diferencia femenina para exigir que las mujeres reciban tratamiento especial en lo relacionado con sus funciones de reproducción, particularmente en la forma de apoyo a las mujeres embarazadas y desempleadas y en la protección laboral de la mujer embarazada (licencia de maternidad y lactancia)[30].

29 Vale la pena resaltar aquí que Virginia Woolf, a pesar de no haber sido realmente una feminista activa, ya señalaba la importancia de conectar la cuestión de los recursos con la de la libertad en su ensayo "Una habitación propia". Virginia Woolf, *A Room of One's Own,* London, Hogarth Press, 1929.

30 Esta caracterización de las feministas liberales sociales corresponde a Rosemarie Tong, *op. cit.* Katherine Bartlett en su reconstrucción de las aproximaciones feministas, prefiere referirse a la posición de la igualdad substantiva o material. Véase Katherine Bartlett. "Gender Law", en: *Dulce Journal of Gender Law and Policy,* vol. 1. No. 1. 1994. pp. 1 y ss. Construir una lista exhaustiva de las feministas que pueden incluirse en este grupo es prácticamente imposible. Algunos ejemplos de escritos representativos de esta posición serian: Heidi Hartmann y Stephanie Aaronson, "Pay Equity and Women's Wage lncreases: Success in the States. a Model for the Nation", en: *Dulce Joornal of Gender Law and Policy,* vol. 1, 1994, pp. 69-88; Nancy Fraser, *op. cit.,* especialmente su capitulo 2; Joanne Conaghan, "The Invisibillty of Women in Labour Law: Gender Neutrality in Model-Building", en: *Intemational Journal of the Sociology of Law,* vol. 14, pp. 377-92. De otro lado, buena parte de las feministas que se ubican dentro de las corrientes de "mujeres en el desarrollo" (WID) y "género y desarrollo" (GAD) pueden ser consideradas feministas liberales sociales. Nuevamente un listado exhaustivo es imposible, pero una presentación de las líneas centrales de estas corrientes puede encontrarse en Caroline Moser, *Gender Planning and Development. Theory, Practice and Training*, London, Routledge, 1993; Helen Brown, *Feminism and Development Theory: a Critical Overview,* Cork, lreland, University College, Department of Sociology, 1992; Valentine M. Moghadam (ed.),

Las feministas socialistas, por último, se instalan dentro del marco de la teoria socialista[31], apropiándose de manera particular de la critica feminista incipiente que identifican en los textos de Engels[32]. De acuerdo con esta crítica, la subordinación de las mujeres a los hombres y su correlativa modificación es propia del modo de producción capitalista, en tanto éstos requieren de la reproducción de la mano de obra para seguir vigentes. Esta reproducción de la mano de obra cómodamente se ubica en el espacio de la familia, que no sólo debe generar nuevos individuos sino atender sus necesidades básicas para que entren al sistema y permanezcan en él. Bajo la explicación marxista monodimensional, la transformación de este estado de cosas vendría como consecuencia del abandono del capitalismo y la imposición del comunismo. Las feministas socialistas, sin abandonar su compromiso con la teoría marxista, reconocen, sin embargo, el género como estructura de opresión social. Lo que proponen es que el patriarcado y el capitalismo sean vistos como sistemas mutuamente dependientes. En este sentido, distinguen la opresión de la explotación pero las muestran en interrelación. La opresión se entiende aquí como las restricciones impuestas a los seres humanos que les impiden desarrollarse como seres de la especie.

La explotación como el abuso económico que hacen quienes detentan los medios de producción a quienes carecen de ellos y deben vender su fuerza de trabajo. La explotación es una forma de opresión, pero no la única. Una

*Patriarchy and Economic Development: Women's Positions at the End of the Twentieth Century,* Oxford, Clarendon Press, 1996; Irene Tinker (ed.), *Persistent lnequalities: Women and World Development,* New York, Oxford Universlty Press, 1990; Nalini Visvanathan (coordinator) Lynn Duggan, Laurie Nisonoff and Nan Wlegersma (eds.), *The Women, Gender and Development Reader,* London, Atlantic Highlands, N.J., Zed Books, 1997.

31 Es importante anotar aquí que las feministas socialistas intentan separarse de las socialistas feministas, siendo estas últimas aquellas que son marxistas y feministas, pero que no se adhieren a una reconstrucción del marxismo a la luz de la opresión de género, Zillah Eisenstein, "Developing a Theory of Capitalist Patriarchy and Socialist Feminism", en: Zillah Eisenstein (comp.], *Capitalist Patriarchy and the Casefor Socialisl Feminism,* New York, Monthly Review Press, 1979. De esta manera, escapan a las fuertes criticas feministas contra el marxismo. criticas que acogen para reconstruir el impulso marxista a la luz de las consideraciones de género, para las criticas véase Catharine MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State,* Cambridge, Harvard University Press, 1989: Heidi Hartmann, 'The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism", en: Linda Nicholson (ed,), *op. cit.*

32 Frederich Engels, *Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado,* Buenos Aires, Editorial Claridad, 1946.

de las más destacadas feministas socialistas expresa la interrelación entre patriarcado y capitalismo de la siguiente manera:

> Esta afirmación de la dependencia mutua del patriarcado y el capitalismo no sólo asume la maleabilidad del patriarcado frente a las necesidades del capitalismo, sino que asume la maleabilidad del capital frente a las necesidades del patriarcado. Cuando uno señala que el capitalismo necesita del patriarcado para operar eficientemente. uno realmente está anotando que la supremacía masculina, [ ... ] ofrece al capitalismo el orden y control que necesita. Este sistema de control es pues necesario para suavizar el funcionamiento de la sociedad y del sistema económico y por lo tanto no deberia ser socavado. [ ... ] En tanto la preocupación por las ganancias y la preocupación por el control social están íntimamente ligadas (pero no pueden reducirse la una a la otra), el patriarcado y el capitalismo se convierten en un proceso integral [ ... ][33].

A pesar de que tanto el feminismo liberal social como el feminismo socialista, superan de manera importante los planteamientos del feminismo liberal clásico, su tendencia social los hace débiles políticamente (ante el desprestigio de la izquierda en general) y su compromiso con la igualdad sigue siendo criticado por no reconocer plenamente el valor de lo femenino[34].

El *feminismo de la diferencia,* también llamada *feminismo cultural,* se aparta de los feminismos liberales y socialistas precisamente en su reivindicación de la diferencia de las mujeres y en su reclamo por el reconocimiento de esta diferencia. El eje principal de este feminismo es la obra de Carol Gilligan *In a Dlfferent voice*[35], que recoge el trabajo de Nancy Chorodow[36] y lo extiende para mostrar las diferencias entre el razonamiento moral de hombres y mujeres. Según los estudios de Gilligan, que pretenden inicialmente atacar

33 Zillah Eisenstein. "Developing a Theory of Capitalist Patriarchy and Socialist Feminism", en: Zillah Eisenstein (comp.), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminsm, op. cit.* (Traducción libre).

34 Véase Nancy Fraser, *op. cit.;* Rosemarie Tong, *op. cit.*

35 Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development,* Cambridge, Harvard University Press, 1982.

36 Nancy Chorodow, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender,* Berkeley, University of Califomia Press, 1978.

la teoria del desarrollo moral de Kohlberg[37], las mujeres razonan contextualmente y atendiendo a las conexiones, mientras que los hombres tienen un razonamiento abstracto y se centran en los individuos entendidos como células aisladas. Estas diferencias en el razonamiento moral responderían a diferencias en la formación de la identidad puestas de presente en la obra de Chorodow. En tanto en las sociedades actuales la crianza corresponde primariamente a la mujer, afirma Chorodow, las niñas en su desarrollo tienden a identificarse con la madre, a ser una con ella. Los niños, por el contrario, deben separarse de la madre para lograr su identificación. La consecuencia de esto es que mientras las mujeres perciben el mundo social como un conjunto de relaciones de las cuales ellas son parte y que merecen su atención y cuidado, los hombres perciben el mundo como compuesto por individuos cuya autonomía debe ser protegida. El principal valor de las mujeres, en este sentido, seria el cuidado, y su mayor temor, el aislamiento. Los hombres, por el contrario, valorarían por encima de todo la autonomía y su mayor temor seria el entrar en conexión, llegar a la intimidad, con alguien.

La principal critica que se esgrime contra el feminismo cultural, que ya ha logrado permear la teoria política, jurídica, científica y la práctica política, es la de que al reivindicar lo privado como lo femenino, y esto como algo valioso, se olvida de que lo femenino ha sido construido socialmente y que las sociedades en las que nos encontramos son sociedades patriarcales. Lo construido hasta ahora como femenino, entonces, seria el producto de la opresión y por eso no podría ser asumido acríticamente[38]. Adicionalmente, se ha señalado que al reivindicar la diferencia de las mujeres y el valor del cuidado, se corre el riesgo de revivir los fantasmas sociobiológicos y las tendencias paternalistas[39], y este ciertamente no es un riesgo pequeño, menos ahora cuando las explicaciones biológicas han ganado un nuevo auge.

37 Lawrence Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development,* San Francisco, Harper and Row, 1981; "Moral Stages and Moraliztion: the Cogntive-Developmental Approach", en: T. Lickona (ed.), *Moral Development and Behavior: Theory, Research and Social Issues,* New York, Holt, Rinehan and Winston, 1976; entre otros citados por Carol Gilllgan en *In a Different Voice, op. cit.*

38 Véase Nancy Fraser, *op. cit.;* Judith ButIer, *op. cit.;* Iris Marion Young, *op. cit.* Christine A. Littleton, "Reconstructing Sexual Equality", en: Patricia Smith, *Feminist JurisPrudence, op. cit.,* pp. 110-136.

39 Véase Christine A. LittIeton, *op. cit.,* pp. 110-136; Deborah Rhode, *op. cit.;* Robin West, *op. cit.*

El *feminismo radical,* por último, encuentra su mejor expresión en la obra de Catherine MacKinnon[40]. MacKinnon sostiene que la estructura fundamental de la sociedad es el género, siendo ésta la línea que determina primariamente la distribución del poder[41]. En virtud de que los hombres tienen el poder, lo que se manifiesta en su libre acceso a la sexualidad femenina, tienen la posibilidad de definir lo que es ser mujer. Las mujeres, entonces, silenciadas y despojadas de sus posibilidades de identificación, se convierten en objetos de intercambio. La superación de esta condición, para MacKinnon, exige la creación del conocimiento propio a través del método de la "elevación de conciencia" (*consciousness raising*). Usando este conocimiento debería perseguirse la transformación de las estructuras sociales.

De otro lado, los feminismos se distinguen según la prioridad que se le da al factor del género en la comprensión de la opresión de los individuos. Siguiendo este parámetro, los feminismos pueden distinguirse en *feminismos esencialistas de género y feminismos antiesencialistas de género*. Los primeros, dentro de los cuales se incluyen con matices todos los feminismos a los que se ha hecho referencia, son aquellos que consideran que el género es el principal (esencial) factor de opresión para todos los individuos que pertenecen al sexo femenino[42]. Los segundos rechazan esta preponderancia del género y afirman, por el contrario, que la opresión que padecen los individuos del sexo femenino es distinta en cada caso porque tan importantes como el género, en tanto factor de opresión, son la raza, la orientación se-

40 Catharine MacKinnon, *op. cit.*

41 MacKinnon lo presenta en los siguientes térmtnos: "[el feminismo] tiene una teoría del poder: la sexualidad está determinada por el género y el género por la sexualidad. Lo masculino y lo femenino se crean a través de la erotización de la dominación y la sumisión. La diferencia entre hombres y mujeres y la dinámica de la dominación/sumisión se definen mutuamente. Este es el significado social del sexo y la explicación distintamente feminista de la desigualdad de género." Catharine MacKinnon, "Feminism, Marxism. Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence", en: *Signs: Journal of Women in Culture and Society,* vol. 7, 1982, pp. 515-44.

42 MacKinnon es tal vez quien con mayor ahínco ha defendido el esencialismo de género, en el sentido de señalar que el género marca definitiva y similarmente la vida de todas las mujeres. Su principal argumento es el de la diversidad de mujeres que participa(ro)n en los grupos de creación de conciencia a partir de los cuales se definió y se sigue definiendo la vivencia femenina. Véase Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State, op. cit.;* Cathartne MacKinnon, "From Practice to Theory, or What is a White Woman Anyway?", en: *Yale Journal of Law and Feminism,* vol, 4. 1991, pp. 13-25. En respuesta a este articulo, Martha Mahoney, *op. cit.*

xual, la clase y la pertenencia a un determinado grupo étnico. En este segundo grupo podrían ubicarse los feminismos de las mujeres negras[43], los feminismos de las mujeres lesbianas[44], los feminismos de las mujeres del tercer mundo[45], y el feminismo posmodemo[46], que no sólo se presenta como antiesencialista de género sino como antiesencialista en general. En efecto, las feministas posmodernas se caracterizan por su adhesión a la idea de que el sujeto no es más que una construcción social, por lo que no puede tener

43 Véase, entre muchos otros "The Combahee River Collective", *op. cit.;* Patricia HilI Collins, *op. cit.;* Martha Mahoney, *op. cit.;* Kimberle Crenshaw, *op. cit.;* bell hooks, *Black Looks: Race and Representation,* Boston, South End Press, 1992; Angela P. Harris, "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", en: *Stariford Law Review,* vol. 42, 1990, pp. 581-614; Dorothy E. Roberts, "Racism and Patriarchy in the Meaning of Motherhood", en: *The American University Journal of Gender & the Law,* vol. 1, 1993, pp. 1-38; Kimberle Crenshaw y otros (eds.), *Critical Race Theory. The Key Writtíngs that Formed the Movement,* New York, New Press, 1995.

44 También entre muchos otros, Andrea Dworkin, *lntercourse,* London, Secker & Warburg, 1987; Adrienne Cecille Rich, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence,* London, Onlywomen Press, 1981; Radicalesbians, ""The Woman Identified Woman", en: Linda Nicholson, *op. cit.,* pp. 153-157; Sarah Hoagland, "Separating From Heterosexualism", en: *Lesbian Ethics,* Chicago, Institute of Lesbian Studies, 1988; Monique Wittig, "One is not Born a Woman", en: *Feminist Issues,* vol. 1, No. 2. 1981, pp. 47-54; Monique Wittig, "The Mark of Gender", en: *Feminist Issues,* vol. 5. No. 2, 1985; Margaret Nichols, "Lesbian Relationships: Implications for the Study of Sexuality and Gender", en; David P. MacWhirter, Stephanle A. Sanders, and June Machover Reinisch (eds.), *Homosexuality / Heterosexuality: Concepts of Sexual Orientation,* New York, Oxford University Press. 1990.

45 Como en los casos anteriores, se citan los siguientes textos a manera de ejemplo; Urna Narayan, "Contesting Cultures. Westernization, Respect for Cultures, and Third World Feminists", en; Linda Nicholson, *op. cit.;* Gloria Andalzúa y Cherrie Moraga (eds.), T*his Bridge CaIIed My Back: Writings of Radical Women of Color,* New York, Kitchen Table, Women of Color Press, 1982; Cherrie Moraga, "From a Long Line of Vendidas: Chicanas and Feminism", en: Anne C. Herman y Abigall Stewart, *Theorizing Feminism: Parallel Trends in The Humanities and Social Sciences,* Boulder, Westview Press, 1994; Gayatri Chakravorty Spivak, *Thinking Academie Freedom in Gendered Post-coloniality,* University of Capetown Press, 1992; Gayatri Chakravorty Mohanty (eds.), *Feminist Genealogies, Colonial Legacies, Democratic Future,* New York. Routledge, 1997.

46 Dentro de la larga lista de feministas posmodernas se destacan Judith Butler, *op. cit.;* Iris Marion Young, *op. cit.;* Jane Flax, "Postmodemism and Gender Relations in Ferninist Theory, en: *Signs,* vol. 12, 1987, pp. 621 y ss.; Jane Flax, *Thinking Fragments: Psychoanalysis, Feminism and Postmodemism in the Contemporary West,* Berkeley, University of California Press, 1990; Luce lrigaray, *This Sex Which Is Not One,* Ithaca, CornelI University Press, 1985; Luce lrigaray, *Speculum of the Other Women,* Ithaca, CornelI University Press, 1985; Hélene Cixous, *La risa de la medusa,* Barcelona, Anthropos, 1995. Véase también la compilación de Linda Nicholson (ed.], *Feminism/ Posmodemism,* New York, Routledge, 1990.

en sí mismo ninguna esencia, ninguna característica que lo defina y que le pertenezca por ser ese sujeto y no algún otro. Los rasgos que se le atribuyen, su mismo "ser" individual, son el resultado de interacciones sociales que se reflejan y se crean dentro del lenguaje, construcción social por excelencia.

### 1.4. Tipos de relación entre el feminismo y el derecho

Tal y como se afirmó en la introducción, la relación entre el feminismo y el derecho asume muchas y variadas formas. Para entenderla mejor vale la pena introducir algunas distinciones. La prímera distinción y la más simple es la que puede establecerse entre el feminismo como crítico del derecho y el derecho como herramienta del feminismo. A su vez, dentro de la crítica feminista al derecho pueden distinguirse la crítica que se hace a los presupuestos del derecho y a sus nociones fundamentales, crítica que se ubicaría por esta razón en el ámbito de la teoría del derecho, y la crítica a las instituciones jurídicas actualmente existentes. Y dentro de los usos del derecho se podría hablar de usos estratégico y usos no estratégicos.

Esta clasificación, a su vez, se intersecta con que se propuso sobre los tipos de feminismo, si bien no se trata de una superposición completa: algunos feminismos no han generado criticas a la teoria jurídica en sus conceptos fundamentales y otros no encuentran sustento para usar de modo estratégico el derecho. La posibilidad de entrecruzamiento depende, pues, en últimas, de la manera en la que cada uno de estos feminismos entiende el derecho) relación de éste con otras esferas de la vida social.

## II. La crítica feminista al derecho

Puesto que hacer una presentación comprehensiva de la critica feminista al derecho rebasa las intenciones y posibilidades de esta introducción, vamos a limitarnos a hacer una presentación muy general de la critica feminista en tres de sus aspectos. Primero, la critica desde la teoría del derecho. Segundo el conjunto de instituciones hacia los que se han dirigido las criticas feministas. Tercero, los métodos de análisis jurídico que se han reivindicado como propiamente feministas.

### 2.1. Critica teórica al derecho

Así como los distintos feminismos se inscriben, en general, dentro de teorías más generales que podrían clasificarse como sociológicas, históricas, psicológicas, filosóficas, etc., la critica feminista desde la teoría del derecho se ha inscrito en los paradigmas generales existentes dentro de la teoría del derecho. Corriendo el riesgo de simplificar demasiado el asunto podría decirse, sin embargo, que desde el feminismo se han hecho dos aportes importantes a la crítica del derecho. En primer lugar, se ha señalado que el derecho, como producto de sociedades patriarcales, ha sido construido desde el punto de vista masculino y por eso refleja y protege los valores y atiende a sus necesidades e intereses. Lo que se entiende aquí por el punto de vista masculino y los intereses masculinos, depende del tipo de feminismo de que se trate. Como bien lo afirma Robin West[47] en el texto que sigue a este estudio, mientras que las feministas radicales consideran que el punto de vista masculino y los intereses masculinos se reducen a la apropiación de la sexualidad femenina y por esta vía a la modelación del ser y el deseo femenino[48], las feministas culturales o de la diferencia proponen que el punto de vista masculino incluye la comprensión del sujeto como ser aislado que valora la autonomía y le teme a la intimidad[49].

En segundo lugar, se ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres. El trabajo de Susan Estrich[50] sobre la violación marcó un verdadero hito al respecto al demostrar que a pesar de que la violación está penalizada y de que los niveles de impunidad son bajos según las cifras oficiales, las ideas de los jueces, fiscales y abogados sobre lo que constituye una violación, sobre cómo se prueba una violación y sobre las actitudes "correctas" de las mujeres, llevan a la despenalización de *facto* de las violaciones de los conocidos (*acquaintance rape*) y de las violaciones en citas (*date rape*).

47 Robin West, "Jurisprudence and Gender", en: *University of Chicago Law Review,* vol. 55. 1988. p. 1.

48 Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State, op. cit.*

49 Carol Gilligan, *In a Different Voice, op. cit.*

50 Susan Estrich, *Real Rape,* Cambridge, Harvard University Press, 1987.

Las posibilidades de crear una teoría del derecho feminista que trascienda el nivel de la crítica, sin embargo, se han considerado más bien lejanas, particularmente desde el feminismo radical. Mientras vivamos en sociedades patriarcales, según MacKinnon, las mujeres no vamos a contar con un punto de vista propio desde el cual podamos construir una teoría del derecho feminista[51]. Vale la pena resaltar, sin embargo, el esfuerzo de Robin West en este sentido en su más reciente libro titulado *Caring for Justice*[52]. En este libro, West continúa el esfuerzo iniciado en el artículo que se incluye en este libro, por conciliar las intuiciones de las feministas radicales y las feministas de la diferencia y propone que tanto el derecho como la adjudicación introduzcan un balance de los valores de la ética de la justicia y de la ética del cuidado.

### 2.2. Instituciones jurídicas sometidas a la critica feminista

Al contrario de lo que ocurre en el plano de la teoría abstracta, en el plano de las instituciones jurídicas concretas el feminismo ha sido bastante prolífico. Nuevamente, el tipo de crítica y las instituciones a las que se dirige han variado dependiendo del tipo de feminismo al que adhiere cada autora.

Los esfuerzos de las feministas liberales clásicas se dirigieron principalmente contra las normas jurídicas que excluían a las mujeres como destinatarias de ciertos derechos. Sus críticas se encaminaron, pues, contra las reglas que preveían el derecho al voto sólo para los varones, contra las que establecían la potestad marital y contra las restricciones en la educación superior que impedían a las mujeres entrar a las universidades de los hombres, y contra la normas laborales que impedían a las mujeres acceder a ciertos empleos u horarios. En general, sus criticas fueron exitosas. Las normas jurídicas fueron transformadas para proveer formalmente iguales derechos a hombres y mujeres[53].

51 Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State, op. cit.*

52 Robin West, *Caring for Justice, op. cit.*

53 Una presentación de los logros de las feministas liberales clásicas en los Estados Unidos puede encontrarse en Johanna Brenner, *op. cit.* Un recuento similar para el caso colombiano puede encontrarse en los artículos sobre reforma legal y política y la situación de las mujeres en Colombia que se compilan en: Magdala Velásquez y otros (eds.), *Mujeres. historia y política,* en: Tomo 1, Santafé de Bogotá, Consejería Presidencial para la Mujer y Editorial Norma, 1995.

Otra institución que se convirtió en la piedra angular de las criticas de las feministas liberales clásicas fue la de la penalización del aborto. Aquí las feministas clásicas argüían que las mujeres, al igual que los hombres, debían tener derecho a controlar su propio cuerpo y que este derecho, que hace parte del derecho más general a la autonomía, debía prevalecer sobre la protección a la vida en gestación. También en este caso sus criticas fueron acogidas y el derecho transformado[54].

Recientemente el interés de las feministas liberales clásicas se ha vuelto nuevamente hacia las instituciones políticas, exigiendo ya no sólo el derecho al voto sino el derecho a una igual participación en el Estado para garantizar una igual representación[55].

Al igual que en los casos anteriores, sus peticiones han tenido bastante éxito[56].

Para las feministas liberales sociales y socialistas, por otra parte, las normas jurídicas que deben ser cambiadas se ubican dentro de lo que de manera general se puede llamar el derecho social (que incluiría el derecho laboral y el derecho relacionado con la provisión de seguridad social). Sus preocupaciones están directamente ligadas a la posibilidad de que las mujeres cuenten con los recursos necesarios para lograr una autonomía plena. En este sentido exigen garantías reales para la igualdad salarial, para la no discriminación en el empleo y para la

54 En el caso conocido como *Roe v. Wade,* la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucionales las normas del estado de Texas que penalizaban el aborto en todas las circunstancias. La Corte en este caso protegió el derecho de las mujeres a la intimidad. *Roe v. Wade,* 410 U.S. 113.

55 Sobre la importancia de la equidad en la participación política, véase Virginia Shapiro, "When are interests interesting? The problem of political representation of women", en: Anne Phillpps, *op. cit.;* Anne Phillips, "Democracy and Representation: Or, Why Should lt Matter Who Our Representatives Are?", en: *ibíd.* Una interpretación del renovado interés por la participación política de las mujeres como parte de un proyecto liberal clásico coherente con la tendencia neoliberal global puede encontrarse en Jane Jenson, "A Third Wave? Women's Movements and State Institutions". (Documento preparado para la segunda reunión de RPG Women's Movements and the State, Pennsylvania State University, abril 30 mayo, 1998 –sin publicar–).

56 Leyes sobre equidad en participación política han sido aprobadas en España, Argentina, varios de los países nórdicos y actualmente se discute un proyecto al respecto en Francia. En Colombia, la ley de equidad en la participación política, aunque ya fue aprobada en el Congreso, todavía no ha sido ratificada por la Corte Constitucional (en este caso, por tratarse de una Ley Estatutaria, la vigencia de la ley depende de la aprobación de la Corte Constitucional, art. 153 de la Constitución Política).

no discriminación en la distribución de recursos de la seguridad social. Adicionalmente, partiendo del reconocimiento de que las mujeres juegan un papel en la reproducción biológica de la especie y en la reproducción social del hogar, reclaman normas que garanticen la no discriminación de las mujeres en razón del embarazo, el reconocimiento de licencias de maternidad y lactancia, el reconocimiento del valor del trabajo doméstico, la existencia de servicios que aseguren a las mujeres la posibilidad de emplearse siendo madres (guarderías) y sistemas de seguridad social que protejan a las mujeres contra los riesgos particulares derivados de su situación como productoras reproductoras[57].

Las críticas de las feministas culturales o de la diferencia contra instituciones jurídicas vigentes se ubican sobre todo en el ámbito del derecho de familia. Pero, además, las feministas de la diferencia se constituyen en contraparte de las feministas liberales en la discusión en torno a la manera en la que debe ser transformado el derecho. Siguiendo con su critica general al feminismo liberal, las feministas culturales encuentran en las criticas de las feministas liberales una intención de asimilar a las mujeres a los hombres y de introducirlas en el mundo de la producción y la política diseñado por hombres y atendiendo a los valores masculinos. Proponen por esto que en lugar de las modificaciones exigidas por las liberales, se adopte un esquema de derechos especiales a través de los cuales se reconozcan y valoren el punto de vista y las prácticas particulares de las mujeres[58].

Las criticas de las feministas radicales, por último, se ubican en el campo de los derechos sexuales. Sus esfuerzos se han dirigido a mostrar cómo las normas jurídicas existentes garantizan a los hombres un "derecho de acceso" a la sexualidad femenina. Sus exigencias también se han visto ampliamente reflejadas en transformaciones de las normas legales. La penalización de la violación entre cónyuges, la regulación del acoso sexual, la introducción de normas procesales que protegen a las mujeres en los procesos por violaciones, así como la introducción de los conceptos de la violación entre conocidos y la violación en citas, pueden atribuírseles directamente. No han sido tan afortunadas, sin embargo, en la introducción de la penalización de la distribución de pornografía. La ordenanza cuya aprobación lograron en Indianápolis, en

57 Véase la literatura de referencia en la nota de pie de página 30.

58 Véase Christine Littleton, *op. cit.;* Lia Cigarini, "Apasionadas por la política. indecisas para actuar en la vida públíca", en: *El Viejo Topo,* No. 73, 1994, pp. 36-38.

la que se establecía como delito la distribución de pornografía (entendida como las reproducciones gráficas de imágenes en las que aparecen mujeres o niños sometidos sexualmente y disfrutando del sometimiento), fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de los Estados Unidos[59].

### 2.3. Los métodos feministas

Siguiendo a Katherine Bartlett[60] podría decirse que los métodos feministas en el análisis jurídico son tres. El primero es el de la pregunta por las mujeres (*the women question*), consiste fundamentalmente en introducir la pregunta por las consecuencias diferenciadas por género que pueden derivarse de las normas jurídicas cuando éstas son aplicadas. También implica una relectura de los textos jurídicos tradicionales para entender de qué manera las experiencias de las mujeres han quedado marginadas en las lecturas tradicionales y cómo estas experiencias y valores de las mujeres pueden volverse parte de la lectura del texto. Así, por ejemplo, se ha exigido releer las normas que consagran el derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, habitualmente ligado a la regulación de la potestad sancionatoria del Estado, para incluir la violencia doméstica como una forma de tortura o trato cruel y reforzar la necesidad de sancionarla[61].

El segundo método al que se refiere Bartlett es el de la "razón práctica femenina". Partiendo de la idea aristotélica del razonamiento con textual en materia práctica, varias feministas han señalado que no sólo la forma de razonamiento específicamente femenina es contextual, sino que el análisis tópico debe ser introducido para dar cuenta de la diferencia de las mujeres en la aplicación de las normas jurídicas. El método del razonamiento práctico afirma que lo importante es considerar las múltiples variables para lograr "integraciones y reconciliaciones creativas", no el pensamiento dicotómico ni

59 *American Booksellers Association v. Hudnut,* 771 F. 2d 323 (7th Cir. 1985): affd. Mem., 475 U.S. 1001 (1986). Los términos específicos de la nonna declarada inconstitucional, así como el debate en torno a la decisión y una traducción de parte de la decisión pueden encontrarse en *Derecho y Pornografía,* Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1997.

60 Katherine Bartlett. "Feminist Legal Methods", *op. cit.*

61 Por ejemplo, Isabel Marcus, "Reframing 'Domestic Violence': Terrorism in the Home", en: Martha Albertson Fineman y Roxanne Mykitiuk (eds.), *The Public Nature of Private Violence,* New York, Routledge, 1994.

la ponderación de principios. Afirma, así mismo, que las situaciones son únicas y que ellas mismas generan en quien toma la decisión el deseo por lo fines correctos. Por esta razón, se prefieren aquí los estándares, aunque no se niega la importancia de las reglas en la toma de decisiones[62].

El tercer método de análisis jurídico al que se refiere Bartlett es el de la "creación de conciencia", que por estar dirigido más a la identificación de los problemas de las mujeres, la autora prefiere considerarlo un "meta-método". Este método implica la creación colectiva de conocimiento a partir de la puesta en común de las experiencias de vida de las mujeres. A partir de este conocimiento, se hace posible la movilización en torno a la modificación de la legislación vigente, ya sea en el escenario de la legislación o en el de la adjudicación. Pero, además, la creación de conciencia tiene un efecto de empoderamiento respecto de las mujeres que participan[63].

## III. A modo de conclusión

Como expliqué en la introducción, el propósito de este texto era presentar de manera sintética pero con suficientes matices el contexto en el que se ubica el texto de Robin West que se traduce a continuación. Cronológicamente, el artículo de West es anterior a algunas discusiones que se reseñan. Las respuestas de la autora a los retos que plantean la feministas antiesencialistas se desarrollan en particular en su libro *Caring forJustice.* En él la autora además da el paso de la critica a la construcción proponiendo una teoría del derecho feminista. Con seguridad el lector querrá conocer está "segunda parte" de la historia después de recorrer este artículo que no sólo sobresale por su claridad sino por su lucidez.

Para terminar, quisiera recordar al lector una vez más, que tanto este estudio preliminar como el artículo de West se ubican dentro del contexto de

62 Bartlett cita aquí a Amelia Rorty, *Mind in Action,* Boston, Beacon Press, 1988; y Martha Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck And Ethics In Greek Tragedy and Philosophy,* Cambridge, Cambridge University Press, 1986. El análisis que proponen Martha Minow y Elizabeth Spelman, *op. cit.,* podria considerarse de este tipo.

63 Como ya se dijo antes, una de las grandes defensoras del método de creación de conciencia es MacKinnon. Véase Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State, op. cit.*

la academia y la política de los Estados Unidos. Esto ciertamente no los hace irrelevantes. El reto, sin embargo, es aprender sin alienarse, producir conocimiento propio sobre la experiencia propia. Espero que estos textos sean una inspiración para un aumento en la producción de teoría feminista colombiana sobre el derecho colombiano.

## Bibliografía

ALBERSTON FINEMAN, Martha, "Feminist Theory in Law: the Difference it Makes", en: *Columbia Journal of Gender and Law,* vol. 2, No. 1.

ALEXANDER, M. Jacqui y TALPADE MOHANTI, Chandra (eds.), *Feminist Genealogies, Colonial Legacies, Democratic Future,* New York, Routledge, 1997.

ANDALZÚA, Gloria y MORAGA, Cherrie (eds.), *This Bridge Called my Back: Writtings of Radical Women of Color,* NewYork, Kitchen Table, Women of Color Press, 1982.

ARANGO, Luz Gabriela, LEÓN, Magdalena y VIVEROS, Mara (comps.), *Género e Identidad,* Bogotá, Tercer Mundo Editores y Ediciones Uniandes, 1995.

BARLETT, Katharine, "Feminism Legal Methods", en: *Harvard Law Review,* vol. 3, No. 4, 1990.

———, "Gender Law", en: *Duke Journal of Gender Law and Policy,* vol. 1, No. 1, 1994.

———, bell hooks, *Black Looks: Race and Representation,* Boston, South End Press, 1992.

BLISS, Shepherd, The Mitopoietic Men's Movement", en: Michael Kimmel (ed.), *The Politics of Manhood,* Filadelfia, Temple University Press, 1995.

BLY, Robert, *Iron John: a Book About Men,* Massachusetts, Addison Wesley, 1990.

BRENNER, Johanna, The Best of Times, the Worst of Times: Feminism in the United States", en Monica Threfall (ed.), *Mapping the Women's Movement,* New York, Verso, 1996.

BUTLER, Judith, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity,* New York, Routledge, 1999.

CHAKRAVORTY SPIVAK, Gayatri, *In Other Worlds. Essays in Cultural Politics,* New York, Methuen, 1987.

———, *Thinking Academic Freedom in Gendered Postcoloniality.* Capetown. University of Capetown Press. 1992.

CHORODOW, Nancy, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and The Sociology of Gender,* Berkeley, University of California Press, 1978.

CIGARlNI, Lia, "Apasionadas por la política, indecisas para actuar en la vida pública", en: *El viejo topo,* No. 73, 1994.

CIXOUS, Hélene, *La risa de la medusa,* Barcelona, Anthropos, 1995.

CONAGHAN, Joanne, ''The Invisibility of Women in Labour Law: Gender Neutrality in Model-building", en: *Intemational Joumal of the Sociology of Law,* vol. 14.

CRENSHAW, Kimberle y otros (eds.), *Critical Race Theory. The Key Writtings that Formed the Movement,* New York, New Press, 1995.

CRENSHAW, Kimberle, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", en: The University of Chicago Legal Forum, 1989.

DIGBY, Tom (ed.), *Men Doing Feminism,* New York, Routledge, 1998.

DWORKIN, Andrea, *Intercourse,* London, Secker & Warburg, 1987.

EISENSTEIN, Zillah (comp.), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism,* NewYork, Monthly Review Press, 1979.

ENGELS, Frederich, *Origen de la familia. la propiedad privada y el Estado,* Buenos Aires, Editorial Claridad, 1946.

ESTRICH, Susan, *Real Rape,* Cambridge, Harvard University Press, 1987.

FlRESTONE, Shulamith, *The Dialectic oJ Sex,* New York, William Morrow, 1970.

FLAX, Jane, "Postmodernism and Gender Relations in Feminist Theory", en: *Signs,* vol. 12, 1987.

———, Jane, *Thinking Fragments: Phychoanalysis, Feminism and Postmodernism in the Contemporary West,* Berkeley, University of California Press, 1990.

FOUCAULT, Michel, *TheArchaelogy of Knowledge,* New York, Pantheon Books, 1982.

———, *The History of Sexuality,* New York, Pantheon Books, 1978.

———, *The Order of Things; anArchaelogy of the Human Sciences,* New York, Vintage Books, 1973.

FRASER, Nancy, *Iustitia Interrupta,* Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.

FRIEDAN, Betty, *The Feminine Mystique,* Hardmondsworth, Penguin Books, 1963.

FUCHS EPSTEIN, Cynthia, *Deceptive Distinctionns. Sex, Gender and the Social Order,* New Haven and London, Yale University Press, 1988.

GILLIGAN, Carol, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development,* Cambridge, Harvard University Press, 1982.

HARRIS, Angela P., "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory" , en: *Stanford Law Review,* vol. 42, 1990.

HARTMANN, Heidi y AARONSON, Stephanie, "Pay Equity and Women's Wage Increases: Success in the States, a Model for the Nation", en: *Duke Journal of Gender Law and Policy,* vol 1, 1994.

HILL COLLINS, Patricia, "Defining Black Feminist Thought", en: Linda Nicholson, *The Second Wave,* Routledge, 1997.

HOAGLAND, Sarah, "Separating from heterosexualism", en: *Lesbian Ethics,* Chicago, Institute of Lesbian Studies, 1988.

IRIGARAY, Luce, *Speculum of the Other Women,* Ithaca, Cornell University Press, 1985.

———, Luce, *This Sex Which is Not One,* Ithaca, Cornell University Press, 1985.

JARDINE, Atice y SMITH, Paul (eds.), *Men in Feminism,* New York, Methuen, 1987.

JOHNSON REAGON, Bernice, "Coalition Politics: Turning the Century", en: Ann Phillips, *Feminism* & *Politics,* Oxford, Oxford University Press, 1998.

KHUNS, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions,* Chicago, University of Chicago Press, 1996.

KOHLBERG, Lawrence, T*he Philosophy of Moral Development,* San Francisco, Harper and Row, 1981.

LEÓN, Magdalena (comp.), *Mujeres y participación política. Avances y desafíos en América Latina,* Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1994.

LICKONA, T. (ed.), *Moral Development andBehavior: Theory, Research and Social Issues,* New York Holt, Rinehart and Wiston, 1976.

LONGINO, Helen y FOX KELLER, Evelyn (eds.), *Feminism and Science,* Oxford, Oxford University Press, 1996.

MacKINNON, Catharine, *Derecho y pornografía,* Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1997.

———, *Towards a Feminist Theory of the State Cambridge,* Harvard University Press, 1989.

———, "Feminism. Marxism. Method and the Staté Toward Feminist Jurisprudence", en: *Signs: Joumrnal of Women in Culture and Society,* vol. 7, 1982.

———, "From practice to theory, or what is a whit woman anyway?", en: *Yale Journal of Law an Feminism,* vol. 4, 1991.

MAHONEY, Martha, "Whiteness and Women, in Practice and Theory: Reply to Catharine MacKinnon", en: *Yale Journal of Law and Feminisn,* vol. 5, 1993.

MARCUS, Isabel, "Reframing 'Domestic Violence': Terrorism in the Home", en: Martha Alberston Fineman y Roxanne Mykitiuk (eds.), *The Public Nature of Prívate Violence,* New York, Routledge, 1994.

MILL, John Stuart, *On Liberty,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

MINOW, Martha y SPELMAN, Elizabeth, "In Context", en: Michael Brint y William Weaver, *Pragmatism in Law,* Boulder, Westview Press.

MOGHADAM, Valentine M. (ed.), *Patriarchy and Economic Development: Women's Positions at the End of the Twentieh Century,* Oxford, Claredon Press, 1996.

MORAGA, Cherrie, "From a Long Line of Vendidas: Chicanas and Feminism", en: Anne C. Herman y Abigail Stewart, *Theorizing Feminism. Parllel Trends in the Humanities and Social Sciences,* Boulder, Westview Press.

MOSER, Caroline, *Gender Planning and Development. Theory, Practice and Training,* London, Routledge, 1993.

NICHOLS, Margaret, "Lesbian Relationships: Implications for the Study of Sexuality and Gender", en: David P. MacWhirter, Stephanie Sanders y June Machover Reinisch (eds.), *Homosexuality / Heterosexuality: Concepts of Sexual Orientation,* New York, Oxford University Press, 1990.

NICHOLSON, Linda (ed.), *Feminism / Posmodemism,* New York, Routledge, 1990.

———, *The Second Wave,* London, Routledge, 1997. NIETZSCHE, Frederich, *Fragmentos Póstumos,* Bogotá, Norma, 1997.
———, *La ciencia jovial,* Caracas, Monte Ávila Editores, 1985.
———, *La genealogía de la moral,* Madrid, Alianza Editorial, 1993.
———, "Sobre verdad y mentira en sentido extramoral", en: Joan Linares (ed.), *Nietzsche,* Barcelona, península, 1988.
NUSSBAUM, Martha, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy,* Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
RHODE, Deborah, *Speaking of Sex, the Denial of Gender Inequality,* Cambridge, Harvard University Press, 1997.
RICH, Adrienne Cecille, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence,* London, Onlywomen Press, 1981.
ROBERTS, Dorothy E., "Racism and Patriarchy ín the Meaning of Motherhood", en: *American University Joumal of Gender* & *the Law,* vol. 1, 1993.
RORTY, Amelia, *Mind in Action,* Boston, Beacon Press, 1988.
SAPORTA, Nancy y otras, "Feminismo en América Latina: de Bogotá a San Bernardo", en: *Mujeres y participación política,* Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1994.
THREFALL, Monica (ed.), *Mapping the Women's Movement,* New York, Verso, 1996.
TINKER, Irene (ed.), *Persistent Inequalities: Women and World Development,* New York, Oxford University Press, 1990.
TONG, Rosemarie, *Feminist Thought,* San Francisco, Westview Press, 1989.
TUANA, Nancy y TONG, Rosemarie (eds.), *Feminism and Philosophy,* Oxford, Westview Press, 1995.
VELÁSQUEZ, Magdalena y otros (eds.), *Las mujeres en la historia de Colombia,* Tomo 1, Bogotá, Consejeria Presidencial para la Mujer y Editorial Norma, 1995.
VILLARREAL, Norma, "El camino de la utopía feminista en Colombia, 1975-1991", en: *Mujeres y participación política,* Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1994.
VISVANATHAN, Nalini (co-ordinator); DUGGAN, Lynn, NISONOFF, Laurie and WIEGERSMAN, Nan (eds.), *The Women, Gender and Development Reader,* London, Atlantic Highlands, Zed Books, 1997.
WEST, Robin, *Caring of Justice,* New York, New York University Press, 1997.

———, "Jurisprudence and Gender", en: *University of Chicago Law Review,* vol. 55, 1988.
WITTIG, Monique, "One is Not Born a Woman", en: *Feminist Issues,* vol. 1, No. 2, 1981.
———, Monique, 'The Mark of Gender", en: *Feminist Issues,* vol. 1, No. 2, 1981.
WOLLSTONECRAFT, Mary, *A Vindication of the Rights of Woman,* London, Penguin Books, 1972 (1992).
WOOLF, Virginia, *A Room of One's Own,* London, Hogarth Press, 1929.
YOUNG. Iris Marion. Intersecting Voices. Dilemmas of Gender. Political Philosophy and Policy. Princeton. Princeton University Press. 1997.

II

# 2

# Género y derecho

# El sexo del derecho*

Frances Olsen

**Sumario**

**I.** Los dualismos y el derecho. **1.1.** Sexualización. **1.2.** Jerarquización. **1.3.** El derecho como concepto masculino. **II.** Estrategias feministas. **2.1.** Rechazo de la sexualización. **2.2.** Rechazo de la jerarquización. **2.3.** "Androginia". **III.** Críticas feministas al derecho. **3.1.** Reformismo legal. **3.2.** El derecho como orden patriarcal. **3.3.** Teoría jurídica crítica. **IV.** Conclusión.

## I. Los dualismos y el derecho

Desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico, y tal vez desde los tiempos de Platón, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/par-

* Frances Olsen, "El sexo del derecho", en *Identidad femenina y discurso jurídico,* compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42. Publicado en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), pp. 452-467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.

ticular. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos[1].

Tres características de este sistema de dualismos resultan importantes para la discusión que sigue. Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como "masculino" es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado "masculino" de los dualismos.

### 1.1. Sexualización

La división entre lo masculino y lo femenino ha sido crucial para este sistema dual del pensamiento. Los hombres se han identificado a sí mismos con un lado de los dualismos: con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular.

La identificación sexual de los dualismos posee elementos tanto descriptivos como normativos. A veces se dice que los hombres son racionales, activos, etc.; y otras veces se dirá que los hombres *deberían ser* racionales, activos, etc. De manera similar, a veces se considera que la aserción sobre las mujeres es descriptiva: las mujeres simplemente son irracionales, pasivas, sentimentales, etc. Mucha gente pensaba que esto era un hecho inmutable e inevitable acerca de las mujeres: que son incapaces de ser racionales, activas, etc. Pero también suele afirmarse que las mujeres *deberían* ser irracionales, pasivas y demás o, por lo menos, que ellas *no deberían* intentar ser racionales, activas, etc., sea porque

1. Véase Hélème Cixous, "Sorties", en E. Marks y 1. Courtivron (eds.), *New French Feminisms* (Nueva York, Schocken Books, 198\), pp. 90-91; J. Derrida, *Dissemination* (The University of Chicago Press, 1981); C. Christ, *Diving Deep and Surfacing* (Boston, Beacon Press, 1980), p. 25; J. Clegg, *The Structure of Plato's Philosophy* (Lewisberg, Bucknell University Press, 1977), pp. 18, 100-101, 188-191; F. Olsen, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform" (en *Harvard Law Review,* 96, 497, pp. 1570-1576, 1983); G. Frug, "The City as a Legal Concept" (en *Harvard Law Review,* 93, pp. 1057, 1057, 1980).

es importante que las mujeres sean diferentes de los hombres o porque lo irracional, pasivo, etc., son rasgos positivos cuando se aplican a las mujeres.

### 1.2. Jerarquización

El sistema de los dualismos es un sistema de jerarquías. Los dualismos no sólo dividen el mundo entre dos términos sino que estos términos están colocados en un orden jerárquico. Del mismo modo en que los hombres han dominado y definido tradicionalmente a las mujeres, un lado de los dualismos domina y define al otro. Así, lo irracional se define como la ausencia de lo racional; lo pasivo es el fracaso de lo activo; el pensamiento es más importante que el sentimiento; la razón tiene prioridad sobre la emoción. Esta jerarquía ha sido algo oscurecida por una glorificación compleja -y a menudo poco sincera- acerca de las mujeres y lo femenino. Los hombres han oprimido y explotado a las mujeres en el "mundo real", pero también han colocado a las mujeres en un pedestal, situándolas en un mundo de fantasía. Los hombres exaltan y degradan simultáneamente a las mujeres, como también exaltan y degradan simultáneamente los conceptos del lado "femenino" de los dualismos. La naturaleza, por ejemplo, es glorificada como algo respetable, como un valioso objeto de conquista por parte de héroes masculinos, y simultáneamente es degradada como una materia inerte, y es explotada y manipulada de acuerdo con los propósitos de los hombres. De modo similar, la sensibilidad y la subjetividad irracionales son al mismo tiempo glorificadas y denigradas. Por más que se quiera romantizar las virtudes propias de las mujeres, la mayoría de la gente aún cree que lo racional es mejor que lo irracional, la objetividad es mejor que la subjetividad, y que ser abstracto y universal es mejor que ser concreto y particular. De todas maneras, la cuestión es más compleja porque nadie quiere *eliminar* realmente del mundo de forma total lo irracional, lo pasivo, etc. Pero generalmente los hombres quieren tomar distancia de estos rasgos y pretenden que las mujeres sean las irracionales, pasivas, etc. Para las mujeres, esta glorificación del lado "femenino" de los dualismos resulta hipócrita.

### 1.3. El derecho como concepto masculino

Se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y "masculinos" de los dualismos. Aunque la ''justicia" sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho *no* es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres.

Las prácticas sociales, políticas e intelectuales que constituyen el derecho fueron, durante muchos años, llevadas a cabo casi exclusivamente por hombres. Dado que las mujeres fueron por largo tiempo excluidas de las prácticas jurídicas, no sorprende que los rasgos asociados con las mujeres no sean muy valorados en el derecho. Por otra parte –en una especie de círculo vicioso–, se considera que el derecho es racional y objetivo, entre otras cosas, porque es valorado y, a su vez, es tan valorado porque se lo considera racional y objetivo.

Los desafíos más interesantes y prometedores contra este sistema dominante de pensamiento son aquellos hechos por las feministas. Las críticas feministas del derecho encierran una analogía muy estrecha con las críticas feministas sobre el dominio masculino en general, y las actitudes contestatarias con las que varias feministas han enfrentado el derecho pueden comprenderse mejor cuando son observadas desde un contexto más amplio.

## II. Estrategias feministas

Las estrategias feministas para atacar el sistema dual dominante pueden dividirse en tres amplias categorías. La *primera categoría* está compuesta por estrategias que se oponen a la sexualización de los dualismos y que luchan por identificar a las mujeres con el lado favorecido –con lo racional, activo, etc.–. Las estrategias de la *segunda categoría* rechazan la jerarquía que los hombres han establecido entre los dos lados de los dualismos. Esta segunda categoría acepta la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc., pero afirma el valor de estos rasgos: se trataría de rasgos tan buenos o mejores que lo racional, activo, etc. La *tercera categoría* rechaza tanto la sexualización como la jerarquización de los dualismos. Las estrategias de esta tercera cate-

goría cuestionan y rompen con las diferencias que se sostiene existen entre los hombres y las mujeres, y a la vez niegan la jerarquía de lo racional, activo, etc., por sobre lo irracional, pasivo, etc. Racional e irracional, activo y pasivo y demás términos no son polos opuestos y no pueden dividir –y de hecho no dividen– el mundo en esferas contrastantes.

### 2.1. Rechazo de la sexualización

Las estrategias que rechazan la sexualización de los dualismos mantienen ciertas coincidencias con la ideología dominante, dado que aceptan la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, activo sobre pasivo, etc. Se diferencian de la ideología dominante en el hecho de que no admiten la aseveración normativa de que las mujeres *deberían ser* –o seguir siendo– irracionales, pasivas, etc., rechazando principalmente la aserción descriptiva de que las mujeres son irracionales, pasivas, etc. De modo aún más firme, se oponen a la idea de que las mujeres no pueden evitar ser irracionales, pasivas, etcétera.

Esta estrategia es ilustrada por un ensayo escrito en 1851 por Harriet Taylor Mill. Mill criticó la afirmación de que las mujeres sean natural o universalmente inferiores a los hombres, y sostuvo que cada individuo –mujer u hombre– debería ser libre para desarrollar sus propias habilidades del mejor modo posible "para demostrar sus capacidades a través de una prueba pública (*by trial*)". Según Mill, ''la esfera apropiada para todos los seres humanos es la más amplia y la más distinguida que puedan alcanzar"[2].

Harriet Taylor Mill rechaza la sexualización de los dualismos y, sin embargo, acepta la jerarquía de los rasgos colocados en primer término sobre los segundos. Utiliza "racional" como digno de aprecio e "irracional" como un término despreciable, y afirma que "la razón y los principios" –y no el "sentimentalismo"– ofrecen el apoyo más fuerte para la emancipación de las mujeres. Niega que las mujeres sean inherentemente irracionales, pasivas, etc., y cree que las causas que tienden a hacer que se vean así son la educación y la forma de vida que las mujeres se ven obligadas a llevar. Mill dice

2. H. T. Mili, "Enfranchisement of Women", en J.S. Mili y H.T. Mill, *Essays on Sex Equality,* ed. A. Rossi (University of Chicago Press, 1970), pp. 89, pp. 100-101; M. Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of woman* (Londres, J. Jonson, 1972), pp. 49-92.

que esto es "una injusticia para el individuo y un daño para la sociedad". Negar a las mujeres la oportunidad de desarrollarse hasta su más alto potencial es una manera efectiva de impedir que sean racionales, activas, etc. "Si no se permite ejercer ciertas cualidades, éstas no deberían existir." Harriet Taylor Mill descartó como "absurdos" los esfuerzos de algunas feministas de desafiar la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, activo sobre pasivo, etc. "Lo que se pretende para las mujeres son derechos iguales, igual acceso a todos los privilegios sociales, no una posición aparte, una especie de clero sentimental"[3].

Esta actitud en relación con la igualdad de las mujeres es abiertamente sostenida en nuestros días. Muchas feministas y la mayoría de los liberales creen que los roles del sexo deberían ser una cuestión de elección del individuo. Cuando los individuos actúan racional y razonablemente, deberían ser tratados conforme a esa actuación. Si los hombres o las mujeres eligen ser irracionales, pasivos y demás, no pueden esperar ser tratados de la misma manera. Además, si las mujeres no quieren criar y educar a sus hijos, no deberían hacerlo, y si los hombres desean criarlos, deberían ser libres para cumplir esa decisión.

Hay más en esta categoría que una simple indiferencia frente al sexo. Lo que se afirma es que las mujeres *han sido entrenadas* para ser irracionales y pasivas, y que ese entrenamiento debería ser revertido. Las acciones afirmativas o positivas a favor de las mujeres, el abandono de la indiferencia frente al sexo, pueden ser justificadas y respaldadas como un método para neutralizar años de enseñanza en los que se formó a las mujeres para ser irracionales, pasivas, etc. Una crítica diferente es que las mujeres ya son racionales, activas y demás, pero no se reconoce que lo son. Las acciones afirmativas pueden ser justificadas y respaldadas, en esta perspectiva, como técnicas para revertir opiniones incorrectas y anticipadas acerca de la irracionalidad, pasividad, etc., de las mujeres. Lo que sostienen estas estrategias no es que el género deba ser ignorado sino que las mujeres son o deberían ser racionales, activas, etcétera[4].

Bajo estas estrategias, la igualdad –o tratamiento igualitario– es para las mujeres la meta final. El tratamiento igualitario para las mujeres también es propuesto como norma general, mientras que las políticas sobre la "concien-

3. H. T. Mili, ob. cit., pp. 101 Y 120; M. Wollstonecraft, ob. cit.
4. Véase F. Olsen, ob. cit., p. 1549-1550.

cia de género" (*gender-conscious policies*) son vistas como un abandono limitado de esta norma –como una excepción que puede justificarse para enfrentar y corregir la desigualdad–. El resultado de esas políticas de "conciencia de género", de acuerdo con sus defensoras, debería ser el de asegurar a las mujeres el mismo poder y prestigio del que gozan los hombres, y el de permitir que las mujeres sean –y que esto se les reconozca– tan racionales, activas, etc., como son los hombres (lo cual, por supuesto, sucede menos de lo que los hombres dicen que sucede).

### 2.1. Rechazo de la jerarquización

La segunda serie de estrategias rechaza la jerarquía de los primeros rasgos sobre los segundos pero acepta la sexualización. Estas estrategias se parecen a la ideología dominante en que aceptan en general la afirmación de que los hombres y las mujeres son diferentes –que los hombres son racionales, activos, etc., y que las mujeres son irracionales, pasivas, etc.–. Tienden también a seleccionar, para describir los mismos rasgos, adjetivos alternativos que tengan menor carga valorativa o que estén cargados en la dirección opuesta: racionalista/espontáneo; agresivo/receptivo, etcétera.

Durante el siglo XIX y principios del XX, el principal objeto de denuncia del movimiento de las mujeres fue la exclusión de éstas del ámbito público y la negación a la mujer de igualdad de oportunidades. Estas denuncias fueron sostenidas principalmente por estrategias de la primera categoría (estrategias que rechazaban la sexualización de los dualismos) más que por estrategias de la segunda categoría (estrategias que rechazaban la jerarquía). La principal excepción fue el movimiento por la pureza social y otras reformas morales.

En general, los movimientos de reforma social liderados por feministas rechazaron la jerarquización de los dualismos y aceptaron su sexualización. Las reformadoras sostenían que las mujeres son moralmente superiores a los hombres y, en este sentido, que tienen una misión especial en la mejora de la sociedad. Muchas de estas reformadoras tenían la esperanza de que los hombres adoptaran más virtudes femeninas –especialmente la continencia sexual–, pero básicamente aceptaban los dualismos, aceptaban la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc. y, en general, se resignaban a la imposibilidad de un cambio mayor por parte de los hombres. Su esfuerzo

principal no consistía en transformar o abolir los dualismos sino en forzar una revalorización de lo irracional, pasivo, etcétera[5].

Charlotte Perkins Gilman, una temprana feminista que criticó rigurosamente muchos de los rasgos predominantes entre las mujeres de fin del siglo pasado, escribió sin embargo una elocuente reivindicación del lado desvalorizado de los dualismos. La novela *Herland* describe una utopía feminista en un escenario geográficamente aislado, luego de que los hombres se hubieran matado entre sí como consecuencia de una guerra. Gilman describe brevemente un milagroso y poco plausible cambio hacia la reproducción asexuada, para lograr así una descripción acerca de cómo funcionaría una sociedad compuesta sólo por mujeres. A pesar de que las mujeres de Gilman son más fuertes y más capaces de lo que el estereotipo estándar de su época hubiera permitido, y a pesar de que se observan en la novela sobretonos andróginos, el mensaje principal del libro es la ruptura e inversión parcial de la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, lo activo sobre lo pasivo, etcétera[6].

Un grupo de feministas modernas ha continuado esta idea de la ruptura e inversión parcial de la jerarquía. Hablar de la "psicología de la mujer", la "imaginación" y el "lenguaje común de las mujeres" es popular hoy en día[7]. La distinción entre la estrategia que rechaza la jerarquización y acepta la sexualización de los dualismos por un lado y, por otro, la estrategia de la "androginia", que rechaza la propia estructura de los dualismos, ha comenzado a disolverse.

Tomar en cuenta la experiencia femenina y la cultura, la psicología, la imaginación o el lenguaje de las mujeres, puede ser una forma de recuperar aquello que ha sido excluido u oscurecido por la cultura dominante, pero también puede conllevar la aceptación de la sexualización de los dualismos. Revertir o invertir la jerarquía entre lo racional y lo irracional, lo activo y lo

5. Véase Barbara Easton, "Feminism and the Contemporary Family", en N. Cott y E. Pleck (eds.), *A Heritage of Her Own* (Nueva York, Simon & Schuster, 1979), pp. 555-557; N. Cott y E. Pleck, Introduction, en ob. cit., p. 11; K. Melder, *Beginnings of Sisterhood* (Nueva York, Schocken Books, 1977), p. 53; Judith Walkowitz, "The Politics of Prostitution" (en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, VI, 1980, reeditado en C. Stimpson y E. Person [eds.l, *Women: Sex and Sexuality* [Nueva York, Simon & Schuster, 1980]), p. 145.
6. Véase C. Gilman, *Herland* (Nueva York, Pantheon Books, 1979).
7. Véase C. Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge, Harvard University Press, 1982); P. Spacks, *The Female Imagination* (Nueva York, Knopf, 1975); A. Rich, "Origins and History ofConsciousness" (en *The Dream of a Common Language: Poems,* 1974-1977, Nueva York, Norton, 1978), p. 7.

pasivo, etc., podría simplemente reforzar los dualismos y en última instancia mantener los valores dominantes. Por otro lado, tal reversión podrá en algunas ocasiones constituir la forma más efectiva de subvertir los dualismos[8]. Además, una autora puede pretender seguir una estrategia en su obra y ser utilizada por los lectores para apoyar otra. A pesar de que algunas autoras articulan un claro apoyo al mantenimiento de los papeles sexuales[9], en otros casos la ruptura de la jerarquización de los dualismos puede o no pretender romper con la sexualización de los dualismos o bien deshacerse de los propios dualismos. Cuando ésta es la intención, yo clasificaría la estrategia en la tercera categoría, la "androginia".

### 2.3. "Androginia"

Es posible atacar al mismo tiempo tanto la sexualización como la jerarquización. Los hombres no son más racionales, objetivos y universales que las mujeres, ni es particularmente admirable ser racional, objetivo y universal, al menos en los términos en los que la ideología dominante masculina ha definido estas ideas. A través de los años, varias feministas han tratado de adoptar una actitud crítica en relación con las pretensiones de dominio masculino. El rechazo tanto de la sexualización de los dualismos como de la jerarquización establecida entre los dos lados de los dualismos es a menudo acompañado por un rechazo de todos los dualismos y una ruptura de los papeles sexuales convencionales.

Durante la segunda mitad del siglo XIX hubo un significativo apoyo a la propuesta de moderar las expectativas puestas sobre los papeles sexuales de los hombres y mujeres. William Leach, en su estudio del feminismo en el siglo XIX, afirma que "todas las feministas creían que sólo los hombres y mujeres fuertes, independientes, pero también tiernos, que combinaran en su naturaleza las mejores virtudes de ambos sexos, podían ser buenos cónyuges y buenos padres". Sólo los "hombres y mujeres simétricamente desarrollados" eran considerados "seres humanos completos"[10].

8. Véase Drucilla Cornell y Aclam Thurschwell, "Feminity, Negativity, Intersubjectivity", en Seyla Benhabib y Drucilla Cornell, *Feminism as Critique* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987); C. Christ, ob. cit., pp. 26, 130.
9. Véase, por ejemplo, EIshtain, "Against Anclrogyny" (en *Télos,* 47,1981), p. 5.
10. W. Leach, *True Love and Perfect Union* (Nueva York, Basic Books, 1980), p. 32.

El renacimiento del movimiento de las mujeres ha traído nuevamente estas ideas al discurso popular. Algunas feministas sostienen que las mujeres son y deben ser racionales e irracionales, objetivas y subjetivas, abstractas y concretas, universales y particulares. Desde hace no mucho tiempo, mujeres influidas por el pensamiento posmoderno, y especialmente por algunos movimientos desconstructivistas, han comenzado a cuestionar las dicotomías básicas.

Esta estrategia desafía el límite entre los dos términos en cada uno de los dualismos, poniendo en duda la oposición directa entre ellos y negando sus separaciones. Ser irracional es racional y la objetividad es necesariamente subjetiva[11].

## III. Críticas feministas al derecho

Las críticas feministas al derecho se dividen en tres grandes categorías, conforme a las tres categorías de las estrategias feministas que atacan el dominio masculino en general. La ideología dominante sostiene que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal y que lo racional es mejor que lo irracional, lo objetivo es mejor que lo subjetivo, etc. La primera categoría consiste en aquellas críticas que atacan la afirmación de que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, mientras que están de acuerdo con que lo racional, objetivo, etc., es mejor que 10 irracional, subjetivo, etc. Estas feministas sostienen que el derecho debería ser racional, objetivo y universal y luchan para beneficiar a las mujeres, tratando de hacer que el derecho recoja sus reclamos y se torne así realmente racional, objetivo y universal. Las críticas de la segunda categoría aceptan que el derecho es racional, objetivo y universal pero rechazan la jerarquía de los dualismos. Las feministas que mantienen este punto de vista caracterizan el derecho como masculino y patriarcal y, en este sentido, ideológicamente opresivo hacia las mujeres. La tercera categoría de las críticas rechaza tanto la caracterización

11. Véase F. Olsen, ob. cit., pp. 1577-1578; C. Heilbrun, *Towards a Recognition of Androgyny* (Nueva York, Harper & Row, 1973); E. Cook, *Psychological Androgyny* (Nueva York, Pergamon Press, 1985); W. O'Flaherty, *Women, Androgyness, and Other Mythical Beasts* (The University of Chicago Press, 1980).

del derecho como racional, objetivo, abstracto y universal, como la jerarquización de lo racional sobre lo irracional, objetivo sobre lo subjetivo, etc. Tal derecho no es ni puede ser racional, objetivo, abstracto y universal. Una vez más, de acuerdo con esta tendencia feminista, racional e irracional, activo y pasivo, no son polos opuestos ni dividen ni pueden dividir el mundo en esferas contrastantes.

### 3.1. Reformismo legal

La primera categoría de las críticas cuestiona la exactitud de la afirmación de que el derecho es racional, objetivo y universal. Acepta la noción de que el derecho debería ser racional, objetivo y universal, pero denuncia los modos en los que fracasa en esta aspiración cuando se ocupa de las mujeres. En particular, las reformadoras feministas denuncian que las leyes que niegan derechos a las mujeres –o que de alguna manera lesionan a las mujeres– son irracionales, subjetivas y no universales. Ésta ha sido la estrategia feminista legal más importante, y es el soporte teórico de todo el movimiento por los derechos de la mujer. Incluye un amplio espectro de argumentos para efectuar reformas legales, desde la pretensión de que el sexo resulte indiferente como criterio legal hasta la idea de que –para ser "verdaderamente neutral"– el derecho debe tener en cuenta la actual subordinación de las mujeres y elaborar normas cuidadosamente diseñadas para rectificar y superar esta injusta desigualdad. Cada uno de estos argumentos identifica un aspecto diferente del derecho y denuncia su fracaso en el intento de ser racional, objetivo y universal.

**Denuncia de los casos de denegación de la igualdad formal.** Durante muchos años, las feministas se han quejado de que el derecho establece distinciones irracionales entre hombres y mujeres. De acuerdo con estas críticas, el derecho debería ser racional y objetivo, y para ello debería tratar a las mujeres de la misma forma como trata a los hombres. Este argumento ha sido a menudo exitoso: los jueces han declarado, por ejemplo, la inconstitucionalidad de leyes que establecían preferencias por los hombres sobre las mujeres, o que establecían que los padres debían mantener a sus hijas hasta una edad menor que a sus hijos, o bien de leyes que fijaban diferentes

edades –según se tratara de hombres y mujeres– para autorizar la compra de bebidas alcohólicas, etcétera[12].

Las feministas también han sostenido con éxito que las leyes deberían prohibir a empleadores, escuelas y otros importantes actores sociales discriminar a las mujeres. Estas leyes han sido sancionadas y se han generalizado en parte por la insistencia feminista en que el derecho trate con igualdad jurídica formal a hombres y mujeres –que el derecho sea realmente racional, objetivo y universal–.

**Denuncia de los casos de denegación de la igualdad sustancial.** Para alcanzar como resultado una igualdad sustancial, puede ser necesario para el derecho tener en cuenta las diferencias que existen entre la gente y consecuentemente abandonar la igualdad legal formal. En este sentido, en algunos casos habrá conflicto entre las feministas que buscan la igualdad formal –"tratamiento igualitario"– y aquellas que demandan la igualdad sustancial, a veces a través de un "tratamiento especial". El debate entre "tratamiento igualitario" versus "tratamiento especial" tiene lugar *dentro* de esta misma amplia categoría de crítica legal. Ambas posiciones coincidieron en que el derecho debe ser más racional, objetivo y universal, sólo que no coinciden sobre el resultado particular al que deben traducirse estos rasgos en un caso concreto. Las feministas que abogan por el "tratamiento especial" reclaman un resultado verdaderamente neutro y denuncian la falsedad de ciertas instancias de la igualdad formal, calificándolas de "seudoneutralidad"[13].

**Denuncias sobre la existencia de modelos "asimilacionistas" o "masculinos".** Otra de las bases de la crítica feminista destinada a demostrar que el derecho no es verdaderamente racional, objetivo y universal es que en la actualidad la igualdad se juzga comparando a las mujeres con los hombres. Para fundar una demanda por discriminación, una mujer tiene que demostrar que es tratada peor de lo que se hubiera tratado a un hombre. Esto significa que las normas sobre discriminación sexual operan sobre un modelo

12. Véase *Reed v. Reed,* 404 U.S. 71 (1971); *Stanton v. Stanton,* 421 U.S. 7 (1975); *Craig versus Boren,* 429 U.S. 190 (1976).

13. Véase F. Olsen, "Frorn False Paternalism to False Equality: Judical Assaults on Feminist Community, Illinois 1869-1895", *Michigan Law Review,* 84, pp. 1518-1520, 1541 (1986).

"asimilacionista" o "masculino"[14]. Las normas sobre discriminación sexual sólo sirven para permitir que aquellas mujeres que eligen actuar como lo hacen los hombres reciban las mismas recompensas que reciben los hombres –es decir, facilitan la primera estrategia feminista, la que rechaza la sexualización de los dualismos–. Cuando el derecho elige apoyar esta estrategia feminista en lugar de otra, no es racional y objetivo. Las normas antidiscriminatorias podrían requerir, por ejemplo, que el trabajo sea estructurado de manera tal que los trabajadores puedan dedicar períodos significativos de tiempo al cuidado de sus hijos sin perjudicar sus ingresos o carreras, o podría requerir la noción de "valor comparable", es decir, que los trabajos –incluido el cuidado de los hijos– sean remunerados de acuerdo con la habilidad y responsabilidad que suponen[15].

**Denuncia de la exclusión del derecho de la esfera doméstica.** Las feministas señalan que el derecho "ha estado claramente ausente de la esfera doméstica"[16], y que esto ha contribuido a consolidar la subordinación de las mujeres. En un nivel práctico, deja a las esposas sin defensa frente a la dominación de sus maridos y, en un nivel ideológico, "desvaloriza a las mujeres y sus funciones". Las actividades importantes de nuestra sociedad son reguladas por el derecho, y cuando éste mantiene una postura o posición de "no intervención", esto implica que "las mujeres simplemente no son tan importantes para que sean dignas de regulación legal". El aislamiento de la esfera de las mujeres transmite un mensaje importante: "En nuestra sociedad, el derecho es para los negocios y otros asuntos importantes. El hecho de que el derecho en general tenga tan poca conexión con las preocupaciones cotidianas de la mujer refleja y subraya su insignificancia". De esta forma, una vez más el derecho fracasa en su intención de ser verdaderamente racional, objetivo y universal.

14. Véase C. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (New Haven, Yale University Press, 1979), pp. 144-146.

15 Véase M. J. Frug, "Securing Job Equality for Women: Labor Market Hostility to Working Mothers" (en *Boston University Law Review,* 55, 1979).

16 Véase Taub y Schneider, "Women's Subordination and the Role of Law", en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), p. 151; Kathryn Powers, "Sex, Segregation, and the Ambivalent Directions of Sex Discrimination Law" (en *Wisconsin Law Review,* 55, 1979).

Debería hacerse una distinción entre esta descripción de parte de la ideología y el cuadro más complejo de ideas y de la realidad. La historia de las políticas de *laissez-faire* en relación con la vida doméstica es considerablemente más compleja de lo que esta descripción sugiere. El derecho ha regulado la vida familiar durante siglos, directa e indirectamente. Las normas han reforzado también la dicotomía entre el hogar "privado" y el mercado "público", y lo han hecho de manera particularmente destructiva para las mujeres[17].

### 3.2. El derecho como orden patriarcal

La segunda categoría de las críticas feministas del derecho acepta la afirmación descriptiva de que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, pero rechaza la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, de lo objetivo sobre lo subjetivo, etc. Estas feministas identifican el derecho como parte de la estructura de dominación masculina, caracterizan lo racional, objetivo, etc., como "patriarcal", y acusan al derecho de ser, por esto, ideológicamente opresivo hacia las mujeres. Dicen que el sistema legal tiene una "masculinidad penetrante". "Toda la estructura del derecho –su organización jerárquica, su estructura procesal litigiosa y adversarial y su regular inclinación en favor de la racionalidad por encima de todos los otros valores– lo define como una institución fundamentalmente patriarcal"[18].

Janet Rifkin afirmó que el derecho es un "paradigma de masculinidad" y "el símbolo fundamental de la autoridad masculina en la sociedad patriarcal"[19]. Catherine MacKinnon coincide con la idea de que el derecho es masculino. La objetividad es una norma masculina, además de constituir la imagen que el derecho proyecta de sí mismo. Por esta razón, el derecho "no sólo refleja una sociedad en la que los hombres dominan a las mujeres sino que las dominan de modo masculino"[20].

17 Véase F. Olsen, ob. cit., pp. 1501-1507; F. Olsen, "The Myth of State Intervention in the Family" (en *University of Michigan Journal af Law Reform,* 18, p. 835, 1985).

18 D. Polan, "Toward a Theory of Law and Patriarchy", en D. Kairys (ed.), *The Politics of Law,* 1ª ed. (Nueva York, Pantheon Books, 1982), pp. 294, 300, 302.

19 J. Rifkin, "Toward a Theory ofLaw and Patriarchy" (en *Harvard Women's Law Journal, 3, 1980,* pp. 83, 84, 87, 88, 92.

20 C. MacKinnon, "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence" (en *Signs: Journal of Women in Culture and Society,* VIII, 1983), pp. 635 y 645.

Esta concepción del derecho conduce a una visión mucho menos optimista sobre las posibilidades de reforma legal. MacKinnon escribe que "el derecho refuerza más las distribuciones de poder existentes cuanto más cercanamente se adhiere a su propio ideal supremo de justicia". Diane Polan advierte que en la medida en que las mujeres articulen su pensamiento en términos de "igualdad de derechos" e "igualdad de oportunidades" y limiten su lucha al litigio judicial y al *lobby,* otorgan aprobación tácita al orden social existente y "abandonan la batalla" por lograr más desafíos radicales a la sociedad. El litigio judicial y las propuestas legislativas sólo pueden ser efectivos, afirma Polan, "cuando son emprendidos en un contexto de cambios económicos, sociales y culturales más amplios". Rifkin va más allá en la cuestión. Sostiene que el litigio judicial "no puede conducir a cambios sociales porque, al sostener y confiar en el paradigma del derecho, el paradigma patriarcal se mantiene y se refuerza". Para eliminar el patriarcado, es necesario "desafiar y transformar" el "paradigma del poder masculino en el derecho".

### 3.3. Teoría jurídica crítica

La tercera categoría de las críticas feministas del derecho rechaza la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, de lo objetivo sobre lo subjetivo, etc., y niega que aquél sea o pueda ser racional, objetivo, abstracto y universal. Las feministas que adhieren a esta tercera categoría –denominada "teoría jurídica crítica feminista"– están en parte de acuerdo y en parte en desacuerdo con las dos primeras categorías de críticas.

Estas feministas no menosprecian los beneficios obtenidos a través de reformas legales feministas en nombre de los derechos de las mujeres, pero resultan poco convencidas por la creencia de que la teoría jurídica abstracta cumple algún rol en la obtención de estos beneficios. El razonamiento jurídico y las batallas judiciales no son tajantemente distinguibles del razonamiento moral y político y de las batallas morales y políticas.

De igual modo, las feministas que adhieren a la teoría jurídica crítica coinciden con las feministas que definen el derecho como "patriarcal" en la afirmación de que el derecho es con frecuencia opresivo para las mujeres. Sin embargo, están en desacuerdo en que el derecho sea masculino: el derecho no tiene una esencia o naturaleza inmutable, es una forma de actividad humana,

una práctica llevada a cabo por gente. Las personas que lo practican son predominantemente hombres, y muchos de ellos ofrecen descripciones sobre su actividad que no son ni podrían ser verdaderas. Si bien es verdad que el derecho ha sido dominado por los hombres, los rasgos asociados a las mujeres sólo han sido oscurecidos, no eliminados. El derecho no es masculino. El derecho no es racional, objetivo, abstracto y universal. Es tan irracional, subjetivo, concreto y particular como racional, objetivo, abstracto y universal.

El derecho en conjunto no se corresponde completamente con ninguno de los lados de los dualismos. El derecho no es universal, racional y objetivo y, conforme a lo que creemos, jamás podrá serlo.

La afirmación de que el derecho es universal se basa en la creencia de que consiste en unas pocas normas o principios generales, y que éstos proporcionan fundamentos básicos para resolver casos particulares. Pero en lugar de esto, el derecho está en realidad formado por la acumulación de gran cantidad de normas específicas y algunos principios muy generales. Las normas son demasiado específicas, precisas y contextuales para considerarlas universales. La existencia de estas normas es lo que da al derecho el grado de "predecibilidad" que posee, pero son demasiado particulares: cada norma cubre muy pocos casos para hacer que el derecho sea *universal.* Por ejemplo, en la actualidad hay una norma que establece que los Estados pueden sancionar leyes sobre estupro diferenciadas según el género o el sexo para reducir la incidencia de los embarazos de las adolescentes, y hay otra norma que establece que la emancipación por mayoría de edad no puede estar basada en el género o en el sexo. En el caso "Michael M. versus Sonoma County"[21], la Corte Suprema [de Estados Unidos] aceptó la validez de una norma sobre estupro que establecía diferencias según el sexo que, de acuerdo con la Corte Suprema de California, fue sancionada para reducir la incidencia de embarazos de adolescentes. En el caso "Stanton versus Stanton"[22], la Corte Suprema declaró que una ley del Estado de Utah –que establecía que el padre debía mantener a su hijo hasta los veintiún años pero podía dejar de mantener a su hija a los dieciocho años– era inconstitucional. Lo que quiero decir no es que estas dos normas estén en conflicto ni que las soluciones de los casos no puedan conciliarse. Más bien, cada una de ellas se aplica a muy pocas circunstancias

21 450 U.S. 464 (1981).

22 421 U.S. 7 (1975).

para proporcionar una respuesta universal a la cuestión de cuándo pueden los Estados sancionar leyes basadas en el género.

Los principios o estándares, por otra parte, son demasiado vagos e indeterminados para resolver casos. En cualquier caso interesante que se disputa pueden encontrarse al menos dos principios amplios y generales, diferentes entre sí, que podrían aplicarse y conducir a resultados distintos. Por ejemplo, el principio de "no intervención" en la familia a menudo ofrecerá un resultado, mientras que el principio de protección de los menores ofrecerá el resultado opuesto. Así como las normas se aplican a muy pocos casos, los principios se aplican a demasiados. El sistema legal fluctúa en su fundamento entre normas y principios, pero su aspiración de ser universal jamás se ha concretado. El derecho no es más abstracto y universal que personalizado y contextual.

El derecho tampoco es racional. Los esfuerzos de las feministas por desarrollar una elaboración racional de derechos igualitarios para los seres humanos destinada a lograr derechos para las mujeres no han funcionado y no funcionarán. Los conflictos clásicos entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados, entre derechos naturales y derechos positivos y entre "derechos considerados como garantía de seguridad" y "derechos considerados como garantía de libertad" transforman el análisis jurídico en un instrumento incapaz de resolver ningún conflicto significativo[23]. Más específicamente, si una solución protege la libertad de acción del actor, el resultado opuesto protege la seguridad del demandado. Si una solución protege la igualdad formal de tratamiento de la mujer, su derecho a la igualdad sustancial requeriría un resultado diferente. Ésta es la razón por la cual, por ejemplo, las feministas se dividen en posiciones opuestas en el caso "California Federal versus Guerra"[24]. Algunas feministas afirman que la igualdad formal requiere que el derecho trate el embarazo del mismo modo que a cualquier otra incapacidad temporal, mientras que otras feministas sostienen que la igualdad sustancial requiere que las mujeres puedan dar nacimiento a sus hijos sin perder sus

23. Véase F. Olsen, "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis" (en *Texas Law Review,* 63, 391, 1984); J. Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence frorn Bentham to Hohfeld" (en *Wisconsin Law Review,* 975, 1982); D. Kennedy, "The Structure of Blackstone's Commentaries" (Buffalo Law Review, 205, 1979); O. W. Holrnes, "Privilege, Malice, and Intent" (en *Harvard Law Review,* 1, 1894).
24. 107 S.Ct. 683 (1987).

trabajos –aunque no se justificara ninguna otra ausencia temporal en el trabajo–. En consecuencia, algunas feministas afirman que las mujeres deberían insistir sobre la igualdad formal y rechazar cualquier forma de licencia especial por maternidad; mientras que otras feministas argumentan que las mujeres que trabajan necesitan una adecuada licencia por maternidad, aunque no se otorgue ninguna licencia similar a los hombres o a otras personas que no están embarazadas. El derecho no proporciona ningún fundamento *racional* para elegir qué derecho reconocer y proteger en cada caso particular. El análisis jurídico no puede resolver estos conflictos y no hace más que reexpresarlos en forma distinta y, en todo caso, más oscura.

Finalmente, el derecho no es objetivo. La idea de que el derecho es objetivo es refutada por el gradual reconocimiento de que las cuestiones políticas aparecen en todas partes. Cada vez que se hace una elección, cada decisión legal, que no sea tan obvia o tan simple que no genere controversia, se basa en razones políticas, que por definición no pueden ser objetivas. En este sentido, es simplemente un error decir que el derecho es o podría ser racional, universal y objetivo. El derecho no coincide con un único lado de los dualismos.

Algunas veces la teoría legal dominante reconoce que el derecho no es universal, racional y objetivo. La ideología dominante reconoce los comúnmente llamados "rasgos femeninos" –y de hecho los celebra– pero sólo en la periferia o en su propia "esfera separada". Por ejemplo, el derecho de familia puede ser subjetivo, con textual y personalizado, pero se supone que el derecho comercial es universal, racional y objetivo. Igualmente, se supone que los principios generales del derecho son universales, racionales y objetivos, aunque puede haber excepciones minoritarias y doctrinas que permitan alguna influencia de lo subjetivo, concreto y particular. Para las feministas es importante corregir esta percepción equívoca, disolver los guetos del derecho y mostrar que no se puede excluir lo particular, irracional y subjetivo de ningún ámbito del derecho.

Una forma a través de la cual la ideología dominante hace que el derecho aparezca como universal, racional y objetivo es expulsando hacia la periferia del derecho aquellas áreas supuestamente teñidas por principios inasibles y discrecionales –áreas como el derecho de familia, las normas que rigen las relaciones entre administrador de una herencia y beneficiario y en general las relaciones entre representante y representado–. Se presentan los problemas centrales y las áreas más importantes del derecho como universales, racionales

y objetivos. Podemos mostrar, sin embargo, que aunque se las deje de lado, áreas tales como el derecho de familia o las normas sobre administración de bienes ajenos, representación y mandato, influyen sobre el resto del derecho, incluyendo aquellos ámbitos que se suponía eran el bastión de lo que se conoce como "principios masculinos del derecho". Por ejemplo, la ideología del mercado depende de la ideología de la familia, y el derecho comercial sólo puede entenderse adecuadamente si se reconoce la interrelación entre éste y el derecho de familia[25].

Otra técnica por la cual la ideología dominante hace aparecer el derecho como universal, racional y objetivo es separando cada área entre, por un lado, una serie de normas básicas o un "centro" masculino que sería universal, racional y objetivo y, por otro lado, una periferia de excepciones, que pueden contener elementos irracionales y subjetivos. Por ejemplo, el derecho contractual es atemperado por excepciones subjetivas, variables o altruistas, como los principios sobre responsabilidad precontractual. El núcleo básico del derecho contractual –se dice– sigue siendo universal, racional y objetivo. Las feministas pueden romper con esta imagen al mostrar que el conflicto entre la "norma" individualista y la "excepción" altruista reaparece con cada doctrina. Cada doctrina es una elección o un compromiso entre clases de impulsos individualistas o altruistas. Este análisis feminista también problematiza sobre cuál debe ser la regla y cuál la excepción. No es posible separar las áreas del derecho entre un centro y una periferia: los rasgos asociados con la mujer no pueden ser excluidos del derecho[26].

## IV. Conclusión

Como he dicho, las estrategias feministas para poner en cuestión la teoría jurídica son análogas a las estrategias feministas para poner en cuestión el

25. Véase F. Olsen, ob. cit.; ver también D. Kennedy, "The Political Significance of the Structure ofthe Law School Curriculum" (en *Seton Hall Law Review,* 1, 1983); D. Kennedy, "The Rise and Fall of Classical Legal Thought" (mimeo, 1975).

26. Véase M. J. Frug, "Rereading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook" (en *American University Law Review,* 1065, 1985); C. Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine" (en *Yale Law Journal,* 997, 1985); D. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" (en *Harvard Law Review,* 89, 1685, 1976); R. Unger, "The Critical Legal Studies Movement" (en *Harvard Law Review,* 96, 561, pp. 618- 648, 1983).

dominio masculino en general. La postura que rechaza la "sexualización" tiene repercusiones sobre la postura que defiende la "reforma legal", la que rechaza la jerarquización con la del "derecho como patriarcado", y la postura de la "androginia" coincide con la "teoría jurídica crítica". Pero no pretendo decir que la relación sea algo más que eso –una analogía o un eco–. Las series de categorías no son idénticas, y ninguna estrategia de uno de los conjuntos requiere o conlleva necesariamente estrategias del otro conjunto.

Primero, no existe relación necesaria entre la actitud de una persona con relación a la sexualización de los dualismos y su actitud frente a la identificación del derecho con lo racional, objetivo y universal. Además, alguien puede aceptar la jerarquización para algunos propósitos determinados –por ejemplo, podría creer que es mejor para el derecho ser racional, objetivo y universal– y sin embargo rechazar la jerarquización en general. Algunas feministas están de acuerdo con la "androginia" pero igualmente sostienen que el derecho es patriarcal. De igual manera, uno puede apoyar la teoría jurídica crítica feminista y aun creer tanto que las mujeres son inherente o racionalmente superiores a los hombres (segunda estrategia feminista) como que las mujeres deberían esforzarse por ser racionales, activas y demás (primera estrategia feminista).

Mi apoyo a la posición "andrógina" no requeriría necesariamente mi apoyo a la teoría jurídica crítica –y viceversa–, pero ambas están relacionadas con mis valores y visión del universo y ambas dan forma a mi actividad política. Nada en ninguna de estas teorías aportará respuestas fáciles a preguntas concretas tales como "¿se beneficiarían las mujeres realmente con más intervención estatal en el derecho de familia?" o "¿podrían las normas sobre violación proteger a las mujeres adolescentes sin oprimirlas ni degradarlas?". Lo que espero es que, mejorando las teorías sobre las que operamos, podamos comprender mejor lo que está en juego en cuestiones como éstas. Deseo que, al reconocer la imposibilidad de respuestas fáciles y lógicas, podamos liberarnos para pensar sobre estas cuestiones de una manera más constructiva e imaginativa. Es imposible separar el derecho de la política, de la moral y del resto de las actividades humanas: por el contrario, es una parte integral del entramado de la vida social.

# Cuestiones acerca de mujeres y derecho*

Alicia E. C. Ruiz

**Sumario**

**I.** Presupuestos epistemológicos. **II.** El problema del acceso a la justicia. **III.** Saber y poder. Las escuelas de derecho.

El título de este trabajo arrastra una cierta generalización por lo que intentaré circunscribir el campo de mis apuntes.

Las reflexiones que siguen están pensadas desde mi doble condición de profesora de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA y de jueza. Expresan algunas de las preocupaciones que son propias del pensamiento crítico que sustento y la carga inseparable de angustias que esta visión provoca.

No dudo en cuanto a que es el compromiso teórico que asumiera hace ya mucho tiempo, y no mi condición de mujer el que ha definido de manera decisiva el modo en que elegí cumplir la función judicial y desempeñarme como docente. Sin embargo, no se me escapa que los silencios, lo excluido, lo no dicho, aquello de lo que no se habla es siempre mucho más revelador

* Una primera y más breve versión de este texto fue presentada en el Seminario Internacional sobre las Mujeres en las Profesiones Jurídicas, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, celebrado en la Facultad de Derecho de la UBA en abril de 2007.

del sentido de un discurso que lo que está expresamente puesto, escrito, destacado. De ahí que haya preferido escribir acerca de las mujeres en relación con el problema del acceso a la justicia y con los efectos de la formación que proveen las escuelas de derecho.

## I. Presupuestos epistemológicos

Para una teoría crítica el derecho es discurso y práctica social y no pura normatividad. No hay un mundo de valores inmutables, eternos y universales que definen cuando una norma es jurídica ni una relación de derivación de una norma a otra que asegure su validez. La legitimidad no es idéntica a la validez, pero tampoco es la realización inevitable de un modelo axiológico ajeno al mundo social y político en el que se presenta.

El discurso jurídico se construye en un entretejido de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción - y no por azar-. El derecho no deviene ni de la pura razón, ni de dios, es parte de la cultura, es contingente y cambiante. Es opaco, las ficciones lo atraviesan y su trama es la de un relato peculiar que constituye realidades y sujetos, que legitima o deslegitima pedazos del mundo, que "naturaliza" y declara verdaderos sólo lo que incluye en su texto bajo determinadas formas. El derecho tiene un vínculo con el poder y con la violencia (sobre todo con esta última) inescindible y necesariamente oculto. Como hay historia en el derecho, el derecho moderno lleva las marcas del tiempo en que surgió y también metaboliza modificándolas las herencias recibidas, con lo cual desmiente toda lectura instrumentalista de su estructura.

Todo discurso, entre ellos el derecho, es una modalidad específica del poder, un conjunto de cadenas convergentes y complejas cuyos efectos son vectores de poder. Por esa razón "...ciertas cadenas reiterativas de producción discursiva apenas son legibles como reiteraciones, pues los efectos que han materializado son tales que sin ellos no es posible seguir ninguna orientación en el discurso"[1].

1 Butler, Judith, "Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del 'sexo'", Editorial Paidós, Buenos Aires, 1993.

El derecho configura la subjetividad y las identidades y por esa vía consagra o denuncia formas de discriminación, interviene en los espacios de conflicto que se generan a partir de esas configuraciones y en las inevitables secuelas individuales y sociales que provocan. Reconocer a alguien como "sujeto de derecho", resignifica el discurso acerca de ese alguien. La operatividad de ese reconocimiento implica una intervención en el mundo simbólico, con consecuencias tremendamente reales.

La organización del discurso jurídico depende de un principio de control ubicado en otros discursos, en formaciones no discursivas, en instituciones, acontecimientos políticos, formas de distribución del poder social, pero su estructura impide advertir esta interrelación.

El discurso jurídico encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social , se instala como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral Es un discurso que aparece como ordenado, coherente y racional, cuya regla básica de formación es aquella que determina quiénes "están autorizados" para imprimir sentido jurídico a sus actos o palabras. Esa "autorización" se plantea en términos de doble ficción: como si siempre fuera explícita y proviniera del propio discurso y como si su efecto significante fuera únicamente producir normas. Doble ficción que ocupa el lugar de la verdad y genera desplazamiento.

Un "dibujo" de la matriz teórica del discurso jurídico permitiría distinguir entre un nivel en el cual se agruparían todas las operaciones discursivas y/o prácticas que producen normas, otro nivel de prácticas teóricas y profesionales y un tercer nivel que aloja la porción más negada, más oculta y cuya significación se revela en los intercambios, articulaciones, intervenciones de unas operaciones discursivas respecto de otras. Allí descubrimos las creencias, mitos, las ficciones en acción, allí está el imaginario social."... el derecho... construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen {como} real. Tan real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar en consecuencia. Actuar como si... fuéramos libres e iguales; como si... contratáramos en cada oportunidad en pariedad de condiciones con el otro; como si... conociéramos las normas que debemos conocer; como si... nunca incurriéramos en "error de derecho". Juzgar como si... nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad; como si... la realidad fuera lo que el discurso del derecho dice que es. Y lo más sorpren-

dente de esta ilusión es otra ilusión que la acompaña; en la mayor parte de los casos no es a través de la exhibición, la amenaza o la efectivización de la violencia que el derecho produce tales efectos. Es que el derecho reprime muchas veces haciéndonos creer que estamos de acuerdo con ser reprimidos y censurados"[2].

## II. El problema del acceso a la justicia

Precisado el marco conceptual que sostiene mis argumentos, quiero discutir cuáles son los factores que en una sociedad fragmentada, limitan u obstaculizan los reclamos por la efectividad de los derechos para muchos individuos, entre los que se cuentan numerosas mujeres.

Las dificultades de acceso a la justicia remiten, al menos de uno de sus ángulos, a las responsabilidades que las mujeres que somos operadoras jurídicas tenemos en la profundización de las exclusiones que nos rodean, que impiden que tantas otras mujeres puedan exigir aquello que creen que les corresponde en derecho, y de lo que carecen en razón de su inserción social, su falta de recursos, su religión, su raza, las opciones sexuales que han escogido.

No me ocupo en este análisis de cuántas mujeres acceden al poder judicial, ni que porcentaje de ellas alcanzan los más elevados cargos de la magistratura, o cuán injusto puede ser que menos mujeres que hombres asciendan a los niveles superiores en grandes estudios jurídicos. Estos temas no hacen al acceso a la justicia. Más bien solo refieren a la situación de mujeres que, en países como los de América Latina, pertenecen a sectores privilegiados.

Quiero enfatizar que la lucha por el acceso a la justicia es un compromiso y un deber para mujeres como nosotras no porque representemos a "todas las mujeres" (ni porque estemos en mejores condiciones de hablar en nombre de todas y menos aún de sustituirlas en sus decisiones) sino porque somos poseedoras de un saber peculiar y complejo, que naturaliza el mundo social, disciplina las conciencias y los cuerpos (si es que aún podemos sostener esta distinción) y es paradigmáticamente el discurso del poder.

2 Ruíz, Alicia E. C: "La ilusión de lo jurídico" Parte II de Aspectos ideológicos del discurso jurídico en Materiales para una teoría crítica del derecho, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991.

## III. Saber y poder. Las escuelas de derecho

Ser un operador jurídico importa el dominio de un saber que da poder, y que marca simbólicamente pero con efectos terriblemente reales la distinción entre existir o no existir como sujeto.

Una existencia que nada tiene que ver con nuestras condiciones "naturales". Como dice Haraway, "La raza y el sexo, como individuos, son artefactos sostenidos o dejados caer por el nexo discursivo del conocimiento y del poder. Cualquier objeto o cualquier persona puede ser razonablemente pensado en términos de montaje y de desmontaje. No hay arquitecturas <<naturales>> que limiten el sistema del diseño. No obstante, el diseño está muy limitado. Lo que pasa por una <<unidad>>, un <<uno>>, resulta muy problemático, no es algo permanentemente dado. La individualidad es un problema de defensa estratégica"[3].

Es desde esta concepción de la relación entre el saber jurídico y el poder, desde donde me interesa considerar el papel de la enseñanza en las escuelas de derecho –espacio en el que numerosas mujeres desarrollan en número importante de sus actividades–.

He aquí una cuestión ineludible por sus costados político/ ideológicos y teóricos. No se trata de lamentar que una facultad de derecho no dedique un mayor espacio de su *currículum* a los problemas de "género" sino de preguntarnos desde qué perspectivas y de un modo no superficial habría que preocuparse de los problemas de las mujeres en el ámbito de la enseñanza jurídica.

No alcanza para ello con enunciar las nuevas temáticas que se abordan desde ciertas ramas de la dogmática jurídica. El problema es otro, es mucho más complejo y trataré de formularlo con claridad.

Quiero decir: cuáles son los puntos de partida epistemológicos desde donde se habla, cuánto de lo que parece nuevo no es sino una más sutil reiteración de aquellos presupuestos que sostienen y justifican posiciones de sujeto, diferencias sexuales, criterios de normalidad y anormalidad, aceptación acrítica de postulados provenientes de otras disciplinas (vg. La medicina, la

3 Haraway, Donna J. "Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinvención de la naturaleza", Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1991.

psiquiatría, la genética) presentadas como si fueran la expresión de una verdad jurídica universal, ahistórica y absoluta. No se trata, pues, de hablar o de enseñar el "género" sino de cómo hablamos y de qué hablamos cuando hablamos de género.

Aquí es pertinente introducir la/las cuestiones teóricas y políticas que giran en derredor de la noción de género. Para hacerlo cito a Paula Viturro, una colega que desarrolla su actividad teórica y militante en el campo del feminismo.

> "...-circula insistentemente por los ámbitos jurídicos una expresión –'perspectiva de género'– cuya significación epistemológica e implicancias políticas suele ser soslayada.
>
> 'Tal vez ello se deba a que se trata de una frase respecto de la cual, cualquier persona del ámbito jurídico cree tener por lo menos alguna vaga idea o intuición acerca de lo que su uso parece implicar: el reconocimiento de la Mujer, las mujeres, las mujeres feministas, el Feminismo, los feminismos, la diferencia sexual...
>
> 'Al parecer, también es extendida la creencia según la cual cualquier política pública, sentencia judicial, publicación doctrinaria, congreso, conferencia, o diseño curricular –por citar solo algunos ejemplos–, que hoy en día aspire a un lugar entre las producciones progresistas de la cultura jurídica, debe tener la precaución de incorporarla. Es por lo tanto una expresión que prima facie parece contar con una carga valorativa favorable aunque más no sea en el registro de lo políticamente correcto.
>
> 'Sin embargo, y no obstante el halo de autoevidencia que parece rodear a la frase 'perspectiva de género', cualquiera que se inicie en las discusiones teórico políticas respecto del concepto de género, rápidamente advertirá que se trata de una expresión resbaladiza que suele funcionar en el ámbito del discurso jurídico como un truismo que oculta más de lo que muestra, y que da lugar a complejas y gravosas consecuencias políticas para quienes pretende favorecer.
>
> 'Si treinta años atrás la discriminación por género podía tal vez ingenuamente remitir a la discriminación de 'las mujeres', hoy en día dicha asociación tácita sólo se sostiene por la persistente invisibilización de la violencia que implica el presupuesto normativo según el cual, el género no sería más que

los atributos culturales asociados a los sexos. Así, al asumir como fundamento de la representación una definición de género que deja en suspenso preguntas referidas a cómo se asignan los sexos, instauramos la diferencia sexual como un dato natural irreductible y excluido del debate en torno de los valores y la justicia.

'Dicho en otras palabras, la consecuencia de establecer como base de un reclamo legal un concepto de género que no cuestiona la distinción naturaleza/cultura, es la legitimación de la jerarquización, la discriminación y la violencia que sufren todas aquellas personas cuyos cuerpos no son inteligibles bajo ese esquema. Los cuerpos no son el último reducto de la naturaleza sino 'pantallas en las que vemos proyectados los acuerdos momentáneos que emergen tras luchas incesantes en torno a creencias y prácticas dentro de las comunidades académicas[4].

'Nuestra tesis es que la forma en la que se disciplinan en el ámbito jurídico, los saberes referidos al vasto campo de lo que hasta el momento -en un gesto de simplificación- hemos denominado género, tiende a la instauración de un canon que incorpora ciertos saberes a costa de la negación de otros que quienes nos comprometemos con la educación antidiscriminatoria debemos resistir"[5].

Es necesario, entonces incorporar a las herramientas de las que disponen los operadores jurídicos, la comprensión de que categorías como "mujer, "sexo" y género" carecen de una significación unívoca. En sus múltiples usos, ellas expresan concepciones teóricas bien diferenciadas y a veces francamente antagónicas.

El discurso jurídico, en muchas ocasiones consolida los sentidos que expresan de manera más dura y menos perceptible la "naturalización" de ciertas formas de reconocimiento o de discriminación, que cristalizan situaciones establecidas e impiden su transformación.

4 Sandy Stone, "El imperio contraataca. Un manifiesto postransexual", en Serias para el debate, Lima, Campaña por la Convención de los Derechos sexuales y los Derechos Reproductivos ed., nro 3, noviembre de 2004, p. 28.

5 Las citas pertenecen a Paula Viturro, "Constancias", en Revista Academia, Año 3, N°6, Primavera 2005.

Llegados a este punto queda claro por qué elegí como ejes para encarar cuestiones de mujeres y derecho, el acceso a la justicia y el equívoco desde el cual los ámbitos de educación jurídica encaran el problema del género. Las versiones más difundidas de ambos temas soslayan –conciente o inconcientemente– cuáles son los presupuestos epistemológicos que las sustentan. Y si el debate imprescindible a ese nivel no se provoca, si nuevas voces y propuestas no confrontan en la teoría y en las prácticas, dificilmente haya espacio para que las cosas cambien.

No estoy sugiriendo que hay que abandonar términos como mujer, sexo o género, sino entender de qué hablamos cuando los incluimos en nuestro decir cotidiano o profesional. Advertir que cada uno expresa un espacio de lucha permanentemente en transformación, lo que hace que esas categorías estén abiertas, no constituyan descripciones y sean políticamente significativas.

En fin y para concluir vuelvo a Butler: "...es necesario aprender un movimiento doble: invocar la categoría e instituir así, provisoriamente, una identidad y, al mismo tiempo, abrir la categoría como un sitio de permanente oposición política. Que el término sea cuestionable no significa que no debamos usarlo, pero la necesidad de usarlo tampoco significa que no debamos cuestionar permanentemente las exclusiones mediante las cuales se aplica y que no tengamos que hacerlo precisamente para poder aprender a vivir la contingencia del significante político en una cultura de oposición democrática"[6].

6 Butler, Judith, "Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del 'sexo'", Editorial Paidós, Buenos Aires, 1993.

# Género y derechos humanos*

Judith Salgado

**Sumario**

**I.** El género como categoría de análisis. **II.** La relación entre derechos humanos y género. **III.** Bibliografía.

## I. El género como categoría de análisis

Empiezo con una afirmación que aunque para muchos sea obvia, me parece necesaria por las reiteradas confusiones en el uso de este término. El género no es sinónimo de mujer. Saldado este punto me parece importante visualizar la trayectoria recorrida por el concepto de género.

El primer antecedente del significado de género, aunque no haya sido nombrado como tal, lo encontramos en 1949 cuando Simone de Beauvoir en su obra *El segundo sexo* afirma "No nacemos mujeres, nos hacemos mujeres". Esta aseveración implica reconocer que el significado de ser mujer se construye socialmente, que no existen características y atributos *naturalmente femeninos* y que la diferencia sexual (anatómica y genital) era un dato sobre el cual se inscribían una serie de representaciones, ideas, imposiciones, nor-

* Judith Salgado, "Género y derechos humanos", en Foro Revista de Derecho, No. 5, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, pp.163-173.

mas y valores que daban contenido al significado de ser mujer. Esto supone que el significado de ser hombre también se construye socialmente.

Es en 1968 cuando Robert Stoller establece la diferencia conceptual entre sexo y género, el primero como un hecho biológico y el segundo como los significados que cada sociedad le atribuye a ese hecho. En efecto, él realiza una investigación con niños y niñas que por problemas anatómicos fueron educados como si pertenecieran al sexo fisiológicamente opuesto y pudo constatar que aunque luego ellos o ellas conocieran que sufrían una mutilación accidental o una malformación anatómica, mantenían el comportamiento del sexo en que habían sido educados[1].

En los setenta varias autoras feministas[2] profundizan la reflexión respecto la diferencia entre sexo y género, insistiendo en que el género es el resultado de construcciones sociales de acuerdo a cada época y lugar que dan significado a la diferencia sexual. Un aporte fundamental de este momento fue quitarle el calificativo de natural y por lo mismo inmutable al ser mujer y ser hombre. Si el género es construido socialmente es sin duda susceptible de ser transformado.

Durante siglos se explicó la desigualdad y subordinación de las mujeres como un producto lógico de su supuesta naturaleza, *irracional, débil y dependiente.* La categoría de género permite desarmar la naturalización de la opresión, basada en hechos biológicos (diferencia genital) que son proyectados en desigualdades sociales.

Ahora bien, a partir de los ochenta el concepto de género incorpora nuevos elementos que muestran su complejidad. Así por ejemplo, Joan Scott propone una definición muy interesante cuyo núcleo reposa en la conexión integral de dos proposiciones, "el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder." Respecto a la primera proposición el género ccomprende cuatro elementos interrelacionados entre sí, simbólico (representaciones múltiples y a veces contradicto-

1 Enrique Gomáriz, "Los estudios de género y sus fuentes epistemológicas: Periodización y Perspectivas" en *Fin de siglo: Género y cambio civilizatorio,* Regina Rodríguez (ed.), Santiago, Ediciones Isis Internacional, 1992, p. 84.

2 Gayle Rubin y Linda Nicholson son mencionadas por Linda Mc Dowell, *Género, identidad y lugar. Un estudio de geografías feministas,* Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, pp. 30-31.

rias, por ejemplo las figuras de Eva y María); normativo (expresa interpretaciones de los símbolos basados en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas que afirman categóricamente el significado de varón y mujer, masculino y femenino); institucional (referido a la familia, relaciones de parentesco, mercado de trabajo, educación, política) y subjetivo (referido a la construcción de las identidades). En cuanto a la segunda proposición la autora afirma que "el género constituye el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder. No es el género el único campo, pero parece haber sido una forma persistente y recurrente de facilitar la significación del poder en las tradiciones occidental, judeocristiana e islámica"[3].

Siguiendo la propuesta de Scott, busquemos ejemplos que nos permitan entender de mejor manera el concepto de género planteado por esta autora. En cuanto al **elemento simbólico** la imagen ya sea de María o Eva es sin duda ilustrativa de cómo lo simbólico incide en nuestras concepciones sobre lo que significa ser mujer. Así de una parte María representa la maternidad, la pureza, la virginidad, la entrega incondicional. Esta es la faz más sacralizada y celebrada del ser mujer. De otra parte Eva representa la seducción, la tentación, la caída del hombre. Esta es la faz cuestionada, censurada y también temida del ser mujer.

Habría que escudriñar elementos simbólicos que han contribuido a construir el significado de ser hombre. En todo caso recordemos que en general en la tradición cristiana Dios ha sido asociado con el padre, el hijo, en todo caso con referentes masculinos[4].

Para ilustrar la influencia del **elemento normativo** he escogido dos ejemplos. Uno en el ámbito educativo y otro en el jurídico. Así, a pesar de que vivimos tiempos de cambio, todavía en muchas escuelas los llamados talleres culturales se dividen aún por actividades propias para varones (mecánica, electricidad, carpintería) y propias para mujeres (costura, cocina, primeros auxilios). Esta interpretación de lo que es apropiado para cada sexo reproduce las ideas de profesiones más adecuadas para mujeres o para hombres que

3 Joan W. Scott, "El género: Una Categoría útil para el análisis histórico, en *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual,* Marta Lamas (comp.), México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, pp.289-292.

4 Debo esta asociación a mis estudiantes de la Especialización Superior en Derechos Humanos, UASB, 2006.

luego influyen en la elección que se hace. Por ejemplo, todavía la enfermería es un ámbito profesional mayoritariamente femenino y la mecánica un ámbito mayoritariamente masculino.

Al analizar la normativa de centros penitenciarios en Argentina con relación a las visitas íntimas un equipo de investigadoras evidenció que el ejercicio de este derecho era diferenciado en el caso de hombres y mujeres. Así los varones tenían derecho a la visita íntima una vez a la semana, las mujeres una vez por mes; los varones tenían una celda especial para el efecto, las mujeres debían trasladarse a la cárcel de varones; los varones podían utilizar la visita íntima con quien quisieran incluso contratando trabajadoras sexuales, las mujeres sólo podían utilizar la visita íntima con su marido o conviviente (registrado en su expediente); la visita íntima era concebida, por algunos profesionales del sistema penitenciario, como higiénica en el caso de los varones y viciosa en el caso de las mujeres[5]. Obviamente, detrás de la normativa están concepciones de lo que es adecuado para hombres y para mujeres y estas se reproducen y ratifican a su vez a través de las normas.

Con relación al **elemento institucional,** tomo un ejemplo relacionado con el mercado de trabajo que instruye sobre la construcción de relaciones sociales basadas en la diferencia asignada a los sexos que deriva en desigualdad y subordinación. En la región andina, entre 2000-2003 las mujeres percibieron por el mismo trabajo y teniendo similares niveles de calificación un promedio de 69.7% del sueldo que recibieron los varones. En el ámbito político, por ejemplo, si tomamos el período 2000-2004 el promedio de representación de varones congresistas en los países andinos corresponde al 86.4%[6].

Respecto al **elemento subjetivo,** vale la pena preguntarse, ¿cómo construimos nuestra identidad individual? ¿Qué creemos que es adecuado y apropiado como hombres, como mujeres?. ¿Cómo manejamos nuestras relaciones de pareja? ¿Cuánto pesa en la decisión de mujeres, que a pesar de sufrir violencia doméstica mantienen tales relaciones, el hecho de que en nuestra sociedad se valora mucho el tener pareja estable, el status de tener marido, la dependencia afectiva, el deseo sexual? En el caso de los varones, valdría la pena preguntarse, ¿cuánto pesa en la construcción de su identidad individual el que permanentemente deban probar su hombría, el peso de la expectativa

5 Susana Chiarotti, *Aportes al derecho desde la teoría de género,* 2005. *www.cladem.org*

6 OPS, UNFPA, UNIFEM, *Género, salud y desarrollo en las Américas. Indicadores básicos 2005,* p. 8.

familiar y social de ser alguien importante, el rol de proveedor socialmente asignado a él (no ser un "mantenido"), el deber mostrarse siempre fuerte, audaz, conquistador?

En cuanto a la afirmación de que el género es un campo primario de relaciones significantes de poder, Scott plantea algunos ejemplos a través de la historia en los que para legitimar el poder/dominación político se ha echado mano de la distinción femenino/masculino.

Así muchos colonizadores para justificar y legitimar su dominación calificaron a los colonizados como irracionales, débiles, dependientes (características asociadas generalmente con las mujeres y lo femenino).

En el caso del Ecuador, hemos tenido varios ejemplos en los que se asocia el ejercicio del poder político con la virilidad/masculinidad. Jaime Nebot declaró hace algunos años que "para gobernar se requiere tener cerebro, corazón y solvencia testicular"; Abdalá Bucaram para descalificar a Rodrigo Borja dijo que éste tenía el esperma aguado. Estas afirmaciones muestran de qué manera se asume que el ejercicio del poder político está íntimamente vinculado con ser hombre o asumir una actitud masculina "tener bien puestos los pantalones".

Otros autores como Walby y Connell también complejizan el debate al analizar los llamados regímenes de género. Así por ejemplo Walby plantea la interrelación de seis estructuras que constituirían los regímenes de género y ayudarían a explicar la subordinación y opresión de las mujeres. Así la apropiación del trabajo doméstico por parte de los hombres (el trabajo doméstico ha sido siempre desvalorizado, de hecho muchas amas de casa dicen que "no trabajan" pues no reciben una remuneración; el servicio doméstico es todavía subvalorado, en efecto mientras el salario mínimo vital hasta el 2005 correspondía a USD 170 el de trabajadoras domésticas era de USD 55) la inequidad en el trabajo remunerado (hemos ya visto ejemplos de la brecha salarial); el dominio masculino en las entidades estatales que definen la normativa y las políticas; la violencia machista (en el Ecuador 6 de cada 10 mujeres sufren algún tipo de violencia); el control del cuerpo de las mujeres y su sexualidad (en muchos hospitales aún se exige la autorización del marido para la esterilización femenina); el dominio de los hombres de instituciones culturales (la propiedad de medios de comunicación es mayoritariamente masculina) que refuerzan sus representa-

ciones de las mujeres. También afirma la necesidad de interrelacionar el análisis de género con la clase, la raza, la edad, etc.[7].

Robert Connell quien incursiona en los estudios sobre la construcción social de la masculinidad plantea también tres estructuras que se interrelacionan para formar los regímenes de género. Así las relaciones de poder en las que se evidencia el dominio masculino y la subordinación de la mujer; las relaciones de producción que definen la acumulación de la riqueza en manos masculinas y la desvalorización del trabajo de las mujeres tanto en los productivo como reproductivo y la *cathexis* (*dependencia emocional*) que se relaciona con el deseo sexual y las relaciones que alrededor de éste se gestan. Este autor pone en evidencia que coexisten regímenes de género dominantes así como regímenes que transgreden los postulados hegemónicos, también señala que no sólo la fuerza y la opresión mantiene tales regímenes sino también la satisfacción que encuentran los sujetos dentro de un régimen determinado[8].

En los noventa, varias feministas sobretodo negras y lesbianas han asumido la tarea de deconstruir[9] el concepto de *mujer,* entendido antes como algo estable, para poner sobre el tapete que tal concepto privilegió una mirada desde las mujeres blancas, adultas, profesionales, heterosexuales, con recursos económicos, dejando de lado a todas las otras mujeres. En tal medida esta tendencia ha contribuido a cuestionar la existencia de "la mujer" como categoría homogénea, invariable, constante, inmutable, enfatizando en el carácter relacional, contextual e inestable de toda categoría y también explicitando la matriz heterosexual dominante.

Como hemos visto no existe una única definición de género, sin embargo existen sí varios elementos en los que la mayor parte de autoras/es coinciden:

- No se puede justificar la subordinación, desigualdad y opresión a las mujeres basándola en la diferencia sexual (genital y reproductiva).

7 Mc Dowell, Ob. Cit, p. 33.

8 *Ibíd,* pp.36-38.

9 Joan Scott toma la definición de deconstrucción de Jacques Derrida como un análisis contextualizado de la forma en que opera cualquier oposición binaria, invirtiendo y desplazando su construcción jerárquica, en lugar de aceptarla como real o palmaria, o propia de la naturaleza de las cosas. Joan Scott, Ob. Cit., p.286.

- El ser mujer y ser hombre adquiere diversos significados de acuerdo al contexto, lugar, tiempo, a la clase, edad, origen étnico o nacional, y tiene implicaciones en lo político.
- El género es una categoría relacional, busca mirar las relaciones entre hombres y mujeres, entre lo femenino y lo masculino y sus implicaciones en las relaciones de poder que se tejen.
- La categoría de género pone en el centro del debate las relaciones de poder jerarquizadas y asimétricas entre los sexos, la desvalorización e inferiorización de lo femenino frente a lo masculino, el androcentrismo vigente, la dicotomía público/privado.
- La categoría de género permite repensar la organización social, política y cultural, pues toda construcción social por asentada que esté puede ser modificada.

Habiendo delimitado estos puntos comunes, vale la pena analizar de qué manera la categoría de género ha influido en el ámbito de los derechos humanos.

## II. La relación entre derechos humanos y género

El debate sobre derechos humanos es fundamentalmente político, porque alude de manera directa al poder y en tal medida la categoría de género nos es de mucha utilidad para una comprensión más integral.

Para este análisis tomo la definición de derechos fundamentales que plantea Pérez Luño.

> En su significado objetivo los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes...los derechos fundamentales constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática...En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la

> libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder del Estado, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social"[10].

Helio Gallardo reconoce el potencial emancipador de la lucha por derechos humanos, asignándole un carácter estratégico revolucionario. Para este autor el fundamento de los derechos humanos no es como lo plantea Norberto Bobbio el consenso logrado entre diversos Estados –expresado en la generalizada adhesión a la Declaración Universal de Derechos Humanos–, sino las transferencias de poder –derivadas de la lucha social– entre los diversos grupos sociales, las instituciones en las que se articulan y las lógicas que animan estas relaciones; y la introducción material en la noción de humanidad de nuevos actores, sujetos y necesidades humanas. Sostiene que "los derechos fundamentales no se dicen, por tanto de los individuos, sino de las relaciones que estos logran establecer y legitimar mediante sus luchas de liberación"[11].

Coincidiendo con Gallardo cabe realizar el enganche entre la lucha de los movimientos feministas por los derechos humanos de las mujeres, especificando las principales críticas y aportes que han retado a la noción de derechos humanos.

Una primera crítica feminista a la visión moderna de los derechos humanos ha sido dirigida contra su androcentrismo demostrando que el supuesto sujeto universal titular de tales derechos en la práctica tenía como sujeto portador al varón, blanco, heterosexual y con recursos económicos y por lo mismo excluía a todo el resto que no calzaba en tal paradigma, convirtiéndose éstos en la práctica en no sujetos. En contraste "la teoría feminista permite considerar a los sujetos en sus contextos y especificidades con sexo, cuerpo, edad, color, raza e insertos en tiempos y lugares particulares"[12].

10 Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos, 1999, pp. 20-22.

11 Helio Gallardo, *Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos,* Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000, pp. 9-15.

12 Lorena Fríes, Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos, EN: Las fisuras del Patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho, FLACSO-CONAMU, Quito, 2000, p. 49.

Alda Facio enfatiza que:

> Cuando el hombre es el modelo de ser humano, todas las instituciones creadas socialmente responden solamente a las necesidades sentidas por el varón, o, cuando mucho, a las necesidades que el varón cree que tienen las mujeres. Cuando el hombre es sentido como representante de la humanidad toda, todos los estudios, análisis, investigaciones, narraciones y propuestas se enfocan desde la perspectiva masculina únicamente, pero esta no es sentida como una perspectiva masculina sino como una no perspectiva, como un hecho totalmente objetivo, universal, imparcial"[13].

El androcentrismo del derecho y los derechos humanos se ha manifestado de diversas formas, ya sea en normas que directamente excluyen a la mujer en el ejercicio de derechos, como fue por ejemplo del derecho al sufragio; normas que reconocen privilegios de hombres sobre mujeres, por ejemplo la necesidad de contar con permiso del marido para que la mujer pueda trabajar en el caso de Guatemala; normas aparentemente protectoras de la mujer que en la práctica la discriminan, por ejemplo la prohibición de realizar trabajos nocturnos; el silencio que hasta hace una década mantuvo la normativa respecto a problemas que afectan directamente a las mujeres como la violencia doméstica; normas que penalizan el aborto en toda circunstancia; normas que privilegian la preocupación de hombres de ser acusados falsamente de una violación antes que la protección de víctimas de delitos sexuales, etc.

Una segunda crítica fundamental ha sido el **cuestionamiento a la dicotomía y jerarquización entre el ámbito público (considerado masculino y político) y el ámbito de lo privado (considerado femenino y natural).**

El imaginario moderno escinde la sociedad en dos ámbitos: la sociedad política (El Estado como expresión de los intereses públicos) y la sociedad civil (ámbito de los intereses particulares). La primera constituye la esfera de lo público, del poder; la segunda la esfera de lo privado, de la libertad. Uno de los principales aportes del feminismo ha sido cuestionar la tajante separación de la esfera de lo público y lo privado en la conformación de los Estados modernos, demostrando de una parte que se trata de una divi-

13 Alda Facio, "El Principio de Igualdad ante la Ley", en *Derechos Humanos de las Mujeres,* Lima, 1996, p. 82.

sión ficticia pues en la práctica estos espacios se encuentran interconectados, evidenciando que en la esfera de lo privado se ejercen relaciones de poder/dominación que han subordinado de manera particular a las mujeres. Asumir que los espacios privados como la familia, las relaciones de pareja, no estaban atravesadas por relaciones de poder sino que eran los espacios del ejercicio de la libertad que no debía ser perturbada por el Estado trajo como corolario el que se consideren irrelevantes políticamente hablando. Esta es otra ficción ideológica más. De hecho la violencia intrafamiliar una de las formas más sistemáticas de violación de los derechos humanos de las mujeres permaneció hasta hace una década en el silencio, la impunidad y la completa desprotección, por considerarse un asunto privado irrelevante políticamente. Constituye, sin duda un avance, la aprobación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer.

Indudablemente, la crítica a la dicotomía y jerarquización de lo público y privado está muy vinculada con el propósito de democratizar los espacios cotidianos, considerados usualmente privados/íntimos (las relaciones de pareja, familiares, sociales), desestabilizar las relaciones de poder asimétricas y lograr la "transferencia de poder" tal como lo plantea Helio Gallardo.

Un punto central que cuestiona la dicotomía público/privado es el debate alrededor del cuerpo como territorio de construcción de autonomía. Está en juego el conocimiento, valoración y reapropiación del cuerpo, el cual ha sido históricamente *expropiado* a mujeres, jóvenes, personas LGBT, particularmente.

Una tercera crítica sumamente importante ha sido dirigida a la **noción de igualdad formal.** Precisamente si entendemos que el género es la construcción social de la diferencia sexual y que dicha construcción ha definido relaciones de poder asimétricas entre hombres y mujeres, la igualdad reconocida en la ley no basta para que en las relaciones sociales concretas podamos efectivamente gozar de igualdad. Esto es válido para otros grupos subalternizados como los indígenas, negros, niños/as, jóvenes, personas de la tercera edad, discapacitados/as, lesbianas, gays, travestis, etc.

La igualdad en el ejercicio de los derechos humanos ha sido hasta hace poco interpretada de manera restrictiva como igualdad formal, una igualdad abstracta que era tal en la medida que la normativa nacional o internacional

contuviera un texto que afirmara que las personas somos iguales ante la ley y la prohibición de ser discriminados por diversas condiciones.

Constituye un avance la definición de discriminación en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que supera una visión androcéntrica incluyendo una perspectiva de género.

> A los efectos de la presente Convención la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo **que tenga por objeto o resultado** menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer –independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer–, de los derechos humanos y las libertades fundamentales **en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.** (el resaltado es mío)

La tensión entre igualdad y diversidad requiere ser abordada en el intento de desmontar las relaciones de poder dominación/subordinación y desechar las diversas manifestaciones de discriminación.

Joan Williams plantea que el análisis de igualdad que incluya uno del género como poder social elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. Su interesante propuesta se resume en las siguientes líneas:

> La igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no estén diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley o norma; o el cambio en la forma en la cual la persona toma las decisiones pertinentes, aplica la norma o ley existente.
>
> En otras ocasiones no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos/as actores/as sociales, muchos/as de ellas/os motivadas/os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres. En tales contextos, en los cuales muchos/as actores/as operan en un proceso de toma de decisiones descentralizado, la igualdad de género exige no solo

tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa[14].

Las acciones afirmativas son medidas de carácter temporal que ante la existencia de desigualdades históricas aplica medidas que buscan acelerar el ejercicio de igualdad efectiva. Un ejemplo de acciones afirmativas son las cuotas de participación política para mujeres, los cupos para minorías étnicas en instituciones educativas, los porcentajes exigidos de contratación a personas con discapacidades, etc.

Si de resumir se tratara me parece que el punto central que las diversas corrientes feministas y el enfoque de género han insertado en la discusión sobre derechos humanos es su relación con el poder.

Foucault nos enseñó que el éxito del poder es proporcional a su habilidad para ocultar sus mecanismos[15]. (la traducción es mía). El Derecho concebido como espacio de neutralidad, objetividad, universalidad ha camuflado durante mucho tiempo relaciones de poder/dominación y las ha legitimado.

No obstante, así como el derecho puede ser un instrumento de dominación también puede convertirse en una herramienta de cambio social. Esto implica entender que el Derecho y los derechos humanos pueden contribuir estratégicamente a la construcción de sociedades equitativas siempre que prestemos atención en descifrar y evidenciar los mecanismos y las relaciones de poder.

## III. Bibliografía

CHIAROTTI Susana, *Aportes al derecho desde la teoría de género,* 2005. *www.cladem.org*

FACIO Alda y Lorena Fríes (Editoras), *Género y Derecho,* Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2000.

———, "El Principio de Igualdad ante la Ley", en *Derechos Humanos de las Mujeres,* Lima, 1996.

14 Williams, Ob. Cit, p. 79.

15 Citado por David Halperin, "The Queer Politics of Michel Foucault" en: *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography,* New York, Oxford University Press, 1995, p. 51.

GALLARDO Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos,* Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000.

GOMÁRIZ Enrique, "Los estudios de género y sus fuentes epistemológicas: Periodización y Perspectivas en *Fin de siglo: Género y cambio civilizatorio,* Regina Rodríguez (ed.), Santiago, Ediciones Isis Internacional, 1992, pp. 83-110.

HALPERIN David, "The Queer Politics of Michel Foucault" en: *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography,* New York, Oxford University Press, 1995.

HERRERA Gioconda (coord.), *Las fisuras del Patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho,* FLACSO-CONAMU, Quito, 2000.

Mc DOWELL Linda, *Género, identidad y lugar. Un estudio de geografías feministas,* Madrid, Ediciones Cátedra, 1999.

OLSEN Frances, "El sexo del derecho", en Alicia Ruiz (compiladora), *Identidad femenina y discurso jurídico,* Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 25-43.

OPS, UNFPA, UNIFEM, *Género, salud y desarrollo en las Américas. Indicadores básicos 2005.*

PÉREZ LUÑO Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos, 1999.

SALGADO Judith, "Derechos humanos y género en el marco constitucional ecuatoriano", en Fernando Flores (coordinador), *Género y Derecho Constitucional,* Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, pp. 121-136.

SCOTT Joan W, "El género: Una Categoría útil para el análisis histórico, en El género. *La construcción cultural de la diferencia sexual,* Marta Lamas (comp.), México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, pp. 265-302.

**Instrumentos internacionales**

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convención interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer.

II

# 3

# Metodología de investigación del derecho

# Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*

Alda Facio

**Sumario**

**I.** Los pasos. **II.** Marco de referencia específico: concepto amplio del derecho. **2.1.** El componente político-cultural. **2.2.** El componente estructural. **2.3.** El componente formal-normativo.

## I. Los pasos

El presente texto es una síntesis de mi libro "Cuando el género suena, cambios trae"[1]. Decidimos incluir esta versión sintetizada en este capítulo porque el análisis desde la perspectiva de género del fenómeno legal es lo que hacemos en esta obra y quisimos compartir con nuestras y nuestros lectores una de las metodologías que hemos venido utilizando en nuestra labor de democratizar el Derecho. La metodología no es complicada. En realidad, involucra solamente seis pasos que no son para nada difíciles una vez que se ha tomado conciencia de cómo opera el sexismo en nuestras vidas. Es más, el primer

* Alda Facio, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Alda Facio y Lorena Fríes (Editoras), *Género y Derecho,* Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp. 99-136.

1 Facio, Alda. *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal.* ILANUD, 1991.

paso es precisamente eso: tomar personalmente conciencia de la infravaloración de lo femenino en todo el quehacer humano. Pero vayamos a los pasos:

PASO 1: Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal. (Para las mujeres esto significa hacer conciencia de su status de persona subordinada, discriminada y oprimida y para los hombres significa tomar conciencia de sus privilegios basados en el hecho de la subordinación de las mujeres.)

PASO 2: Identificar en el texto las distintas formas en que se manifiesta el sexismo tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad, el doble parámetro, el familismo, etc.[2]

PASO 3: Identificar cuál es la mujer que está presente o invisibilizada en el texto. Es decir, identificar cuál es la mujer que se está contemplando como «el otro» del paradigma de ser humano que es el hombre / varón y desde ahí analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc.

PASO 4: Identificar cuál es la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento del texto, es decir si es sólo la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre, etc.

PASO 5: Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de, y los efectos en, los otros componentes del fenómeno legal.

PASO 6: Ampliar y profundizar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla. Esto último porque si una / o ha realmente interiorizado lo que significa y es el sexismo, siente la necesidad de trabajar para derrocarlo. Esto necesariamente implica trabajar colectivamente.

Para ayudarlos / as en la toma de conciencia, esta metodología parte de los siguientes presupuestos:

a) PRIMERO: la existencia ya comprobada por innumerables estudios, tanto de las agencias de las Naciones Unidas y gobiernos, como de universidades y grupos de mujeres, de la discriminación que sufre la mujer en prácticamente todos los ámbitos del quehacer humano.

b) SEGUNDO: la definición que da la «Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer» de lo que se

2 Para una discusión sobre estas formas de sexismo refieranse a la obra citada idem.

debe entender por «discriminación». Esta definición está establecida en su Artículo 1, que textualmente dice:

A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta definición es triplemente importante. En primer lugar, porque según ella, una ley será discriminatoria si tiene *Por resultado* la discriminación de la mujer aunque esa misma ley no se haya promulgado con la intención o con el objeto de discriminarla. Es más, una ley podría ser discriminatoria aunque se haya promulgado con la intención de «proteger» a la mujer o de «elevarla» a la condición del hombre. Así, una ley que trate a hombres y mujeres exactamente igual, pero que tiene *Resultado* que menoscaban o anulan el goce o ejercicio por la mujer de sus derechos humanos, será una ley discriminatoria.

En segundo lugar, es importante porque esa definición que da la Convención de lo que se debe entender por «discriminación contra la mujer», al haber sido ratificada por un país, se convierte en lo que *legalmente* se debe entender por discriminación. Así, definiciones más restrictivas de lo que es la discriminación, como por ejemplo las que sostienen las personas que consideran que sólo se debe interpretar como «discriminación» el trato desigual que se le dé a la mujer en la letra de la ley, (componente formal normativo) no son legalmente aceptables.

En tercer lugar, porque claramente establece que se considerará discriminatoria toda restricción basada en el sexo que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos en las esferas *Política, Económica, Social, Cultural o civil o en cualquier otra esfera.* Así, según esta definición, a diferencia de lo que se suele argumentar, se consideran discriminatorias las restricciones que sufrimos las mujeres en el campo cultural y doméstico y no sólo las discriminaciones que se dan en la llamada «esfera pública.»

c) TERCERO: el sexismo como la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo o género masculino sobre el femenino. Esta creencia resulta en una serie de privilegios para los

hombres que surgen de mantener a las mujeres al servicio del sexo / género que se considera superior. Esta situación se logra haciendo creer a las mujeres que servir a los hombres es su función «natural»[3]. *El sexismo* abarca todos los ámbitos de la vida y las relaciones humanas, de modo que es imposible hacer una relación no exhaustiva sino ni tan siquiera aproximada de sus formas de expresión y puntos de incidencia.

En palabras del sociólogo Martín Sagrera: "Ni el esclavo ni la mujer hubieran podido ser mantenidos, siquiera sea por la fuerza, en el estado abyecto en que fueron sumidos si no hubieran sido convencidos poco a poco de su inferioridad. Y esta falta de conciencia de clase hizo que fueran ellos mismos los peores enemigos de su propia regeneración.» Yo agregaría que a la mujer, más que falta de conciencia de clase, le hace falta «conciencia de género». La historia nos ha demostrado que generalmente los análisis y transformaciones de clase son ciegas al género, mientras que la perspectiva de género lleva implícita, no sólo la variable clase, sino todas las variables imaginables, precisamente porque las mujeres pertenecemos a todas las clases, edades, razas, etnias, creencias, opciones sexuales, etc. y tenemos todas las discapacidades visibles y no visibles que pueda tener un ser humano.

Tal vez aquí convendría dar un ejemplo para aclarar esto de que el género es atravesado por otras variables o condiciones. Tomemos a una mujer negra. Podríamos creer que esa mujer sufre la discriminación por pertenecer a una raza discriminada y por pertenecer a un sexo discriminado. Pero no habremos comprendido la complejidad de su opresión si nos contentamos con sumar esas distintas formas de opresión. No es que la mujer negra sufre por ser mujer y por ser negra sino que es oprimida por ser *Mujer negra* que es a la vez distinto de ser mujer occidental/rosada y distinto de ser hombre negro. Vemos así que el género y la raza se dan contenido y significado mutuamente.

También es importante distinguir entre «agregarle» a un análisis el «componente mujer» y hacer «un análisis de género». En el primer caso no se cuestiona el androcentrismo del análisis, dejando casi intactas las estructuras de género que mantienen a las mujeres subordinadas, mientras que en el segundo se amplía el panorama, cuestionando el mismo paradigma del estudio y ana-

3 A muchas mujeres, especialmente las profesionales y estudiantes universitarias, les cuesta aceptar que, aunque sean muy competentes en su profesión, realizan muchos servicios a sus hombres. Entre éstos está el cuidarles el ego.

lizando las distintas maneras en que se manifiesta el sexismo. Por eso tampoco es lo mismo tener «conciencia de mujer» que tener «conciencia de género», ya que como dije anteriormente, el tener conciencia de género implica tener conciencia de las relaciones de poder entre los sexos atravesadas por las variables o condiciones de raza, clase, opción sexual, edad, discapacidad visible, etc. Implica también entender que vivimos bajo un sistema de sexo / género con dominación masculina (o en otras palabras un «patriarcado») que no puede ser eliminado por un esfuerzo individual sino que debe ser cambiado en sus propias estructuras a la vez que por medio de la conscientización.

Por ello la labor de «conscientización en género» o lo que es lo mismo, la toma de conciencia de las distintas opresiones de las mujeres de las distintas razas, clases, opciones sexuales, etnias, edades, discapacidades, etc. es a su vez el primer y último paso de la metodología que yo propongo. Sin esta conscientización, la eliminación del sexismo es imposible.

ch) CUARTO: el convencimiento de que la posición absolutamente subordinada que ocupa la mujer en cada sector social con respecto a los hombres/varones de ese mismo sector social, y relativamente subordinada a todos los hombres / varones, no se debe a que «por naturaleza» es inferior, ni se debe a que ha tenido menos oportunidades o menos educación –aunque esas carencias contribuyen a su subordinación– sino a que la sociedad está basada en una estructura de género que mantiene a las mujeres de cualquier sector o clase, subordinadas a los hombres/varones de su mismo sector o clase y relativamente, con menos poder que todos los hombres/varones.

Así, hacer un análisis de un texto desde la perspectiva de género significa primero que nada tener conciencia de que las mujeres por su sexo, ocupan un lugar subordinado en nuestra sociedad y que el hombre / varón, por su sexo, ocupa un lugar privilegiado, y que esa pertenencia a un grupo subordinado o a uno privilegiado, es socialmente importante y debe en todo momento tomarse en cuenta. Es decir, que la pertenencia a un sexo es un hecho social que debe formar parte de cualquier análisis de lo social porque aunque es la naturaleza quien dictamina a qué sexo se pertenece, es la sociedad la que dictamina qué características y cuánto poder deben y pueden tener uno y otro sexo.

Tener conciencia de que las mujeres y los hombres, por su sexo, ocupan lugares de menor o mayor poder, no es más ni menos que tener una conciencia feminista.

El feminismo es sencillamente una teoría que sostiene que las mujeres de todas las clases, razas, etnias, edades, discapacidades, creencias, opciones sexuales, etc. son discriminadas, subordinadas y oprimidas en razón de su sexo; que tienen experiencias, viviencias y necesidades que no son tomadas en cuenta ni satisfechas y que para eliminar esa discriminación y subordinación, y satisfacer sus necesidades, se requieren cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social entre los sexos[4].

Con la conciencia de que el sexo / género es una categoría o condición existencial socialmente relevante, hablamos de que hacer un análisis de género es hacer un análisis que toma la variable sexo / género como central, explicitando en todo momento desde cuál sexo / género se hace dicho análisis y cuáles son los efectos o circunstancias en mujeres y hombres. En el caso que nos ocupa, nos interesa hacer un análisis de género desde la perspectiva de las mujeres. Esto significa hacer un análisis desde la perspectiva de un ser subordinado, o sea, desde la perspectiva de un ser que ocupa un lugar de menor poder y de menor privilegio que un hombre / varón de su misma clase, raza, etnia, opción sexual, edad, capacidad, creencia, etc. y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres / varones de todas las clases, razas, etnias, etc.

Tradicionalmente se han hecho las investigaciones, estudios y análisis desde la perspectiva del hombre / varón occidental, blanco, cristiano, heterosexual, sin discapacidades visibles, pero los mismos se presentan como si no tuvieran ninguna perspectiva, como si fueran totalmente objetivos, neutrales y universalmente válidos, como si la posición que ocupa ese ser privilegiado fuese el parámetro de lo humano. Esta manera de presentar y hacer las investigaciones no sólo es parcial al sexo masculino, sino que deja por fuera a todos aquellos hombres que pertenecen a grupos discriminados o marginalizados. Por otro lado, los análisis tradicionales que sí toman en cuenta la variable clase, raza u otra, pero no toman en cuenta la variable sexo, parten de que la clase o raza del hombre / varón es la que es determinante o que al hablar de los hombres pobres, por ejemplo, se está hablando de las mujeres pobres. De esta manera, aunque estos estudios sean menos parciales que aquellos que no toman en cuenta estas variables, adolecen de la exclusión de más de la mitad del género humano. Pero más terrible aún, adolecen de

4 Para mayor información sobre feminismo leerse el primer capítulo de este mismo texto.

falta de objetividad porque presentan sus conclusiones como válidas para la humanidad toda.

Desde la perspectiva de los dominantes sin conciencia de género, las subordinadas hemos quedado excluídas, invisibilizadas, «neutralizadas», porque la realidad de los dominantes se ha tomado como la única realidad. El tomar la realidad del hombre / varón dominante como la única realidad, es establecer un parámetro de lo humano y simultáneamente establecer que todos y todas las demás, constituímos «lo otro». Por eso los estudios tradicionales son parciales, específicos y subjetivos: presentan sólo una parte de la realidad como si fuera la totalidad o como si fuera representativa de la totalidad.

Es cierto que algo se ha escrito e investigado sobre la mujer, pero aún cuando se toma en cuenta la realidad de las subordinadas, que no es siempre, nunca se ha tomado como parámetro de lo humano sino como la realidad de «el otro», tanto así que en el entendimiento convencional, la mujer es sinónimo de «lo otro», «lo específico» lo «no universal».

Peor aún, generalmente cuando se toma en cuenta a las mujeres, se toman en cuenta solamente tres tipos: 1) mujeres alibí –mujeres que se han comportado como hombres y han logrado sobresalir en el campo masculino a pesar de ser mujeres y no por ser mujeres; 2) mujeres madres –mujeres cuya razón de ser es únicamente la maternidad o que se destacan por ser madres de grandes hombres o; 3) mujeres víctimas-mujeres que no son sujetas de su propia historia sino que son objeto de todo tipo de vejámenes. Aunque ciertamente es un avance el que al menos se tomen en cuenta estos aspectos de la realidad humana femenina, las mujeres no somos sólo eso, somos humanas, sujetas de la historia y constructoras de cultura tanto como el hombre / varón.

Cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer se hace un análisis más completo que cuando se parte de la supuesta no perspectiva de los hombres / varones. Para comenzar, partir de lo que en el entendimiento convencional se considera «el otro» necesariamente implica reconocer quién es el parámetro para ese entendimiento convencional. Por eso cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer, (análisis feminista) se está haciendo un análisis con la conciencia de que esa perspectiva es la perspectiva del ser subordinado por excelencia. Y, cuando se hace un análisis desde un ser subordinado, no se puede menos que tomar en cuenta la posición y perspectiva del ser dominante, del ser «parámetro» del cual el ser subordinado es «el otro».

Por ello se afirma que el análisis de género desde la perspectiva de la mujer (es decir, el análisis feminista) es más objetivo que el análisis tradicional y no es igual a hacer un análisis desde la mujer. ¿Por qué? Porque desde la perspectiva de la mujer como ser subordinado, es decir desde la perspectiva de género desde la mujer, no se puede excluir al sexo dominante: es él quien se beneficia de su subordinación, es él quien se ha proclamado como «parámetro» de lo humano y si esta situación no se incluye, no se puede entender la realidad de la subordinación de la mujer ni la realidad misma. Hablar desde la mujer sin tomar en cuenta las estructuras de género, no explica su ubicación dentro del sistema sexo / género, por lo que no se puede entender la realidad. De la misma manera, desde la perspectiva del ser dominante, si no se toman en cuenta los «servicios» que los seres dominados le brindan y las situaciones que lo mantienen en esa posición privilegiada, tampoco se puede entender cabalmente su realidad.

Generalmente, lo que ha sucedido es que los análisis tradicionales parten de que esa situación de privilegio masculino y esos servicios que todo hombre recibe por pertenecer al sexo masculino, son parte de la naturaleza y por ende no necesitan explicación (y lo que es peor, no pueden ser transformados).

Aún más, el análisis feminista, al cuestionar lo masculino como parámetro de lo humano simultáneamente cuestiona la dicotomía entre el ser «parámetro» y el ser «el otro» y por eso no deja de lado el que las mujeres pertenecemos a clases, razas, etnias, preferencias sexuales, etc. distintas porque, así como no hay un hombre parámetro, tampoco hay una mujer «parámetro» y una mujer <<la otra». Por eso se afirma que cuando se hace un análisis de género se tiene claro que las variables raza, clase, edad, etc. lo atraviesan y modifican. Hacer un análisis de género no es hacer un análisis tomando en cuenta la categoría social «sexo» y agregándole luego un análisis de clase, raza, etc. Implica mucho más. Implica romper con las dicotomías de nuestra manera de pensar el mundo en blanco o negro, racional o afectivo, bueno o malo, yo y <<lo otro», etc. Implica un análisis más rico y siempre posible de ser enriquecido con otras perspectivas.

Contradictoriamente pero entendible en una sociedad patriarcal, la perspectiva tradicional- que al fin de cuentas es la perspectiva de los dominantes aunque quede invisibilizada, excluída o neutralizada la realidad de las subordinadas y por ende falseada también la realidad de los dominantes, es enten-

dida como objetiva, científica, universal. Mientras tanto los estudios desde la perspectiva de la mujer como ser subordinado, son percibidos como parciales a la mujer y por ende, como menos científicos, objetivos y / o importantes, a pesar de que desde esta perspectiva, como se explicó anteriormente, el hombre/varón está siempre presente.

Tal vez esta manera de percibir los estudios que tienen perspectiva de género se deba a que desde la perspectiva feminista, la presencia del hombre con sus privilegios está explícitamente expuesta. Como no estamos habituadas(os) a esa explicitación, es lógico que nos incomode. Y es que estamos tan acostumbradas(os) a ver el mundo desde la perspectiva masculina únicamente que cuando nos lo presentan desde la perspectiva de un ser dominado, especialmente si ese ser dominado es del sexo femenino, nos parece que es una percepción «demasiado específica» y por ende poco válida, aunque sea «específica» de más de la mitad del género humano, y aunque sea mucho menos «específica» que los estudios tradicionales.

Como se menciona anteriormente, el análisis de género no es un análisis que sólo se pueda hacer desde la perspectiva de la mujer. Los hombres también deberían hacer análisis de género desde su perspectiva, explicitando que la tienen y que ésta es la perspectiva de uno de los dos sexos del género humano, en vez de hablar en nombre de la humanidad toda y como si su perspectiva fuese una NO perspectiva. En otras palabras, los hombres deberían hacer análisis de género explicitando siempre su posición privilegiada en esta sociedad con respecto a la mujer en vez de hablar «desde ninguna parte» y en nombre del género humano. En síntesis, tanto hombres como mujeres deberían optar por incluir la categoría género como central a cualquier análisis porque esta categoría permite una visión más apegada a la realidad y por lo tanto más objetiva y científica.

Un ejemplo dramático y muy concreto de los distintos resultados que dan estas visiones o perspectivas distintas la podemos encontrar en las regulaciones y leyes sobre el aborto. Para los hombres, el problema del aborto es un problema abstracto de protección a una vida abstracta porque los hombres, nunca tendrán que enfrentar un aborto desde su propio cuerpo. Para las mujeres en cambio, el problema del aborto es un problema concreto que millones de mujeres han debido enfrentar no sólo en un plano intelectual sino en su propio cuerpo. Para ellas, es un problema ético-práctico entre la vida en abstracto y la calidad de

vida en concreto de dos seres: el de la madre y el de la vida en potencia que está en su vientre (y tal vez hasta la vida de las(os) demás hijas(os).

En nuestras sociedades se ha enfrentado el problema del aborto desde la perspectiva del hombre / varón únicamente. Es decir, se presenta como un problema ético-abstracto cuya preocupación básica es la protección a la vida intrauterina. Desde esta perspectiva es que se ha legislado sin tomar en cuenta la vida de la mujer ni la calidad de vida de los seres involucrados aunque cada mujer que acude a un aborto clandestino o que se lo practica ella misma, pueda morir en cualquier momento. Claro que en parte ésto se debe a que, desde la perspectiva tradicional, la mujer que decide un aborto se pone en riesgo "voluntariamente" por lo que segun la forma de pensar de quienes han penalizado el aborto, la vida de la mujer no tiene por qué ser protegida. Pero desde la perspectiva de género, sabemos que la inmensa mayoría de las mujeres enfrentan un aborto cuando no les queda otro remedio y lo enfrentan sabiendo que pueden morir. Por eso, desde esta perspectiva, se entiende que no es ni ético ni práctico penalizar el aborto para «proteger» la vida intrauterina porque penalizado o no, la realidad es que millones de mujeres en todo el mundo acuden a esta trágica solución a un problema concreto y millones han muerto en el intento. Por eso la penalización ni es práctica porque no protege la vida intrauterina, ni es ética porque causa millones de muertes.

Con este ejemplo no estoy diciendo que desde la perspectiva de género la solución única es despenalizar el aborto. Lo que quiero ejemplificar es que el problema del aborto, desde la perspectiva de la mujer como perteneciente a un género subordinado, es un problema mucho más complejo que la preocupación por la vida intrauterina. Tiene mucho más implicaciones. Si este problema se analizara desde esta perspectiva en vez de sólo analizarse desde la perspectiva tradicional que hasta ahora sólo se pronuncia por la vida en abstracto, tal vez ya habríamos encontrado una solución a las miles de muertes de mujeres en abortos clandestinos y a la consecuente desprotección de esa vida intrauterina que tanto se desea proteger.

Si el problema del aborto se analizara desde una perspectiva de género, se tendría que analizar no sólo el valor «vida» en abstracto sino al mismo tiempo los costos de los pañales, la leche, las enfermedades infantiles, la educación, el despido por embarazo y / o la imposibilidad de encontrar empleo estando embarazada, la falta de centros infantiles, la soledad con que millones de mujeres

enfrentan la maternidad, los métodos anticonceptivos peligrosos o prohibidos por la Iglesia Católica, la violación marital, el abuso sexual incestuoso, los y las niñas en la calle, y tantos otros factores más. Si todas estas situaciones fueran resueltas por la sociedad en su conjunto en vez de dejarlo en manos de las madres, podría ser ético que la sociedad decidiera penalizar el aborto.

d) QUINTO: el convencimiento de que el derecho es androcéntrico: es decir, que parte de la perspectiva masculina como parámetro de lo humano, y que por lo tanto las leyes «genéricas» (es decir, las que supuestamente nacen de las necesidades de todas(os), van dirigidas a todos los seres humanos y supuestamente tendrían efectos similares en todos y todas), NO son neutrales en términos de género sino que parten del sexo masculino como representante de la especie toda.

El androcentrismo que permea todas nuestras instituciones ha redundado en que todas las disposiciones legales tengan como parámetro, modelo o prototipo al hombre / varón de la especie humana, de la misma manera en que el estudio de anatomía humana toma como modelo al cuerpo masculino y de la misma manera en que el concepto de ser humano se reduce al concepto de hombre/varón. Es por esta razón que las leyes, aunque no lo digan explícitamente, en su inmensa mayoría parten de los hombres y son para los hombres, o para su idea de lo que somos y necesitamos las mujeres.

En un patriarcado androcéntrico no es de extrañar que el o la legisladora, el o la jurista y el o la jueza tengan en mente al hombre / varón cuando elaboran, promulgan, utilizan y aplican las leyes o cuando elaboran teorías, doctrinas y principios que sirven de fundamento a su interpretación y aplicación. Por ello, no debemos caer en el error de creer que existen leyes neutrales que se dirigen igualmente a hombres como a mujeres y que tienen iguales efectos en hombres y mujeres.

Si bien es cierto que las mujeres conocemos menos nuestros derechos, y que aún conociéndolos, no tenemos el mismo acceso a la administración de justicia, también lo es que las leyes en sí, son androcéntricas y por ende nunca han reflejado nuestras necesidades, potencialidades ni características. Los problemas legales que tenemos las mujeres no se deben solamente a que los y las funcionarias judiciales y policías nos discriminan a la hora de aplicar las leyes genéricas; se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado, y a la falta de una doctrina jurídica desde la perspectiva

de la mujer como género subordinado. Pero por sobretodo, *Se debe a que esas leyes genéricas, en realidad si tienen género y ese género es el masculino.*

Muy por el contrario de lo que se afirma en el campo jurídico, la pertenencia a uno u otro sexo es relevante ya que es una categoría social determinante del menor o mayor poder que se pueda tener en una sociedad. Es decir, el sexo debería entenderse como una categoría social porque las relaciones entre los sexos, al igual que las relaciones entre las clases, razas, etnias, etc., son relaciones socialmente construídas y no dadas por la naturaleza. Y en el caso de las relaciones entre los sexos, hay uno que tiene mucho más poder y privilegios que otro, lo cual no puede ser indiferente para el fenómeno jurídico ya que es precisamente en este campo en donde se regulan las relaciones de poder.

## II. Marco de referencia específico: concepto amplio del derecho

La metodología de análisis de un texto legal que he desarrollado a través de estos años, se fundamenta en una concepción del fenómeno legal que va mucho más allá de la norma agendi. En realidad, el derecho como fenómeno legal está constituido por tres componentes:

1) el componente formal normativo;
2) el componente estructural y;
3) el componente político-cultural.

Estos componentes están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y / o definido por el otro al tiempo que influye, limita y / o define al otro, a tal grado que no se puede conocer el contenido y efectos que pueda tener una determinada ley, un principio legal, una doctrina jurídica, si no se toman en cuenta estos tres componentes.

De esta manera, el componente formal normativo del derecho sería sinónimo de lo que muchos(as) tratadistas llaman la *norma agendi,* es decir la ley formalmente promulgada o al menos, formalmente generada, ya sea en su forma de ley constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos, reglamentos, convenciones colectivas, etc.

El componente estructural de la ley sería el contenido que las cortes, las oficinas administrativas, la policía, y todos los y todas las funcionarias que administran justicia, le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al seleccionar, aplicar e interpretarlos. En este sentido podemos hablar de que en el componente estructural existen leyes, algunas no escritas en ninguna parte, no promulgadas por ninguna asamblea legislativa ni generadas formalmente en una negociación y leyes que conforman lo que hoy en día se llama el derecho judicial, que son tomadas en cuenta por quienes administran justicia. (Ejemplo de esto último es la ley no escrita pero sí muy aplicada por los(as) jueces(zas) de familia en Costa Rica, que determina que la mal llamada «guarda y crianza» de las (os) hijas(os) sólo podrá quedar en manos de la madre o del padre en caso de separación o divorcio, pero que en ningún caso puede ser compartida.)

El componente político-cultural de la leyes el contenido que las personas le van dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que de la ley tenga la gente, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes, pero más importante aún, las leyes no escritas que la mayoría acata, las leyes derogadas que en la vida diaria siguen vigentes y las relaciones entre las leyes escritas y las no escritas, porque en este componente cultural también existen leyes no escritas, leyes que no están formalmente promulgadas pero que además de ser obedecidas por la mayoría, son formalmente reforzadas. En algunos casos, son hasta más efectivas que las que se encuentran en blanco y negro en nuestros códigos.

Un claro ejemplo de la relación estrecha que se da entre componentes la podemos encontrar en un caso en Costa Rica pero que muy posiblemente es aplicable a todo el Continente Latinoamericano. Se trata de la ley no escrita, ya no formalmente promulgada –fue derogada– que determina que el hombre / varón como «jefe de familia» tiene derecho a «corregir» a su esposa. Esta ley, aunque ya no es vigente, es obedecida por la mayoría de los(as) costarricenses quienes todavía creen que el hombre / varón es el «jefe de familia». Esta creencia los lleva a considerar que el hombre / varón, al ser el «jefe» tiene ciertos derechos que las(os) otras(os) miembras(os) de la familia no comparten, dentro de los cuales se encuentra el de manifestar su frustración, desagrado o cólera en forma agresiva. Esta creencia se mantiene en la mente de la mayoría de los y las costarricenses, aunque en el componente formal nor-

mativo exista el Artículo 2 del Código de Familia, formalmente promulgado, que establece la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Vemos así que la ley no escrita, no formalmente promulgada o ya no vigente (es decir, la que se encuentra en el componente cultural), es más obedecida que la formalmente promulgada que se encuentra en el componente formal normativo en un tangible código de familia. En este ejemplo, el componente estructural también juega un papel importante al reforzar formalmente esa ley no escrita del componente cultural, cuando, por ejemplo, los funcionarios continúan haciendo censos en el que se pregunta por el «jefe de familia» sin que quepa la posibilidad de contestar que la familia es bicéfala, jefeada por los cónyuges por tener ambos iguales obligaciones y derechos.

Estos tres componentes, como dije anteriormente, se relacionan estrechamente entre sí, más aún de lo que a primera vista se sugiere. Veamos:

### a) Influencia del componente político-cultural en el componente formal normativo

Querámoslo o no, estemos conscientes o no, el componente cultural de- termina el contenido del componente formal-normativo de la ley de múltiples maneras, entre las cuales puedo enumerar el que:

1) quienes hacen las leyes son personas de carne y hueso que están impregnadas de actitudes, juicios y preconceptos con respecto a las personas a quienes van dirigidas las normas, especialmente cuando esas personas pertenecen al sexo femenino, a una raza / etnia discriminada, a un grupo minoritario, etc.;
2) las tradiciones y costumbres valoradas por un pueblo en un determinado período histórico constituyen una especie de marco límite mucho más allá del cual los y las legisladoras no se atreven a legislar tal vez por miedo a perder popularidad o privilegios, por presiones políticas, por sus propias creencias, etc.;
3) las costumbres y tradiciones son interpretadas por los y las legisladoras de acuerdo a muchísimos factores tales como los intereses que protegen, la clase, raza o credo al que pertenecen, la doctrina jurídica a la que se adhieren, sus valores y actitudes, etc.;
4) la doctrina jurídica que esté mas valorada o de moda en un determinado

momento tiene una gran influencia en cuáles leyes se promulgan y cuáles no y la forma, contenido y redacción que tendrán las normas;
5) el conocimiento y uso que la gente corriente y común haga de las leyes existentes irá demostrando a los legisladores qué leyes deben ser modificadas, cuáles derogadas, qué nuevas leyes se requieren y cómo deben ser redactadas para ser aceptadas;
6) las presiones políticas y económicas de los grupos socialmente más fuertes, también determinan qué leyes se promulgan y cuáles se derogan.

### b) Influencia del componente formal normativo en el componente político-cultural

A su vez el componente formal normativo influye, limita y hasta puede:

1) conformar las actitudes y conductas que la gente ordinaria adopte porque la ley, al establecer reglas, institucionaliza no solamente las conductas que serán aceptables para el resto de la sociedad y cuál comportamiento es un comportamiento legítimo o ilegítimo, quién es criminal y quién es un(a) buen(a) ciudadano(a), etc., sino que mucho más sutilmente va creando formas de pensar que establecen lo que será considerado, por el común de la gente, racional o irracional, objetivo, científico y universal versus subjetivo, acientífico y particular. Tal vez más peligroso aún, hasta puede determinar qué será considerado «natural» y qué no lo es.

   Como ya se ha dicho en éste y otros capítulos de esta obra, la ley como discurso refleja y al mismo tiempo actúa sobre la sociedad. Es constitutiva y derivativa de los cambios políticos y sociales. La ley opera como un lenguaje político porque al mismo tiempo que establece, por ejemplo, la libertad, la coarta; al mismo tiempo que establece la igualdad entre los sexos, mantiene privilegios milenarios de los hombres. Por eso, aunque es cierto que la leyes derivativa porque las leyes cambian cuando cambia la sociedad, también es constitutiva porque la sociedad cambia cuando cambian sus leyes. Por eso insisto en que la influencia del componente formal normativo en el componente político-cultural es inmensa.

   Aquí es importante que reflexionemos sobre lo mucho que se ha escrito acerca de la imposibilidad de cambiar actitudes y conductas por

medio de la promulgación de una ley, especialmente en relación al «machismo». Recordemos cuántas veces el movimiento feminista se ha tropezado con el argumento de que el «machismo» es una actitud «cultural» que sólo se puede ir cambiando lentamente a través de la educación y no por medio de leyes, argumento que es doblemente erróneo. Primero, no es cierto que el sexismo sea solamente una «actitud» cultural, porque como he venido diciendo es también un sistema con estructuras de poder bien concretas y establecidas. y segundo, es erróneo porque está históricamente comprobado que la ley sí puede, y de hecho lo ha logrado, cambiar costumbres, mores, folkways o valores. Los conquistadores de todos los tiempos han modificado y hasta totalmente transformado costumbres y valores de los pueblos conquistados por medio de la promulgación de leyes, especialmente porque tienen el respaldo del aparato represivo del Estado para sancionar las conductas no deseadas por los conquistadores.

Esto nos lleva a los otros puntos sobre lo que el componente formal-normativo puede hacer tales como:

2) definir cuales actos conforman una tradición o costumbre porque la ley puede institucionalizar por medio de códigos, decretos, reglamentos, etc. cuáles conductas tradicionalmente aceptadas son "costumbre" o tradición. Puede modificar ciertas costumbres al prohibir ciertos aspectos o actos dentro de una tradición, y hasta puede hacer desaparecer totalmente una tradición al institucionalizar conductas diferentes a las que conforman la tradición en cuestión, o al prohibir explícitamente todos los actos que la constituyen.
3) promover la creación de doctrina jurídica porque ésta es necesaria para fundamentar las leyes que se quieran promulgar. Recordemos que no siempre las leyes responden a una doctrina jurídica sino que muchas veces, ésta se desarrolla una vez que la propuesta de ley ha sido diseñada.
4) facilitar u obstaculizar la comprensión de las leyes por parte del común de la gente. Es obvio que la forma en que una ley está redactada influye en el conocimiento y uso que la gente haga de ella. Si una ley está en un lenguaje que nadie entiende, es muy posible que no sea utilizada de la manera en que fue previsto que se interpretaría y aplicaría, o también, es muy posible que no será utilizada precisamente como lo previeron quienes la redactaron. Una ley ambigua se presta para que cada persona, cada generación, cada

grupo social la interprete de acuerdo a sus intereses, pero es obvio que la ambigüedad favorecerá a los grupos socialmente más poderosos. Por ello la forma en que esté redactada una ley, es decir su componente formal normativo, afectará profundamente su componente cultural.

**c) Influencia del componente formal-normativo en el componente estructural (.**

El componente formal normativo influye, limita y define al estructural también de distintas maneras:

1) no se pueden interpretar ni aplicar leyes que no han sido creadas y es difícil aplicar las que ya han sido derogadas, de manera que por más bien intencionados que sean las personas que administran justicia, si no tienen el respaldo de leyes formalmente promulgadas, es poco lo que pueden hacer.
2) existen procedimientos y / o prácticas procesales y administrativas formalmente promulgadas en el componente formal normativo, que consisten en dotar a la persona que de una u otra manera debe interpretar y aplicar la ley, del poder de llenar los vacíos de la misma por medio de la analogía con otra u otras leyes formalmente promulgadas. De esta manera el componente formal normativo influye en el contenido que se le darán a las leyes en el componente estructural.
3) la ley, al establecer reglas, institucionaliza una forma de pensar y esa forma de pensar no sólo es adoptada por el común de la gente sino también por quienes administran justicia de manera que también los y las juezas, policías y otros(as) funcionarios(as) que seleccionan, interpretan y aplican las leyes lo hacen de conformidad con una manera de pensar y concebir el mundo que está en una gran medida determinada por las mismas leyes.

**d) Influencia del componente estructural en el componente formal normativo.**

El componente estructural influye, limita y determina el contenido del componente formal normativo de la ley porque:

1) la interpretación o aplicación de una manera específica y en forma reiterativa que se haga de una ley, le va dando un significado a esa ley que podría ser más amplio o más restringido de lo que el o la legisladora quiso al promulgarla.
2) el que nunca, o no muy frecuentemente se aplique una ley o un determinado aspecto de una ley, también influye en el componente sustantivo al restarle vigencia o efectividad a la misma.
3) la imposibilidad de solucionar un determinado conflicto, o la imposibilidad material de aplicar una determinada ley, que a veces experimentan quienes tienen que administrar justicia, determina no sólo el contenido que se le irá dando a esa ley, sino que influye y hasta determina que se promulguen o deroguen ciertas leyes.
4) aunque desafortunadamente no siempre, también el poco o gran acceso que tenga el común de la gente a la administración de justicia en un determinado país influye en cómo se redacta la ley.
5) el conocimiento sobre las actitudes y conductas de las personas que administran justicia también determina la redacción de una ley, aunque en demasiados pocos casos.

### e) Influencia del componente político-cultural en el componente estructural

A su vez, el componente estructural es influido, limitado y definido por el componente político-cultural por las mismas razones que este influye, determina y limita al formal normativo pero además, porque una ley que no es conocida por el común de la gente podría nunca ser llenada de contenido al no ser aplicada o interpretada. De esa manera, una ley que existe en el componente formal normativo podría no existir en el componente estructural debido a la influencia del político cultural.

Si el común de la gente no considera que el problema relacionado con esa ley no conocida es un problema legal, es probable que quienes administren justícia tampoco lo considerarán un problema legal. Por ejemplo, un derecho que generalmente no es exigido a las oficinas que administran justicia o una violación a un derecho que nunca es denunciada, hará que la ley que sanciona ese derecho nunca sea interpretada ni aplicada aún en el caso ex-

cepcional de que sea exigida su aplicación. De esta manera, aunque ese derecho esté enunciado en el componente formal normativo, no tiene contenido y por lo tanto no es un verdadero derecho ni es una verdadera ley sino que es solamente eso, un enunciado. Por ejemplo, en algunos países de Centroamérica, aún antes de la promulgación de leyes específicas contra la violencia doméstica, está sancionada la conducta violenta dentro del hogar en casi todos los códigos penales. Sin embargo, cuando una mujer se atrevía a denunciarla, los funcionarios no le hacían caso porque desconocían los artículos del código penal que tipifican esa conducta como delictiva. Esta reiterada no aplicación de esos artículos los fueron vaciando de existencia a tal punto que se tuvo que redactar leyes específicas contra esta conducta debido a la presión del movimiento de mujeres.

### f) Influencia del componente estructural en el componente político-cultural.

También el componente político-cultural es influido, limitado y definido por el estructural porque:

1) la forma en que la leyes administrada, aplicada e interpretada será lo que la mayoría de la gente considere que es el verdadero contenido de la ley y por ende, será la ley que respetarán u odiarán. En realidad la forma como es aplicada e interpretada la leyes la verdadera ley.
2) el conocimiento y actitudes que la gente tenga frente a la ley son influidas por las actitudes y conductas de quienes administran justicia porque en gran medida éstas determinarán si la gente cree en, y utiliza una determinada ley.
3) el acceso que tenga la gente a la administración de justicia determina en una gran medida las actitudes que los que aplican la ley puedan tener frente a una determinada ley de manera que el acceso determinará en gran medida el contenido de la ley.
4) el acceso que tenga la gente a la administración de justicia influye en la doctrina jurídica que se va creando o se va poniendo de moda porque la doctrina que se cita o sirve de fundamento a las sentencias etc., no es la misma en un país en donde hay un gran acceso a la administración de justicia como en otro donde no la hay.

Estos puntos que he enumerado en relación a la mutua definición entre los componentes son sólo unos de los muchos que se pueden pensar. Estoy consciente de que cada uno da para toda una reflexión crítica sobre el fenómeno jurídico, lo cual nos puede desviar del objetivo del presente documento. Por ello quiero enfatizar que en este caso lo importante es que una vez que se tiene claro que el derecho contiene estos tres componentes, se tendrá conciencia de que el análisis, por ejemplo, de una ley o un proyecto de ley, que sólo se hace desde su componente formal normativo es un análisis parcial que no dará un conocimiento suficientemente objetivo como para poder medir sus alcances, efectos y beneficios.

Si cada vez que se analiza una ley o proyecto de ley, se tienen presente los tres componentes del fenómeno legal, lógicamente se tendrá presente también las otras leyes que ya existen en el componente formal-normativo y como éstas se transforman en los otros dos componentes. Esto es muy importante porque un error que han cometido quiénes luchan por los derechos humanos de todas y todos, es apoyar la promulgación de leyes que se han redactado en un vacío, es decir, como si no existieran otras leyes que contradicen los principios que sustenta la que se pretende promulgar o como si no existiera un derecho judicial, una práctica politicial y una serie de valores, tradiciones y costumbres que harán que esa ley, redactada de la forma como está, no podrá lograr lo que se pretende.

También al hacer un análisis de la doctrina jurídica o del comportamiento delictivo (componente político cultural y también en parte, estructural) es necesario ver cómo éstas se han o no traducido en leyes (componente formalnormativo) y cómo las leyes son interpretadas y aplicadas por quienes administran justicia (componente estructural). De manera que siempre que se haga un análisis de cualquier aspecto relacionado con el fenómeno legal, es importante tomar en cuenta sus tres componentes.

Pero mucho más importante aún es tener claro cual es el objetivo que se busca al hacer el análisis. (En nuestro caso es eliminar la discriminación contra las mujeres y los hombres de grupos marginados y no convertirnos en especialistas en esta u otras técnicas jurídicas). Si tenemos esa claridad, los 6 pasos de esta metodología pueden modificarse. Por ejemplo, se profundizará más en uno u otro paso de acuerdo a los intereses del grupo.

Esta conceptualización ampliada del fenómeno jurídico es especialmente importante para las mujeres porque incluye el mundo «privado» de las leyes no formalmente promulgadas por el Estado, ese mundo «privado» al cual hemos sido relegadas las mujeres. El hacer de lo cultural un componente del fenómeno jurídico, nos permite a las mujeres desarticular el discurso jurídico, ver sus mistificaciones y hacer propuestas que nos permitan un día gozar de un verdadero trato humano. Considero que comprender lo jurídico desde sus tres componentes es un proceso de conscientización más que un proceso de aprendizaje porque implica, además de entender las relaciones entre los componentes, valorarlas por lo que significan para la eliminación de la discriminación que existe contra el sexo femenino.

Hasta aquí he desarrollado los dos grandes bloques que componen el marco teórico del cual parto al utilizar los métodos tradicionales para hacer el análisis de un texto legal. A continuación describo en detalle los seis pasos de esta metodología.

PASO 1: Tomar conciencia de la subordinación del género femenino al masculino en la experiencia personal. La conscientización es indispensable para comprender la generalización y profundidad de la discriminación y subordinación de las mujeres, porque permite que nos demos cuenta que nuestra experiencia individual y personal de sumisión es en realidad una experiencia colectiva y política de opresión. Esto se logra enfocándonos en nuestras experiencias concretas y especificas para luego hacer las generalizaciones y abstracciones necesarias para teorizar sobre la experiencia colectiva de subordinación. El proceso de conscientización implica la desarticulación del discurso masculino para rearticular el significado de nuestra experiencia como seres activamente involucradas en la construcción o desconstrucción de la sociedad.

Para los hombres la concientización implica comprender profunda e individualmente los privilegios que gozan por ser hombres y cómo, aunque no son ni culpables ni responsables de las estructuras de género que fueron establecidas mucho antes de su nacimiento, sí pueden y deben tomar responsabilidad por eliminarlas. También implica darse cuenta del precio que pagan por esos privilegios y la deshumanización que todas las discriminaciones producen aún en el opresor o privilegiado por ellas pero también del dolor y destrucción que sus privilegios le causan a las mujeres y al planeta.

El proceso de conscientización nos hace sospechar de todas las estructuras y de todas las instituciones patriarcalmente construidas e impuestas. Esta sospecha nos hace dudar de la pretendida neutralidad de esas instituciones, porque vamos comprendiendo poco a poco como no son para nada «neutrales» ni objetivas sino que todo lo contrario, son androcéntricas, dicotómicas y muchas veces hasta misóginas.

La toma de conciencia feminista para las mujeres crea un nuevo conocimiento que emerge del compartir, honesta y sororalmente entre mujeres nuestras experiencias, lo cual nos permite comprender nuestras diferencias e identificar lo que nos es común a todas, para de ahí hacer la teoría necesaria para comprender nuestra realidad y trazar las estrategias para transformarla, tratando de no caer en nuevas formas de explotación y opresión. Los grupos de conscientización feministas empiezan por la experiencia personal y concreta, integran esta experiencia en una teoría, dándole en este proceso, otro significado y otra forma a la teoría basada en la experiencia y a la experiencia basada en la teoría. Así la teoría expresa y nace de la experiencia pero también la experiencia es modificada, validada y reinterpretada por la teoría.

Para los hombres implica tomar contacto con sus sentimientos y hasta con su lado femenino y estar dispuestos a ser ridiculizados por no ser suficientemente "machos". Es un proceso doloroso que requiere de mucha humildad y valentía de parte de los hombres. Afortunadamente, hay muchos valientes.

Este proceso obviamente amplía las percepciones y las perspectivas ya que al cuestionar al «hombre / varón» como parámetro de lo humano, en el peor de los casos se estará ampliando a dos: «hombre / varón» como parámetro del humano de sexo masculino y «mujer» como parámetro de la humana de sexo femenino: pero si el proceso es intenso y honesto, llevará a una ampliación mucho mayor al negar que exista un «hombre» o una «mujer» que pueda ser el parámetro de uno y otro sexo, sino que existen tantas perspectivas como clases o grupos de individuos(as) pueda haber y que todas son igualmente diferentes e igualmente valiosas aunque no todas las perspectivas puedan ser igualmente objetivas.

PASO 2: Se trata de profundizar en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, identificando y cuestionando los elementos de la doctrina jurídica, de los principios y fundamentos legales, y

de las investigaciones que fundamentan esos principios y esas doctrinas, que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres.

Esto es necesario porque el sexismo es tan amplio y extendido que se manifiesta de muy distintas maneras. Por ejemplo, Margrit Eichler identifica siete: 1) el androcentrismo; 2) la sobregeneralización y/o sobrespecificación; 3) la insensibilidad al género; 4) el doble parámetro; 5) el deber ser de cada sexo; 6) el dicotomismo sexual y;7) el familismo.

En este paso no me referiré al familismo, que es la forma de sexismo que parte de que mujer y familia son sinónimos y que por ende sus neces1.dades e intereses son los mismos, porque considero que es una expresión del sexismo tan generalizada en el campo jurídico que debe ser analizada por aparte en el PASO 4.

Aquí también es necesario explicar que dividir en distintas expresiones lo que en realidad es un sólo fenómeno: el sexismo, se hace para facilitar la comprensión del mismo pero en ningún momento se podrá entender que son fenómenos totalmente distinguibles. Las formas de sexismo están muy relacionadas entre sí, tanto que en algunos casos no se puede especificar si se trata de una u otra forma. Sin embargo dividir el sexismo en estas distintas formas permite analizarlo más adecuadamente. Veamos:

1) El androcentrismo es tal vez la más generalizada de estas maneras. Se da cuando un estudio, análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente pero al mismo tiempo como si ésta no fuera una perspectiva. Así la experiencia masculina se percibe como central a la experiencia humana y por ende la única relevante, haciéndose el estudio de la población femenina, cuando se hace, únicamente en relación a las necesidades, experiencias y / o preocupaciones del sexo dominante masculino. Dos formas extremas de androcentrismo son la misoginia y la ginopia. La primera consiste en el repudio a lo femenino y la segunda en la imposibilidad de ver lo femenino o invisibilización de la experiencia femenina.

La historia es una disciplina que típicamente cae en esta forma de sexismo cuando, por ejemplo, se describen las conquistas como una forma de conseguir mujeres y esclavos. Si las mujeres son las que se consiguen, obviamente los actores son los hombres y las mujeres son los objetos sobre los cuales se actúa.

Las leyes formalmente promulgadas son otro ejemplo típico del sexismo en su forma androcéntrica cuando parten de las necesidades y experiencias del sexo masculino o cuando se promulgan leyes «protectoras» para la mujer que parten de las necesidades que tienen los hombres de que la mujer se mantenga en su rol estereotipado.

Obviamente, esta forma de sexismo no se soluciona con agregar un capítulo o un artículo sobre la mujer, ni se soluciona con presentar el punto de vista de una mujer alibí o mujer coartada, ni tampoco con enumerar los terribles sufrimientos que padecieron las mujeres ante determinado hecho. Tampoco se soluciona eliminando esas «protecciones» sin reemplazarlas por acciones correctivas que partan de las verdaderas necesidades de las mu)eres.

Se soluciona cuando se analizan los hechos desde una perspectiva de genero, es decir, cuando se analizan preguntándonos cuáles son las implicaciones y efectos del hecho en cada sexo. Preguntándonos qué experiencia han tenido y qué resistencias han opuesto las mujeres y los hombres ante ese hecho o hechos similares y qué relación existe entre ambas experiencias y por ende las soluciones se presentan tomando en cuenta las necesidades y experiencias de ambos sexos.

Para identificar el androcentrismo, tal vez sirve hacerse las siguientes preguntas: ¿Está todo el texto en masculino? Usa el vocablo "hombre" para referirse a hombres y mujeres? ¿Quién es el prototipo, paradigma o modelo de ese texto? ¿De quién son las necesidades que se pretenden llenar? ¿Se le da igual importancia a la experiencia femenina que a la masculina? ¿Cuántas páginas o renglones le dedican a la experiencia femenina en relación a la masculina? ¿Qué valores promueve esa ley o qué valores sostiene el o la autora? ¿Quién es el o la autora? ¿Está presente o invisible? ¿Presenta sus opiniones como universales? ¿Neutrales? ¿O les dice a sus lectores a qué clase, raza, etnia, sexo, preferencia sexual, creencia religiosa, política o filosófica pertenece o se adhiere?

Estas y otras preguntas más nos las debemos hacer porque los textos androcéntricos, aunque escritos desde la perspectiva del sexo masculino, y generalmente de los hombres / varones de las clases dominantes de raza blanca, heterosexuales, cristianos y sin discapacidades visibles, son presentados como si fueran escritos desde ninguna perspectiva, neutrales en términos de clase, sexo y raza, etc., y *Universales, Objetivos y Científicos.* Muy por el contrario, los

textos feministas, no androcéntricos generalmente explicitan su perspectiva desde el inicio, pero aunque no la explicitaran, pronto veríamos que estamos frente a una perspectiva diferente. Esto es así precisamente por el androcentrismo, que nos ha condicionado a percibir lo androcéntrico como lo «universal», lo genérico y objetivo mientras que lo que tiene y explicita una perspectiva diferente a la de los dominantes es percibida como parcial o específica.

Pero lo que es peor aún es que lo que se percibe como «lo otro» o lo «específico, no genérico, no universal», se infravalora precisamente por carecer de las características de universalidad y objetividad que sólo asociamos con lo androcéntrico.

Podríamos afirmar que si un texto no explicita su perspectiva, es una señal de que muy posiblemente el texto sea androcéntrico. Pero aún cuando lo explicite, es importante que nos hagamos las preguntas porque hay investigaciones que al inicio explicitan que el objeto de estudio son «los seres humanos» de ambos sexos pertenecientes a determinado grupo, pero una lectura desde una perspectiva de género, pronto descubre que aunque la intención fue de estudiar a ambos sexos «neutralmente», la realidad fue que se estudió a ambos pero desde la perspectiva del sexo masculino, tomándolo como paradigma y / o cayendo en otras formas de sexismo como el doble parámetro o el dicotomismo sexual.

2) La sobregeneralización ocurre cuando un estudio analiza solamente la conducta del sexo masculino y presenta los resultados de ese estudio como válidos para ambos sexos. Esta práctica se ha llevado a cabo sistemáticamente por los científicos, deformando ramas de la ciencia tan importantes como la Historia, la Antropología, la Sociología, la Medicina, la Criminología, etc. Esta forma de sexismo se da cuando se analizan las necesidades de un grupo de trabajadores del sexo masculino y se presentan como válidas para toda la clase trabajadora, por ejemplo.

También se da cuando en criminología se estudia el comportamiento de bandas juveniles compuestas por varones únicamente, o las mixtas pero sólo se toma en cuenta la realidad de los hombres / varones, y luego se presenta el estudio como una investigación sobre «bandas juveniles».

La sobrespecificidad se da cuando se presenta una necesidad o comportamiento humano como específico de uno de los dos sexos. Por ejemplo, se

habla de la necesidad que tienen los y las hijas del cuidado materno cuando en realidad tienen necesidad de ambos progenitores. O se promulgan leyes para protección de las mujeres que en realidad son leyes para protección de las futuras generaciones.

El lenguaje que se utiliza en las leyes formalmente promulgadas es generalmente otro ejemplo de sobrespecificidad-sobregeneralización ya que se utiliza el masculino para «supuestamente» referirse a ambos sexos, haciendo casi imposible saber cuándo está excluída la mujer sin recurrir a los análisis que aquí planteamos.

Esta forma de sexismo se soluciona especificando el sexo que se utilizó como modelo del estudio o de la ley o utilizando un lenguaje que incluya a ambos sexos cuando realmente ambos están incluidos. Aquí es importante hacer hincapié en que esta forma de sexismo no se soluciona con usar términos genéricos sin más. Se requiere que en el contenido también esté presente el género femenino. Por ejemplo, el haber denominado a los «derechos humanos» así, en vez de como siempre se llamaron «derechos del hombre» no eliminó el hecho real de que su contenido sigue siendo androcéntrico.

Esta forma de sexismo es muy frecuente en textos legales más recientes en que ya no se habla en masculino (para no caer en sobrespecificidad) sino que se habla en términos genéricos (es decir, en términos supuestamente inclusivos de ambos sexos) de tal forma que se imposibilita el conocimiento de si existen diferencias entre los sexos con respecto al uso de un derecho o al quebrantamiento de una ley, etc. Se parte de que los hombres / varones y las mujeres son iguales y están incluidos en ese término genérico pero resulta que en realidad era mejor que hubiesen seguido hablando en términos masculinos porque el paradigma es el hombre. Por ejemplo, se presentan tasas y porcentajes de «personas privadas de libertad» y no se especifica su sexo haciendo creer que se hace referencia a ambos sexos y haciendo imposible saber las diferencias entre ambos, diferencias que generalmente son recalcadas en otros contextos y que además son bien importantes para el desarrollo de políticas penitenciarias congruentes para ambos sexos.

Con respecto a esta forma de sexismo, algunas de las preguntas que debemos hacemos son: ¿Está el texto escrito en masculino cuando en realidad se está refiriendo a ambos sexos? Muchas personas creen que como gramaticalmente el masculino incluye al femenino, ésto sucede también en nuestras

mentes, pero lo cierto es que lo masculino en el imaginario no incluye a lo femenino y por ende, hablar o escribir en masculino ya es una forma de sexismo porque excluye a lo femenino. Además, las reglas gramaticales son también leyes que podemos cuestionar y revisar para identificar su sexismo. Por otro lado, es prácticamente imposible que no se caiga en otras formas de sexismo cuando se habla en masculino. También se cae en esta forma de sexismo cuando se presenta un «derecho» de la mujer cuando en realidad es un «derecho» de la especie humana.

Otra pregunta que nos debemos hacer en relación con este segundo punto es: ¿Se está presentando el texto como una investigación o una legislación igualmente válida para ambos sexos cuando sólo se estudió o sólo se tomaron en cuenta las conductas y actitudes de uno de los sexos?

3) La insensibilidad al género se presenta cuando se ignora la variable sexo como una variable socialmente importante o válida. Este es el caso de casi todos los estudios que se hacen sobre los efectos de determinadas leyes o políticas, cuando se olvida que los sexos tienen género y que los efectos son distintos en cada sexo si se toma en cuenta los roles sexuales, la valoración de cada género, la utilización del tiempo y el espacio diferenciada para cada sexo, el menor poder del sexo femenino, etc. Cuando no se toma en cuenta las estructuras de género y las condiciones que éstas imponen diferenciadas para cada sexo / género es imposible identificar cuáles son los problemas que no se vieron para uno u otro sexo porque sencillamente la información no está presente.

En algunos casos la insensibilidad al género puede ser más bien la forma exagerada de androcentrismo que llamamos ginopia. Esto porque generalmente cuando se ignora la variable sexo como socialmente importante, implícitamente se está tomando al hombre varón como modelo de lo humano e invisibilizando totalmente a la mujer. Pero también puede suceder que la insensibilidad al género no sea una forma de androcentrismo, sino simplemente la ignorancia de la variable. Por ejemplo, cuando al tratar de mejorar la situación de la mujer rural, se promueven proyectos para elevar su nivel económico que no toman en cuenta su triple jornada laboral, su menor poder dentro de la pareja, etc., todo lo cual hace que estos proyectos lo que logran es elevar sus horas de trabajo, disminuyendo visiblemente su salud al disminuir sus horas de sueño.

En materia legislativa se da mucho esta forma de sexismo cuando se ignora la existencia de las mujeres en la promulgación de leyes supuestamente «genéricas». Pero también se da cuando se promulgan leyes que sí toman en cuenta a la mujer y hasta cuando le otorgan un derecho. Pensemos por ejemplo, en propuestas legislativas que aumentan las licencias por maternidad sin tomar otra serie de medidas para no afectar negativamente el acceso de la mujer al mercado laboral. Este tipo de medidas son insensibles al género, porque aunque la legislación está otorgando un derecho muy necesitado por las mujeres, al no tomar en cuenta la estructuración de género que tiene el mercado laboral también le está causando un perjuicio al dificultarle el acceso a un empleo.

De nuevo esta forma de sexismo se soluciona incluyendo la variable sexo / género en todo el quehacer humano, teniendo presente los roles desempeñados por cada sexo, la valoración que cada sexo recibe, la auto-estima, las horas trabajadas para dar cuenta de los efectos en cada sexo de una ley, una investigación o una política. Si se es sensible al género pero simplemente no existe información adecuada, lo correcto es señalar que no se tiene esa información para al menos no confundir los efectos en un determinado sexo.

Con respecto a la insensibilidad al género la pregunta que hay que hacerse es si se ha tomado en cuenta el hecho de que las mujeres somos menos valoradas, trabajamos más, estamos peor alimentadas, no tenemos propiedades, no somos consideradas «racionales» etc. Generalmente, si no se han tomado en cuenta las desigualdades entre los sexos es porque no se consideró la variable género como relevante y generalmente, aunque no siempre, esto es porque se considera que el sexo masculino es el representante de la humanidad y por ende, su experiencia, intereses y necesidades son las mismas que las experiencias, intereses y necesidades de las mujeres o, peor aún, que las experiencias, intereses y necesidades de las mujeres no son suficientemente importantes como para tomarlas en cuenta.

4) El doble parámetro es una forma de sexismo similar a lo que muchas(os) conocemos como la doble moral. Se da cuando una misma conducta, una situación idéntica y / o características humanas, son valoradas o evaluadas con distintos parámetros o distintos instrumentos para

uno y otro sexo, fundamentadas precisamente en el dicotomismo sexual y en el deber ser de cada sexo. Esta forma de sexismo la encontramos, por ejemplo, en la legislación de familia en Costa Rica donde el adulterio en el componente formal normativo es causal de divorcio para ambos cónyuges, y sin embargo en distintas sentencias de divorcio por esa causal, un mismo hecho –la infidelidad–, es evaluado distintamente si es cometido por el cónyuge de sexo masculino que si es cometido por la del sexo femenino.

En este caso la solución requiere la eliminación del doble patrón sustituyéndolo por un análisis que tome en cuenta las reales diferencias entre los sexos sin que por ello se discrimine o perjudique a ninguno. Aquí conviene también investigar si se está partiendo de estereotipos con respecto a los roles que deben desempeñar cada sexo y / o si se está partiendo de que los sexos son dicotómicamente opuestos sin tomar en cuenta sus grandes similitudes.

5) El deber ser de cada sexo. El sexismo que se manifiesta en el establecimiento de un deber ser para cada sexo, como su nombre lo indica, consiste en partir de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro. Por ejemplo, se considera «normal» que un adolescente afirme su identidad mostrando un comportamiento abiertamente agresivo hacia su padre al tiempo que se considera «anormal» que una adolescente afirme la suya mostrando un comportamiento similar hacia su madre. Vemos que se espera que el varón sea agresivo en la afirmación de su yo mientras que de ella se espera que no lo afirme del todo. Esta forma de sexismo se manifiesta muchísimo en los estudios que analizan los efectos en los y las hijas de que la madre trabaje fuera de la casa. Como es obvio, estos estudios parten de que el «rol» natural de la mujer es estar en la casa con los y las hijas, y aunque no estamos negando que ese fenómeno sí afecta a los y las niñas, el problema reside en que la realidad es distorsionada porque deja por fuera el impacto que también tiene en ellos el que el padre no se ocupe directamente de su bienestar físico y mental.

Ejemplos de leyes que contienen esta forma de sexismo los encontramos en los códigos penales cuando, por ejemplo, agravan una pena dependiendo de la "honestidad" de la víctima. También es muy común en las penas más largas que reciben las mujeres que cometen delitos violentos (delitos considerados "masculinos") o en los beneficios que reciben las privadas de libertad

cuando se maquillan y visten "femeninamente". Una pregunta que nos podemos hacer para descubrir este tipo de sexismo es: ¿Parte el texto o contexto de que cada sexo tiene un rol particular que desempeñar? Ejemplo: Artículo 35 del Código de Familia costarricense: «El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios.»

6) El dicotomismo sexual consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes. Las preguntas que se pueden hacer son: ¿Parte el texto de que los sexos son dicotómicamente opuestos? Ejemplo: El texto habla de que las mujeres son dulces y tiernas mientras que los hombres son duros y agresivos. Justifica el texto un comportamiento delictivo, como el abuso sexual en los hombres debido a que ellos son "seres movidos por sus apetitos sexuales" mientras que presenta a las mujeres como seres sin necesidades sexuales.

El doble parámetro, el dicotomismo sexual y el deber ser de cada sexo son manifestaciones del sexismo que se relacionan estrechamente con lo que las feministas hemos llamado el proceso de socialización patriarcal en donde se le atribuyen características dicotómicas a cada sexo (por ejemplo la mujer pasiva, emotiva, dependiente; el hombre agresivo, racional, independiente etc.), se jerarquizan esos atributos considerándose superiores los que están del lado masculino y se forman expectativas de conducta para cada sexo basadas en ese dualismo.

Con respecto al doble parámetro, el deber ser de cada sexo y el dicotomismo sexual, son muchas las preguntas que se deben hacer porque no siempre es fácil detectar estas formas de sexismo: ¿Usa el texto términos no complementarios para referirse a situaciones complementarias? Ejemplo: usa los términos «marido y mujer», «varón y hembra», en vez de usar termino s complementarios como esposo y esposa, macho y hembra, hombre y mujer, etc. ¿Usa términos genéricos para referirse a los hombres de un grupo y específicos para referirse a las mujeres? ¿ Usa la voz activa para referirse a los hombres, y pasiva para las mujeres? ¿Usa conceptos que son asimétricos? Ejemplo: madre desnaturalizada vs. padre desnaturalizado, hombre honesto vs. mujer honesta. ¿Usa conceptos cargados de valores di-

ferentes para referirse a diferencias socio-culturalmente establecidas entre los sexos? Ejemplo: habla de la «independencia» masculina y de la «dependencia» femenina. ¿Evalúa la misma conducta en ambos sexos, en forma diferente para cada sexo? Ejemplo: si un hombre corrompe a una mujer es sancionado por la ley penal pero no la inversa. ¿Se describen las características de cada uno de los sexos en forma muy distinta? Ejemplo: en un caso de robo de un automóvil realizado por un hombre y una mujer, se describe a la mujer como una mala madre mientras que no se dice nada sobre la forma en que el padre ejerce su paternidad.

Estas formas de sexismo son muy generalizadas e internalizadas de manera que hay que ponerles especial atención. Las preguntas que se pueden hacer en relación con ellas son demasiadas como para transcribirlas todas en este documento. Transcribí unas cuantas para dar una idea de cómo se debe tratar de identificar estas formas de sexismo. ¡Espero que cada lector(a) le agregue unas cuantas!

Entender el dicotomismo sexual es especialmente importante para las personas que trabajamos de una u otra forma con el fenómeno jurídico, porque éste responde perfectamente al Iado masculino del dualismo. Nótese que así como se cree que son los hombres los racionales, objetivos y científicos y sus experiencias son las que se perciben como «universales», también el derecho es considerado racional, objetivo y científico y es percibido como «universal». Sin embargo, así como los hombres no son siempre racionales, objetivos y sus experiencias no son siempre universales, tampoco lo es el Derecho. Y aunque muchas personas aceptan que el Derecho no siempre tiene esas características, generalmente consideran que, al menos, debe Tender a ser racional, objetivo, universal. Tal vez la reflexión que debemos hacernos es si para que el fenómeno jurídico refleje mejor las aspiraciones y necesidades de todas las personas, no sería preferible que se identificara también con el lado femenino del dicotomismo sexual, o mejor aún, que pudiera trascender ese dualismo artificialmente establecido y ser aceptado como un fenómeno, que como cualquier otro creado por los seres humanos, se puede ubicar dentro de un continuo entre lo racional y lo irracional, lo subjetivo y lo objetivo, lo particular y lo universal, etc.

PASO 3: Identificar cuál es la mujer que la ley está contemplando como «el otro» del paradigma de ser humano que es el hombre y analizar sus efectos

en las mujeres de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, discapacidades visibles, edades, etc.

Sabemos que las mujeres no somos iguales entre nosotras. Unas tenemos más o menos poder que otras por pertenecer a clases, razas, etnias, edades, orientaciones sexuales, credos, habilidades, etc. más o menos privilegiadas. Por ello no podemos conformarnos con un análisis de género que nada más se pregunte sobre la pretendida neutralidad en términos de sexo de una ley o un principio, o que se pregunte dónde está la mujer, cómo le afecta a la mujer, etc. Sabemos que el género es una categoría o condición social-existencial que atraviesa todas las otras y que a su vez es atravesada por ellas.

Además, así como hemos luchado porque el hombre / varón no represente a la humanidad toda, no podemos permitir que un determinado tipo de mujer represente a todas las mujeres.

Esa conciencia de que las mujeres también somos desiguales entre nosotras nos lleva a hacernos las siguientes preguntas frente a un texto legal. ¿A cuál mujer excluye este texto? ¿A cuál mujer privilegia? ¿Cómo afecta este texto a una mujer con una discapacidad visible, a una mujer que es la única «jefe de hogar», a una india, a una viuda, a una adolescente, a una profesional, etc.? Recordemos que hay derechos que se le otorgan a unas mujeres que producen discriminación a otras, como por ejemplo el «derecho» de la mujer casada a usar el apellido de su marido precedido de un «de». Este «derecho» permite, entre otras cosas, que se siga discriminando a la mujer soltera.

PASO 4: Buscar cuál es la concepción o estereotipo de «mujer» que sirve de sustento al texto para encontrar soluciones prácticas a la exclusión, los problemas y necesidades de las mujeres que no impliquen la institucionalización de la desigualdad.

Muchas mujeres tienen miedo a que se legisle en favor de la mujer, porque se han confundido las «protecciones» a la mujer-madre o mujer-reproductora o a la mujer-familia con protecciones o leyes para la mujer-persona. La identificación de la mujer-persona humana con la mujer-familia es precisamente una de las manifestaciones del sexismo como vimos en el PASO 2: "el familismo.» Si bien es real, aunque no natural, que la mujer está más ligada a la familia que el varón, ésto no implica que la mujer no tenga necesidades como persona humana que es, que no son idénticas a las necesidades de la familia ni tampoco son idénticas a las necesidades del varón aunque sí

muy semejantes. Familia y mujer no son sinónimos; hombre y mujer son igualmente humanos e igualmente diferentes.

Por ello es necesario tener claridad con respecto, por un lado, a la diferencia ideológica que existe entre medidas correctivas que parten de que la mujer ha sufrido exclusión, discriminación y desigualdad y que por ende debe gozar de ciertos privilegios legales que compensen la desigualdad social, con medidas protectoras que parten de que la mujer es biológicamente diferente al hombre y que debido a esa diferencia debe ser tratada como un ser inferior. También hay que tener claridad con respecto al tratamiento que el derecho dé a las reales diferencias biológicas entre hombres y mujeres, para no confundir la necesidad de un trato diferente a cada sexo con la limitación de los derechos humanos de las mujeres, por el hecho de que somos nosotras las reproductoras biológicas de la especie humana.

Es decir, hay que tener claridad sobre la diferencia ideológica entre legislar para «proteger» a un ser débil o distinto / inferior al paradigma de ser humano que es el hombre / varón, y legislar para satisfacer necesidades que sólo sentimos las mujeres como miembras plenas de un grupo más grande que es el género humano. En el primer caso de este segundo planteamiento, la legislación es androcéntrica porque parte de que el modelo de ser humano es el hombre mientras que la mujer es «la diferente», «el otro» que necesita una protección especial (definida por ellos). En el segundo caso la legislación tiene perspectiva de género porque reconoce que las mujeres y los hombres / varones pueden tener necesidades diferentes, pero no privilegia las necesidades de uno sobre las necesidades de la otra, ni torna corno parámetro de las necesidades humanas las necesidades de los hombres / varones, porque parte de que mujeres y hombres/varones son Igualmente diferentes. En este caso ningún sexo es el paradigma de lo humano sino que se está partiendo de que ambos son uno de los dos sexos que se dan en el género humano y que ninguno puede representar a la humanidad toda.

Tal vez aquí valdría la pena dar un ejemplo ya que el concepto de que los hombres / varones y las mujeres somos igualmente diferentes y por ende ambos tenernos por igual diferentes necesidades, es algo que se sale del entendimiento convencional.

Debido a la necesidad que tienen los hombres / varones de protegerse contra imputaciones de paternidad debido a que por su sexo no pueden tener

entera certeza de ser los padres biológicos de una criatura, existen en casi todos los códigos una serie de artículos que regulan esta materia. Esta necesidad no la tenernos las mujeres y sin embargo a esas regulaciones no se les llama «protecciones especiales a los hombres / varones», mientras que los artículos que regulan, por ejemplo, las licencias por maternidad, son llamadas «de las protecciones especiales a las mujeres trabajadoras». ¿Por qué? Porque las necesidades de los hombres son percibidas, tanto por hombres corno por mujeres, corno necesidades de la especie toda, mientras que las necesidades de las mujeres son percibidas corno necesidades específicas de ese «sector».

Si el derecho no fuera androcéntrico, si no tornara al hombre / varón corno parámetro de lo humano, reconocería estas distintas necesidades de los sexos y las regularía de manera que ninguno de los dos viera sus derechos humanos limitados o violados.

Pero corno sabernos que el sexismo existe, debernos tener dudas razonables ante las protecciones y derechos que la legislación nos brinde y por ello debemos:

a) Ante un texto que «supuestamente» otorga un derecho a la mujer o le prohíbe hacer alguna cosa, preguntarnos:

¿Cuáles son las razones objetivas para otorgar ese derecho sólo a las mujeres? ¿En realidad no lo necesitan también los hombres/varones? ¿Se está identificando mujer con familia (y dentro de este concepto con mujer-madre o mujer-reproductora de la especie)? Es decir, ¿es un verdadero derecho de la mujer o es un derecho de la familia? ¿A quién conviene realmente que se especifique el sexo del sujeto a quien va dirigido ese «derecho»? ¿Habrá un derecho no explicitado para alguien que está implícito en el derecho que se le otorga a la mujer? ¿Quién es el sujeto del derecho no explicitado? Si el sexo está explicitado es necesario preguntarse si esa «protección» o ese derecho está justificado, si beneficia verdaderamente a la mujer, es decir, si responde a una necesidad sentida por ella. Si la respuesta es afirmativa, hay que hacerse otra pregunta: ¿Cómo se lograría este mismo beneficio sin esta «protección»?

En caso de prohibiciones, hay que hacerse la mismas preguntas: ¿Están justificadas?, ¿perjudican a la mujer?, etc. Si están justificadas pero perjudican a la mujer, habría que preguntarse si no hay otra manera de lograr el mismo

fin sin discriminar a la mujer, También hay que preguntarse si ese tratamiento diferente está pensado desde la realidad de la mujer como persona o si se está identificando a la mujer como ser reproductor de la especie y nada más, o como madre y nada más, o como futura esposa, responsable de los y las niñas, etc.

b) Ante un texto que se refiere a «ambos sexos» o a «los seres humanos» o a *«el hombre»* en términos (supuestamente) genéricos, buscar y reflexionar sobre:

Si el texto cae en familismo. Si se conceptualiza al hombre / varón como totalmente ajeno a la familia o sólo como el proveedor material. Si se especifica el sexo de la jefa de familia sólo cuando ésta es una mujer pero cuando es un hombre lo deja en (supuestamente) términos genéricos. Hay que preguntarse si el sujeto de derechos u obligaciones que contempla esa ley podría ser un hombre / varón o una mujer y si en ambos casos los efectos serían los mismos. Hay que preguntarse quién gana con el hecho de que no se explicite el sexo del sujeto de derechos u obligaciones.

c) Ante un texto que les impone obligaciones sólo a los hombres, hay que preguntarse:

¿Cuál es la razón de imponérselas sólo a los hombres/varones? ¿Serán obligaciones que implican un gran poder sobre las personas hacia quienes se tiene esa «obligación»? ¿Cuál es el concepto de hombre y cuál es el concepto de mujer que fundamenta la diferencia?

PASO 5: Analizar el texto tomando en cuenta los tres componentes del fenómeno legal. Es decir, si es un proyecto de ley (componente formal normativo), analizar el contenido y efectos que tendrá en los componentes políticocultural y estructural. Si es una doctrina jurídica, (componente político-cultural) ver cómo o si se ha infiltrado en el componente formal normativo y qué influencia tiene en el estructural, etc.

En este paso usaré como ejemplo un proyecto de ley, digamos que un anteproyecto de Código de Familia, para mostrar cómo esta metodología sirve para su análisis. El fin de analizar un proyecto de leyes identificar sus

sesgos androcéntricos, para proponer otra redacción con el objetivo de que no se convierta en otra ley más que discrimine a las mujeres. Esto conlleva dos tareas:

Tarea No.1: Tomaremos en cuenta todos los aspectos de los componentes para tener una idea del contenido que la gente y las cortes le darán a esa redacción en particular. Para ello nos haremos algunas de las siguientes preguntas pudiendo empezar por la que nos sea más fácil de contestar. Si habiendo contestado sólo algunas de éstas nos darnos cuenta que es parcial al género masculino, no es necesario contestarnos todas las preguntas. Pero si no encontrarnos sesgos sexistas, sí es necesario hacernos todas estas y más preguntas hasta estar totalmente convencidas(o) de que la redacción no tendrá *Por resultado* la discriminación de la mujer. Recordemos que hemos partido de que el sexismo existe y que está en todo el quehacer humano de manera que nuestra tarea es identificarlo para eliminarlo en la medida de lo posible.

### 2.1. En el componente político-cultural:

a) Con relación a quiénes redactaron la ley: 1- ¿ Quién o quiénes la redactaran? 2-¿Cuántas mujeres participaron? 3-¿Había mujeres (u hombres) comprometidas con la eliminación de la discriminación contra la mujer? 4-¿Qué piensan los hombres que redactaron ese proyecto de ley sobre la desigualdad entre hombres y mujeres? 5-¿Qué objetivos tenían para querer cambiar el estado actual? 6- ¿Qué cosa o a quiénes querían proteger? 7-¿Qué privilegios se mantienen, cuáles se modifican, cuáles están siendo eliminados? etc.

b) En relación a la doctrina jurídica que podría servir para sustentarla o frenarla: 1-¿Qué se ha escrito sobre la conducta que esa ley pretende regular? 2-¿Qué dice la doctrina jurídica que está de moda? 3-¿Hay contradicciones entre las distintas ideas expuestas? etc.

c) En relación a las leyes no formalmente promulgadas que se puedan encontrar en el componente político-cultural: 1-¿Cómo es la actitud de la mayoría de la gente con respecto a la conducta que se pretende regular? 2- ¿ Cómo se diferencian los hombres y las mujeres en ese respecto? 3-¿Se sabe realmente lo que las mujeres piensan en relación con esta conducta o solamente se ha escuchado y registrado la voz masculina? 4-¿Sobre cuáles mitos

descansa la conducta? 5-¿Existen reglas sociales, religiosas, tradicionales, que regulan esta conducta? 6-¿Hace la propuesta de ley referencia a esas reglas sociales, religiosas, tradicionales, etc.?

**2.2. En el componente estructural:**

d) En relación a quienes van a interpretar y aplicar la ley en cuestión nos preguntaremos: 1-¿Quiénes son? 2-¿Cómo se han comportado en el pasado con respecto a la conducta que se pretende regular? 3-¿Qué actitudes tienen frente al sexismo, por ejemplo, consideran que el sexismo afecta la forma en que se administra justicia o creen que es un fenómeno aislado? 4-¿Qué procedimientos existen para la interpretación de esa ley? 5- ¿Qué condiciones materiales hay para su vigencia y efectividad? 6-Si no las hay, ¿conviene esa redacción?

e) En relación al acceso que tengan las mujeres a la administración de justicia, nos preguntaremos: 1- ¿Prevee la redacción de este artículo o ley las dificultades que enfrentan las mujeres frente a la administración de justicia? 2- ¿Toma en cuenta el poco valor que se le da a la palabra de la mujer, la dificultad que tiene para expresarse, el poco acceso a aportar «evidencia contundente», su baja auto-estima con respecto a la del hombre, etc.? 3- ¿Toma en cuenta el que las mujeres no tienen las mismas facilidades que tienen los hombres para llegar a los centros de población, para acercarse a los policías, para hablar de igual a igual con un funcionario? 4- ¿Toma en cuenta las consecuencias que pueda sufrir la mujer en el caso de que pueda acceder a la administración de justicia?

**2.3. En el propio componente formal-normativo:**

f) En cuanto a la redacción en sí de cada artículo o numeral, nos preguntaremos: 1-Si se trata del reconocimiento de un derecho humano para las mujeres, ¿es verdaderamente un derecho lo que se está otorgando? 2-Si es un derecho, ¿por qué sólo se le otorga a la mujer? 3-¿Qué estereotipos se refuerzan con este «derecho»? 4- ¿Quién es el modelo o paradigma del sujeto de obligaciones y derechos que otorga esta ley? 5-¿Contempla esta ley las diferencias entre hombres y mujeres; entre mujeres? 6-¿Qué otras leyes regulan

esta misma conducta o conducta similar? ¿Hay contradicciones? 7-¿Está confundiendo esta ley a la mujer con la familia? ¿A la mujer con la madre? 8-¿Es verdaderamente neutral en términos de género?

Veamos un ejemplo concreto para explicar el método que yo utilizo para analizar una ley o un artículo de una ley:

Tomemos el siguiente artículo del anteproyecto de Código de Familia de El Salvador:

Artículo 40.- Los cónyuges tienen iguales derechos y deberes y por la comunidad de vida que entre ellos se establece, deben vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia y tratarse con respeto, tolerancia y consideración.

La redacción literal de este artículo es su componente formal-normativo. A primera vista nos parece muy bueno pues establece la igualdad de derechos y deberes. Sin embargo, en este componente hay que buscar las palabras que puedan tener diferentes significados para diferentes personas. Por ejemplo, «igualdad» es un concepto abstracto que debe ser llenado de contenido. Este llenar de contenido es un trabajo ideológico que harán las cortes, la policía, los bancos, las oficinas administrativas, etc. cuando les toque interpretar o aplicar este artículo ante un determinado problema o petición.

Es en este momento en donde nos debemos hacer la primera pregunta: ¿Será esta redacción «neutral en términos de género»? Es decir, ¿afectará esta ley a hombres y mujeres por igual?

Para contestarnos esta pregunta es importante analizar los otros dos componentes de este artículo.

¿Cuál será su componente estructural, es decir, el contenido que las cortes, la procuraduría, la policía, los bancos, etc. le darán a este artículo? A primera vista pareciera que no lo podríamos saber porque todavía no era ley de la República de El Salvador. Sin embargo podemos tener una idea de como será aplicado e interpretado si vemos que este artículo no establece un principio nuevo sino que es el desarrollo lógico del Artículo 3 de la Constitución Política de la República de El Salvador que establece que todas las personas son iguales ante la ley y que para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basan en diferencias de nacionalidad, raza, SEXO, o religión.

Aquí nos hacemos de nuevo la pregunta: ¿Es neutral en términos de género la redacción de este principio constitucional? Es obvio que no ya que

las estadísticas demuestran que las mujeres sufrimos discriminación en todos los campos por lo que podemos concluir que la redacción de este principio favorece al sexo masculino. Es decir, este principio tiene, no por objeto, pero sí *Por resultado* la discriminación de la mujer.

También nos preguntaremos: ¿Cómo han interpretado y aplicado las cortes, la policía y todas las oficinas administrativas esta «igualdad» y esta prohibición a hacer restricciones que se basan en diferencias de SEXO? Por las mismas razones esgrimidas en el párrafo anterior, sabemos que se han aplicado de manera androcéntrica, tratando a la mujer igual al hombre –parámetro de lo humano– en el tanto y en el cuanto la mujer ES igual al hombre, pero discriminándola en el tanto y en el cuanto la mujer presente diferencias con respecto a ese parámetro de lo humano: el hombre.

Cuando nos hemos contestado estas preguntas podemos hacérnoslas de nuevo al analizar el componente político-cultural de este artículo.

¿Cuál es ese componente cultural? El componente cultural será el contenido que las y los salvadoreños en general le dan al principio de igualdad entre los sexos, así como lo que dice la doctrina sobre la igualdad de los cónyuges. Y por supuesto, las actitudes que tengan los y las salvadoreñas frente a la igualdad de los cónyuges y el empleo que le darán una vez que tengan conocimiento de la redacción de este artículo.

Así que aquí nos volvemos a hacer la pregunta: ¿Es neutral en términos de género el contenido que los salvadoreños y las salvadoreñas le dan al principio de igualdad? ¿Es neutral en términos de género la doctrina que habla de la igualdad de los cónyuges? Pareciera que no. Veamos algunos elementos que muestran un claro sesgo androcéntrico.

El Dr. Gerardo Trejas, reconocido jurista costarricense y asesor del equipo salvadoreño que redactó el anteproyecto, afirmó en una conferencia en el acto de entrega del anteproyecto lo siguiente:

Por ahora me interesa destacar la desaparición, en el anteproyecto, de la odiosa discriminación de que es objeto el cónyuge declarado culpable en el juicio de divorcio. Como es sabido, en la legislación vigente de El Salvador únicamente el cónyuge inocente recobra la aptitud nupcial. El esposo culpable no puede contraer nupcias durante los tres años posteriores a la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio. Esta norma de derecho vigente viola claramente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y

ratificada por El Salvador, cuyo artículo 17, párrafo segundo, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas (las leyes internas) no afecten el principio de no discriminación establecido en el Art. 1 de la Convención Americana.

Pues bien, en el anteproyecto, en el Art. 120, los cónyuges recobran la libertad nupcial, hayan sido o no declarados culpables. Y sigue el autor citando una sentencia de la Corte Europea que consideró violatoria a los derechos humanos una prohibición similar en Suiza. Luego elogia el anteproyecto por considerarlo un hermoso esfuerzo para cumplir con las convenciones y tratados en materia de derechos humanos.

Aquí es importante que nos hagamos la pregunta: ¿Quién es el parámetro o modelo de esa «libertad nupcial»? ¿Quién es el beneficiario? Si leemos el Artículo 21 del anteproyecto tendremos muy claro el panorama:

Artículo 21.- La mujer cuyo matrimonio ha sido disuelto o anulado, no podrá casarse antes de haber transcurrido trescientos días contados a partir de la disolución o de la declaratoria de nulidad, salvo que hubiere dado a luz antes de vencerse dicho plazo, que compruebe que no está embarazada o que el divorcio hubiere sido decretado por separación.

El Dr. Trejas ni siquiera hace una breve mención de este Artículo 21 para defender su necesidad, por las razones androcéntricas que sean, cuando elogia la derogación de la odiosa prohibición de contraer nuevas nupcias. Pareciera que para este autor, el que a la mujer se le prohíba contraer nuevas nupcias hasta transcurridos trescientos días contados a partir de la disolución o de la declaratoria de nulidad, con ciertas salvedades, no constituye una violación a los derechos humanos porque sólo se le prohíbe a la mujer (que aparentemente no es suficientemente humana como para gozar del derecho humano a la libertad nupcial). Si la libertad nupcial que pretende el Artículo 120 no se ve limitada o afectada por ese Artículo 21, es porque no se está pensando en la mujer cuando se habla de «libertad nupcial».

Esta prohibición del Artículo 21 podría pensarse que no es tan importante ya que no serán tantas las mujeres que no puedan contraer nuevas nupcias debido a esa prohibición. Su importancia radica en que nos da una luz de quién es el paradigma del sujeto de derechos que este anteproyecto de ley establece y obviamente, el paradigma es el sujeto de sexo masculino.

Estos dos artículos también nos dan una luz con respecto al contenido que los redactores de este anteproyecto le dieron al principio de igualdad de los cónyuges. Pareciera que la igualdad que concibieron es aquella en que la mujer será tratada como igual al hombre en todo lo que se le parezca pero en el momento que la mujer presente diferencias con respecto al hombre –parámetro de lo humano– será tratada desigualmente, con menos derechos y privilegios. Es decir, el derecho familiar formalmente promulgado dará a las mujeres un trato igual al hombre mientras no se presenten diferencias entre los sexos, pero cuando éstas surjan, la mujer verá limitados sus derechos precisamente por ser diferente al parámetro de lo humano: el hombre de la especie.

Aquí es obvio que el paradigma fue el hombre / varón y lo peor del caso es que ni se menciona que en este campo hay diferencias. Implícitamente se parte de que las mujeres podemos gozar de esos derechos en el tanto y en el cuanto «calcemos» dentro del prototipo. Cuando nuestro sexo o nuestro género nos diferencien, el derecho nos tratará desigualmente. Es obvio que para los y las redactoras, las mujeres y los hombres no somos igualmente diferentes, con derecho a ser tratados(as) diferentemente –aunque no desigualmente– por el derecho cuando así lo amerite. En este caso en particular, es posible que sí se amerita un tratamiento diferente debido a la capacidad reproductiva de la mujer, pero en ningún modo ese trato diferente tiene que implicar una limitación de un derecho humano. Siempre hay soluciones no sexistas si se buscan.

Volviendo al método, y a las preguntas que nos hemos hecho, pareciera que del análisis de la doctrina y las actitudes de los y las salvadoreñas, así como la interpretación que le han dado quienes administran justicia, la igualdad entre hombres y mujeres en El Salvador, como en cualquier país del mundo, sólo existe en el componente forma-normativo, cuando existe. Esto nos lleva a preguntamos cómo redactar este principio para que no institucionalice la desigualdad al tiempo que la toma en cuenta. Cerrar los ojos a las diferencias reales que existen entre los sexos y a las desigualdades también reales que existen entre los géneros, es tal vez tan discriminatorio como legislar discriminando abiertamente a la mujer. Encontrar la forma de legislar partiendo de que las mujeres y los hombres somos *Igualmente* diferentes es un gran reto que debe ser asumido colectivamente y ese es precisamente el último paso del método que yo he desarrollado con la ayuda de muchas. Pero veamos primero cuál es la segunda tarea en este *Paso 5.*

Tarea No.2: Una vez que nos hemos contestado las preguntas que arriba se formulan y todavía otras que usted lector(a) puede agregar, veremos si es posible redactar la ley para el componente formal normativo de manera que afecte al componente político-cultural en la forma deseada, es decir, de manera que cambie la forma de pensar androcéntrica y de manera que derogue las leyes no escritas que se encuentran en los componentes político-cultural y estructural. También nos cuidaremos de que la redacción no se preste a interpretaciones no deseadas y velaremos porque la redacción de la ley tome en cuenta los otros aspectos del componente estructural con el objetivo de que no sea letra muerta.

Así, por ejemplo, si queremos promover la igualdad de los cónyuges, tenemos que tener presente aspectos del componente político-cultural tales como las actitudes de los y las legisladoras que posiblemente sean sexistas y / o androcéntricas. Tenemos que tener presente que: a) un gran porcentaje de la población salvadoreña, según un estudio de Martín-Baró, no cree en la igualdad de los cónyuges; b) que existen otros artículos y otras leyes que contradicen esa igualdad; c) que social y económicamente los cónyuges no están en un plano de igualdad; ch) que los hombres / varones tienen más libertad de tránsito y por ende tienen más acceso a la administración de justicia; d) que es más fácil que un funcionario judicial o policial le crea a un hombre / varón que a una mujer; e) que generalmente los hombres / varones tienen más acceso a pruebas documentales, etc.

Una vez que se tienen claros los aspectos culturales y estructurales, y se tiene conciencia de la influencia de la redacción de una ley sobre las actitudes y de cómo una ley puede conformar la forma de pensar de la gente, se puede buscar cuál es la mejor redacción que deba tener una ley para lograr una real igualdad de los cónyuges de manera que al tiempo que institucionaliza esa igualdad, lo haga de forma que tome en cuenta las desigualdades existentes en el componente político-cultural.

Por otro lado si se sabe que en El Salvador, por ejemplo, existe el problema del poco acceso a la administración de justicia por parte de la mayoría de las mujeres y se puede suponer que la mayoría de los y las juezas tienen actitudes sexistas, se tendrá que buscar una redacción que tome en cuenta estos factores, buscando la manera de hacer más accesible la justicia y tratando de obviar de la mejor manera posible los posibles preconceptos y pre-

juicios de los y las juezas. Como lo señalé arriba, esta tarea debe ser asumida colectivamente como se explicará abajo en el *Paso 6.*

Pero en este paso lo que más me interesa enfatizar es que es indispensable que las personas que han tomado conciencia de la subordinación de las mujeres y que han profundizado en el análisis de los textos legales para identificar los sesgos androcéntricos, dicotómicos, etc., sean las mismas que redacten las propuestas y modificaciones a esos textos, aunque después tengan que buscar la colaboración de un o una jurista que pueda traducir lo deseado en un lenguaje suficientemente jurídico como para ser aceptado por los y las técnicas de las asambleas legislativas.

Como he venido diciendo, no se puede redactar una ley que no tenga por resultado la discriminación de las mujeres si no se ha tomado conciencia de la extensión y profundidad de su subordinación. Estoy consciente de que muchas mujeres se sienten intimidadas ante la tarea de redactar una ley porque piensan que no tienen la capacidad para ello. La solución a este miedo está precisamente en tomar conciencia de que no habrá nadie mejor capacitada(o) para entender qué se necesita para eliminar la discriminación que la persona que la ha vivido en carne propia, la ha conscientizado y luego, colectivizado. Además, como dije anteriormente, una vez que se tiene claro cuáles son las necesidades que se desean cubrir, cómo es el derecho que se quiere disfrutar, o cuál es la conducta que se desea modificar, se puede contar con la asesoría de personas que han sido entrenadas en el discurso jurídico. Lo importante es que esas personas sean vistas y se vean a sí mismas como asesoras y no como las dueñas de un conocimiento esotérico.

PASO 6: Colectivizar el análisis, no sólo para que sea enriquecido por mujeres (y hombres conscientes) de distintos sectores a la vez que se hace educación legal popular, sino más importante aún, para continuar el proceso de conscientización que es, como lo he venido diciendo, el paso previo a cualquier análisis de un texto legal, ya que sin la toma de conciencia de que las mujeres por nuestro sexo, somos subordinadas y discriminadas, ni siquiera se puede iniciar un cuestionamiento de un sistema legal desde una perspectiva de género.

Colectivizar el análisis con distintos grupos de mujeres (y hombres solidarios y *concientes de sus privilegios*) le dará al texto una mayor garantía de no ser excluyente de un sector, grupo o clase de mujeres. Este paso se puede

realizar tanto en un seminario taller formalmente organizado o informalmente alrededor de una taza de café. También se puede hacer manteniendo una actitud atenta a lo que expresan mujeres de grupos o clases distintas a la mujer (u hombre solidario) o grupo que primero hizo el análisis.

Con respecto a los hombres / varones que puedan ser solidarios hay que tener mucho cuidado. Muchas veces ellos tienen, al igual que el derecho, una actitud pro mujer sólo aparente pero en el fondo siguen considerándose a sí mismos el paradigma de lo humano o creyendo que los privilegios que gozan son «naturales». Por ejemplo, muchos hombres/varones manifiestan orgullosamente que ellos «apoyan» en todo a su compañera de vida y que se sienten felices de que ella se «realice» en su oficio o carrera y como persona humana que es, pero una investigación ni tan siquiera profunda de su comportamiento en el hogar muestra que ese «apoyo» no implica el que ese hombre asuma por igual el trabajo doméstico y el cuidado de los y las hijas, que esté al tanto de las distintas necesidades emocionales y sexuales de ella, o que se haya dado verdadera cuenta de los privilegios y servicios que recibe de parte de otras mujeres por pertenecer a un sexo supravalorado.

Para finalizar, quisiera agregar que como la ampliación de las perspectivas y la teorización de la experiencia es un proceso de conscientización, éste es el primero y último paso de cualquier metodología feminista. Es el primero por las razones ya señaladas, y es el último, porque los análisis que en cierta medida son teoría, son a su vez experiencias que deben ser articuladas en otros grupos fuera del que los vivió para de nuevo recomenzar el proceso de colectivizar las experiencias y teorizar sobre las mismas, para con esa teoría revalorar y modificar las experiencias anteriores.

Lógicamente, planteado de esta manera, el proceso nunca terminaría, de manera que se le puede poner fin cuando estratégicamente se piense que, tratándose de un proyecto de ley, ya tiene suficiente apoyo popular o, si se trata de una investigación u otro estudio, excluye al menor número de seres.

# Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el Género*

Ramiro Ávila Santamaría

**Sumario**

**I.** La categoría género y el Derecho. **II.** La Facultad de Jurisprudencia es patriarcal y oprime a mujeres y a hombres. **III.** El Derecho discrimina a las mujeres. **IV.** Conclusiones y sugerencias.

## Introducción

Tengo que reconocer, con mucha modestia y hasta con cierta vergüenza, que yo he aprendido el Derecho pretendiendo enseñarlo. Cuando di mi primera clase sobre Género y Derecho algo intuía sobre el tema. Iba (y sigo yendo) al mismo ritmo que mis estudiantes: de los prejuicios a la reflexión y a la conciencia. En este camino me he encontrado con varias sorpresas.

Una de las sorpresas más grandes ha sido descubrir que el Derecho puede ser analizado desde múltiples perspectivas críticas, diferentes al positivismo jurídico, y en particular que el abordamiento desde el género cuestiona las bases

* Ramiro Avila Santamaría, "Crítica al derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el género", en *Ruptura,* Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, Tradingstate Grafacorp, 2006, pp. 237-269.

mismas del conocimiento jurídico con miras hacia una regulación más equitativa de las relaciones sociales. Entender, por ejemplo, que algunas conquistas jurídicas, que desde el formalismo son absurdas, son necesarias por ser justas[1].

La otra sorpresa, no menos impactante, ha sido el escuchar en clases innumerables testimonios sobre lo difícil que es para una mujer estudiar en igualdad de condiciones que los hombres, y tener que aguantar cotidianos tratos discriminatorios por parte de profesores y compañeros.

Así que sobre estas dos sorpresas pretendo reflexionar en este artículo. En primer lugar, abordaremos la categoría de género para poder analizar tanto al Derecho como a las relaciones en la Facultad de Jurisprudencia.; en segundo lugar, en base a testimonios de alumnos y alumnas, narraremos algunos hechos que son abiertamente intolerables desde la categoría de género; en tercer lugar, y gracias a varios trabajos realizados por estudiantes de la clase Género y Derecho, expondremos sumariamente algunas normas jurídicas, pretenderemos demostrar su construcción masculina y su efecto discriminatorio. Finalmente, a manera de conclusión, requeriremos de la Facultad de Jurisprudencia políticas concretas y dirigidas para evitar la opresión a las mujeres en la Facultad, y sugeriremos ampliar los estudios de género en relación al Derecho.

## I. La categoría género y el Derecho

El análisis de género es complejo. Primero porque hay diversas formas de entenderlo[2] y, segundo, porque al abordar la realidad en que se producen las

1 Por ejemplo, la concepción de legitima defensa desde el género. La legítima defensa requiere actual agresión ilegítima y proporcionalidad de los medios. Esta figura fue pensada para ser aplicada en espacios públicos y cuando los agresores son hombres. Sin embargo, cuando quien agrede a una persona de la pareja, entonces, para resolver con justicia, la interpretación tiene que cambiar. La única forma de que exista proporcionalidad de medios es cuando el agresor hombre está dormido. Esto es inconcebible desde la dogmática penal, pero está muy claro en la jurisprudencia norteamericana. Alguna vez se leyó un texto sobre esto en una clase. Un estudiante que trabajaba en el Ministerio Público consultó con sus jefes abogados fiscales. Le dijeron no sólo que es absurda, sino estúpida la interpretación. El texto en mención era el de la Jurista Joan Willians, "Igualdad sin discriminación", en Derecho y Género, 1999, pág. 92 (reproducido en esta publicación).

2 Existen varias escuelas feminista s que tienen perspectivas diferentes: las igualitaristas (liberales, socialistas), las diferencialistas (escencialistas, radicales, ecologistas) y las constructivistas, Para más detalle,

relaciones de género, se funden muchas categorías que multiplican la inequidad[3], como la etnia, la edad, la clase social, la condición de migrante.

Para efectos de este ensayo, entenderemos al género desde dos perspectivas:[4]

1. El género es un elemento constitutivo de las **relaciones sociales:** los hombres y las mujeres, en sociedad, tienen roles diferenciado s basados en el sexo, que son construidos culturalmente. Tanto las características del hombre como de la mujer, sus formas de pensar, de hablar y de comportarse son **construidas social y culturalmente.** Es decir, el sexo no determina el comportamiento sino la cultura. Por eso la famosa frase de Bouvoir: la mujer no nace, se hace[5], y el hombre, igualmente, no nace, se construye y con esfuerzo[6]. Las personas tenemos **expectativas de comportamiento** en relación al otro sexo. Por ejemplo, se espera que las mujeres tengan "instinto de maternidad", sean tiernas, dulces y bellas, y se espera de los hombres que sean protectores, fuertes, decididos. Más evidente, en la formalidad, la manera de vestirse: no se concibe un hombre con vestido rosado y zapatos de taco, o una mujer con corbata y zapatos "de hombre". Nos encuadramos, a veces sin darnos cuenta, a las expectativas sociales.

Isabel Cristina Jaramillo, La crítica feminista al derecho, estudio preliminar en Robin West, Género y teoría del derecho, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, pp, 27-66 (reproducido en esta publicación).

3 Creer que la categoría de género es suficiente para resolver los problemas de inequidad es una ingenuidad. Sin embargo, los estudios de género son valiosos en el sentido que se los puede aplicar a otras categorías prohibidas (como la distinción por edad, nacionalidad, étnia, ideología) en la obligación de no discriminar. Sobre estos análisis complejos, conviene leer a Nancy Fraser, el ensayo "Redistribución y reconocimiento" en *lustitia Interrupta, reflexiones críticas desde la posición postsocialista,* Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pág. 17-94.

4 Estos conceptos son tomados de Mara Viveros (quien a su vez se basa en las teorías desarrolladas por Joan Scott), "Notas en torno a la categoría analítica de género", en *Ética, Masculinidades y Feminidades,* compilado por Angela Robledo, Bogotá, CES Universidad Nacional de Colombia, 2000, pág. 56-85

5 "On ne nait pas femme: on le devient", en Simone de Bouvoir, Le deuxieme sexe 11, Folio essais, 38, Gallimard, France, 1976, pág. 13.

6 Elisabeth Badinter, "El enigma masculino, la gran X", en XY la identidad masculina, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993, p. 14-56 (reproducido en esta publicación). Lo mismo dicho por un hombre: Humberto Abarca Paniagua, "Discontinuidades en el modelo hegemónico de masculinidad" en Feminidades y masculinidades, Mónica Gogna (comp.), Buenos Aires, CEDES, 2000. pp. 193-244. Ver también Xavier Andrade, Masculinades en Ecuador, Flacso Unfpa, Ecuador, 2001.

2. El género es un elemento constitutivo de *relaciones de poder.* Existe una relación de dominación masculina y de sumisión femenina[7]. El hombre puede "legítimamente" y de forma "natural" gozar de ciertas libertades; la mujer, en cambio, debe someterse a ciertas restricciones. Por ejemplo, donde es más evidente, es en la forma como se experimenta la sexualidad. El hombre explora su sexualidad de forma violenta y repetida desde los primeros años de adolescencia; la mujer, en cambio, se someterá a la vigilancia masculina (padre, hermano mayor, esposo) para que cuide de su "virginidad" y se refleja en cuestiones tales como el permiso y necesidad de compañía en eventos sociales nocturnos. Nadie negará, si es hombre, que el tener muchas relaciones sexuales en nuestro medio es una virtud. La misma conducta, en las mujeres, es un terrible defecto.

En cuanto al análisis del Derecho desde el género, para mejor entender estas relaciones sociales y de poder, me voy valer de tres supuestos: el dualismo en las diferencias, la valoración y jerarquización de las diferencias y el derecho como forma de reproducción de los valores masculinos[8].

(1) El pensamiento racionalista imperante es **dicotómico.** La realidad es dividida en polos opuestos: activo/pasivo, razón/emoción, universal/particular, pensamiento/sentimiento; igual desde el análisis del Derecho: lícito/ilícito, culpable/inocente, justo/injusto. Todas las diferencias se establecen en función de sus contrarios. El hombre se define por oposición a la mujer. De hecho, este modelo es ampliamente difundido no sólo por la filosofía, por ejemplo la dialéctica (tesis/antítesis), sino también por los medios masivos de difusión (los personajes buenos y malos, racionales y escencialistas –no casualmente relacionados respectivamente con hombre y mujer– de las películas son fácilmente distinguibles[9]). En ese dualismo, los elementos

7 Nótese, y esto encontrarán a lo largo del ensayo, que no pretendemos hablar de hombres y mujeres en concreto, sino de características del sistema patriarcal en cuanto a las caracterizaciones de lo masculino y femenino que culturalmente les atribuimos.

8 Frances Olsen, "El sexo del derecho", en Identidad femenina y discurso jurídico, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 25-44 (reproducido en esta publicación).

9 Para un análisis crítico de las películas y la difusión de roles, en particular las de Walt Disney, que son las que moldean a nuestros niños y niñas, y que aparecen con mensajes aparentemente neutros, ver Ariel Dorfman y A. Manelart, *Para leer al Pato Donald: comunicación de masa y colonialismo,* Siglo XXI editores, Argentina, Décima edición, 1974, pág. 37.

son sexualizados . Así, el hombre es activo, racional, universal, pensador, a quien le corresponde el espacio **público;** la mujer es pasiva, emocional, concreta, sentimental, quien, para no tener conflictos, tiene que ubicarse en el espacio **privado** y, con esas cualidades, dedicarse a las labores de cuidado[10].

(2) El problema ocurre cuando damos un valor a esas diferencias y establezco **jerarquías.** La consecuencia, en términos de poder, es que las características masculinas se consideran positivas y superiores, y las femeninas negativas e inferiores. En este dualismo lo masculino (no importa si es hombre o mujer quien lo ejerce) domina a lo femenino. Para ilustrar esta afirmación, baste sostener que el trabajador ideal para cualquier empresa es aquel identificado con lo masculino: puede dedicarse mayor tiempo al trabajo, no se embaraza, no tendrá permisos de lactancia, no se ocupará de labores de cuidado que son "extra laborales", podrá realizar tareas fuera del lugar de domicilio[11].

(3) Las dicotomías y las jerarquías, en el Derecho y en su aplicación, producen normas y prácticas discriminatorias[12]. Da igual si las jerarquías de valor se invierten a favor de las mujeres, seguiría promoviendo una estructura discriminatoria.

La propuesta de género, como lo entendemos, pretende eliminar las dicotomías, las jerarquías y contar con un Derecho que en lugar de controlar, emancipe. En este ensayo, por tanto, no se sugiere que lo masculino sea ne-

10 Sobre las características de lo público, que no solo es el Estado sino la calle, la participación social, y lo privado, que no solo es la familia sino también la sexualidad, ver Romany Celina, "La responsabilidad del Estado se hace privada", en *Derechos Humanos de la Mujer, perspectivas nacionales e internacionales,* editado por Rebecca C:ook, Bogotá, Profamilia, 1997, pág. 81-104

11 Joan Willians, op. cit., pág. 77

12 Podría decirse que, desde una perspectiva sin análisis de género, Norberto Bobbio, que es uno de los filósofos más conocidos en nuestro medio, llegaría al mismo resultado, en un ensayo que se denomina "la teoría del prejuicio". Bobbio considera que el camino para la discriminación está conformado por tres fases: (1) el reconocimiento que existe una diferenciación natural, como por ejemplo ser biológicamente hombres y mujeres, negros y blancos; (2) que esta diferenciación natural da lugar a una diferenciación cultural, que implica una valoración, como por ejemplo, el hombre es racional y la mujer emocional, que es lo que Bobbio llama un prejuicio; (3) el acto que se basa en el prejuicio es necesariamente discriminatorio.

gativo y lo femenino positivo, sino sólo se describe su existencia y la necesidad de su transformación.

Este sencillo modelo teórico, de profundas consecuencias para las vidas de las personas, se lo reproduce y perfecciona constantemente desde muchos espacios, como la familia, la escuela, la calle, el trabajo; y desde muchas formas, como la educación, la religión, el chisme, la propaganda.

El espacio que nos preocupa es la Facultad de Jurisprudencia. La forma que nos interesa, por el momento, es el Derecho. Pretenderemos demostrar que la Facultad y el Derecho son patriarcales[13] con un fuerte énfasis masculino y que, desde sus ámbitos de regulación, discriminan a quienes manifiestan lo femenino.

## II. La Facultad de Jurisprudencia es patriarcal y oprime a mujeres y a hombres[14]

Hemos afirmado que la cultura patriarcal, comúnmente conocida como machismo, se difunde por hombres y mujeres, de varias formas, como mediante el Derecho, y en varios espacios, como la Facultad de Jurisprudencia.

Cuando un ambiente tiene predominio de valores atribuidos a los hombres, lo llamaremos **ambiente masculino.** Hay unos ambientes más masculinos que otros[15]. Las instituciones patriarcales pregonan y practican un modelo

13 Entenderemos por patriarcal el sistema en el que predomina lo masculino y lo femenino está sometido o controlado.

14 Este acápite no corresponde a un estudio científico ni tampoco pretende generalizar. El término profesor y profesora denota la intención de no determinar a personas en concreto. Esta parte del ensayo simplemente refleja y describe algunas manifestaciones de un ambiente masculino que oprime. Queda por investigar técnica y profundamente, las relaciones de profesores con alumnos y alumnas, estudiantes con administración, administración con academia, la homofobia, el acoso sexual, el lenguaje, la participación política. Este ensayo es una primera aproximación y la manifestación de una preocupación que no puede ser desapercibida. Los testimonios fueron recogidos en conversaciones con estudiantes (focus group) y por correos electrónicos enviados en el mes de Noviembre de 2006. El ámbito de referencia es la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

15 Por ejemplo, nadie negará que las instituciones de disciplina y jerarquías marcadas, como las militares, son extremadamente masculinas. Toda institución en una cultura patriarcal tiene influencia masculina, desde la familia hasta el Estado.

de ser humano ideal: **hombre, racional, activo, universal,** a veces fuerte y agresivo. Por el contrario, las características que se consideran femeninas son rechazadas, menospreciadas, utilizadas o invisibilizadas: mujer, emoción, pasivo, concreto, a veces delicadas y bellas. Las mujeres en ambientes masculinos están expuestas a sutiles y a veces cínicos actos discriminatorios.

El análisis puede ser de carácter vertical u horizontal. La fuente de masculinidad puede ser vertical cuando los protagonistas de la difusión de valores son superiores en la jerarquía, como autoridades y profesores. En cambio, la fuente de masculinidad es horizontal, cuando los compañeros y compañeras lo difunden, a pesar de no existir entre pares autoridad formal[16].

**a. Perspectiva vertical**

La Facultad de Jurisprudencia y el ejercicio del Derecho es propio de los hombres. Históricamente así ha sido. Si hacemos un recuento de los grandes juristas, de los clásicos, todos son hombres. El Derecho es una profesión que se ejerce en la vida pública laboral. Las mujeres, propias del ámbito privado, no pueden entrar a este ámbito, y si lo hacen, encontrarán múltiples dificultades.

Algunos profesores enfatizan en sus clases esta tradición. La facultad es para hombres y racionales. La belleza o la "irracionalidad", por el contrario, deben ser excluidas de nuestros espacios.

*"Estábamos iniciando clases, quizá era la primera semana, y de pronto cuando [el profesor] preguntó a los alumnos "qué es la ley", yo, totalmente intelectual, respondí correctamente, ya que con anterioridad había leído unas páginas de su libro. Pero, seguidamente, solicitó más opiniones, más conceptos y una amiga respondió de acuerdo a su rústico saber, frente a lo cual el Doctor le respondió: "No, señorita, no ... a ver en el mundo hay mujeres y mujeres, muy simpáticas por cierto, pero usted es muy linda y quizá debería reconsiderar su elección y dedicarse al modelaje para lo cual no necesita más que su linda sonrisa y así no pierde el tiempo aquí"* [17].

16 Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta, reflexiones críticas desde la posición postsocialista,* Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 153. Fraser utiliza la categoría para describir el acoso sexual en el ambiente laboral.

17 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

*"En la clase ( ... ), el profesor le preguntó a una chica un tema en específico y ella no supo la respuesta. A lo que el doctor le dijo: "Señorita ... , usted es una chica bonita, debería casarse y dedicarse a la casa y no perder el tiempo estudiando derecho"* [18].

*"El profesor cuando me hizo una pregunta y no supe contestarla, me dijo "Señor, mírese las manos, manos fuertes –características varoniles del hombre, váyase a labrar en el campo". Te hace quedar pésimo y quedas deprimido el resto de la clase. En la misma clase, preguntaba a una mujer y le anticipaba "usted señorita no ha de poder" y preguntaba a otra persona, la pobre empezaba a contestar y le hacía sentir inútil. Esto por lo general hacía con las mujeres"* [19].

Si vienen las mujeres a la Facultad, no es precisamente para aprender.

*"La profesora comentando fuera de clase, se refirió a sus alumnos, mencionó sobre una compañera que se sentaba en primera fila, afirmó que venía a la facultad en busca de marido"* [20].

Las mujeres no son sujetos, son objetos sexualizados y cosificados.

*"El Doctor, en una clase, se refirió a las mujeres como un buffet de comida de donde se puede elegir lo que mas te apetezca, concluyendo que los hombres no se pueden contentar con una sola mujer habiendo tantas mujeres "buenas" de donde escoger"* [21].

*"No puedo elegir votar por ninguno de los dos (refiriéndose a los candidatos a presidente en la segunda vuelta), sería como tener que elegir casarme entre una mujer que ha estado con 100 o una que ha estado con 102 hombres"* [22].

La reflexión y la aplicación de un profesor: *"¿Cuánto se necesita para poder acceder a un cuarto, comida, una moto y hasta una señora...?"* [23]

Las mujeres no deben demandar mejores condiciones de vida y de igualdad.

18 Mujer, estudiante de la Facultad de jurisprudencia, noveno nivel.
19 Hombre, estudiante de la Facultad de jurisprudencia, noveno nivel.
20 Hombre, estudiante de la Facultad de jurisprudencia, noveno nivel.
21 Mujer, estudiante de la Facultad de jurisprudencia, noveno nivel.
22 Mujer. estudiante de la Facultad de Jurisprudencia. décimo nivel.
23 Mujer. estudiante de la Facultad de Jurisprudencia. décimo nivel.

"*En una conferencia, el ponente manifestó que las mujeres de occidente no tienen de qué quejarse, si porque les dimos la palabra es que nos va tan mal. No sé de qué se quejan si aquí les dejamos hablar, o sino que quieren estar como las de oriente? A lo que los profesores de jurisprudencia, así como muchos alumnos, aplaudieron. Tenía tantas iras que no me fijé si alumnas también aplaudieron"* [24].

Aprendido el mensaje, la idea se repitió en el aula: *"El profesor manifestó que las mujeres de occidente no tienen de qué quejarse del machismo, o quieren estar como las de oriente"* [25].

Las mujeres, en la peor forma de sometimiento, son acosadas sexualmente.

*"El otro día una compañera me contó que fue a hablar con un profesor sobre las faltas. Él le dijo que por qué viene con el pelo recogido y que a él le gusta más con el pelo suelto, también le preguntó que cuándo le presenta a la mamá"* [26].

*"El profesor era un morboso. Ponte, yo tenía una compañera que siempre venía con escotes gigantescos, y el man siempre se paraba al frente y le decía, hablando del rapto, "imagínese que su novio le lleva a chupar, pero a chupar caña no más, no se me ponga nerviosa señorita"* [27].

*"Tengo un profesor que se nota cuando está coqueteando en clase, por la sonrisita, los ojitos, los comentarios que, aunque no tan expresos, les trata a las compañeras con un coqueteo tan estúpido y evidente"* [28].

*"El profesor de ( ... ), ese man era medio acosador, porque tenía una forma de observar a las mujeres que se notaba que era súper sexual. Es sutil, pero se siente en la doble intención de los chistes, que tienen un toque de zángano, o hacerle pasar adelante sólo a las mujeres. Algunas mujeres se ríen y otras se nota que se sienten incómodas"* [29].

*"El profesor comentó en clase que si un hombre sabe cocinar pavo, así se van sacando el body las hembritas, y va haciendo la mímica. Todos los compañeros nos reímos"* [30].

24 Mujer. estudiante de la Facultad de Jurisprudencia. décimo nivel.
25 Hombre. estudiante de la Facultad de Jurisprudencia. décimo nivel.
26 Mujer. estudiante de la Facultad de Jurisprudencia. noveno nivel.
27 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
28 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, egresado.
29 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
30 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

*"No he tomado la clase con él porque me han contado que el man es supervolado y en clase es súper coquetón, patán, hecho el guapo, hecho el rico"* [31].

*"Una compañera era acosada por el profesor. En los exámenes sólo se pasaba junto a ella –lo cual era una oportunidad de copia para el resto– le acariciaba el hombro con su mano (generalmente ella se ponía blusas sin mangas, solo con tiritas). Ella es una de mis mejores amigas y me decía que él le ponía nerviosa, no podía concentrarse y hasta le iba muy mal, pero siempre aparecía con notas mayores a las del resto de compañeros. Cierto día, este profesor lo invitó a su oficina a discutir algo de clase, ella no quiso ir sola y fue con otra compañera, fueron a su oficina y él las invito a comer a las dos en un hotel muy caro"* [32].

La vivencia de los hombres, en cambio, en cuanto a acoso de mujeres profesores no es percibida y probablemente no existe: *"A mi nunca me ha coqueteado una profesora"* [33]. Sin embargo, puede existir la sensación de un trato diferenciado. *"En clase, la profesora se sentía que odiaba a los hombres, porque nos trataba mal, nos jodía más en las lecciones orales, hace bromas que los hombres son menos inteligentes por naturaleza y que las mujeres son superiores. Daba un trato preferencial a las mujeres"* [34].

Las mujeres deben estar bajo el control de los hombres.

*"A mí una vez en la clase, no me acuerdo que es lo que estábamos viendo, pero yo hice una observación a una disposición normativa, el profesor me quedó viendo y me preguntó si tenía novio, yo le quedé viendo con cara de asco y él se río, luego me dijo que yo no diría lo mismo si mi novio estaría ahí para controlarme. Esto pasó en media clase y me sentí muy mal"* [35].

Las leyes planteadas por mujeres, por esencia, no son racionales.

*"El profesor estaba hablando de una iniciativa de reforma que había sido planteado por la diputada Cintya Viteri. El man cogió y dijo que la reforma era criticable y acotó que porque la proponente era mujer, que sí era guapa pero que era tonta"* [36].

31 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

32 Hombre, egresado de la Facultad de Jurisprudencia.

33 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

34 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

35 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

36 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

El Derecho, como hemos visto, tiene género y trata distinto a los hombres y a las mujeres, y eso se difunde en las clases.

*"En Derecho ( ... ), el profesor afirmó que la infidelidad del hombre es más aceptable que la de la mujer, porque el hombre viola la ley positiva y la mujer la ley natural"* [37].

**b. Perspectiva horizontal**

En la Facultad de Jurisprudencia, entre compañeros y compañeras, también se reproduce la valorización de las características de lo que se considera masculino y, por el contrario, la desvalorización e intolerancia y de lo femenino, salvo que se trate de la exaltación a la belleza.

Por ejemplo, repudio a lo homosexual.

*"Una vez tuve un amigo con quien siempre pasaba todo el tiempo porque somos súper buenos amigos. Resulta que un día yo estaba con su novia y ella me pidió que le prestara mi celular para enviarle un mensaje, yo acepté y ella le escribió algo medio romántico ( ... ) Resulta que mi amigo le prestó su teléfono para jugar a un amigo suyo. Éste recibió mi mensaje y lo leyó. Después de un tiempo éste se armó de valor y habló con mi amigo acerca de mí. .. El rumor creció y de pronto algunas personas en la Facultad empezaron a pensar que en verdad éramos novios ( ... ). Un día estábamos los dos en el ascensor y alguien le dijo algo sobre los dos y éste, muy desafiantemente, le respondió, "si somos novios ¿y qué?" Claro, todo era una broma ( ... ) desde ese día todos y todas me veían raro y siempre sentía como que comentaban cuando nos veían juntos, yo me quería morir ... como en esa época pase sin novia durante algún tiempo, el rumor quedo más que confirmado y a la final después de eso nunca muché a nadie. A mi no me importaba mucho, salvo por personas que de pronto empezaron a tener una actitud despectiva, aunque nunca me dijeron nada en la cara, era como si me evitaran o despreciaran por "ser gay"* [38].

37 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

38 Hombre, egresado de la Facultad de Jurisprudencia.

En las actividades extracurriculares, que no son muchas y tienen un sesgo sexualizado, podemos encontrar ubicaciones marcadas desde el género. El fútbol es más masculino, o al menos, es más técnico y serio un partido entre hombres; y en la elección de la reina se destaca a la belleza femenina. Si algo invade estas esferas, se torna ridículo o digno de burla. Por ejemplo, la elección del rey feo o el color rosado en el uniforme de fútbol.

*"Esto no pasó en clases, nuestro equipo de fútbol este semestre se hizo una nueva camiseta para jugar, al cual muchas de nuestras compañeras se unieron y también se mandaron hacer en forma de apoyo. La camiseta es una negra que tiene unas líneas rosadas y los números y nombres también. En toda la facultad causó sensación por que ¡cómo un equipo de fútbol puede tener un color rosado en su camiseta! (... ) surgieron muchos comentarios ... un jugador de fútbol tiene que ser "un macho"* [39].

Las experiencias cotidianas femeninas son tomadas en son de burla o simplemente desvalorizadas; son excepcionales o son invisibilizadas: la mujer es otra vez un objeto.

*"Un compañero en el primer día de clases al salir de una materia nos dijo, "chicas denme su calendario menstrual para saber que día se puede con ustedes", lo cual hizo que todas tengamos un sentimiento de impotencia e ira. Lo más chistoso de todo esto es que si no toleras esas bromas eres una neurótica antisocial. .. ¿por qué para encajar socialmente tienes que aceptar todo tipo de patanería? ¿por qué soportar la humillación de los machos? solo para que te acepten... no lo creo... esto es parte de un sistema opresivo que te ve como un juguete sexual sin mente ... y hay mujeres que se conforman con ello..."* [40].

En cuanto a la participación política en la representación estudiantil, sin negar que hay avances significativos, casi todas las Asociaciones de Escuela tienen el modelo tradicional de organización. El que toma las decisiones, el hombre, es el presidente o el candidato. La que realiza los asuntos administrativos, la mujer, es la secretaria.

Siempre pregunto en clase si han visto la distinguida galería masculina de presidentes de la Asociación Escuela de Derecho (AED) y por qué no hay

39 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

40 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

mujeres. Algunas responden porque no han querido. Otras, muy pocas, porque no han podido. ¿Por qué no han querido y por qué no han podido? La respuesta no es tan fácil encontrarla en la voluntad y la libertad de las mujeres. La hipótesis, sujeta a investigación, es que el ambiente es masculino, y donde el ambiente es masculino, las mujeres se adaptan o se excluyen.

Cuenta la historia que hubo una presidenta subrogante. ¿Por qué no aparece su foto y sí la de alguno que subrogó?

Este ambiente patriarcal se reproduce casi intacto en los espacios en donde los abogados y abogadas nos movemos. Por ejemplo:

*"En muchos estudios jurídicos, la obligación de vestimenta da una preferencia a la falda, y prefieren que se contrate chicas como agentes judiciales, por cuanto "hacen que los tramites fluyan más rápido. En sí, la práctica judicial obedece a esos esquemas"* [41].

*"En clases estábamos hablando sobre la apariencia del abogado y cuánto influye esto en el ejercicio de la profesión. Un compañero alza la mano y dice que "obvio que es decisivo. Es lo mismo que con las mujeres, que tienen que ser atractivas físicamente para darles un chance, sin importar que sea la mujer perfecta: que sepa cocinar, lavar, planchar, abrir la puerta para salir a jugar. Te tiene que dar una buena impresión físicamente"* [42].

A las mujeres se les presume licenciadas, "doctoritas" y "son reinitas". A los hombres con terno se les presume doctores y se les respeta.

En lo cotidiano honestamente quisiéramos creer que estos testimonios son aislados, sin embargo escenas como éstas se multiplican y se reproducen.

41 Hombre, egresado de la Facultad de Jurisprudencia.

42 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, octavo nivel.

## III. El Derecho discrimina a las mujeres[43]

El Derecho, y el Estado que lo produce, tienen género y es masculino[44]. Esta afirmación no es una novedad para la academia jurídica crítica. El Derecho recoge los intereses y las necesidades de una porción de la población. El derecho liberal es la expresión de un grupo de poder, con intereses económicos y políticos identificables[45] y, en lo que nos interesa, refleja las experiencias y valores masculinos.

Para demostrar esta afirmación tenemos algunas pistas:

- Los hombres históricamente fueron los únicos que tuvieron posibilidad de representar y de crear normas. Hasta los años setenta las mujeres fueron consideradas incapaces y en la primera mitad del siglo pasado recién tuvieron posibilidad de votar[46].
- Los hombres tenemos serias dificultades, por ser en el estereotipo insensibles, para percibir las necesidades y las experiencias de los y las "otras"[47]. Por ello, "las normas son ambiguas y sujetas a interpretación de [hombres] que a menudo no son para nada propensos, por cultura y valores,

43 Las normas jurídicas que serán analizadas, de manera ejemplificativa, fueron escogidas y estudiadas por algunos y algunas estudiantes de la clase de Género y Derecho, cuyos nombres constan en los acápites correspondientes. Sus ensayos son más largos y probablemente, en su extensión, más contundentes que lo que aquí se presenta. Por razones de espacio, tuve que editar sus ensayos y espero no haber alterado su sentido.

44 Una excelente demostración de la masculinidad del Estado y del Derecho lo encontramos en la introducción del libro de Catharine A. MacKinnon, "Women's Status, Men's States", en *Are Women Human?: And Other International Dialogues,* Cambridge, Harvard Univ. Press, 2006, págs. 1-14.

45 Lo más técnico desde la perspectiva de la historia y del pensamiento político que he leído, se lo puede encontrar en Zagrebelsky, Gustavo, "Del Estado de derecho al Estado constitucional", en *El derecho dúctil,* España, Editorial Trotta, 4ta edición, pp 21-46.

46 Basta ver los requisitos de ciudadanía en nuestras constituciones. Tenía que ser hombre, entre otras cualidades discriminatorias, hasta la Constitución de 1979. En adelante, aunque no existía la exclusión expresa, se entendió que no incluía a la mujer el derecho al voto. En 1929 se reconoce el voto de la mujer. En 1967 se establece la obligatoriedad y el derecho al voto tanto del hombre como de la mujer. Ver Agustín Grijalva Jiménez, *Elecciones y representación política,* Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simon Bolivar-Ecuador, 1998, págs. 87, 97-107.

47 Desde cosas tan sencillas como no alzar la tapa del baño para orinar, hasta cuestiones tan complejas como los procesos hormonales en la menstruación, el embarazo y la lactancia.

a considerar aspectos femeninos"[48]. Los hombres, y esto intentaremos demostrar, regulamos según nuestra racionalidad y comprensión del mundo. Las normas que regulan las conductas de las mujeres son consideradas en el Derecho como normas de excepción a la regla general[49].

- Los hombres hemos ocupado los cargos públicos exclusivamente durante la creación y consolidación del Derecho: presidentes, jueces, diputados, doctrinarios y, en general, puestos de poder de decisión política y económica. Las mujeres están en los espacios públicos desde hace pocos años y aún de manera excepcional en cargos públicos[50].
- El Derecho pretende ser –y no casualmente como se identifica a lo masculino– racional, universal, general, abstracto[51]. El Derecho regula la vida pública y se abstiene de actuar en la vida privada, salvo que sus actoras -mujeres invadan el espacio público, o los hombres protejan el valor femenino-privado patriarcal (por ejemplo, a través del derecho penal, las figuras del abuso sexual).

El Derecho, regulador de conductas, recogió las perspectivas de los hombres, sin preguntar a las mujeres, que hasta ahora tienen dificultades para tener una genuina voz[52], y creó normas que a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de la parte dogmática de la Constitución, urgen ser reformadas.

Para ilustrar estas afirmaciones, analicemos algunas normas jurídicas desde el género según la metodología utilizada por la jurista Alda Facio, que

48 Tamar Pitch, *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad,* Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 146.

49 Por ejemplo, en el derecho laboral. La regla es un trabajador "ideal" y la excepción es los permisos de maternidad.

50 La sola presencia de la mujer no es garantía de igualdad sustancial. Muchas mujeres para triunfar en la vida tienen que "masculinizarse" y, en una cultura patriarcal, es indiferente si la forma de ejercer el poder lo hace un hombre o una mujer. Algo semejante sucede a los afroamericanos, que "blanquearse" para poder ejercer derechos.

51 Kelsen tenía como objetivo demostrar que el Derecho era una ciencia. Estas cualidades se las puede deducir al leer su Teoría Pura del Derecho.

52 Mientras lo masculino predomine y oprima, en la imagen de MacKinnon, el hombre tiene el pie en la garganta de la mujer y no le permite articular como sujeto de derechos Ver. Seyla Benhabib, "From identity politics to social feminism:a plea for the nineties" en *http://www.ed.uiuc.edu/EPS/PES-yearbook/94docs/BENHABIB.HTM* (visita 1 de diciembre de 2006).

propone seis pasos para **deconstruir**[53] las normas jurídicas: **Paso 1:** Tener conciencia de la subordinación del género femenino al masculino. **Paso 2:** Identificar en el texto las distintas formas en que se manifiesta el **androcentrismo**[54]. **Paso 3:** Identificar en el texto cual es el tipo de mujer que está invisibilizada o identificada como "lo otro". **Paso 4:** Identificar en el texto cual es el estereotipo de mujer. **Paso 5:** Analizar el texto en el contexto. **Paso 6:** Colectivizar el análisis[55].

**a. La mujer y la participación de utilidades según el Código de Trabajo[56]:**

> Art. 97 del Código de Trabajo.- Participación de trabajadores en utilidades de la empresa.- El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuir á así: ( ... )El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad ( ... )

(1) A pesar de que en la actualidad la disposición analizada puede entenderse como "neutra" al género, en su origen histórico y en su aplicación existe una discriminación implícita y oculta contra la mujer. En el contexto de la disposición citada, el concepto de "carga familiar" tiene una connotación negativa, pues lleva implícita la idea de que se trata de una persona incapaz de aportar al sostenimiento de la familia. Por eso los hijos menores de edad y los hijos/as discapacitados/as están considerados como "carga familiar". Surge la pregunta: ¿por qué el cónyuge también está dentro de esta categoría "carga familiar"?

53 Deconstruir es un método de análisis jurídico a través del cual se devela el sujeto protegido y privilegiado tanto en la manifestación lingüística como en su aplicación en la realidad.

54 Androcentrismo significa que el centro o núcleo es lo masculino y en la periferia está lo femenino.

55 Alda Facio, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en *Género y Derecho,* p. 99-136. Por razones de espacio, en los ensayos que siguen a continuación, no constan todos los pasos de esta metodología ni tampoco su aplicación exhaustiva (reproducido en esta publicación).

56 Ensayo realizado por Byron Silva.

Hay que tomar en cuenta que esta disposición se originó en una época en que el trabajador tipo para el que fue diseñado el Código del Trabajo era (y sigue siendo) el hombre. Por eso puede sostenerse, sin miedo a equivocarse, que todo el Código del Trabajo es "androcéntrico". Al hombre correspondía el ámbito del trabajo y a la mujer correspondía el ámbito del hogar y el cuidado de los hijos. Así era en esa época y actualmente en ciertos círculos sociales sigue siendo así. El hombre es el que tiene el deber de aportar económicamente al hogar mientras la mujer no tiene esa obligación pues su deber primordial es el cuidado del hogar y de los hijos/as.

En el Reglamento para la Distribución de Utilidades, que el Ministerio del Trabajo expidió en al año 1970 y que estuvo vigente hasta el año 2002, hay dos disposiciones que ilustran el punto anterior, según las cuales bastaba que la cónyuge sea mujer para que sea considerada como "carga familiar" para los efectos de distribución del 5%, mientras que en el caso del cónyuge varón era necesario que se encuentre incapacitado para que sea tomado en cuenta como "carga familiar".

En este contexto la idea de "carga familiar" lleva implícita la idea de sometimiento al poder del padre, que es el que trabaja. En efecto, hijos/as y cónyuge dependen del trabajador, al punto que se los toma como cargas de éste.

(2) En la disposición analizada podemos identificar algunas formas de sexismo más o menos explícitas, a saber: a) Sobregeneralización: Si entendemos por tal forma de sexismo el referir ambos sexos a través de palabras que denotan solo el sentido masculino, es evidente que todo el Art. 97 es sexista, pues se habla de los trabajadores y los hijos, siempre en sentido masculino. En ese contexto se entiende que el cónyuge aludido de forma "natural" como carga es la mujer del trabajador. b) Androcentrismo: En cuanto esta forma de sexismo se refiere al monopolio de la perspectiva masculina, la disposición analizada, así como gran parte del Código del Trabajo, es sexista, pues el sujeto "tipo" para el cual está diseñado mayoritariamente el Código del Trabajo es el trabajador varón a quien corresponde casi en exclusiva el dominio del trabajo. c) Insensibilidad al género: En la medida que el Art. 97 del Código del Trabajo no solo no toma en cuenta como relevante la variable sexo sino que toma a lo femenino como "carga" del trabajador, sin duda alguna, existe insensibilidad al género. d) Deber ser de cada sexo y

familismo: En la disposición aludida hay sexismo en cuanto al trabajador se le atribuye como natural el ámbito del trabajo (espacio público) y a su cónyuge el carácter de "carga familiar" por estar destinada al cuidado del hogar y de los hijos (espacio privado). En este contexto la mujer del trabajador es la mujer-familia y no la mujer-persona.

(3) En la disposición analizada el paradigma es el "trabajador" hombre. El "otro" o los "otros" del trabajador son sus cargas, es decir, una subespecie en las categorías jurídicas, a pesar de ser personas humanas. Los "otros" en el Art. 97 del Código del Trabajo son los hijos/as (menores de edad y discapacitados/as) y el cónyuge del trabajador. Tómese en cuenta que el sujeto del derecho a participar en las utilidades de las empresas son los "trabajadores" y que sus "cargas familiares" solo son referentes de cálculo para incrementar en más o en menos la cuantía del derecho del "trabajador" sobre el 5% de dicha participación laboral. Mientras más "otros" tenga el trabajador más dinero recibirá por tal concepto. Considérese, además, que el trabajador y no sus cargas, recibirán y administrarán el dinero percibido.

En el Art. 97 el cónyuge del trabajador (que generalmente es mujer) no es titular de derechos, sino "objeto" a ser tomado en cuenta para incrementar el derecho del trabajador.

### b. La impunidad para la autoridad familiar masculina[57]

> Art. 202 del Código Penal.- Los que sustrajeren cartas confiadas al correo serán reprimidos con prisión de quince a sesenta días, excepto los padres, maridos o tutores que tomaren las cartas de sus hijos, consortes o pupilos, respectivamente, que se hallen bajo su dependencia.

(1) El artículo distingue entre hombre y mujer: el padre, marido o tutor, puede revisar la correspondencia de sus hijos/as, esposa, pupilo/a, sin que esto se considere delito; mientras que la madre y esposa no lo podría hacer. Esta norma demuestra que se le reconoce un "poder de control" al padre, porque al poder revisar la correspondencia de quienes tácita-

57 Ensayo realizado por Carolina Silva Portero.

mente son sus dependientes, resulta manifiesto el rezago del poder del *paterfamilias*[58].

(2) El androcentrismo, entendido como el derecho que parte de la perspectiva masculina, se manifiesta como una represión y como repudio a lo femenino. Como represión porque tipifica una conducta que efectivamente es antijurídica –como es la violación del derecho a la intimidad de la mujer y al secreto de correspondencia- que exceptúa sólo al hombre. Como repudio a lo femenino porque el significado de esta norma se manifiesta en que la mujer puede ser objeto de control y en que el hombre tiene el poder –sino el deber– de revisar la correspondencia de quienes están bajo su dependencia. En otras palabras, la misma conducta para unos es facultad lo que para las otras es delito.

(3) En la norma, la mujer está invisibilizada y ella está en una relación directa con el hombre: ya sea como hija, esposa o pupila. Con esta norma, la mujer queda condenada a nunca entrometerse en "los asuntos" de su padre/esposo/tutor y permitir que él lo haga, porque es así como "lo dispone la ley". Es decir que si el parámetro de lo humano son las conductas "esperadas" o permitidas" del hombre. En este caso, el hombre define lo prohibido y el ámbito de actuación de la mujer.

### c. La mujer en la Ley de Naturalización[59]

> Art. 9 de la Ley de Naturalización. - Para que la mujer extranjera, mayor de edad, casada con ecuatoriano que tenga su domicilio político en la República o ejerza funciones públicas en el exterior, adquiera la nacionalidad ecuato-

58 El derecho romano estaba basado en la potestad paterna del paterfamilias, cuyo poder se caracterizaba por ser prácticamente ilimitado, la potestad del paterfamilias puede resumirse en tres proposiciones: 1) El jefe de familia es el jefe del culto doméstico,2) Los hijos de la familia y la esposa son incapaces, como los esclavos, de tener un patrimonio, todo lo que ellos adquieren es adquirido por el paterfamilias. 3) La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del paterfamilias, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aun darles muerte Alfonso Flores Macedo, Derecho Romano, *http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/F/FloresAlfonsoDerRomano.htm* (visita 3 de noviembre de 2006)

59 Ensayo realizado por David Cordero Heredia.

> riana, sólo será necesaria su declaración de adoptar ésta y renunciar a la anterior, mediante solicitud al Ministro de Relaciones Exteriores quien la declarará ecuatoriana por naturalización mediante Resolución Ministerial.

Imagínense este caso de la vida real: un hombre colombiano que se dedicaba a la actividad teatral llevaba más de 10 años en Ecuador. Este hombre contrajo matrimonio con una ecuatoriana, que tiene un trabajo estable, cuyos ingresos son suficientes para la manutención de la familia, y concibieron dos hijos. La persona en cuestión intentó nacionalizarse pero su solicitud fue rechazada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. El argumento fue que no tenía ingresos suficientes para mantenerse a sí mismo.

(1) La norma particularmente analizada contiene una doble discriminación. En primer lugar, la norma subordina al sexo femenino, al suponer que las mujeres extranjeras casadas no son económicamente productivas. En segundo lugar, existe una discriminación a los hombres que no cumplen con el rol público de género asignado por la ley: ser productivo. No existe dentro de la ley de naturalización una norma similar al Art. 9 que ampare al hombre extranjero que se case con una ecuatoriana. El trámite que estos deben seguir es el normal que implica una serie de requisitos económicos difíciles de alcanzar para quien lleva una vida modesta. Actualmente el sujeto en cuestión se halla en calidad de indocumentado y está expuesto a una deportación que separaría a su familia.

(2) El paradigma al que se refiere la norma es del hombre proveedor/público y de la mujer reproductora/familiar. Además, la norma implícitamente satisface las necesidades del hombre, en el sentido que requiere de una mujer que no trabaje, que sea madre y ama de casa. La norma no admite que un hombre pueda contribuir a la familia de otra forma que no sea la pecuniaria, mientras que presupone que toda mujer será incapaz de tener ingresos propios por su rol tradicional.

(3) La mujer beneficiada por esta norma será aquella que realice labores de ama de casa/reproductora que de otro modo no podría llenar los requisitos generales para acceder a la nacionalidad ecuatoriana. La mujer ex-

cluida es aquella mujer no "familiar", o sea, no casada. El hombre excluido es aquel que desempeña funciones distintas dentro de la familia que la de proveedor. El hombre beneficiado es el hombre proveedor que asegura la permanencia de su esposa/ama de casa/reproductora dentro del país para continuar disfrutando de los beneficios de la subordinación del sexo femenino, ya que la norma exige la renuncia a la nacionalidad anterior excluyéndola del beneficio constitucional de la doble nacionalidad.

Esta norma trata de "proteger" a la mujer en cuanto ser débil/inferior, refuerza el estereotipo de la mujer que no puede tener ingresos para mantenerse a sí misma, sino que necesita de su esposo o padre para hacerse cargo de ella.

Es claro que en este caso existe una clara identificación de la mujer con la familia, esta es una norma que busca mantener a la madre de los hijos del ecuatoriano dentro del país. La especificidad de a quien va dirigido el derecho no beneficia a la mujer sino al régimen patriarcal, ya que se sigue obligando al hombre que trata de alcanzar la naturalización a mantenerse en el rol asignado por la sociedad.

### d. La mujer casada y el Código de Comercio[60]

> Art. 12 del Código de Comercio.- La mujer casada puede ejercer el comercio o ejecutar eventualmente actos de comercio, con autorización de su marido, otorgada en escritura pública( ... ) Se presume que la mujer tiene autorización de su marido cuando( ... ) ejerciere públicamente el comercio ( ... ) mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público o especialmente al que contrate con la mujer.
> Art. 13.- La mujer casada no será considerada como comerciante si no hace un comercio separado del de su marido.
> Art. 15.- ( ... ) El marido podrá limitar la responsabilidad, excluyendo de ella sus bienes y los de la sociedad, en todo o en parte ( ... ).

(1) Las normas citadas sin duda alguna expresan la sumisión de la mujer y su confinamiento al ámbito privado, en tanto ejecute actos dentro

60 Ensayo realizado por Daniela Palacios.

de esta esfera. Pero, como se tratan de actos de comercio vinculados con la esfera de lo público, necesita la autorización del marido, pues seguramente sería mal visto que una mujer ejerciera actos de comercio sin esta autorización.

"Hace muchos años, seguramente cuando esta norma era relativamente nueva, cuando una tía de mi abuelita traía mercadería de los Estados Unidos para vender, tenía que hacerlo en su casa y corriendo la voz solamente entre las personas amigas para evitar que se entere mucha gente, pues me contaba mi abuelita que era muy mal visto que una mujer este visitando a gente sin su marido o lo que era peor, recibir a gente, especialmente hombres, en su casa sin que su marido se encuentre ahí, todo esto por respeto al marido, ni siquiera por la idea de respeto a la mujer por ella misma"[61].

Este temor reverencial al hombre y a la cultura patriarcal, en cierta medida aún se mantiene. Por ejemplo, es poco común encontrar mujeres Gerentes Generales de compañías distribuidoras de algún producto, o mujeres dirigentes de compañías transnacionales.

(2) En las normas citadas, se puede apreciar, sin duda, la existencia de una connotación sexista que parte de la superioridad del hombre. Se presume la incapacidad de la mujer y de su estado de dependencia del marido. La ley no le otorga a la mujer capacidad suficiente para decidir sobre su actividad, peor aún, no le da la libertad necesaria para poder ejecutar la actividad que mejor le parezca.

Otra muestra de sexismo se ve en la posibilidad que tiene la mujer de comprometer los bienes del marido y los de la sociedad conyugal. El marido puede limitar esta facultad. Otra vez aparece la idea de superioridad del género masculino que obliga a la mujer a depender de la autorización del marido para comprometer incluso sus bienes y los de la sociedad conyugal. Quienes redactaron este cuerpo legal, sin duda no vieron las capacidades de la mujer para ejecutar actos de comercio, por ello la confinan a continuar en la esfera privada, a seguir bajo la dominación del marido, como una trabajadora de él. En estas normas, se refleja únicamente la realidad masculina y se la toma como general y correcta.

61 Extracto del ensayo de Daniela Palacios.

La mujer, en la norma, se debe a su familia, es su obligación el cuidar de ella, no necesita hacer nada mas que cuidar a su familia; para faltar a este deber, necesita autorización de un hombre.

(3) La mujer que esta norma demanda es una socialmente bien vista y respetada, sumisa y dependiente de su marido. Una mujer que viva en la sombra del hombre y que le respete reverencialmente, ya padre ya marido. La mujer es incapaz de dirigir su vida sola y tiene que ajustarse a lo que se considera moral y socialmente correcto. Es justamente la mujer buena la que esta norma proyecta, porque no solo es socialmente mal visto que una mujer sea comerciante sin la autorización del marido, sino que la ley no lo permite, al no tener autorización no puede obtener su licencia de comerciante y al no tenerla se deberá sujetar a las sanciones previstas en la ley.

Aquí no cabe una mujer dominante, una mujer fuerte, inteligente, capaz, racional, simplemente es imposible que una mujer sea mejor administradora que el hombre y por ello no puede disponer libremente de los bienes de la sociedad conyugal.

Actualmente la sociedad ha sufrido una evolución en cuanto a la intervención de la mujer en todos los ámbitos de la vida. Normas como la analizada deben ser derogadas, pues responden a un modelo de sociedad y familia retrógrada. La mujer puede y debe ejercer libre y legalmente esta actividad como cualquier hombre.

### e. La administración ordinaria de la sociedad conyugal[62]

> Art. 180 del Código Civil.- Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido. El administrador, en cualquier caso, se sujetará a las obligaciones determinadas en la ley y en las capitulaciones matrimoniales, de haberlas.

62 Ensayo realizado por Sofía Suárez.

(1) La norma distingue y reproduce una vez más el espacio público y privado. La mujer se presume que tenía que dedicarse únicamente a las tareas de la casa y al cuidado de la familia (ámbito de la vida privada). Además, la mujer es dependiente del hombre. Notoriamente podemos observar una discriminación a la mujer, ya que en razón de su sexo no se la toma en cuenta en primer lugar para la administración de la sociedad conyugal, cuando no hay estipulación sobre la persona que debe administrar la misma, sino que se presupone que el hombre es el que debe administrarla, por ser racional, objetivo, capaz, universal.

(2) En este caso hay una notoria subordinación de la mujer al hombre, y por lo tanto, una dominación del esposo sobre la esposa. En la mencionada norma podemos encontrar que su fundamento base es un marcado sexismo: se parte del supuesto de que el hombre por naturaleza tiene mayor capacidad en todo lo que se refiere a cualquier tipo de administración (de negocios, de comercio, y, en este caso en particular, de la sociedad conyugal). Por esta razón se deja a la mujer en un segundo plano para la administración.

En este caso se ha dado una forma de invisibilización de la experiencia femenina porque no se piensa que ella puede ser capaz de ser la administradora de la sociedad conyugal, por ser considerada un ser irracional e inferior.

(3) En esta norma se hace alusión a la mujer que está casada. Quedan fuera de la regulación las mujeres que solo están unidas con un hombre (uniones de hecho) y excluye totalmente a lesbianas que conviven con su pareja. En otras palabras, mujeres fuera de la concepción de familia basada en el contrato matrimonial, no tienen ninguna protección legal en cuanto a este tema.

En el momento actual de la sociedad, con todo su desarrollo y cambios, es necesario la reforma de esta norma, para que se visibilice jurídicamente la plena capacidad de la mujer.

La mujer, desde el derecho patriarcal, en esta norma, está siendo tutelada bajo la premisa de la "protección especial". La mujer no era considerada lo suficientemente capaz para realizar ciertas actividades, por ejemplo, las relacionadas con los negocios, administración, mantenimiento de las empresas. Por ello, se considera que estas actividades deben estar bajo el control de los hombres.

## IV. Conclusiones y sugerencias

### a. En relación al ambiente patriarcal de la Facultad

Algunos de los hechos que hemos narrado en este ensayo serían, en ambientes respetuosos de la diferencia, no solamente criticados sino severamente sancionados. ¿Por qué aguantar humillaciones? ¿Por qué tener que reír o callar cuando alguien comete un delito como el acoso sexual? Simplemente porque estas actividades no sólo que se toleran sino que, al no existir sanción, se promueven.

Las personas que han sido objeto de humillaciones o víctimas de delitos, dentro de la Facultad, no tienen espacio para denunciar y para que su queja sea considerada.

En Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando la autoridad conoce de un hecho y no actúa, se considera igualmente responsable por omisión.

Urge considerar y abordar el tema, desde la Facultad, para sancionar conductas discriminatorias y atentatorias a la dignidad de las personas. Urge tener tribunales independientes e imparciales, con procedimientos respetuosos al debido proceso, para que puedan receptar y juzgar conductas de profesores y de estudiantes. En algunos lugares existen defensores de los estudiantes, que son personas que protegen a las que denuncian de represalias y son un puente con las autoridades de la Facultad.

La Universidad tiene un doble compromiso. Una por ser institución académica superior y la otra por ser Católica. Si bien existe libertad de cátedra, de expresión, de pensamiento, también es claro que la libertad no es absoluta. La libertad no puede atentar contra los derechos de las personas.

La perspectiva de género es un instrumento poderoso para combatir inequidades. Hay que conocerla y hay que aplicarla. Los ambientes masculinos y el derecho masculino ha fracasado por autoritario y por discriminador. Cuando la mujer sea plenamente respetada –al igual que las identidades excluidas tradicionalmente como los homosexuales y los indígenas– se enriquecerá la participación, se profundizará la democracia, el conocimiento jurídico se expandirá. En suma, la Facultad de Jurisprudencia ganaría promoviendo el respeto y la expansión de las libertades de las mujeres y de los diversos.

### b. En relación al Derecho

La comunidad jurídica (profesores y profesoras, abogados y abogadas, estudiantes, doctrinarios y doctrinarias) en este mundo moderno y globalizado no puede dejar de realizar un análisis de género en las normas jurídicas. En nuestra Constitución y en varios instrumentos internacionales el Ecuador se ha comprometido a prevenir y promover la igualdad sustancial en todos los ámbitos de la vida, incluido el legal[63].

El derecho no es y nunca será neutro[64]. Responde a los intereses de quienes los crean. Lo ideal es que esos intereses sean democráticamente determinados y que se evite las determinaciones en cuanto al desarrollo de la personalidad y la expansión de las libertades de la gente. Cuando hay intereses masculinos en las normas, que oprimen en la forma y en la aplicación, hay que deconstruir esas normas.

Se han eliminado gran cantidad de normas sexistas y que perjudicaban a la mujer. Se han establecido principios constitucionales sobre la igualdad, se han ratificado convenciones internacionales que prohíben normas y practicas discriminatorias contra la mujeres. Sin duda, avances. Sin embargo, la labor deconstructiva de normas aún no termina. Existen normas vigentes, como las citadas en este ensayo, que son franca y abiertamente inconstitucionales, que no hacen otra cosa que coartar la libertad y los derechos de las mujeres imponiéndoles limitaciones a sus derechos, obligándolas a cumplir con requisitos que violan su libertad y no le permiten desarrollarse plenamente como todo ser humano. Conviene identificar esas normas y cuestionarlas. Un Ecuador más justo y equilibrado lo demanda.

Las normas ejemplificativamente analizadas en este ensayo están, por las razones expuestas, fuera del ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto,

63 Constitución Política del Ecuador, Art. 23 (3); Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 1 y Art. 24.

64 El abordamiento teórico de esta afirmación la resuelve magistralmente el filósofo catalán Albert Calsamiglia, " Introducción a la ciencia jurídica, Barcelona, Ariel, 1990, 3ra edición, págs. 93-126. Desde una perspectiva crítica y empírica, ver García Villegas, Mauricio, y Rodríguez, César, "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos", en Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (lLSA) y Universidad Nacional de Colombia, 2003, págs. 15-66.

una autoridad pública o un juez deben inaplicarlas[65], y un profesor o profesora no debe enseñarlas.

La clave del análisis de género está en erradicar todo distinción de género para tener privilegios o desventajas en la sociedad.

65 Constitución Política del Ecuador, Art. 272 y Art. 273.

# III

## El género en el derecho

III

# 1

# Derecho constitucional

# Igualdad sin discriminación*

Joan Williams

**Sumario**

Introducción. **I.** Igualdad ante la ley. **1.1.** Eliminando los privilegios otorgados a los hombres y las desventajas padecidas por las mujeres. **1.2.** Eliminando privilegios otorgadas a las mujeres. **II.** Cuando la igualdad exige deconstruir normas masculinas. Como esto difiere de "acomodar las diferencias de las mujeres".

## Introducción

Parecería no ser controversial, entre las feministas y sus aliadas/os, que las mujeres tienen derecho a la igualdad de género. Aún así, la cuestión de la igualdad se vuelve compleja en el contexto del género. Porque, para citar a Aristóteles, el principio de igualdad exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también, a las diferentes, de manera diferente[1]. El «sentido común» dicta que hombres y mujeres son diferentes. Entonces, ¿qué significa igualdad en el contexto de género?

* Joan Williams, "Igualdad sin discriminación", en Género y Derecho, editado por Alda Facio y Lorena Fríes, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp. 75-97. Traducido por Paquita Cruz.

1 *Introduction To Aristotle, Potitics.* Book IiI, capítulo 8. McKeon, Richard, Ed. 1947, pág. 593.

Esto es lo que Pablo Pérez Tremps ha llamado «el gran problema técnico» en la legislación para la igualdad.[2] La experiencia en Estados Unidos sugiere que éste no permanece técnico por mucho tiempo. El uso de la retórica de la igualdad para socavar las demandas de las mujeres por pensión alimenticia marcó una pauta para las feministas. Originalmente, la pensión alimenticia era solamente asequible a las mujeres. Esta práctica se convirtió en blanco una vez que las feministas empezaron a insistir en la igualdad ante la ley. Entonces, la pensión alimenticia se hizo asequible también a los hombres, a menudo con resultados muy injustos.[3] En un caso reciente, una mujer que se estaba divorciando de su abusivo marido, un artista a quien ella había mantenido por años, descubrió que los estatutos del Estado, neutrales en términos de género, la hacían potencialmente responsable de mantenerlo, a pesar de que ella no sólo había ganado prácticamente todos los ingresos, sino que además, se había encargado de todo el trabajo doméstico y del cuidado de la prole.

A menudo, en América Latina, se me pregunta cómo es trabajar en una cultura en donde las feministas son tan fuertes. Mi respuesta es que las feministas norteamericanas han, a menudo, dispersado su fuerza en disputas sobre metas y estrategias. Ejemplo de esto es el debate sobre igualdad y diferencia. Un error del lado de la "igualdad" en ese debate surge cuando mujeres comunes tratan de actuar responsablemente en dirección equivocada. Por ejemplo, la mujer quien, ignorando la política de permisos por maternidad, que otras han logrado con sus luchas, decide regresar al trabajo una semana después del parto porque no quiere «trato especial». Ella está tratando de vivir a la imagen del profesional, muy concientemente diseñada en el siglo 19: hombre con apoyo de una esposa[4].

La desilusión con la igualdad ha surgido en muchos contextos. En el ámbito de la custodia, por ejemplo, las madres norteamericanas tradicionalmente, se suponía, tenían el derecho a la de sus criaturas de corta edad. Al igual que el derecho a la pensión, este supuesto se eliminó durante los pri-

2 Pérez Tremps, Pablo. *Curso IV: Mujer y Derechos Humanos* (Presentación sobre Igualdad y Diferencia). Movimiento Manuela Ramos, diciembre 1998.

3 Orr v Orr, 440 U.S. 268 (1979).

4 Ver MacKinnon, Catharine. *Feminism Unmodifted.* 1987, pág. 33; Williams, loan. *Unbending Gender: Market Work and Family Work in the 21st Cenlury.* Oxford University Press, 1999 (por salir), Capítulo 7.

meros años de la revolución feminista. El resultado ha sido que muchos padres varones norteamericanos hoy se comportan, en las negociaciones de divorcio, como si quisieran la custodia, aunque no sea así; al hacerlo, obligan a muchas madres a ceder en sus demandas económicas contra ellos, para garantizarse la custodia. Refiriéndose a estos ejemplos, feministas importantes norteamericanas, como Martha Fineman y Mary Becker, han argumentado que la igualdad hiere a las mujeres, y que el movimiento debería evitar expresar sus demandas con el lenguaje de la igualdad[5].

Sin embargo, las alternativas que ellas proponen tienen muchas limitaciones. Becker ha dicho que las feministas debemos apoyar las disposiciones que le regresan la custodia a las madres. Pero esto implicaría que, aunque un padre haya marginado su participación en la fuerza laboral para cuidar de la prole, de todas formas perdería la custodia si su esposa decidiera divorciarse de él. Este ejemplo resalta cómo volver a la custodia materna se convertiría en otra institución social para apostar a las mujeres de nuevo en los roles tradicionales femeninos, y a los hombres fuera de ellos; funcionaría para disuadir a padres que quieren cuidar de su prole, y como argumento que los esposos usarían contra las esposas que los quieren persuadir de participar por igual en el trabajo de la familia.

Martha Fineman ha argumentado que, en el contexto de la asignación de los bienes familiares en el divorcio, las feministas deberían enfocarse no en la igualdad, sino en qué necesitan las mujeres[6]. Sin embargo, en ambas Américas, el mandato social es darles igualdad a las mujeres, no llenar sus necesidades, ni las de ningún otro grupo social. En los Estados Unidos, la resistencia al lenguaje de las necesidades es ideológica. «De cada uno de acuerdo con sus posibilidades, para cada uno de acuerdo con sus necesidades»; si en Estados Unidos hay un principio que sea anatema, es éste[7]. En América Latina, la resistencia a llenar las necesidades sociales no es ideológica, sino práctica. América Latina tiene la más desigual distribución de ingresos

5 Ver, por ejemplo Fineman, Martha Albertson. *Feminist Theory in Law: The Difference it Makes.* 2 Colum. J. Gender & L. 1, pág: 10 (1992); Becker, Mary. Prinee Charming: "Abstract Equality", en *Feminist Legal Theory: Foundations.* Weisberg, D. Kelly, Ed. 1993, pág. 225 (en adelante Foundations).

6 Ver Fineman, Martha Albertson. *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform.* 1991, págs. 46-52.

7 Ver Marx, Karl. "Critique of the Gotha Program", en *The Marx-Engels Reader.* Tucker, Robert C., Ed. 2a ed. 1978, pág. 531.

en el mundo; llenar las necesidades de la ciudadanía está a menudo fuera de la agenda política porque parece ser económicamente imposible[8].

De manera parecida, el mandato de la no discriminación es uno de los principales y menos disputado de los elementos en la legislación de derechos humanos; los derechos económicos enunciados en el Convenio de Derechos Culturales y Económicos son mucho más debatidos. Muchas leyes y constituciones latinoamericanas también prometen igualdad de género. Así que regresamos a la pregunta: ¿qué es lo que se requiere con el principio de igualdad entre hombres y mujeres?[9]

Este artículo nos llevará más allá de los debates entre igualdad y diferencia, más allá de los argumentos de que la igualdad de género exige que tratemos a mujeres y hombres igualo que los tratemos diferente. Nos lleva más allá de la afirmación de Catharine MacKinnon, de que las mujeres deberíamos «recibir trato igual cuando somos iguales, diferente cuando somos diferentes. Pero así les sucede a los hombres: iguales y diferentes, también»[10].

Decir que la igualdad exige que las mujeres sean tratadas igual cuando son iguales, y diferente cuando son diferentes, es una aseveración que a menudo dejará a las mujeres en una posición vulnerable. El tradicionalista responderá que es legítimo discriminar contra las mujeres casadas en el lugar de trabajo, porque –como resultado de matrimonios contraídos libremente– las madres saben que de ellas se espera cuidar a la prole y el hogar; los patronos deberían tener el derecho de dar los mejores empleos a los trabajadores que no están sobrecargados con responsabilidades familiares, y por lo tanto pueden dedicar toda su atención al trabajo. Esto es tratar a las mujeres diferente porque están en una situación distinta a la de los hombres. ¿Es esto entonces consonante con el principio de igualdad de género para ellas?

8 Duyea, Suzanne y Székely, Miguel. *The Haves and lhe Have-Nots.* Banco Interamericano de Desarrollo, Office of the Chief Economist, Latin American Economic Policies. No. 5, 4th quarter. 1998, pág. 1.

9 Ver "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", reproducido en *A Compilation of Internalional lnstruments.* Vol 1: Universal Instruments. 1994; "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", en *idem.,* pág. 20; Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, en *idem.,* pág. 145; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* 1993, págs. 519-39.

10 Ver MacKinnon, *op. cit.,* pág. 37.

Claro que no. Yo argumentaré que tratar a mujeres y hombres de igual manera, a menudo exige más que igualdad simple ante las leyes e instituciones existentes. Como han señalado por largo tiempo las feministas, muchas leyes e instituciones están estructuradas alrededor de los cuerpos y patrones de vida de los hombres[11]. Cuando éste es el caso, la igualdad de género exige la eliminación de estas normas masculinas, como primer paso para traer la igualdad a las mujeres. De éstas se dirá mucho más, pero por ahora será suficiente un simple ejemplo: las normas del o la trabajadora ideal en el trabajo de mercado.

Este trabajo está diseñado alrededor de un trabajador ideal que labora tiempo completo y extra, y no toma tiempo libre para partos ni crianza de criaturas. Esta no es una norma sin género. Está estructurada alrededor de los cuerpos de los hombres, quienes no quedan embarazados. También alrededor de las biografías de ellos, quienes –tanto tradicionalmente, como hoy, en las dos Américas –están apoyados por un torrente de servicios domésticos de ellas. Las mujeres en los Estados Unidos todavía hacen dos tercios del trabajo del hogar y el 80% del cuidado infantil; una sospecha que los números son todavía más altos en otras partes. Ellas no gozan del torrente de trabajo familiar que apoya a los trabajadores ideales masculinos, ni tampoco disfrutan de otros privilegios de género que les permiten a los hombres cumplir como trabajadores ideales; por ejemplo, la capacidad de mudar a sus familias para recibir capacitación, o para aprovechar buenas oportunidades de trabajo[12].

Personas con varias formas de cuerpo pueden desempeñarse como trabajadores ideales –no es una norma vinculada al sexo. Pero sí con el género: con los privilegios de género que gozan los hombres como grupo. Por lo tanto, otorgarles a las mujeres iguales oportunidades para desempeñarse como trabajadoras ideales, solamente les da oportunidad de vivir según las normas fijadas por ellos, sin tener cuerpos de hombre ni contar con el torrente de trabajo familiar asequible a los trabajadores ideales masculinos. Tratar a hombres y mujeres igual frente a la norma del trabajador ideal masculino no ofrece verdadera igualdad de género, sino una continua discriminación contra las mujeres.

La igualdad de género sin discriminación requiere, primero, que la norma del trabajador ideal sea sustituida con una que no exija de las personas

11 Ver *idem.,* págs. 36-37 (cuerpos y biografías de hombres).

12 Ver Williams, *op. cit.,* Introducción.

que trabajan, el poder social que tienen los varones, ni el torrente de trabajo familiar y otros privilegios asequibles a la mayoría de los hombres, pero a muy pocas mujeres. Este artículo generaliza este punto, argumentando que la igualdad sin discriminación exige, no sólo igual trato a ambos sexos, sino también la deconstrucción de las normas masculinas actualmente empotradas en muchas leyes e instituciones sociales. Para identificar las normas masculinas y valorar cómo diseñar nuevas políticas que sustituyan las instituciones y normas tradicionales generizadas, es necesario un análisis de la igualdad que incluya uno del género como poder social.

El entendimiento consecutivo de la igualdad elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. La igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no estén diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley o norma; o el cambio de la forma en la cual la persona que toma las decisiones pertinentes, aplica la norma o ley existente.

En otras situaciones no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos / as actores / as sociales, muchas/os de ellas / os motivadas / os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres. En tales contextos, en los cuales muchos / as actores / as operan en un proceso de toma de decisiones descentralizado, la igualdad de género exige, no sólo igual tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa.

## I. Igualdad ante la ley

### 1.1. Eliminando los privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres y las desventajas tradicionalmente padecidas por las mujeres

Empiezo con situaciones en las cuales la igualdad de género no exige más que igual trato ante la ley. En los Estados Unidos, este principio fue establecido en

la legislación constitucional por litigios que llevó Ruth Bader Ginsberg, quien entonces trabajaba para una organización no gubernamental llamada *American Civil Liberties Union Women's Rights Project,* y ahora es magistrada de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Ginsberg entabló casos diseñados para eliminar las desventajas tradicionales de las mujeres ante la ley. Ejemplo entre éstos es aquel de 1971, que objetaba una ley estatal de la Florida, la cual estipulaba que si dos personas de categoría elegible aspiraban a administrar un patrimonio, se preferiría automáticamente al hombre por sobre las mujeres[13]. El Estado de Florida justificaba la ley diciendo que daba trato diferente a hombres y mujeres porque, de hecho, no eran iguales: sus roles domésticos y su exclusión de los públicos, significaba que la mayoría de las mujeres probablemente tendrían menos pericia en asuntos financieros de la que tendrían los hombres. Un feminismo que permitiera que se trate diferente a las mujeres cuando «verdaderamente» son diferentes, dejaría a las mujeres vulnerables ante este tipo de tratamientos discriminatorios.

La solución de Ruth Bader Ginsberg fue desviar la atención de las diferencias, y argumentar que se debería prohibir a las y los actores gubernamentales categorizar a las personas individuales con base en el sexo. En parte, esta estrategia se originó en las peculiaridades de las leyes constitucionales de los Estados Unidos, pero también reflejó su comedido cálculo de que, si a las legislaturas estadounidenses se les permitía usar categorías basadas en el sexo, terminarían usándolas para colocar a las mujeres en roles tradicionales de género. Por lo tanto, la insistencia de Ginsberg en prohibir el uso de categorizaciones basadas en el sexo no era tanto una *teoría* de igualdad, como una *estrategia* para restringir a actores con quiénes no se podía contar para no discriminar, si se les permitiera tratar a las mujeres diferente que a los hombres.

En la actualidad, en Latino América, la eliminación de los privilegios masculinos tradicionales continúa siendo un punto importante en la agenda. Quizá un ejemplo sobresaliente es la ley guatemalteca, la cual todavía exige a las mujeres permiso de sus maridos para poder salir a trabajar[14]. La aplicación del principio que prohíbe a las legislaturas categorizar con base en el

13 Reed v Reed, 404 U.S. 71 (1971).

14 Código Civil de Guatemala, Párrafo IV, Art. 114, Esta sección del código se sostuvo contra una recusación constitucional en la Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Expediente 84-92, y ha sido apelada ante el sistema interamericano.

sexo, declararía sin lugar ese, estatuto, como incongruente con la igualdad de género.

Otros casos también atañían a la eliminación de los privilegios masculinos tradicionales sobre los beneficios sociales, que han acompañado el rol de macho proveedor. En uno de ellos, Weinberger v Weisenfeld, la ONG de Ginsberg representó a un padre, quien quería quedarse en casa criando a su hijo después de la muerte de su esposa[15]. No lo podía hacer porque la Seguridad Social otorgaba pensión a las viudas, pero no a los viudos. La Corte Suprema dictó que otorgarles la pensión solamente a ellas, violaba la garantía de igual protección en la Constitución de los Estados Unidos. En otro caso, Frontiero v Richardson, la misma representó a una soldada, quien quería declarar a su marido como dependiente, para poder calificar para una bonificación más alta de alquiler y beneficios médicos y dentales para su familia. No podía hacerlo, porque las regulaciones militares permitían que todos los hombres declararan a sus esposas como dependientes, pero exigía a las mujeres que deseaban hacer lo mismo, probar que ellas ganaban la mitad, o más, de todo el ingreso familiar. De nuevo, la Corte Suprema eliminó la regla objetada como una violación a la Cláusula de Igual Protección[16].

Weisenfeld y Frontiero extendieron a las trabajadoras ideales, privilegios tradicionalmente ofrecidos solamente a los trabajadores ideales. En este tipo de contexto, la igualdad requiere solamente de igual trato a ambos sexos, porque ellas ya están ocupando el rol de trabajador ideal tradicionalmente restringido a ellos, y el único obstáculo en su camino para poder gozar de privilegios asociados con ese rol masculino, son las reglas formales que limitan la eligibilidad de esos privilegios a los hombres.

Dado que los privilegios tradicionalmente asequibles a los varones son incongruentes con la igualdad de género, ¿cual es el remedio adecuado? Aunque a este paso no se le ha reconocido la necesidad de un análisis preciso en el feminismo de los Estados Unidos, de hecho, es extremadamente importante desarrollar un método separado para diseñar la medicina adecuada, una vez que se ha determinado que la ley o regla actual viola el principio de igualdad de género.

En este contexto, es digna de nota la estipulación del código peruano, que con la pretensión de eliminar la regla tradicional de que las mujeres ca-

15 420 U.S. 636 (1975).

16 411 U.S. 677 (1973).

sadas no pueden trabajar fuera de la casa sin permiso de sus maridos, extiende ese derecho de veto a las mujeres. Cito:

Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro[17].

Para captar porqué este remedio es inadecuado, es necesario combinar un análisis de igualdad, con un análisis de género y poder. En los Estados Unidos, este análisis ha tendido a enfocarse en la erotización de la dominación: en las formas en las cuales nuestra sexualidad está vinculada con la erotización del ejercicio del poder sobre las mujeres, en la violencia doméstica, el hostigamiento sexual y la violación. Pero nuestras estructuras de trabajo y familia heredadas, también operan para dar a los hombres poder sobre las mujeres: ejemplos sobresalientes son la norma del trabajador ideal y el sistema resultante, el cual procura el cuidado de la niñez marginando económicamente a quienes lo proporcionan. Es necesario que las feministas hagan un análisis de género y poder en cada análisis de igualdad de género, excepto en la limitada situación en la cual el asunto es si las mujeres que viven según las normas masculinas pueden recibir privilegios tradicionalmente asequibles sólo a los hombres.

Para volver al estatuto peruano, el análisis parte del hecho que, en todas las Américas, se considera, tradicionalmente, que los hombres son quienes se ganan la vida, son los proveedores, mientras que las mujeres no[18]. Este patrón ha sido puesto en tela de juicio por el feminismo, con el resultado de que los roles de las mujeres son cuestionados y están en proceso de cambio. Pero el deber y derecho de los hombres a trabajar en el mercado nunca ha sido seriamente puesto en duda, ni antes del feminismo, ni ahora. Por lo tanto, los hombres tienen permiso tácito para trabajar fuera del hogar, por el rol de proveedor que se vincula culturalmente con la masculinidad. Por la unión entre trabajo de mercado y hombría, la mayoría de ellos siente que no les queda más elección que desempeñarse como trabajadores ideales, hasta donde su clase y raza se los permite. El vínculo cultural entre trabajo de mercado y hombría también significa que pocos hombres tienen elección eco-

17 Código Civil. Analizado y comentado por el Dr. Hemán Figueroa Estremadoyro. Título II, Art. 293. Colección Jurídica Inkari, 1998.

18 Ver Potuchek, Jean. *Who Supports The Family? Gender And Breadwinning In Dual-Earner Marriages,* 1997; Williams, op. cit., Introducción.

nómica alguna, más que trabajar, ya que la mayoría típicamente gana más que sus esposas[19].

Dadas estas condiciones sociales, pocas mujeres tendrán oportunidad real de prohibirle a sus esposos que trabajen afuera del hogar, aunque una ley les dé derecho formal de hacerlo. Como señaló Alda Facio, la ley debe analizarse en tres niveles; darles a las mujeres un derecho formal que nunca se ejercerá por causa de los derechos que los hombres tienen a nivel social, no es un remedio que ofrezca verdadera igualdad. La concesión formal a las mujeres, de poder de veto sobre sus maridos, se vuelve una ficción cínica[20].

Lo mismo no es cierto de la prohibición de los hombres al derecho de ellas a trabajar fuera del hogar. En el nivel social de la costumbre, no hay aprobación tácita que otorgue a las mujeres el derecho a involucrarse en el trabajo de mercado por el hecho de serlo (en agudo contraste con la situación con respecto a los hombres). Además, impedir a una mujer su desempeño en el mercado laboral no se interpretaría como una castración a su feminidad, mientras que si se hiciera lo mismo a un hombre, se entendería como una castración a su hombría. Para terminar, por supuesto que muchos esposos pueden darse el lujo de prohibirles a sus esposas trabajar fuera del hogar, porque la mayoría de ellos gana más que ellas (en gran parte, porque han gozado de dos privilegios masculinos clave: el derecho a un torrente de trabajo familiar de sus esposas, y el derecho a mudarse con sus familias, si es «necesario» para promover sus carreras). En este contexto social, el otorgamiento a los hombres de poder de veto sobre la participación de sus esposas en la fuerza laboral, no es una ficción. Al contrario, es muy real.

Hasta que no evaluemos cualquier remedio propuesto contra un análisis de la relación entre género y poder, no podremos estar seguras de que aquel no implica dar a las mujeres igualdad formal en una situación en la cual el género empotrado dentro de la economía y dentro de nuestras definiciones de masculinidad y feminidad- volverá completamente ficticio lo que a primera vista parece ser igual trato. Un análisis de género y poder nos demuestra que, al enfrentar problemas que se originan de los privilegios tradicionales

19 Los hombres en los Estados Unidos ganan, en promedio, 70% de los ingresos familiares. Rose, Stephen. On Shaky Ground: Rising Fears About Incomes And Eaming. National Commission for Employment Policy Research Report No. 94-02, 1994.

20 Facio, Alda. *Cuando El Género Suena, Cambios Trae.* 1996, págs. 73-86.

de los hombres y de las desventajas tradicionales de las mujeres, la verdadera igualdad de género exige eliminar las desventajas tradicionales vinculadas con el sexo tanto para ellos como para ellas, más que pretender aplicar la desventaja «por igual» a ellos, en un contexto social en el cual tienen ciertos privilegios sociales de los cuales las ellas carecen.

Aunque el principio de igual trato ante la leyes muy importante en los casos que atañen a los privilegios tradicionalmente gozados por los hombres, el planteamiento de tratar a mujeres y hombres de igual manera choca con dificultades cuando se aplica, no a las desventajas tradicionales de ellas, sino a sus privilegios tradicionales. Un ejemplo de ésto es la pensión alimenticia.

Esta es uno de los (relativamente pocos) derechos económicos otorgados a las mujeres que proporcionan cuidado y atención. Como señalé anteriormente, el principio de igualdad, tradicionalmente, se ha aplicado ampliando la pensión alimenticia, para que ésta no esté limitada solamente a ellas, sino que también sea asequible a ellos. También señalé antes el hecho de que este cambio a menudo causa daño a las mujeres, y ha llevado a algunas feministas en los Estados Unidos a preguntarse si la igualdad las daña o las ayuda. Se me ha dicho que también algunas latinoamericanas se preguntan lo mismo frente a nuevas leyes de pensión alimenticia, neutrales en términos de género.

### 1.2. Eliminando privilegios tradicionalmente otorgados a las mujeres

«Lo que es bueno para el ganso es bueno para la gansa también». En otras palabras, no podemos esperar eliminar privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres, sin también eliminar los privilegios tradicionalmente otorgados a las mujeres.

Algunas feministas estadounidenses han argumentado que la confusión generada por la teoría de la igualdad es señal de que las feministas deberían evitar la gran teoría, y concentrarse en aquello que ayudará a las mujeres, sin preocuparse por las implicaciones teóricas involucradas[21]. Esta sugerencia va más de acuerdo con la disposición norteamericana, con su aversión por la teoría, que con la latina, en donde la amplia gama de discurso político hace que la gente sea más conciente de lo que hace y sus acciones se reflejan en la

21 Ver Fineman, Martha. Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship. 42 Fla. L. Rev. 2S (1990).

teoría. Este abordaje antiteorético tiene riesgos en cualquier contexto, porque manda el mensaje de que las feministas están dejando de lado su reclamo moral por la igualdad, y están en la arena, con otros agentes políticos, en una rebatiña por lograr lo que sea.

Para generar una teoría congruente, una debe empezar por que la posición de eliminar privilegios tradicionales masculinos, en nombre de la igualdad, también exige eliminar los asignados solamente a las mujeres. Pero esto no dicta ningún *remedio* particular, sobre cómo proceder después de que los privilegios vinculados con sexo se eliminan. En el contexto de las pensiones alimenticias han surgido problemas cuando las normas tradicionales de la pensión, vinculadas con el sexo, son cambiadas para que los hombres también sean elegibles para ella, con base en la necesidad.

Aunque la necesidad es la prueba tradicional para la pensión, el requisito se impuso para limitar la gama de esposas elegibles en un contexto social en el cual virtualmente todas las esposas eran económicamente dependientes de sus maridos[22]. En el mundo en el cual se formuló la norma para las pensiones alimenticias, aquello fue aceptado corno un hecho. El propósito de la norma de la necesidad era limitar la pensión para una subclase de esposas dependientes: aquellas sin habilidades laborales o sin un ingreso independiente para mantenerse sin la ayuda de sus exmaridos.

En resumen, el propósito de las pensiones era ofrecer ingresos post matrimoniales a personas adultas que habían sido marginadas por el rol de esposas, o más precisamente, por el rol de cuidado que asumen las madres casadas, cuyo trabajo fue (y es) proporcionar aquel torrente de cuidado infantil y otros servicios domésticos necesarios para apoyar al marido trabajador-ideal. De esta manera, una norma neutral en términos de sexo para la pensión alimenticia la proporcionaría a todas las personas, sin importar la forma de sus cuerpos, que hubieran desempeñado el papel de cuidador I a marginada I o que exige la actual estructura del trabajo de mercado, siempre que pudieran demostrar necesidad.

De esta manera, en el caso mencionado en la introducción, del artista cuya esposa se había desempeñado tanto en el trabajo de mercado como en el grueso del trabajo familiar, por mientras duró el matrimonio, la pensión no sería ase-

22 Ver, por ejemplo, Uniform Marriage & Divorce Act, Sección 308.

quible. Porque la dependenca del artista difiere de aquella de la esposa tradicional. A diferencia de ella, el artista no aportaba el torrente de trabajo familiar para apoyar la capacidad de su esposa para desempeñarse como trabajadora ideal. El no asumió el rol de cuidador marginado que da pie a las solicitudes de pensión. Por lo tanto, él no llena el requisito mínimo, no cargó con el rol marginal, tradicionalmente desempeñado por las mujeres.

En contraste, tomemos la situación de un hombre que ha sido amo de casa, que ha dejado su carrera para cuidar a la prole, mientras su esposa se desempeñaba como trabajadora ideal. En ese contexto, el esposo desempeñó el rol de género para el cual fue diseñada la pensión alimenticia. Por lo tanto, a él se le permitiría pedirla, si pudiera probar que tiene necesidad de ella.

Es de notar que el punto clave, en contextos que atañen a los privilegios tradicionales de las mujeres, es que éstos deberían desvincularse del sexo –de la forma del cuerpo– y vincularse al *género* –a los roles sociales tradicionalmente asignados a las mujeres.

Un reexámen del trabajo temprano de las comunmente consideradas feministas de la igualdad (sameness), Ruth Bader Ginsberg y Wendy Williams, demuestra que estos son los tipos de remedios por los cuales ellas abogaban[23]. Entonces, ¿de adonde vienen las acusaciones de que existe un grupo de feministas de la igualdad que defienden tratar a hombres y mujeres por igual, aún cuando esa estrategia daña a las mujeres? Ahora vemos que esta denuncia significa que algunas feministas han abogado por eliminar los privilegios tradicionales ofrecidos a las mujeres. Esto describe a unas pocas feministas. Por ejemplo, la connotada feminista norteamericana, Herma Hill Kaye (quien ayudó a Ruth Ginsberg a escribir el primer libro de texto sobre mujeres y Derecho, y quien es ahora decana de la escuela de leyes en Berkeley) abogó, por un tiempo, por abolir la pensión para las mujeres más jóvenes, con la esperanza de que esto las hiciera desistir de marginarse del trabajo de mercado. Pero pronto se dio cuenta de que esta propuesta dañaría a las mujeres, y la retiró, reconociendo que había sido poco atinada. Ahora vemos porqué. El principio general es que, cuando se trata de eliminar privilegios tradicionales

23 Ver, por ejemplo, Williams, Wendy W. "Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/ Special Treatment Debate", en *Foundations, op. cit.,* pág. 144; Williams, Wendy W. "Notes from a First Generation". 1989 U. Chi. L.F. 99; Ginsberg, Ruth Bader. "Gender and the Constitution". 44 U.Cin. L. Rev. 1, págs. 28, 30-40 (1975).

vinculados al sexo que tienen las personas que se dedican a dar cuidado, dichos privilegios deberían desvincularse del sexo (de la forma del cuerpo) y vincularse más bien al género (al rol social)[24].

Una vez adoptado este acercamiento, se eliminan algunas de las principales contraindicaciones del tratamiento igual a hombres y mujeres ante la ley. Otro ejemplo es la experiencia con la eliminación de la custodia materna. En ese contexto, la tendencia predominante en los Estados Unidos ha sido hacia la custodia compartida. Este resultado podría parecer mandato de los tratados de derechos humanos, que dictan que ambos, padre y madre, conservan derechos paterno/maternos después del divorcio.

La custodia compartida funciona bien en aquellas situaciones, la minoría, en las cuales ambos, madre y padre, la eligen libremente porque están igualmente comprometidos a proporcionar la mitad del cuidado diario de la criatura; de hecho, en ausencia de violencia o algún otro problema agudo en la dinámica familiar, ésta es probablemente la solución ideal de custodia. El problema con la custodia compartida, al estilo norteamericano, es que, cuando se convierte en presunción en casos en los cuales no se comparte por igual el cuidado diario, ésta le da al padre los mismos derechos de controlar la vida y trabajo de la madre que tuvo durante el matrimonio. En aproximadamente un 90% de las familias con custodia compartida, la criatura todavía vive con la madre, pero como la custodia es legalmente compartida, el padre gana derechos importantes. Primero, conserva, en efecto, el derecho que los padres tienen en el matrimonio intacto: proporcionar solamente un pequeño porcentaje del trabajo diario de la crianza, mientras mantienen iguales derechos en tomas de decisión importantes para ésta. Que el padre tenga el derecho de disponer cómo deben las madres desempeñar el cuidado y atención necesarios para criar una criatura, está muy alejado de la igualdad para las mujeres. Segundo, las cortes han mostrado menos voluntad, en casos en los cuales padre y madre tienen custodia legal compartida, de permitir que la madre se mude, para tener un mejor empleo, o estar cerca de la familia u otras redes de apoyo. Esto es de particular importancia porque, en las familias intactas, la familia muy a menudo vive en dónde al padre le convenga más, ya sea por su trabajo u otras preferencias. Prohibirle a la madre mudarse

24 Kaye, Herma Hill. "Equality and Difference: A Perspective on No-Fault Divorce and Its Aftermath". 56 *U.Cin. L. Rev.* 1 (1987); Kaye, Herma Hill. "Commentary: Toward a Theory of Fair Distribution". *57 Brook. L. Rev.* 755 (1991).

después del divorcio, en efecto, obliga a la madre a continuar viviendo en un lugar elegido por las conveniencias de su anterior marido, hasta después de que el matrimonio ha terminado. En una sociedad en la cual se espera que las esposas sigan a sus esposos, prohibirle a una madre que tiene la custodia mudarse, también significa que ella tendrá, a menudo, que escoger entre la prole y un nuevo marido, quien quiere o «necesita» mudarse para perseguir buenas oportunidades de trabajo[25].

Es claro que la custodia compartida va en contra de las mujeres de muchas maneras. También lo hace el análisis predominante, que es investigar cuál es el mejor interés del o la niña[26]. Esto se convierte en una pesquisa sobre quién es el mejor padre o madre, en un contexto social en el cual los jueces a menudo asumirán que, un padre que hace el 20% del trabajo familiar es más admirable que una madre que hace el 50%, si en la sociedad la mayoría de las madres hacen el 100% y muchos padres virtualmente nada. El no expresado y muy sexista supuesto de que el trabajo de cuidado y atención que proporcionan las madres es derecho de los padres, a menudo distorciona la investigación a la cual «los mejores intereses del o la niña» obligan.

Una alternativa es cambiar privilegios que tradicionalmente se vinculan con la forma del cuerpo, en privilegios vinculados con roles de género. Esto significaría la presunta custodia de cualquiera que haya marginado su participación en el mercado de trabajo, para proporcionar cuidado y atención. La mejor propuesta es la de Karen Czapanskiy, que parte del principio que –en una sociedad que procura el cuidado infantil marginando a quién lo da– la niñez necesita poder depender, no sólo del cuidado continuo del o la adulta de la cual dependen, sino también del otro, padre o madre, para que apoye a la persona que da el cuidado. Por lo tanto Czapanskiy propone que, después del divorcio, la custodia se otorgue corno reflejo de la división del cuidado infantil mientras el matrimonio (o unión libre) estuvo intacto, y que la persona que no tiene la custodia primaria tiene derecho al apoyo de su anterior

25 Ver Bartlett, Katharine y Harris, Angela. *Gender And Law: Theory, Doctrine, Commentary.* 1998, págs. 457-64 (información sobre los impactos de la custodia conjunta).

26 Cf. Kearney, Mary Kate. "Symposium: Children and the Law. The New Paradigm in Custody Law. Looking at Parents With a Loving Eye". 28 Ariz. St. L.J. 543, pág. 553 (1996) (resúmenes de críticas de las normas del mejor interés: «pueden facilmente convertirse en un resumen de los prejuicios de una persona individual».)

pareja. «Apoyo» implica no sólo apoyo financiero; bajo este modelo, las visitas del padre o la madre que no tiene la custodia se convierten, no en privilegio, sino en deber. Este modelo proporciona sanciones importantes en una sociedad en donde los padres llegan a visitar sólo cuando a ellos se les antoja, y llenan de decepción a la criatura cuando a ellos no se les antoja[27].

Para resumir: la igualdad formal, o la igualdad ante la ley, es un importantísimo principio para lograr la igualdad de género. En contextos en los cuales están involucrados los privilegios tradicionales de los hombres, la igualdad se puede alcanzar simplemente abriendo esos principios para todas las personas, sin que importe la forma del cuerpo. En el contexto de los privilegios tradicionales de las mujeres, el remedio correcto es hacer esos privilegios accesibles a todas las personas que asumen roles de género - notablemente el papel de cuidadora marginada- que tradicionalmente desempeñan las mujeres.

La igualdad formal es un primer paso importante para lograr la igualdad para las mujeres, por varias razones. Es efectiva para abrir los privilegios tradicionales de los hombres a las mujeres; como son los beneficios que han tradicionalmente acompañado la condición de trabajador ideal. También es efectiva para eliminar las tradicionales desventajas de las mujeres, como es la prohibición para ellas de hacer trabajo de mercado sin el permiso de sus maridos. Finalmente, es positiva para abrir las ventajas tradicionales de las mujeres para hombres que desempeñan roles tradicionalmente asociados con las mujeres, especialmente el de cuidadora marginada. (Lo último es importante, porque sin ello, los hombres no comenzarán a interesarse en ocupar roles de cuidado y otros, tradicionalmente desempeñados solamente por mujeres.)

En cada contexto, el compromiso con la igualdad formal debe venir acompañado de atención especial a la manera de moldear el remedio que abra el camino para el cambio de género (gender flux), sin dañar a las mujeres que están en roles tradicionales. Estas medidas correctivas pueden servir para exacerbar la

27 Ver Czapanskiy, Karen. *Santa Clara L.Rev.* (1999) (por salir). Czapanskiy trabaja sobre la sugerencia de Elizabeth Scott, de que la custodia debería ir de acuerdo con las proporciones de cuidado desempeñadas por padre y madre antes del divorcio. Ver Scott, Elizabeth. "Pluralism, Parental Preference, and Child Custody". *80 Cal. L. Rev.* 615 (1992). Hay que tener en cuenta que el modelo de Czapanskiy daría iguales derechos a padres y a madres que se encargan de la crianza básica. También les daría a padres que han tenido mayor participación en el cuidado durante el matrimonio más derechos después del divorcio, introduciendo, por lo tanto, en el matrimonio, un incentivo para que los padres asuman más igualitariamente el paternazgo.

desigualdad de las mujeres, en vez de aliviarla, a no ser que se diseñen con especial atención al vínculo entre género y poder. La sensibilidad al género y al poder brindará pautas para el diseño de medidas correctivas para lograr igualdad de género. Primero, *los privilegios tradicionales de los hombres* deberían extenderse a las mujeres que desempeñan roles tradicionalmente masculinos. Segundo, *las desventajas tradicionales de las mujeres* deberían ser eliminadas para ambos sexos; pretender extenderlas a los hombres, inevitablemente resultará ser una ficción. Finalmente, *los privilegios tradicionales de las mujeres* deberían extenderse a los hombres que desempeñan roles tradicionalmente femeninos, cambiando el objetivo de ellos, de sexo (forma del cuerpo) a género (roles sociales).

Todos estos pasos ayudarán a las mujeres que deseen moverse hacia roles tradicionalmente masculinos (y a los hombres que deseen moverse a roles tradicionalmente femeninos), sin eliminar los privilegios tradicionales de las cuidadoras marginadas y otras mujeres en roles tradicionalmente femeninos.

En este punto encontramos los límites de la igualdad formal. Porque la meta del feminismo no es simplemente permitir a una minoría de mujeres, quienes no se conforman con el estereotipo, entrar en roles tradicionalmente masculinos. El feminismo también debe dirigirse a las necesidades de la gran cantidad de mujeres que permanece en papeles tradicionalmente femeninos. Por ejemplo, aún en Estados Unidos, en donde grandes cantidades de mujeres integran la fuerza laboral, las madres permanecen al margen del trabajo de mercado: aproximadamente el 60% de las madres casadas y el 50% de las solteras, no se desempeñan como trabajadoras ideales, ni aún en el sentido mínimo de trabajar a tiempo completo[28]. El objetivo final del feminismo es traer igualdad a las mujeres –no sólo a las mujeres cuyas biografías son iguales

28 Ver Kalleberg, Anne L. "Part-Time Work and Workers in the United States: Correlates and Policy Issues". *52 Wash & Lee L. Rev. 771,* pág. 780 (1996); Bureau ofLabor Statistics, U.S. Department of Labor, Unpublished Marital and Family Tabulations from the Current Population Survey. 1996, tb1.28A. (<<Unemployed Persons Not at Work and Persons at Work in Nonagricultural Industries by Actual Hours of Work at Al! Jobs during Reference Week, Marital Status, Sex, and Age, Annual Average 1995») (aquí en adelante Datos del BLS). He calculado el porcentaje de madres casadas que trabajar! tiempo parcial sobre diferente base que el BLS. El Bureau clasifica a cualquiera que trabaje más de treinta y cinco horas por semana como tiempo completo; yo clasifico a cualquiera que trabaje menos de cuarenta horas por semana como tiempo parcial, basándome en mi percepción de que la mayoría de la gente empleada considera que tiempo completo es por lo menos cuarenta horas por semana.

a las tradicionales de los hombres. ¿Cómo, si en algo, ayuda la promesa de igualdad a las mujeres con cuerpos y biografías tradicionalmente femeninas?

## II. Cuando la igualdad exige deconstruir normas masculinas

La idea de que gran parte del mundo está diseñada alrededor de las normas masculinas ha sido, por largo tiempo, básica en el análisis feminista. La mejor afirmación ha sido la de Catharine MacKinnon:

La fisiología de los hombres define los deportes, sus necesidades definen la cobertura de los seguros de vida y de automóviles, sus biografías socialmente diseñadas definen las expectativas en el lugar de trabajo y los patrones de carreras exitosas, sus perspectivas y preocupaciones definen la calidad del saber, sus experiencias y obsesiones definen el mérito, sus servicios militares definen la ciudadanía, su presencia define a la familia, su incapacidad de llevarse bien los unos con los otros –sus guerras y sus gobiernos– definen la historia, su imagen define a dios, y sus genitales definen el sexo. Para cada una de sus diferencias con las mujeres, está vigente un tipo de plan de acción afirmativa, lo cual es conocido como la estructura y valores de la sociedad americana[29].

Los horarios del trabajador ideal son otro ejemplo de la norma masculina. Especialmente en contextos, como Estados Unidos, en donde los trabajadores ideales trabajan cantidades considerables de horas extra, desempeñarse como trabajador ideal es incongruente con las nociones comunes de cuánta atención y cuidado de padre y madre necesitan hijas e hijos[30]. Como ya se ha señalado, esto significa que, para desempeñarse como trabajador ideal, es necesario el apoyo de una esposa cuidadora marginada. Dejar este sistema intacto implica que la mayoría de las madres casadas «escogerán» no desempeñarse como trabajadoras ideales, porque para ellas esa elección significa algo diferente que para los hombres: ellos saben que si no les proporcionan cuidado a hijas e hijos, las mujeres lo harán, mientras que ellas saben que si no lo hacen ellas mismas, la única alternativa es delegarlo en una trabajadora doméstica. Aunque las domésticas hagan muy bien su

29 Mackinnon, *op. cit.,* pág. 36.

30 Ver Schor, Juliet B. *The Overworked American: The Unexpected Decline Of Leisure,* 1991.

trabajo, no son madres: poca gente siente que el cuidado materno / paterno y el cuidado de mercado es fungible. (He llamado a este sentido la norma de cuidado materno/paterno).

En este contexto, dejar intacta la norma del trabajador ideal no brinda igualdad para las mujeres. Impide la igualdad de oportunidades, salvo para las mujeres trabajadoras ideales: en los Estados Unidos, dichas mujeres ganan el 90% del salario promedio de los hombres[31]. y las madres, que componen casi el 90% de las mujeres, ganan solamente el 60% del salario promedio de los padres[32]. Estas estadísticas reflejan que, ofrecerles a las mujeres la oportunidad de desempeñarse como trabajadoras ideales, sin el torrente de trabajo familiar que apoya al trabajador ideal masculino, no es una oferta de igualdad, sino de discriminación prolongada. La verdadera igualdad económica de las mujeres exige deconstruir la norma del trabajador ideal, y reconstruir el trabajo de mercado con la oferta de horarios más flexibles, que permita a las trabajadoras y trabajadores dar a la niñez los tipos de cuidado diario que sentimos necesitan.

Existe literatura abundante sobre otros tipos de normas masculinas. Un ejemplo sobresaliente es el elegante análisis de Elizabeth Schneider, de la forma en que los jueces aplican la doctrina de la defensa propia en el derecho penal. En los Estados Unidos, el caso paradigma para la defensa propia es una riña de bar. En ese contexto, los jueces exigen que la amenaza sea <<inminente» para que se justifique el uso de la defensa propia. (Entiendo que en muchos países latinoamericanos también es necesaria una amenaza inmediata, aunque el caso paradigma es el de un intruso en el hogar)[33].

Schneider señala que esta norma para la defensa propia deja a muchas mujeres vulnerables en casos de violencia doméstica. El ejemplo clásico es cuando un marido o conviviente la ha golpeado severamente durante varios años. Luego las golpizas se intensifican en fuerza o frecuencia, ya menudo hay amenazas de muerte. Supongamos que ella ha tratado repetidamente de

31 Ver Waldfogel, Jane. "Understanding the «Family Gap» in Pay for Women with Children". 12 *J. Econ. Persp* 137 (1998).

32 Ver Waldfogel, Jane. "Effect of Children on Women's Wages". 62 Am. Soc. Rev. 209 (1997).

33 Ver Schneider, Elizabeth M. "Describing and Changing: Women's Self Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering". *14 Women's Rts. L. Rep. 213,* págs. 218-30 (1992); Conversación con Marcela Huaita, diciembre de 1998.

huir, o no lo ha intentado porque cree que cumplirá con sus amenazas de matarla si lo hace. En los Estados Unidos ella tiene derecho a una orden protectora que le prohíbe a él acercársele, pero obviamente la policía no puede protegerla las veinticuatro horas del día. Quizás ella haya intentado ir a la policía antes, y han rehusado ayudarla; más bien le han preguntado qué ha hecho para provocarlo, y le han recomendado que evite hacerlo en el futuro. En consecuencia, ella (justificadamente) cree que no puede contar con la protección policíaca, y que si trata de irse, él la matará. Ella rehúsa desaparecer, porque eso implicaría aislarse de sus hijas, hijos, nietos, nietas y otras personas de la familia, e irse a una ciudad desconocida, en donde no tiene ni trabajo ni ataduras. Así que espera hasta que, en un patrón a menudo repetido, él se emborracha, la golpea, y cae en la cama, atontado por el alcohol. Entonces ella lo mata.

¿Defensa propia? No: no había amenaza inmediata. Para entender porqué su comportamiento fue defensa propia legítima, necesitamos recordar sus características de género, de mujer típicamente femenina. Haber sido golpeada repetidamente y no haber correspondido de la misma manera, es el comportamiento que una a menudo ve entre las mujeres, pero raramente entre los hombres. El hecho de la violencia doméstica en sí es un fenómeno generalizado, que se origina del sentimiento que tienen algunos hombres, de que, para tener la dignidad masculina que se merecen, ellos deben ejercer poder sobre «su» mujer. A menudo conlleva elementos sexuales también: muchos agresores encuentran erótico ejercer poder brutal sobre sus amantes. También es un asunto gene rizado el hecho de que muchas víctimas de violencia no puedan salirse de esa situación, ya sea porque son económicamente dependientes de su agresor, o porque tienen la responsabilidad del cuidado de la prole, o por ambas razones. El hecho de que esta víctima no encontrara ayuda de la policía también es generizado: ¿Cuál víctima de robo sería interrogada para ver qué provocó el robo? Finalmente, el hecho de que la perpetradora esperó hasta que su agresor estuviera dormido es generizado: ella no se sentía capaz de poder contra él, ya sea porque es más fuerte que ella, o porque está entrenado a pelear de una manera que ella, como mujer, no lo está.

Para entender porqué una mujer en esta situación de violencia aguda y crónica mató a su agresor, y porqué esperó hasta que él estuviera dormido para hacerlo, una debe entender su experiencia de género, como mujer y

como madre. Esto no implica que debamos tener una norma para la defensa propia de lasmujeres, y otra para la de los hombres. De hecho, si un hombre se encontrara en la misma situación que nuestra mujer hipotética –recibiendo por años trato brutal, de alguien más fuerte y mejor entrenado para pelear, incapaz de escapar de la situación, en donde las autoridades se han mostrado renuentes a ofrecerle la clase de protección que ofrecen a otros / as ciudadanos / as similarmente inocentes– a él también debería otorgársele el beneficio de la doctrina de defensa propia. El punto no es que las mujeres deberían ser tratadas de manera diferente a los hombres, sino que cualquier persona en la situación en que típicamente ellas se encuentran, debería ser considerada de haber actuado en defensa propia. El ofrecer la doctrina de defensa propia sólo a la gente que se defiende en una riña de bar –o a «uno» que defiende su casa de un intruso– constituye discriminación contra las mujeres, porque la ofrece en situaciones paradigma en la cual los hombres la necesitan, mientras que la niega en aquellas en que las mujeres la necesitan. Los jueces que usan la doctrina de la defensa propia de esta manera están violando el principio de igualdad de género.

Un análisis similar se puede hacer de las leyes sobre violación. Obviamente, los jueces tienen que diferenciar entre sexo consensual y violación. Típica mente, las leyes lo hacen por medio del requisito de que la víctima «se resista» al violador. Una norma más adecuada sería que la víctima indique su ausencia de consentimiento, *tomando en cuenta* que las violaciones están cargadas de potencial violento, y que la forma de resistencia que use reflejará su miedo de ser asesinada o herida severamente: de hecho, estudios indican que hay más peligro de muerte o de heridas severas si la víctima se resiste; tan es así, que mucha de la literatura sobre violación aconseja a las mujeres no resistirse. Seguramente no es demasiado pedir que los hombres eviten hacer sus solicitudes de sexo en situaciones tan cargadas de violencia, o la amenaza de ella, que el objeto de sus atenciones tema por su vida o su seguridad si dice que no[34].

De esta manera, el requisito de la resistencia en sí, indica que las leyes están más interesadas en proteger a los hombres de falsas acusaciones de violación, que en proteger a las mujeres de la violación: he aquí la primera

34 Ver Estrich, Susan. "Rape". *95 Yale L.J. 1087* (1986).

norma masculina actuando en las leyes de violación. Esta primera norma masculina se exacerba cuando los jueces aplican el requisito de la resistencia de maneras que, en efecto, exigen que la víctima luche hasta la muerte; si no, se le dicta que consintió en tener relaciones sexuales en tal situación. Interpretar el requisito de la resistencia de esta manera, otra vez, es adoptar el punto de vista de los hombres (naturalmente preocupados con las falsas acusaciones de violación) más que el de las mujeres (naturalmente preocupadas por evitar la humillación del sexo forzado).

Por supuesto, las leyes que dictan que toda una pandilla de violadores queda exonerada si uno del grupo se casa con la víctima, también reflejan las normas masculinas en dos sentidos[35]. La primera es que esta ley define la violación como un crimen contra el derecho tradicional masculino de proteger el honor de la familia –el cual tradicionalmente ha tenido el sentido del interés de propiedad del padre al controlar la sexualidad de «sus» mujeres. Las mujeres, por supuesto, no han tenido nunca derechos de propiedad en la sexualidad de sus hombres. La segunda es que las leyes sobre violación, construidas de esta manera, tienen el interés de proteger las proezas sexuales de los hombres y su derecho a «deshonrar» mujeres; ésto explica la lógica (de otra manera oculta) de eliminar los cargos por violación cuando un hombre está de acuerdo en «renunciar» a su derecho tradicional a las vírgenes. Definir las leyes de violación para proteger dos derechos tradicionales de los hombres –el control de la sexualidad de las mujeres en su familia, y las proezas masculinas– es incumplir con el deber de dar igual protección a mujeres y hombres. Las doctrinas legales diseñadas para proteger los derechos de los hombres, más que los derechos humanos de las mujeres (en este caso a la autonomía sexual) incumplen con otorgar igualdad para las mujeres.

Estos ejemplos demuestran que las normas masculinas estructuran los tres niveles del derecho expuestos por Alda Facio: las reglas formales (como las leyes de violación) la forma en que se aplican las leyes (cómo las cortes definen lo que constituye resistencia en el contexto de una violación), y las costumbres sociales (cómo los empleadores estructuran el mercado laboral). La igualdad exige cambiar cada tipo de norma: no sólo cambiando las reglas formales, sino también cambiando la forma en que los jueces aplican las re-

35 Ver Atwood, Roger. *Perú Strikes Law (hat Allowed Marriage after Rape.* Reuters North American Wire, viernes 4 de abril, 1997, ciclo BC, LEXISINEXIS.

glas, y cambiando las costumbres sociales (como la norma del trabajador ideal) que están empotradas en reglas informales y expectativas no habladas.

A menudo estos tipos de normas masculinas se pueden cambiar cambiando una sola regla –las disposiciones del código que conciernen a la violación– o la forma en la cual juezas y jueces aplican la regla –por ejemplo cómo aplican el requisito de la resistencia. En otros contextos, sin embargo, las mujeres están en desventaja, no sólo por una mera regla o interpretación, sino por procesos que involucran a muchos actores diferentes, motivados por una variedad de estereotipos de los cuales apenas están conscientes, o de que están felizmente inconscientes.

Tomemos el ejemplo de mujeres candidatas a puestos políticos. Están en desventaja, primero ante la prensa, que cubre a los candidatos con preguntas sobre su posición política, y a las candidatas con preguntas que se enfocan más en la forma de sus piernas, que en la calidad de sus ideas. O están en desventaja cuando enfrentan preguntas sobre si sus hijas e hijos sufruirán cuando ella sea elegida, o si sus cónyuges objetan la candidatura. Estas preguntas nunca se le harían a los hombres, y mandan mensajes sutiles de que el verdadero papel de la mujer es servir a su marido y su prole; una conducta que sería interpretada como espíritu público en un hombre, se transforma sutilmente en egoísta e irresponsable en una mujer. También enfrentan desventajas las candidatas cuando la selección de candidatos se hace a través de la red de «amigotes», porque tienen menores probabilidades de ser incluídas en los momentos de formación de los lazos masculinos, los cuales ofrecen el estilo aceptado y las actividades claves, sean éstas los deportes, la cacería o el sexo extramarital. Juntas, éstas y otras fuerzas forman un campo de fuerza poderoso, que las saca de los roles tradicionalmente masculinos y las inserta en los tradicionalmente femeninos. Este campo de fuerza no es insalvable, por lo cual algunas mujeres –en particular aquellas con biografías masculinas– lo pueden sobrepasar. Pero las arrastra fuera de los roles políticos de poder y responsabilidad.

Cuando las desventajas de las mujeres se originan, no de una norma masculina que se mantiene en pie por una sola institución o un solo agente, sino más bien de muchas personas (mujeres y hombres) que actúan de manera descentralizada y que se dejan llevar por estereotipos (a menudo inconscientes), entonces no existe un método efectivo para eliminar las normas mascu-

linas desde su fuente. El problema se vuelve complejo, porque la única manera efectiva de, por ejemplo, cambiar los estereotipos de la gente sobre las mujeres candidatas es tener más candidatas. Pero el campo de fuerza que arrastra a las mujeres actualmente es tan fuerte, que pocas candidatas lo sobreviven - no porque sean menos capaces que los hombres, sino porque enfrentan retos que sus contrapartes masculinas no enfrentan.

En este tipo de contexto, la única manera de dar a las mujeres igual oportunidad es por medio de la acción afirmativa. Es de notar que la acción afirmativa es necesaria no para aliviar las desventajas pasadas de las mujeres; es necesaria para remediar la manera en que los estereotipos y otros tipos de norma masculina crean desventajas *contemporáneas* para las mujeres.

Los campos de fuerza que arrastran a las mujeres operan no sólo en la política, sino también en el lugar de trabajo, en donde las sacan de posiciones altas en la administración y las profesiones. La *Glass Ceiling Commission* del gobierno de Estados Unidos informó que el 97% de los empleos de alto nivel, profesionales y administrativos, en ese país, están todavía en manos de hombres blancos[36]. En estos empleos, y también en muchos de nivel más bajo, tanto estereotipos como estructuras de trabajo, se combinan para convertir a las mujeres en candidatas no plausibles, o para afectar su aptitud de llenar las normas existentes en el lugar de trabajo. Alda Facio[37] da un brillante ejemplo, tomado de un folleto de educación popular no firmado (Boletín No. 12. Círculo de Estudios de la Mujer):

| EL TRABAJA | ELLA TRABAJA |
|---|---|
| El tiene una foto de<br>la familia en el escritorio.<br>*Ah! Un padre sólido, consciente de sus responsabilidades.* | Ella tiene una foto de la<br>familia en el escritorio.<br>*¡Mmmm! ¡Su familia estará antes que su carrera!* |
| Su escritorio está desordenado.<br>*Es un hombre muy ocupado.* | Su escritorio está desordenado.<br>*Ella es desordenada y dispersa.* |

36 Ver Glass Ceiling *Comm'n, U.S. Dep't O/ Labor. Good For Business: Making Full Use of the Nation's Human Capital.* 1995. pág. 12.

37 Facio, *op. cit.,* pág. 104.

| | |
|---|---|
| El habla con sus colegas.<br>*Debe estar discutiendo un último acuerdo.* | Ella habla con sus colegas.<br>*Ella sigue en puros copucheos.* |
| El no está en su puesto.<br>*Debe estar en una reunión.* | Ella no está en su puesto.<br>*¡De nuevo en el baño!* |
| No está en su oficina.<br>*Se reúne con los delegados.* | No está en su oficina.<br>*Se arrancó a hacer compras.* |
| El almuerza con el gerente.<br>*¡Seguro que lo van a ascender!* | Ella almuerza con el gerente.<br>*¡Seguro que son amantes!* |
| El gerente le llamó la atención.<br>*El mejorará su rendimiento.* | El gerente le llamó la atención.<br>*Seguro se pondrá histérica.* |
| Lo trataron injustamente.<br>*¿Se enojó?* | La trataron injustamente.<br>*¿Se puso a llorar?* |
| El se casa.<br>*Va a estar más tranquilo.* | Ella se casa.<br>*Pronto estará embarazada y se irá.* |
| Tiene un bebé.<br>*Necesitará un aumento.* | Tiene un bebé.<br>*Va a costar más cara a la empresa.* |
| El parte en misión.<br>*Es bueno para su carrera.* | Ella parte en misión.<br>*¿Qué dirá su marido?* |
| El pidió un traslado.<br>*El sabe reconocer una buena ocasión.* | Ella pidió un traslado.<br>*Jamás se puede contar con las mujeres.* |

Este cuadro presenta una metodología que comunica, con humor y sin cólera, cómo las normas masculinas funcionan y existen hoy en el lugar de trabajo. Uno de sus importantes mensajes es que mucha de la discriminación

se da a nivel inconsciente. La discriminación a veces refleja una creencia consciente de que las mujeres deberían permanecer en sus roles, pero cada vez más, ese proceso es bien diferente. Personas con los más altos ideales sobre la igualdad de las mujeres –mujeres tanto como hombres– a menudo albergan estereotipos que reflejan diferentes expectativas a nivel social para mujeres y para hombres. El ejemplo del significado social de la foto en el escritorio de él o de ella las ilustra muy vívidamente. En los Estados Unidos, estos estereotipos, a menudo inconscientes, son los que le dan forma a la discriminación actual. Pero ésta es la clase de discriminación que no está definida como tal en la Constitución de los Estados Unidos, porque la Corte Suprema ha definido «igual protección», en ese contexto, como discriminación *intencional*[38]. El hecho es, que en Estados Unidos, la discriminación abierta e intencional es escasa. La Corte Suprema debería reinterpretar la Constitución para eliminar el requisito (relativamente nuevo) de que la discriminación debe ser intencional; el no hacerlo, significa que la Constitución no cumple con la protección a las mujeres de muchas de las principales formas en que se les discrimina en la actualidad. (El estatuto federal que prohíbe la discriminación en el empleo sí permite la recuperación de la discriminación inconsciente en algunas circunstancias.)[39]

Sin embargo, los tratados de derechos humanos garantizan plena igualdad sin discriminación. Y como hemos visto, esto requiere no solamente igual trato ante las leyes, las instituciones y las normas existentes, sino también, igual trato bajo leyes e instituciones que no albergan normas masculinas. La igualdad de oportunidades exige no sólo tratar a hombres y mujeres por igual ante las leyes e instituciones existentes; exige cambiar aquellas leyes e instituciones que están estructuradas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres.

38 Peronnel Adm'r of Massachusetts v Feeney, 442 U.S. 256, pág. 274 (1979) «La discriminación intencionada es la condición que ofende a la Constitución».) (se omitieron citas internas).

39 Ver Bartlett y Harris, *op. cit.,* págs. 166-67 (en que cita Tille VII of the Civil Rights Act of 1964, Sección 701 et seq., como se enmendó, 42 U.S.C. Secciones 2000 el seq. y Griggs v Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971)).

### 2.1. Como esto difiere de "acomodar las diferencias de las mujeres"

¿Cual es la diferencia entre las propuestas presentadas aquí y las propuestas diseñadas para "acomodar las diferencias de las mujeres», o darles «tratamiento especial?" Ambas fórmulas le atribuyen a los cuerpos y a las siques de las mujeres, la necesidad de un trato diferencial: necesitan permiso de maternidad porque dan a luz; necesitan carreras especiales designadas para mujeres porque crian hijas e hijos. Estas formulaciones tienen dos inconvenientes importantes: primero, esta estructura de «acomodamiento» hace difusa la distinción entre las diferencias biológicas de hombres y mujeres y las diferencias en los roles sociales; segundo, sirve para reforzar el sentir de que mujeres y hombres realmente necesitan ser tratados de diferente manera, debido a «verdaderas diferencias» que las feministas están tratando de negar.

En marcado contraste con los acercamientos que se fundamentan en "acomodar las diferencias de las mujeres", el expuesto aquí no oculta las diferencias biológicas y sociales. Mantiene el enfoque en las normas masculinas, que hacen la diferencia de sexo entre hombres y mujeres significativa. Al hacerlo, la atención está en donde debe estar: en cómo los hombres están sistemáticamente en ventaja, gracias a un mundo construí do alrededor de sus características sociales y físicas. Es este mundo el que produce la situación en la cual las mujeres requieren «adaptación especial».

Lo único que las mujeres necesitan es aquello que los hombres tienen: igual oportunidad en un mundo no cargado en su contra. La igualdad sin discriminación solamente necesita que las normas masculinas sean reemplazadas por nuevas normas que reflejen los cuerpos y experiencia de vida de las mujeres, así como también los de los hombres. Esta es la promesa de igualdad sin discriminación.

# Igualdad, diferencia, discriminación*

María José Añón

**Sumario**

Introducción. **I.** Discriminación directa e indirecta. **II.** Discriminación individual y de grupo. **III.** La igualdad como principio jurídico complejo. **IV.** Acciones positivas y diferenciación para la igualdad. **V.** Modalidades de acción positiva.

## Introducción

Acabo de señalar que el principio de igualdad, desde que fue proclamado por los revolucionarios franceses y con posterioridad en las constituciones, como tantos autores han puesto de relieve –aunque también algunos lo han malinterpretado–, puede y debe ser entendido como un principio normativo y no como una tesis descriptiva; como prescripción y no como aserción, como igualdad *en droits* de todos los hombres. De ahí que la igualdad sólo puede ser admitida como concepto normativo y no como un hecho. sino como valor, como prescripción, como respuesta (Laporta). De forma que, como sostienen Bobbio y Ferrajoli, lo decisivo del principio de igualdad, en tanto que principio jurídico, es que prescribe la igualdad en derechos.

* María José Añón, "Igualdad, diferencia y discriminación", Distribuciones Fontamara S.A., México D.F. 2001, pp. 23-59.

En primer lugar, por tanto, habría que deslindar igualdad, diferencia o diversidad, puesto que la forma de articulación de estos dos polos (igualdad/diferencia) ha dado lugar a dos posiciones básicas. En el marco de cada una de ellas podemos encontrar un planteamiento de las cuestiones y respuestas que me parecen más interesantes en este aspecto. El punto de partida es que la igualdad no es identidad ni homogeneidad, puesto que no prescinde de elementos diferenciadores. La igualdad como expresa De Lucas (1996; 493), parte de la diversidad, es decir, de una situación que contiene elementos o factores iguales y otros diferentes. Dos sujetos, situaciones o entidades son distintos o diversos si uno tiene y otro no una característica o rasgo considerado relevante en el contexto en el que se habla de igualdad; o bien si ambos tienen el rasgo o la característica pero en una medida o grado distinto.

La diversidad, por su parte, no se contrapone a la igualdad, sino la identidad y la homogeneidad. Las dos condiciones nos ponen en relación con el orden de la diferencia que, al contrario que el de igualdad, es un término descriptivo. Significa que de hecho las personas no son iguales y que se encuentran en situaciones y condiciones diferentes, que la identidad de toda persona viene dada por sus diferencias. Desde este punto de vista se advierte sobre la necesidad de que las diferencias sean tuteladas, respetadas y garantizadas, no porque son diferencias sino como aplicación del principio de igualdad. Coincido plenamente con Ferrajoli (1993; 58) cuando afirma como consecuencia de ello, que no tiene sentido contraponer igualdad y diferencia porque si las diferencias son ignoradas o discriminadas la cuestión no es que se contradice la igualdad sino que se viola la norma de la igualdad. Es más -advierte el jurista italiano- sólo si se acepta esta asimetría entre igualdad como principio y diferencia como hecho, adquiere sentido el principio de igualdad como criterio de valoración orientado a reconocer y criticar la ineficacia de las normas respecto al tratamiento de hecho de las diferencias.

L. Gianformaggio (1993; 229 y ss) aborda el examen de esta cuestión a partir de lo que inicialmente califica como los dos paradigmas que en este momento se proponen en contextos político-jurídicos. Uno se denomina "teoría de la diferencia" y el segundo "teoría de la igualdad", según se subraye la igualdad entre hombres y mujeres o bien la diferencia. Aunque ciertamente esta división puede parecer excesivamente reductiva o simplificadora, permite, sin embargo, explicar bien dos concepciones que, adelanto, finalmente no parecen tanto alternativas

cuanto complementarias. Lo más interesante es que aquí se formulan reflexiones de importante calado que vamos a recuperar con frecuencia a lo largo de los problemas que iremos examinando. La teoría de la diferencia, sitúa el problema de la diferencia en el contexto de la exclusión, la opresión y el dominio. Plantea las relaciones igualdad/diferencia desde el punto de vista de las relaciones entre grupos. La teoría de la igualdad sitúa la igualdad en el contexto de la justicia distributiva y analiza el problema en términos de relaciones entre individuos. Ambas teorías, no obstante, tienen en cuenta e insisten en la diferencia entre el género femenino y el individuo mujer, ambas caracterizan las sociedades por la persistencia de estereotipos, en virtud de los cuales, cada mujer viene definida sobre todo a través de las características propias del género. Lo que tienen en común las dos concepciones es que lamentan que las mujeres sean tratadas como diferentes, siendo iguales.

Esta idea que L. Gianformaggio (1993; 221 y 230) denomina "diferencia lamentada" da lugar a la comprensión de un sentido distinto de diferencia. A estos efectos, la autora afirma que los juicios de igualdad pueden ser: descriptivos, en tanto que consisten en contrastar si se da un ente, hecho o situación que es considerado relevante; y prescriptivo, en virtud del cual se establece la relevancia de un aspecto, ente, hecho o situación con el fin de determinar un tratamiento o una regulación. Lo importante es que en estos dos supuestos la igualdad y la diferencia son conceptos relativos a un parámetro o unidad de medida. Pero añade que es posible un tercer sentido del par igualdad/diferencia cuya formulación proviene de la tesis de la diferencia y cuyo rasgo principal sería que la diferencia es entendida como una propiedad absoluta y no relativa a un contexto porque uno de los dos elementos de la relación es el modelo o parámetro respecto del cual afirma que el otro es igual o diferente. Este concepto es calificado por la autora italiana como "igualdad valorativa", en la medida en que ser igual o diferente es una afirmación absoluta y cargada de valor, positivo para la igualdad y negativo para la diferencia. Tanto la tesis de la diferencia como la de la igualdad, en consecuencia, compartirían este sentido de igualdad "valorativa" pero difieren en la explicación del origen de tal diversidad, pues para la tesis de la diferencia es el producto de la ideología sexista que constituye una de las relaciones sociales de opresión y dominio entre grupos y que genera, de acuerdo con la posición de Young (1989, 1990) que tendremos ocasión de examinar, "ex-

plotación, marginación, ausencia de poder, imperialismo cultural y violencia". Las relaciones sociales de dominio y opresión entre grupos dan lugar al modelo que hemos comentado, según el cual, lo característico y/o específico del grupo dominante es la norma y la diferencia estaría representada por los rasgos del grupo dominado. En este contexto diferente tiene el significado de inferior. De otro lado, la tesis de la igualdad sitúa, ya lo he señalado, el contexto de debate en el marco de la distribución de bienes materiales, bienes primarios, derechos, respeto, etc. Este punto de vista sitúa en el origen de la diferencia que se quiere superar un punto de vista prescriptivo que es el que originariamente da lugar a una distribución desigual, de ahí que se considere que en el factor sobre e1 que hay que intervenir para eliminar la diferencia "valorativa" es una distribución desigual que comporta un diferencia prescriptiva, esto es, que la distribución se ha realizado a partir de una medida o regla considerada injusta y de ahí surge una desigualdad y puede dar lugar a una discriminación. Las dos tesis, finalmente, centran su atención bien en la idea de diferencia como especificidad, bien en la idea de la diferencia en términos de reconocimiento de mérito y estos dos criterios constituyen la base de la prescripción, o sea, las razones de la diferencia prescriptiva.

La posición de Ferrajoli en este punto es un buen exponente de la teoría de la igualdad en tanto que considera que las diferencias, naturales o culturales, son connotaciones específicas que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas, se manifiestan como diversas identidades que se pretenden mantener o defender frente a la homologación con otras identidades y que son tuteladas por los derechos fundamentales. Las desigualdades, económicas o sociales, son disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, su posición de poder y sus condiciones de sujeción. Las desigualdades, por tanto, suponen la existencia de una condición social y cultural distinta que nace de una condición histórica de discriminación social y jurídica que a su vez perpetúa los efectos de la discriminación social y de la discriminación jurídica indirecta (por ejemplo en relación con la ausencia de escolarización o de formación profesional). Estas desigualdades son las que tiene efectos de exclusión y precisan de tratamientos normativos en el contexto de la igualdad material, dado que se trata de superar la desigualdad. En este sentido, tanto las diferencias como las desigualdades han de ser tuteladas frente a discriminaciones o privilegios por el principio de igualdad formal en los dere-

chos fundamentales y eliminadas para asegurar niveles mínimos de igualdad material a través de los derechos sociales fundamentales.

En cuanto al término discriminación, éste puede ser entendido básicamente en dos sentidos. Un primer significado neutro, según el cual discriminar significa distinguir, separar o clasificar y ello no comporta, en principio, consecuencias y/o connotaciones positivas o negativas. En un segundo sentido, como advierte Ma A. Barèrre (1997; 19 y ss) el término ha ido adquiriendo connotaciones peyorativas que hacen de él casi un sinónimo de términos como "parcialidad", "prejuicio", "favoritismo" o "intolerancia". En este caso discriminar significa distinguir o diferenciar pero negativamente, es decir, excluir. Esta distinta conceptualización tiene su proyección en el discurso jurídico donde se distingue, tal como muestra Rey Martínez (1995; 56 y ss) entre discriminación en sentido amplio, que comprendería las infracciones al principio general de igualdad y en sentido estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren los criterios de diferenciación prohibidos (raza, sexo, religión, ideología, etc). Por su parte, Alfonso Ruiz Miguel (1996; 53) considera que resulta más clarificador a todos los efectos, y sobre todo en el sentido en que él lo propone, esto es, con objeto de diferenciar entre el principio genérico de igualdad y la prohibición de discriminación, dotar al término "discriminación" de un contenido restringido, según el cual no sería equivalente a desigualdad, ni siquiera a desigualdad injusta, sino un "tipo especial de desigualdad caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social desclasificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo".

De acuerdo con lo que mostrado hasta aquí, las diferencias se convierten en discriminaciones cuando se utilizan para justificar algun tipo de diferenciación que abierta o subrepticiamente desvaloriza a un individuo en razón del grupo al que pertenece. En este caso, discriminar significa realizar un tratamiento diferenciado de ciertos comportamientos de ciertos sujetos a partir de una valoración diferenciadora de los sujetos (Gianformaggio, 1993; y 223). La cuestión estriba, por consiguiente, en el tratamiento diferenciado y negativo que tiene lugar a partir de rasgos como la raza, el sexo, el nacimiento, la religión o la ideología. Es decir, hay discriminación cuando se selecciona un rasgo que en un contexto está asociado a prejuicios descalificatorios y de ahí

se extrae un trato diferenciador injustificado, porque hay casos en que se atribuyen consecuencias jurídicas distintas ligadas a los rasgos que hemos señalado y no puede hablarse de trato injusto. La discriminación, de acuerdo, por ejemplo, a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminaracial de 21 de diciembre de 1965, en el artículo 1, se refiere a aquellas situaciones en que se produce una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en rasgos como la raza, sexo, religión, ideología u otros que tiene como resultado menoscabar anular el reconocimiento y/o el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad, en cualquier esfera de la vida[1]. Con todo, incluso este concepto restringido de discriminación es gradual y contextual, de forma que no sólo varían en el tiempo, el espacio y los contextos socioculturales determinados, sino que entre los dos extremos ocupados por la desigualdad y la discriminación habría, como advierte Ruiz Miguel, un *continuum.*

El trato diferenciado en virtud de criterios como puede ser la raza, el sexo, la confesión religiosa se ha considerado tradicionalmente como una discriminación que lleva aparejada como marca indeleble la consideración de injusta. Alfonso Ruiz Miguel (1996; 129-130) se pregunta por qué o en qué condiciones podemos afirmar que una discriminación es injusta y ofrece no sólo una interesante respuesta sino también una enumeración de las características que cumple un proceso de discriminación que asumo y entiendo plenamente aplicable a las diferencias de las que hablamos y las que examinaré en el capítulo próximo. La discriminación como distinción, diferenciación y tratamiento injusto supone: (a) una motivación despectiva y estigmatizadora de ciertas personas a las que se caracteriza por su pertenencia a un grupo y a las que por ello se les considera inferiores y mermadas en sus capacidades, (b) una finalidad u objetivo de mantenimiento de la desigualdad que se lleva a cabo a través de medidas discriminatorias en relación con los grupos desaventajados, (c) la discriminación afecta a otros bienes básicos, lo que genera situaciones de exclusión social, política y jurídica. En este sentido el derecho es un vehículo privilegiado de inclusión/exclusión al establecer, como ocurre en muchos lugares aún, la atribución de derechos distintos para varones y mujeres, d) finalmente, la discriminación tiene como resultado el mantenimiento

1 En terminos similares a estos se expresa el articulo 1 de la Convencion Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965.

de las situaciones de marginación y opresión de grupos sociales desaventajados con lo que se aumentan paulatinamente las desigualdades.

## I. Discriminación directa e indirecta

Una vez hemos delimitado un concepto y unas condiciones para hablar de discriminación, podemos abordar ahora la cuestión relativa a las clases de discriminación porque, como veremos, estas tienen importantes repercusiones en los debates sobre la igualdad. Atenderemos fundamentalmente a dos órdenes de clasificación. En virtud del primero la discriminación puede ser directa o indirecta y atendiendo al segundo criterio puede ser individual o de grupo.

Discriminación directa e indirecta. La discriminación es directa cuando se establece un tratamiento que es desfavorable, carece de justificación racional y se realiza explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. La discriminación indirecta es aquella que hace abstracción de las diferencias y en virtud de la aplicación de criterios neutros para establecer un tratamiento igualitario, genera unos efectos desfavorables, perjudiciales o discriminatorios en unos sujetos frente a otros (Barrère, 1997; 23 ss). Por ejemplo, cuando para el acceso al cuerpo de policía se establece un requisito físico idéntico para ambos sexos, por ejemplo, medir como mínimo 1'65 m, se está situando en una posición de desventaja al sexo femenino porque en general no se alcanzan esas medidas en la misma proporción que los varones. Uno de los primeros textos jurídicos donde se encuentra una definición al respecto es *Sex Discrimination Act* (1975) británica, cuyo artículo 1 dispone: "Existe una discriminación indirecta cuando una persona aplica a una mujer un requisito o condición que aplica o aplicaría igualmente a un varón pero 1) es tal que la proporción de mujeres que pueden satisfacerlo es considerablemente menor que la proporción de varones que cumplen; 2) que la persona que lo aplica no puede mostrar que está justificado por otros criterios distintos al sexo de la persona a quien se aplica; y 3) y que como esa persona no puede cumplirlos, se perjudica a quien se exige. En este caso se pone de relieve una característica sobre la que no obstante se sigue discutiendo y es el peso de la intencionalidad o no en la discriminación.

Como se puede observar, en este caso, la intencionalidad no tiene relevancia alguna en la modulación de la discriminación.

En el contexto de la tutela antidiscriminatoria, el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE) ha ido elaborando un conjunto de tesis en relación con la distinción entre discriminaciones directas y manifiestas y discriminaciones indirectas y ocultas. Lo ha hecho en relación sobre todo con supuestos relativos a la igualdad de salario en caso de igual trabajo entre hombres y mujeres. Inicialmente la determinación de un tipo u otro no era demasiado nítida y la jurisprudencia, en este sentido, muestra la complejidad evolutiva y conceptual del tratamiento de la discriminación en el ámbito europeo. Así, ha ido estableciendo paulatinamente las características de una situación de discriminación. No es posible concluir sin más que en virtud de la jurisprudencia europea en la materia se establezca la identificación, como ya he señalado, entre discriminación directa e intencional y discriminación indirecta u oculta y no intencional. Como afirma Barrère (1997; 71-2) en este sentido, esta cuestión no es en absoluto baladí, porque ha dado lugar, en numerosas ocasiones a que se diluya la idea de discriminación en la de intención. La mencionada autora considera criticable tal identificación básicamente por tres razones: primero, porque no habría discriminación sin prueba de la intencionalidad; segundo porque relega la discriminación indirecta a un papel subsidiario y finalmente porque da prioridad a la intención respecto a la discriminación, es decir, la calificación de "oculta" en realidad se aplica a la intencionalidad.

## II. Discriminación individual y de grupo

La segunda clasificación a la que haremos referencia es la que distingue entre discriminación individual y de grupo. En este último supuesto se habla de grupos discriminados frente a otros (negros respecto a blancos, judíos frente a cristianos, mujeres frente a varones, extranjeros frente a nacionales). El núcleo de este supuesto se encuentra en la delimitación conceptual de "grupo social". Como sabemos la autora más emblemática en esta posición es I.M. Young (1990; 42 ss) que caracteriza el grupo social como aquel colectivo de personas diferenciadas de al menos otro grupo por formas culturales, prácticas o modos de vida. Los miembros de un grupo poseen entre ellos una fi-

nalidad específica a causa de su similar experiencia o modo de vida, que les lleva a asociarse entre ellos más que con quienes no se encuentran identificados con el grupo o que lo están de diferente manera. Lo característico de este tipo de discriminación es que la sufre un individuo en razón de su pertenencia a un grupo que lo coloca en una posición de desventaja de diverso orden frente a otros sujetos.

Uno de los elementos centrales de la que hemos denominado "tesis de la diferencia" reside precisamente en examinar las relaciones de igualdad como relaciones entre grupos sociales o entre individuos caracterizados por su situación en un grupo social. Y por otra parte, este es uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta a la hora de hacer frente a las críticas a las medidas de acción positiva y las medidas de la denominada "discriminación inversa" y desde luego, tendremos ocasión de volver a plantearlo en el contexto de las propuestas de la denominada "ciudadanía diferenciada". La tesis de la diferencia subraya la idea según la cual la igualdad sobre la que actúan las medidas de acción positiva o respecto a la que son instrumentales es una igualdad entre grupos, de forma, como veremos, que la acción positiva está encaminada a realizar la igualdad de oportunidades efectiva de los distintos grupos. Young (1989, 1998) apunta que las diferencias son el producto de relaciones de dominio y opresión social entre grupos, una relación compleja que da lugar a situaciones de marginación, explotación, ausencia de poder, anulación cultural o violencia. Ciertamente, como afirma Ma Vittoria Ballestrero (1996; 92-3), las mujeres constituyen un supuesto especial en este contexto si las comparamos con grupos étnicos, minorías lingüísticas, religiosas, etc. "Las mujeres –continúa– son la mayoría de la población en muchos países; además no constituyen un "grupo", ya que su presencia está diseminada en el seno del grupo dominante y de los grupos minoritarios. Une entre sí a las mujeres –blancas y negras, ricas y pobres, cultas y analfabetas– una comunidad de género a la cual es lícito atribuir significados e implicaciones diversas, que desde hace mucho no han calado en casi nadie. Durante siglos la comunidad de género ha sido, por sí misma, causa de exclusión social y política; la llegada del derecho igual, sin distinción de sexo ha suprimido la correlación entre género y exclusión, pero no ha eliminado la prolongación de los efectos de la exclusión. Hoy, en la medida en que existe el principio de igualdad, lo que confiere a la comunidad de género un valor

de "grupo" es el hecho de que, respecto a situaciones determinadas (el empleo, las posiciones profesionales de nivel superior, los puestos de responsabilidad, los cargos electivos, etc.) las mujeres aparecen como "grupo desaventajado" en cuanto que sistemáticamente infrarrepresentado".

La idea en virtud de la cual existe una amplia gama de situaciones de exclusión, marginación y desventaja que experimentan los individuos en razón de su pertenencia voluntaria o involuntaria o de su posición en un grupo social no es nada cara a la teoría liberal y neutra de la igualdad; sin embargo, en mi opinión esta es una dimensión básica y previa a la hora de establecer un tratamiento determinado como aplicación del principio de igualdad. Por ello me parece que Barrère, entre otras muchas, acierta al sostener que la discriminación en razón del grupo no se diferencia de la individual únicamente por el número de personas afectadas, sino que requiere una teorización distinta, ni se puede introducir a modo de apósito en un derecho pensado para el individuo y sus derechos, aunque incluyamos al de igualdad, como resulta el modelo de derecho occidental (Barrère, 1997; 120).

## III. La igualdad como principio jurídico complejo

En términos generales y en el contexto de las constituciones contemporáneas se asume que el principio de igualdad implica que todas las personas que son miembros de la misma comunidad constitucional, afirmación que retomaremos en el siguiente capítulo, tienen garantizados los mismos derechos constitucionales y, por otra parte, son iguales ante la ley y en la ley, es decir, tienen derecho a una igual protección de la ley. Rosenfeld (1998; 421) afirma, en este sentido, que estas normas son susceptibles de articularse de formas muy diferentes y sin embargo imponen ciertos límites a cómo pueden usarse las variables relevantes y en última instancia se reconducen a algunos de los principios siguientes, dependiendo básicamente de los presupuestos filosófico-políticos desde los que se analice, o a los tres conjuntamente: 1) el principio de igualdad de trato, 2) el principio de igual consideración y 3) el principio de igual resultado.

Claro que estos principios precisan, a su vez, una explicación de su contenido. A este respecto, coincido con la posición expresada por Ferrajoli en tanto

que el sentido más general y a la vez primero que puede atribuirse al principio de igualdad jurídica es el de universalidad de los derechos fundamentales en una doble dimensión, en tanto que contenido de significado de la igualdad en sentido jurídico y en tanto que engloba todos los derechos fundamentales: civiles, políticos y sociales. Así, la igualdad puede expandirse en dos direcciones, en la ampliación del número de derechos fundamentales como ejercicio de libertades y satisfacción de necesidades, o en la ampliación de los titulares de los derechos hasta coincidir con la totalidad de los seres humanos.

El problema más importante al que hay que responder, como vengo afirmando desde el principio, es cómo se pueden articular las exigencias básicas de la igualdad, esto es la promoción de la igualdad, la prohibición de discriminación y la tutela de las diferencias. Articular la igualdad significa, como escribe Bobbio (1993 53-4); responder a dos cuestiones distintas: igualdad entre quiénes e igualdad en qué y la respuesta presupone, por otra parte, que nos encontramos ante un concepto relacional, valorativo y normativo (De Lucas, 1996; 495). Conforme a ello, el derecho –continúa De Lucas– lo que hace es una tarea de clasificación y justificación, esto es, de formalización de criterios con arreglo a los cuales se tratará una situación en términos de equiparación o bien de diferenciación.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que el significado de la expresión "igualdad jurídica" en los modelos de estado constitucional no puede ser entendido sino como un principio complejo al menos en dos sentidos. Por una parte, porque como afirma Laporta (1985, 1994; 70), la igualdad o desigualdad se realiza a través de cada una de las relaciones mediante las cuales el derecho enlaza un supuesto o estado de hecho definidos de acuerdo con ciertas propiedades y una consecuencia normativa que consiste en un tratamiento determinado. En este sentido, la igualdad se puede captar como un mosaico complejísimo de estos tratamientos y la formulación de un solo contenido reasuntivo de todas estas situaciones respondería a una formulación similar a esta: "todos los seres humanos deben tener reconocida su igual dignidad", pero se trata de un principio regulativo excesivamente indefinido incluso si pretendemos atender a los hilos conductores de la igualdad, deslindando los principios que lo integrarían. En este sentido, y aunque efectivamente nos encontramos en un orden quizá demasiado general e indefinido, me parece que es muy clarificador mantener que el contenido último

de la idea de igualdad jurídica es la igualdad de derechos[2] e igualdad en los derechos, como una suerte de meta-derecho. Con palabras de Bobbio (1993; 75): "la expresión igualdad en los derechos e igualdad de los derechos significa algo más que la mera igualdad frente a la ley como exclusión de toda discriminación no justificada: significa gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados". Ferrajoli pone el acento en esta misma idea para incidir en la igualdad jurídica como principio normativo referido a los derechos que son considerados como fundamentales: "del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales hasta el meta-derecho que es el derecho de igualdad, esto es el tratamiento igual ante la ley" (1993; 58) y a la garantía efectiva de tales derechos en condiciones de igualdad[3]. Esto supone no sólo que el sistema jurídico tiene que contemplar todas las garantías precisas para realizar estos derechos sino también las medidas de diferenciación y equiparación necesarias para la efectividad de todos los derechos fundamentales. Esto tiene otra implicación sobre la que advierte asimismo Ferrajoli y es que permite compatibilizar el reconocimiento de iguales derechos fundamentales y diferentes modos de aseguramiento o de realización en atención a las diferencias. Todo ello abunda en la idea central del estado constitucional de derecho según la cual el principio general de igualdad no exige una paridad de trato absoluta, sino que las distinciones razonables y no arbitrarias que persigan fines constitucionalmente legítimos son perfectamente acordes con la Constitución, entre ellas las más importantes son las que procuran la realización de la igualdad sustancial que, desde luego, no

2 Esta idea es el gran hallazgo de los revolucionarios franceses y que no se encuentra en las primeras declaraciones norteamericanas, la igualdad como igualdad *en droits* que, no obstante, inmediatamente después con la primera declaración posterior a la Constitución en 1793 se modifica y refleja como: "todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley". Este paso expresa la modificación de un punto de vista importante: de la igualdad en los derechos a la igualdad formal y es examinado en detalle por RUBIO, A, "Igualdad y diferencia ¿Dos principios jurídicos?, *Derechos y Libertades,* nº 4, 1995, pp. 262 y ss.

3 El artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos de 4 de noviembre 1950 sintetiza muy bien estos objetivos: "El goce de los derechos y libertades reconocido en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

puede ser dejada a un lado cuando se trata de derechos fundamentales (Rodríguez Piñero, 1996; 9).

Conviene advertir en este punto, aun cuando inmediatamente abordaremos los principios que integran el contenido de la "igualdad jurídica", que si retomamos en este punto las dos grandes posiciones a propósito del discurso actual sobre la igualdad, esto es, la tesis de la diferencia y la tesis de la igualdad[4], podemos observar cómo la primera propone como medio de realización de la igualdad el principio de igual consideración y respeto, que en ningún caso consiste en que el grupo desaventajado o marginado, por ejemplo las mujeres, entren a formar parte del grupo dominante; y la tesis de la igualdad centra sus esfuerzos en el principio de igual tratamiento, si bien, cada una de ellas acentúa un tipo de diferencias: la especificidad, en un caso, y el mérito, en otro. La tradición liberal en este segundo caso considera que una diferenciación basada en el mérito no niega la igualdad, sino que están estrechamente relacionados. La igualdad para esta tradición, –subraya Gianformaggio (1993; 233) contiene en sí un principio de corrección y sólo es negada o violada a través de una discriminación directa, mientras que niega relevancia a las situaciones de discriminación indirecta. La conclusión que extrae Gianformaggio es clarísima: "Esto quiere decir que de la figura de la justicia como diosa vendada con la balanza en la mano, la teoría de la igualdad subraya sobre todo *la venda* –y de ahí el hecho que no vea formas o colores, que por ley todos son iguales, por tanto– antes que *la balanza* –y por tanto el hecho de que confronta pesos, evidenciando, entre los pesos, *diferencias"* (p. 234).

Teniendo en cuenta estas dos perspectivas filosófico-políticas a propósito de la igualdad podemos adentramos aun cuando sea brevemente en los principios contenidos en la igualdad como "igualdad en derechos". En este ámbito, cualquier enfoque sobre el principio de igualdad, aunque no siempre se haya abordado desde argumento exclusivamente normativos, nos muestra

4 En este sentido, sin embargo, parece correcta la apreciación de Gianformaggio cuando advierte que los rótulos que caracterizan a cada una de las teorías no son precisos y correctos (1993; 232), estoy de acuerdo que en la medida en que las dos posiciones atribuyen un papel básico tanto a la igualdad como a la diferencia, los enunciados que las caracterizan pueden dar lugar a equívocos. En el caso de la tesis de la diferencia puede hacer pensar que el principio de igualdad consista sin más una adecuación de las mujeres al modelo constituido por el grupo dominante, en el sentido de entrar a formar parte de él y en resolver el principio a través de la exigencia de derechos anti-discriminatorios.

dos dimensiones de la misma que parece explicarse por el momento en que han sido reconocidas por los sistemas jurídicos. Es decir, desde el punto de vista histórico ciertamente primero se reconoció o formó parte del derecho la igualdad formal como igualdad ante la ley y en un segundo momento y ligado al estado social la igualdad sustancial o material. Sin embargo, no es posible desconocer, y esto tiene una proyección importante en las cuestiones que nos ocupan, que esta dualidad se ha convertido en la atribución de una prioridad axiológica de la igualdad formal con respecto a la sustancial (Ballestrero; 1994; 13) y esta tesis tiene una fuerza casi inconmensurable en cuanto se dotan de contenido concreto las medidas de acción positiva.

La igualdad formal[5] se expresa como la exigencia jurídico-política de la igualdad ante la ley y despliega sus efectos en las siguientes direcciones (Peces-Barba 1995; 283-294, Pérez Luño, 1987; 137 ss.)[6]: igualdad como generalización, en tanto que las normas se dirigen al hombre en abstracto; en segundo lugar la igualdad procesal o igualdad de procedimiento para todos y la igualdad de trato como equiparación y como diferenciación.

Del principio de igualdad, por tanto, no se sigue que todos los individuos deban ser tratados de un modo igual ni que toda diferencia de trato sea considerada ilegítima. La igualdad formal, como principio normativo, impone hacer abstracción de las características diferenciales, para considerar relevantes las comunes. Por consiguiente, una primera dimensión desplegaría sus efectos en la igualdad de trato como equiparación que tiene como contenido el principio de no discriminación[7]. Principio que puede ser interpretado en sentido amplio, como prohibición de desigualdades injustificadas o irrazonables y, en consecuencia, para que sean aceptables las diferencias normativas, éstas tienen que tener una justificación objetiva y razonable[8]. Este significado, sin embargo, per-

5 Cuya formulación en la Constitución española de 1978 es la siguiente: artículo 14 "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

6 En este sentido, PECES-BARBA, G, *Curso de Derechos Fundamentales,* pp. 283- 294 y PÉREZ LUÑO, A.E. "Sobre la igualdad en la Constitución española", *Anuario de Filosofía del Derecho,* 1987, pp. 137 y ss.

7 Sobre la evolución de la prohibición de discriminación puede verse RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación,* Madrid, Tecnos, 1986, pp. 79 y ss.

8 Un tratamiento en profundidad de los diversos significados del concepto de discriminación y principio de igualdad en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español puede verse

mite prohibir sin posibilidad de excepción el uso de rasgos diferenciadores (por ejemplo, sexo, raza, religión, ideología, etc.) sean cuales fueren su sentido y sus objetivos. Ruiz Miguel (1995 y 1996) distingue, como hemos examinado con anterioridad, entre desigualdad y discriminación, y en este sentido establece los siguientes criterios: (a) la igualdad ante la ley prohíbe todo trato desigual, de ahí que las desigualdades injustificadas son ilícitas, (b) la discriminación no es una desigualdad, ni siquiera una desigualdad injusta, sino una desigualdad cualificada por la "naturaleza generalmente odiosa del perjuicio social descalificatorio", (c) es posible la existencia de discriminaciones justas, afirma el autor; sin embargo sería más claro que en estos casos no se utilizara el término discriminación sino trato diferenciador, para el supuesto en el que se produce una "desigualdad a partir de un rasgo asociado a prejuicios descalificatorios", (d) están prohibidas las discriminaciones injustas a partir de los rasgos que enumera el artículo 14 de la Constitución citado y cualquier otra discriminación injusta análoga a las enunciadas expresamente. L. Hierro (1995; 133-4) considera que si bien Ruiz Miguel resuelve muy bien a través de estos criterios analíticos la diferencia entre desigualdad y discriminación, y contrapone esta tesis a la postura del Tribunal Constitucional español y buena parte de la doctrina que, a su juicio, y como consecuencia de una falta de claridad entre los dos supuestos –en general suelen sostener que discriminación es una diferencia de tratamiento ni justificada ni razonable– considera que deja sin contenido a la cláusula de cierre que establece: "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" e impide hablar de discriminación positiva o inversa. Término sin embargo que, aunque por razones distintas a estas y como trataré de mostrar, me parece que habría que dejar de utilizar porque da lugar a mayores confusiones.

En términos generales, y desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional española, se considera que la igualdad ante la ley expresaría de un modo sucinto el contenido de la igualdad jurídica y que ésta no comporta necesariamente una igualdad material, sino que significa que a supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que también sean iguales y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor general-

en RUIZ MIGUEL, A, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Doxa, nº 19, 1996, pp. 553 y ss.

mente aceptados[9]. En este mismo contexto se afirma que la exigencia de igual tratamiento actúa en el momento de legislar y en el de la aplicación del derecho. De forma que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales. En el caso de que se trate de órganos diferentes, la igualdad en la aplicación de la ley queda garantizada por la actuación de órganos jurisdiccionales superiores.

No obstante, están permitidas las diferencias en razón de los criterios que normalmente acompañan a la formulación del principio de igualdad. Este contenido queda explicitado en otra dimensión del principio de igualdad: el trato formal como diferenciación que consiste en dar un tratamiento distinto a situaciones distintas con el de eliminar situaciones de discriminación existentes. La interpretación que del principio de igualdad se realiza en sede de control de constitucionalidad (por ejemplo, en Alemania, Italia o España) da lugar a un contenido del principio de igualdad que no es demasiado rígido. De forma que en virtud de este principio sería ilícito tratar de modo desigual o menos favorable a individuos que se encuentran en situaciones análogas, pero es lícito tratar de modo diverso a personas que se encuentran en situaciones diversas, siempre que las situaciones sean comparables, exista una justificación razonable de la diferencia de trato y se demuestre la proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas enumera las condiciones que deben darse conjuntamente para calificar una diferencia como objetiva y razonable: a) que la diferenciación responda a una necesidad real, b) que sea necesaria para la realización del objetivo fijado y c) apropiada a dicho objetivo, esto es, proporcionalidad de los medios empleados. El argumento, como afirma Ma. Vittoria Ballestrero (1994; 14) sería que el principio de igualdad supone que a una categoría de personas, definida de acuerdo con características idénticas o razonablemente homogéneas, se les debe atribuir un tratamiento jurídico idéntico u homogéneo, racionalmente adecuado en virtud de las características esenciales en razón de las cuales se define a una determinada categoría de personas. De acuerdo con ello es obvia la continuidad entre la igualdad formal y la material.

El discurso ilustrado clásico se caracteriza, afirma F. Valespín (1995; 16 ss.) por proclamar un concepto de igualdad con dos sentidos fundamentales:

9 Un ejemplo de esta tesis es la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 49/1982, fj 2.

como principio regulativo de la ciudadania y como igualdad de condición. Dos sentidos distintos dado que responden a lógicas y criterios de delimitación diferentes: uno se refiere más al espacio político y el segundo incide más sobre el económico y social y de alguna manera, aquí podrían encontrarse las raíces de la distinción entre igualdad formal y material, aunque la analogía no sería tan simple como puede dar a entender esta división. La igualdad material hace referencia, como sabemos, a la equiparación y equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales que pemitan la plena participación de un sujeto en la vida social. Como trato equiparador consiste en articular como objetivo del derecho el principio de satisfacción de necesidades básicas y desde el punto de vista de trato material como diferenciación implica el recurso a técnicas y medios que pretenden establecer tratamientos diferentes cuando se producen situaciones de desigualdad, desventaja, o extrema gravedad. Es decir, las políticas de igualación que se encontrarían en el cruce entre la igualdad formal como diferenciación y la igualdad material pueden ser de muchos tipos, y entre éstos se encuentra la discriminación inversa que es una forma especialmente severa de trato diferenciador y por ello también especialmente controvertida. La igualdad material no concita el beneplácito de todos los autores, puesto que quienes comparten una teoría liberal de la igualdad afirmarían que la justicia es igual y por lo tanto imparcial. El concepto de imparcialidad no es desde luego unívoco, sobre ello tendremos ocasión de volver en el siguiente capítulo, pero además es el concepto que abandera la teoría liberal de la igualdad que hemos denominado "tesis de la igualdad" y es el blanco de todas las críticas por parte de la "tesis de la diferencia". En este sentido, me parece que Gianformaggio (1993; 234-235) acierta al destacar que es distinto exigir la imparcialidad desde la perspectiva de *jure condendo,* fundamentalmente por parte del legislador, y en este contexto habría que reconocer que la imparcialidad es un mito y, en segundo término, desde la perspectiva de *jure condito,* de la aplicación del derecho, donde significa correcta aplicación de la norma y, por tanto, garantía de certeza. También a juicio de la autora italiana, es posible relacionar esta distinción relativa a los planos en que tiene cabida la exigencia de imparcialidad con la distinción entre igualdad formal y material. Este par puede tener dos significados. De acuerdo con el primero, igualdad formal y material distinguen la igualdad como relación comparativa entre dos entidades medidas a partir de una misma norma o parámetro, de un lado y la igualdad como determina-

ción de las características de hecho relevantes a los fines de una determinada regulación (igualdad material como producción de la norma correcta). En virtud del segundo, es posible distinguir entre una situación en la que el principio de igualdad refleja una igualdad en la que el parámetro es uno de los polos de la relación (igualdad formal como igualdad de sexos, raza o religión), y una situación en la que el principio de igualdad se propone para realizar una igualdad fáctica (compartir una misma característica, situación o condición) a partir de un parámetro considerado relevante (necesidades básicas, oportunidades, resultados, etc.). Volviendo a la relación antes mencionada, es posible afirmar que el presupuesto de imparcialidad en la aplicación de las leyes una de las expresiones de la igualdad formal, como aplicación de la ley de acuerdo con el principio de igualdad y con el principio de universalidad como exigencia de racionalidad. La imparcialidad como presupuesto de la formulación y creación del derecho tiene el mismo significado que la igualdad material, en el sentido de producción de la regla correcta de acuerdo con un criterio relevante.

Angeles J. Perona (1995, pp. 37 y ss) procede a una delimitación de la igualdad examinando las condiciones en que es posible. La primera condición a la que hace referencia es que "sólo habrá igualdad en el reino de la libertad si previamente la hay en la de necesidad y no conviene olvidar que el incómodo reino de la necesidad es absolutamente imprescindible para la supervivencia de la especie humana (tomada tanto individualmente como en conjunto) y para la existencia misma de la libertad" (p. 38). La segunda condición es evitar convertir las diferencias en fuente y justificación de desigualdades, en condiciones que reducen la capacidad de acción y participación de algunos sujetos. La propuesta de esta autora es que frente a la idea que transmite la expresión "igualdad a" como asimilación, se puede oponer otra idea que quedaría expresada como "igualdad entre" que permitiría las diferencias pero no las desigualdades. Ahora bien, sabemos que la relación entre igualdad formal y material no sólo no es pacífica, y no resulta fácil de delimitar, sino que plantea uno de los principales escollos teóricos a la hora de abordar la cuestión de las acciones positivas. El núcleo del problema, sobre el que tendremos ocasión de volver, es la tesis según la cual las medidas diferenciadoras son legítimas sólo cuando no violan el principio de igualdad en sentido formal. Esta idea, como sostiene Ma. Vittoria Ballestrero (1994; 15 ss.), es un tanto difusa pero tiene plena aceptación hoy entre quienes critican que la justificación de las acciones positivas se encuentra en la igualdad material y para

ello, como he señalado anteriormente, tienen que otorgar una prioridad valorativa a la igualdad formal sobre la material que pone de relieve, en primer término, la falta de claridad en las relaciones entre las dos dimensiones.

El principio de igualdad material[10] contiene dos dimensiones, por un lado hace referencia y es el criterio interpretativo básico para "medir" el grado de efectividad de la igualdad formal, pero por otro lado contiene un principio autónomo de igualdad material dirigido a todos los ciudadanos en la vida social, económica y política. Su especificidad radica en que si bien la igualdad formal prohíbe hacer diferenciaciones de acuerdo con una serie de criterios, es decir, hay que hacer abstracción de esos elementos de diferenciación, la igualdad material tiene un contenido positivo, es decir, consiste en dar prioridad o atribuir relevancia a los factores de diferenciación. La importancia de este enfoque radica en que el objetivo último de este principio es conseguir la igualdad, "pero no igualdad entre personas asumida como algo neutro, sino igualdad entre personas, teniendo en cuenta las diferencias de género, de raza, de lengua, etc., que existen entre ellas. La idea sería tratar igualmente a las personas pero no como si fueran iguales y por ello hay que tomar en cuenta las diferencias en tanto que éstas comportan consecuencias negativas derivadas de la aplicación de criterios iguales. El principio de "igualación" puede ser configurado como parte integrante del principio de igualdad formal, al menos en tanto que la igualación constituye una "desviación" justificada de la igualdad formal" (Ballestrero, 1994, 16). El objetivo, señala Young (1998; 425) no es, desde luego, compensar una desviación hasta que se alcance la normalidad, sino elaborar normas e instituciones capaces de dar cuenta de las circunstancias plurales y las necesidades que existen, o que deben existir dentro de ellas. Por ello al centrar un tratamiento en el contexto del principio de igualdad material no se pretende eliminar diferencias, cosa que tampoco debería ser objeto del principio de igualdad formal en la medida en que se limita a hacer abstracción de las diferencias, sino de corregir, eliminar o evitar los efectos desfavorables o perjudiciales que comportan esas diferencias.

10 Expresado en la Constitución española de 1978 en el artículo 9.2 "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". En términos similares se expresa el artículo 3.2 de la Constitución italiana.

Todo ello nos permite apuntar la tesis que afirma que la igualdad material es la igualdad equitativa entre los grupos, frente a la igualdad formal que sólo afirma la igualdad entre individuos. La conceptualización de la igualdad formal en términos de individuo abstracto tiene consecuencias decisivas tanto en el concepto de discriminación como en el de acciones positivas. No sólo parte de la doctrina sino también la jurisprudencia europea trata de establecer esta conexión entre acciones positivas e igualdad formal de manera que se afirma, de una forma más o menos explícita, que las medidas de acción positiva no están orientadas a afectar a la estructura que genera las desigualdades. Precisamente, como se ha puesto de relieve reiteradas veces, la tesis que permite mantener el concepto de acciones positivas en el marco de medidas que se superponen a las estructuras que segregan y discriminan pero que no consiguen atacar a las raíces y causas de las desigualdades, es el presupuesto que se encuentra detrás de la visión que considera que igualdad fomlal y material son dimensiones opuestas.

Una de las razones que permite afirmar que las acciones positivas forman parte del ámbito de igualdad material, o del cruce donde se encuentran las dos dimensiones de la igualdad, tiene que ver con un rasgo característico de aquella que, a diferencia de la igualdad formal, es una igualdad entre grupos diferentes, como ya he afirmado. Un principio normativo que necesariamente afecta a los individuos pero cuyo objetivo básico es solventar desde el punto de vista jurídico una relación de hecho de desventaja, de desproporción grave entre grupos diferentes (Casqueira, 1996, 58). La igualdad material representa la posibilidad de hacer de la igualdad formal un instrumento de transformación de las desigualdades. Precisamente la falta de claridad entre estas dos dimensiones es uno de los factores que más afectan a la articulación entre acciones positivas como instrumento de configuración de políticas de igualdad y concepciones de igualdad.

## IV. Acciones positivas y diferenciación para la igualdad

Para comprender el alcance y las posibilidades de las denominadas acciones positivas hemos de situarnos en la intersección entre la igualdad formal y la material. Dicho de otra forma, en el paso de la equiparación a la diferencia-

ción que tendría que producirse respecto a las situaciones que hemos calificado como discriminación directa e indirecta, es decir, todas aquellas en las que hacer abstracción de las diferencias, omitir disparidades o aplicar un modelo o patrón neutro, y cuya razón justificadora reside en tratar a todos por igual, comporta la producción sistemática de efectos negativos, consecuencias desiguales o perjudiciales o negación de iguales oportunidades (marginación, exclusión, invisibilidad) para unos sujetos frente a otros. En estos casos es fundamental, como afirma Ballestrero (1994, 13), en primer término, poder deslindar los objetivos o fines mediatos e inmediatos y en segundo lugar los medios o acciones a través de los cuales se trata de lograr unos fines y otros. Por ejemplo, un objetivo último o inmediato puede ser el logro de la igualdad real entre varones y mujeres en el trabajo. El objetivo inmediato seria conseguir el acceso de la mujer a un puesto de trabajo en condiciones de igualdad, para ello se toma como objetivo eliminar los obstáculos que impiden que las mujeres accedan a puestos de trabajo iguales en condiciones análogas. En estos casos las medidas no pueden ser únicamente equiparadoras porque, en muchos casos, dan lugar a discriminaciones indirectas, antes bien, las acciones positivas pueden ser, en estos casos, un posible instrumento para la realización de la igualdad de oportunidades.

Existen, como es sabido, diversas formas de articular políticas de diferenciación para la igualdad. Entre ellas se encontrarían las "acciones positivas" y la "discriminación inversa", cuya fundamentación radicaría en otorgar un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas y que obstaculizan o imposibilitan la igualdad de oportunidades. La clave de esta construcción, como ya hemos visto con anterioridad, se encuentra en el criterio de "relevancia" de los elementos diferenciadores y en su justificación razonable. Pero en todo caso, la respuesta a la legitimidad de las medidas de acción positiva debe situarse en el contexto del significado constitucional de principio de igualdad y la relación entre la igualdad de trato e igualdad material. Todo ello nos pone en condiciones de afirmar que las medidas de acción positiva no son una excepción al principio de igualdad, tal como son conceptualizadas en las últimas sentencias en el contexto del derecho de la Unión Europea, sino una exigencia de su realización.

El problema de las acciones positivas afecta tanto a su aspecto o dimensión conceptual y terminológica cuanto a la indeterminación que afecta a su

morfología jurídica y a su justificación. Esta ausencia de precisión en su configuración se une a la vaguedad que afecta a los conceptos que forman su entorno, me refiero a los de discriminación e igualdad que a su vez se relacionan y diferencian de otros. En principio, habría un acuerdo general en considerar que las acciones positivas tiene como objetivo combatir las desigualdades. Pero esta unanimidad, como afirma Casqueira (1996; 43) no se extiende a otras características que también se atribuyen a la definición. Así, no siempre se acepta que dichas acciones se implantan en contextos culturales donde las diferencias entre grupos sociales son asumidas también de un modo especial por el derecho, es decir, donde el derecho ha contribuido a ser un vehículo más de estigmatización. Desde el punto de vista jurídico no existe un concepto preciso de acción positiva y cuando se hacen referencias a esta figura se produce una combinación de tesis propias del derecho antidiscriminatorio norteamericano a través de la figura de la *affirmative action,* una determinación por la vía negativa frente a otros conceptos y finalmente, unos rasgos que se extraen de las decisiones concretas en las materias donde se aplican estas acciones, fundamentalmente en materia laboral respecto al género y en el derecho norteamericano respecto a las diferencias raciales.

El concepto nació cuando empiezan a perfilarse las diferencias entre discriminación directa e indirecta, es decir, en los límites de lo que se considera discriminación. Podemos partir de la noción de acciones positivas en términos de medidas orientadas a remover o eliminar los obstáculos que impiden la realización concreta de la igualdad de oportunidades. Se trata de medidas que pretenden transformar una situación de desigualdad de condiciones en una situación de igualdad real de condiciones y precisamente por ello se justifican las medidas de diferenciación. En mi opinión constituyen una estrategia destinada a conseguir la igualdad de resultados mediante medidas que permitan eliminar las discriminaciones que por razón de género sufren las mujeres. En el contexto de los países miembros de la Unión Europea se ha tratado de encontrar los elementos de la definición en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207 de la Unión Europea que dispone: "La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1".

El tenor de esta disposición y la interpretación de algunos autores ha conducido a una cierta identificación entre acciones positivas y compensación de desventajas o desigualdades y esta es una idea que creo conviene matizar en varios sentidos. La tesis que propone que las medidas diferenciado ras son correctoras o compensatorias es una de las vías posibles de justificación de estas políticas y probablemente, como afirma A. Ruiz Miguel (1994; 82 ss.), la más problemática puesto que la apelación a criterios de compensación o resarcimiento tiene que hacer frente inmediatamente a la idea de responsabilidad objetiva o sin culpa y a la determinación de los sujetos responsables de la situación de desigualdad. De otro lado, como ha puesto de relieve Ma A. Barrère (1997; 83-4) la idea de compensación como la de equilibrio social en tanto que criterio de legitimación y elemento definitorio de las acciones positivas parecen presuponer que se trata de situaciones de desigualdad o desventaja que rompen o "desequilibran" una situación previa de igualdad, de ahí que se trate de resarcir o restaurar la situación inicial de equilibrio. Este presupuesto, es un parti pri ampliamente criticado (Y. Ferrari, 1989) y hoy, en parte, superado en las ciencias sociales como explicación del funcionamiento de las sociedades que convendría también abandonar en este contexto. Además esta idea parece deslizar que se trata de una desigualdad o discriminación pasada que se compensa en el presente y, en consecuencia, desaparece. Las acciones positivas en tanto que medidas orientadas a favorecer la realización efectiva de la igualdad de oportunidades y a conseguir la igualdad de resultados, se sitúan en el contexto de la justicia distributiva y no encontrarían una justificación adecuada en el ámbito de la justicia compensatoria.

Desde el punto de vista de las acciones positivas pierde su sentido una distinción absoluta entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados como tendremos ocasión de examinar más tarde. Cualquier medida de acción positiva supone una diferencia de trato en algún momento: obtener una plaza en un organismo en virtud de un criterio preferencial, una subvención, una beca, un crédito con especiales condiciones o una preferencia en la contratación o en un ascenso son acciones positivas estructuralmente iguales. Sin embargo, antes de examinar los rasgos que caracterizan a las acciones positivas conviene prestar atención a una idea previa. Como veremos con mayor detenimiento en el siguiente capítulo a propósito de la ciudadanía diferenciada,

es importante distinguir las situaciones de desventaja, perjuicio o injusticia que afectan a quienes forman parte de un colectivo. Esto es, habría que aclarar, como hace Nancy Fraser (1998; 430-432) aquellas situaciones que dan lugar a demandas de reconocimiento de diferencias (etnia, nación, religión, lengua, cultura) y aquellas situaciones de explotación, marginación y privación que por causas básicamente socioeconómicas generan pretensiones no de reconocimiento de las diferencias, sino de redistribución de bienes básicos; teniendo en cuenta, y aquí encontraríamos una de las dificultades de esta cuestión, que precisamente el género y también la raza, constituyen los dos casos paradigmáticos en los que se cruzan los dos tipos de causas de desigualdad. Mientras que, por ejemplo, las demandas de las minorías nacionales, étnicas o lingüísticas o las demandas de identidad sexual se encontrarían sólo en el primer grupo y las demandas de clase en el segundo. Me parece importante tener en cuenta que el género da lugar a diferencias de orden político-económico y como tal tiene consecuencias en un tipo de división del trabajo que adopta formas específicas de explotación, marginación y privación en razón del género. Por otra parte, en relación con las diferencias culturales y valorativas, el género está en la base de las relaciones de reconocimiento de forma que pone de manifiesto el androcentrismo y el sexismo cultural. En este caso, como insiste Fraser (1998; 458- 9, nota 39) las desigualdades de orden socioeconómico y las desigualdades de orden cultural no son independientes, sino que se refuerzan constantemente unas a otras, de forma que es posible constatar tanto la existencia de normas económicas y jurídicas derivadas de un modelo cultural sexista y androcéntrico, cuanto las desventajas sociales que impiden la igual participación en la configuración de la cultura, en la vida pública y en la vida cotidiana. Esto significa que las medidas para hacer frente a estas desigualdades tienen que dirigirse tanto hacia las causas económicas y políticas como a las de tipo cultural. Las medidas tienen que combinar tanto el reconocimiento de la diferencia cuanto la redistribución de oportunidades y resultados. Las acciones positivas pueden ser formas de articular tanto las medidas de reconocimiento cuanto las medidas orientadas a superar las injusticias por razón de género, por ejemplo para asegurar el acceso a trabajo y/o a una plaza escolar, pero tales medidas tienen que ser capaces de remover los obstáculos que impiden las oportunidades y, en consecuencia el logro de objetivos. Por ejemplo, no se trata sólo de conseguir

un empleo que perpetúa la explotación y marginación, sino un empleo con condiciones; y no sólo el acceso a la enseñanza, sino a toda la enseñanza hasta la superior y también con condiciones. En el ámbito valorativo y cultural puede ocurrir lo mismo, las medidas encaminadas a asegurar a las mujeres el respeto a su identidad y valores o lo que se denomina su especificidad cultural no puede dejar intacto el código binario en razón de género que permea las relaciones sociales significativas.

Y ello pasa por canalizar las acciones positivas desde la igualdad formal hasta la igualdad material, de forma que tengan capacidad real de afectar a las oportunidades sociales y a los resultados sociales (riqueza, bienes básicos, derechos efectivos, participación democrática) .

Volvamos ahora sobre los elementos de las acciones positivas[11]:

El primer factor es la existencia de obstáculos que se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades. El Tribunal Constitucional español considera que debe darse una situación de desigualdad, desventaja, inferioridad o discriminación por motivos culturales, sociales o económicos que hace que un grupo social o determinados sujetos se encuentren con oportunidades limitadas o inferiores respecto de otros[12]. En segundo lugar, son medidas que se establecen para quienes se encuentran en una situación de desigualdad por pertenecer a un grupo social en comparación con otro u otros y las medidas tratan de lograr el reparto igual de las oportunidades entre los diversos grupos. Tercero, el contenido y el tipo de medidas son contextuales y, por consiguiente, dependen de las circunstancias y del caso. En cuarto lugar, las medidas tienen carácter temporal, porque se trata de remover obstáculos y corregir situaciones de desventaja y no consolidar situaciones, por tanto sólo tienen sentido mientras se mantienen esas situaciones, por otra parte, se establecen para determinados plazos de tiempo con objeto de que sean revisadas periódicamente. Por esto, todos los programas europeos o estatales orientados a realizar la igualdad de oportunidades de las mujeres suelen tener una duración de cuatro años, para proceder a su evaluación y corrección. El argumento al que recurren a menudo las teorías más críticas con las acciones positivas es que son las propias medidas las que producen

11 Al respecto puede verse: A. RUIZ MIGUEL, (1996; pp 39-86) F. REY MARTINEZ (1995; 19-36), E. FERNÁNDEZ (1994, 155-157).

12 STC, 128/1987, de 16 de julio, STC 3/93 y STC 16/95.

que ciertos individuos permanezcan en situaciones de desventaja y/o exclusión. Con relación a ello y con independencia de que volvamos a este argumento en el próximo capítulo; en este momento es importante recordar que tanto el carácter temporal de los programas y las medidas concretas, cuanto el objetivo de que tales medidas afecten realmente a las raíces de las situaciones y no se queden en la superficie, precisamente tratan de evitar algunos de esos riesgos. Finalmente, las medidas de acción positiva deben ser adecuadas a la finalidad que se pretende; coherentes y proporcionadas con el principio de igualdad material.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español realiza una distinción muy interesante entre medidas que considera "falsamente protectoras" y realmente compensadoras[13]. Por un lado, considera que existen un conjunto de medidas que encuentran su justificación en los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral y, por consiguiente, antes de decidir si está justificada una medida de acción positiva hay que descartar que no se trata de una medida paternalista o "falsamente protectora", en la medida que encubren una situación de desigualdad. Entre los criterios que el Tribunal Constitucional español toma en consideración para calificar una medida como positiva, los más relevantes serían: por un lado, que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato, que "no tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo" y, por otro lado, que no perpetúe valores o patrones culturales superados, es decir, que aun tenga sentido en el contexto actual[14]. En España la primera sentencia que claramente acepta las acciones positivas como instrumento de igualdad de oportunidades es la STC 128/87 de 16 de julio. En ella se reconoce expresamente que el grupo social que se encuentra en desventaja por razón de sexo son las mujeres[15]. Desde esta perspectiva se acepta la tesis según la cual las situaciones en

13 Al respecto, REY MARTÍNEZ, F, (1995; 18 y ss) realiza un examen en profundidad de las decisiones adoptadas por el Tribunal que justifican la equiparación y aquellas que justifican la compensación y dentro de éstas las medidas paternalistas y/o proteccionistas y las acciones positivas.

14 Al respecto puede verse la STC 317/94 de 28 de noviembre.

15 En este sentido resulta enormemente sugestiva la llamada de atención que hace Mª BARRÈRE (1997; 28) cuando sostiene que las discriminaciones afectan a grupos concretos de personas y esto es algo que en parte encubren las declaraciones antidiscriminatorias. Es decir, cuando en términos

que se encuentran las mujeres que imposibilitan su acceso al trabajo o su permanencia en él deban ser tratadas con medidas específicas y que, por tanto, ello no puede considerarse opuesto al principio de igualdad. Es decir, si se da una práctica discriminatoria debe producirse una diferencia de trato, como su consecuencia jurídica. Por otra parte, el criterio de razonabilidad o la justificación de la diferencia de trato no se encuentra en las características de las mujeres ni en sus "dobles" obligaciones sino en la situación de especial desventaja social en que se encuentra la mujer, en este caso que tiene hijos a su cargo, para el acceso al trabajo o el mantenimiento del que ya tiene. De ahí que el Tribunal Constitucional español afirme: "Este tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos. Ello supone un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, que se manifiesta en el dato de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales".

Con todo, el reconocimiento desde 1987 de las acciones afirmativas en España no está exento de problemas, ni la jurisprudencia posterior ha sido lineal. Aunque se han aceptado las medidas para aquellas personas "que se encuentren en situaciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas". Por ello "no se considera discriminatorio que a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer". Si tenemos en cuenta algunos argumentos utilizados por la jurisprudencia constitucional española, las medidas aceptadas hasta el momento son aquellas dirigidas a paliar la discriminación laboral por razón de sexo, establecer reserva de plazas en la ad-

jurídicos se afirma que no se puede discriminar por razón de sexo, raza, religión, opinión, etc., en abstracto, se oculta que las discriminaciones no afectan a los sexos, sino a las mujeres, a todas las razas, sino a algunas como la negra, a todas las religiones, a todas las etnias, sino a la gitana, etc. Este enfoque ha ido modificándose en cierto sentido y haciéndose más sensible a los grupos realmente desaventajados y/o discriminados y, en ese sentido la jurisprudencia constitucional española ha pasado del planteamiento originario *sex-blind* al reconocimiento, en este caso, de que las mujeres son el grupo social que históricamente ha sido víctima de la subordinación hacia los hombres. F. REY MARTÍNEZ (1995; 24).

ministración o en empresas privadas para trabajadores con minusvalías o la remoción de obstáculos para el fomento de las lenguas autóctonas[16].

## V. Modalidades de acción positiva

Una vez hemos examinado los rasgos que pueden caracterizar las medidas de acción afirmativa, hemos de proceder a la distinción de diversos tipos de acciones positivas.

A. Medidas de concienciación

En primer término aquellas medidas encaminadas a la toma de conciencia o sensibilización de la opinión pública. Como por ejemplo cuando se establece medidas de concienciación de una sociedad a través de campañas institucionales, con el fin de dar a conocer conductas sociales discriminatorias o sensibilizar la opinión pública sobre las situaciones de violencia que sufren las mujeres por su pertenencia al sexo femenino. Medidas orientadas a evitar la transmisión de estereotipos sexistas en los mensajes publicitarios y en los contenidos de los medios de comunicación.

B. Medidas de promoción de la igualdad

En segundo término, medidas orientadas a la eliminación de la desventaja que promueven o impulsan la igualdad. Estas medidas pueden ser por ejemplo, las orientadas a erradicar los contenidos sexistas en la enseñanza, favorecer que la mujer pueda estudiar todos los niveles educativos, promover en los centros educativos una orientación profesional que permita la libre elección de estudios y opciones profesionales, o establecer una normativa específica en las condiciones de trabajo especiales de maternidad y lactancia. Por ejemplo, en España se ha aprobado recientemente un decreto que establece que cuando una mujer esté de baja por maternidad su baja podrá cubrirse con una contratación parcial y el empresario estará exento del pago de

16 STC 3/93, de 14 de enero, fj, 3ª. STC 109/93, de 25 de marzo, fj. 5ª,. STC 16/95, de 24 de enero, fj. 3ª. STC 269/94 de 3 de octubre, fj. 4º.

la cotización a la seguridad social. Otras medidas promueven el reparto equitativo de responsabilidades familiares entre mujeres y hombres corno condición para el desarrollo eficaz de una política de igualdad de oportunidades en el empleo, potencian la actuación de la inspección de trabajo con objeto de controlar la correcta aplicación de los mecanismos antidiscriminatorios sobre todo en relación con el sistema de ascensos, despidos, acoso sexual, etc., proporcionan servicios de asistencia y atención a los hijos de mujeres trabajadoras que permita compatibilizar su actividad laboral o profesional con sus responsabilidades familiares, subvencionando guarderías y escuelas infantiles o, finalmente, priorizan el acceso de las madres solas a las prestaciones sociales existentes y a los recursos formativos que impulsen su inserción socio-profesional e independencia económica.

C. Cuotas o medidas de "discriminación inversa"

En tercer lugar medidas de discriminación inversa o positiva. El concepto de esta figura es, si cabe, más difuso que el de las acciones positivas y tiene, como vimos al analizar la noción de discriminación, una carga negativa que parece incorporada al concepto incluso en su uso neutro y que no sólo ha generado importantes críticas a la idea de una discriminación positiva, sino que la crítica ha arrastrado también negativamente el concepto de acciones positivas o afirmativas. Muchos autores llaman la atención sobre la imposibilidad de utilizar el término discriminación como un término neutro que vendría a significar una diferencia o distinción pero positiva. Coincido con Mª A. Barrère (1997; 86) cuando afirma que en este contexto el concepto de discriminación es negativo y por tanto la idea de discriminación positiva es una contradicción en los términos.

Por su parte, A. Ruiz Miguel (1996; 80 y 125), sostiene que la "pretensión de las políticas de discriminación inversa es intentar paliar situaciones de desigualdad especialmente recalcitrantes. La gravedad de tales situaciones explica la gravedad de la discriminación inversa ( ... ) todo ello explica también el que se trate de una figura jurídica y moralmente muy discutida". De ahí que afirme que mientras la acción afirmativa o positiva favorece para la igualdad, la discriminación inversa privilegia para la igualdad. Los requisitos para diferencia a ésta última del resto de las medidas de acción positiva serían

la atribución de una preferencia por determinados rasgos y la existencia de escasez de recursos. Esta idea de que se trata de un privilegio unida a la nota que caracteriza la discriminación "inversa" ha comportado aun mayores problemas para esta figura. Es decir, la idea que se pone de relieve, por algunos autores, es que no sólo se privilegia a unos sujetos, sino que se discrimina a otros, a los que no se beneficia igual. Tras estos argumentos se deslizan algunos equívocos, como ya he indicado al abordar la noción de discriminación. Efectivamente se trata de un concepto negativo; no obstante, el objetivo básico de estas medidas es superar las desigualdades de grupo, es decir, aquellas que experimentan o padecen sujetos determinados por su pertenencia a un grupo al que se minusvalora. La carga peyorativa de esta figura se encontraría básicamente en el argumento que afirma que tiene como "forzosa contrapartida un perjuicio claro y visible en quien no pertenece al grupo". En mi opinión este argumento debe ser muy calibrado. Con las medidas de discriminación inversa no puede afirmarse que se "discrimina" a un grupo social. Considerar discriminación al impacto negativo que puedan comportar estas medidas sobre sujetos individualmente considerados es casi trivializar la idea de discriminación[17]. Si acudimos a los criterios a partir de los cuales hemos afirmado que podemos hablar de discriminación como un proceso, no me parece que se pueda afirmar que el impacto que tienen las medidas de "discriminación positiva" en relación con las mujeres sobre los hombres esté motivado por la minusvaloración del grupo social, que a través de esas medidas se sitúe a los hombres en condiciones de desventaja social y que todo ello esté orientado precisamente a mantener la situación de desigualdad. Antes bien, me parece más adecuado decir que los efectos que tienen estas medidas en relación con los grupos a quienes no se aplican son efectos de la redistribución de oportunidades.

Bobbio (1993; 79) caracteriza la discriminación inversa como el supuesto en el que dos sujetos o situaciones desiguales reciben un tratamiento distinto en el que se beneficia al peor situado. Esta idea puede orientarnos en nuestro análisis, puesto que define bien el concepto, pero me parece preferible aban-

17 Por ejemplo, A E. PÉREZ LUÑO, considera a las medidas de discriminación inversa como "privilegios" o leyes privadas y me parece que reproduce bien la tesis a la que acabo de referirme cuando escribe: "la discriminación inversa y positiva para determinadas minorías no puede traducirse en discriminación directa y negativa para las mayorías" *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica,* Madrid, Tecnos, pp. 230-231.

donar la expresión "discriminación inversa" y en su lugar hablar directamente de cuotas y, por otra parte, referirme a las acciones de trato preferencial como otro tipo distinto a éste de acciones positivas a favor de la igualdad.

Por consiguiente, mi propuesta es referirme a este tipo de acciones positivas como normas de cuotas que establecen la reserva de un número o porcentaje de plazas a determinados grupos, tal como hace, por ejemplo, Barrère (1997; 89). Las reservas pueden estar sujetas a condiciones como puedan ser los plazos o las cualificaciones pero también pueden ser incondicionadas. Esta idea es la que relaciona la política de cuotas con la de igualación en los resultados. Las medidas orientadas a una reserva de cuotas en el acceso laboral, o en la representación política están sometidas a fuertes críticas. Los argumentos críticos que se vierten en este sentido son, de un lado, el perjuicio que se causa en los derechos de quienes no forman parte del grupo, aunque desde luego no está claro tal perjuicio (por ejemplo en el caso de las listas electorales), por otro lado, una falta de consideración de los méritos o la cualificación, que tampoco está clara en absoluto en el caso, por ejemplo de acceso de minusválidos a puestos de trabajo. Finalmente el argumento es que realiza directamente una igualdad de resultados y no de oportunidades, argumento éste sobre el que volveremos. En relación con la cuestión relativa a los méritos y cualificaciones como único título de acceso, que sería la propuesta de los críticos con medidas de este tipo, suscribo la opinión de Giner cuando escribe (1994; 163 y ss.) que, a su juicio, la utopía meritocrática es imposible y se debe fundamentalmente a la presencia continuada de los modos tradicionales de cierre y reproducción clasista de las sociedades contemporáneas avanzadas y ello impide la movilidad ascendente en las sociedades. Pero la imposibilidad de un sistema meritocrático también se encuentra en la cuestión no resuelta de saber qué constituye un mérito. Para ello necesitamos un sistema de valores relativamente homogéneos para la identificación pública de la excelencia humana y de las necesidades sociales primarias. Hoy contamos con criterios plurales de mérito, en función de las áreas en las que se reconozca. Pero en virtud de la expansión de las jerarquías de mérito en los campos más diversos de actividad lo que se ha hecho es primar a individuos a través de la especialización y diversificación de los canales de acceso y cambio de *status.* Pero cada esfera tiene sus propios criterios de mérito, de ahí que la autoridad basada en el mérito haya sufrido una seria fragmentación en el caso de actividades especializadas.

Entre las cuotas suele distinguirse entre cuotas flexibles o por decisión y cuotas rígidas o cuotas por resultados (Rodríguez Piñero, 1991; 2 ss.). Estas últimas coinciden con lo que se entiende por cuotas, mientras que las primeras son un tipo de trato preferencial. Sobre esta distinción, confusa, elusiva y difusa descansan buena parte de los argumentos sobre la última jurisprudencia europea en la materia, cuando establece las cuotas permitidas (las flexibles siempre que no establezcan una preferencia de forma automática) y las prohibidas (las cuotas rígidas o de resultado). A título de ejemplo, serían medidas de este tipo el establecimiento de un baremo distinto para hombres y mujeres en beneficio de éstas (salvo que se demostrara que con un baremo único y "neutro" se favorece a un grupo y se perjudica a otro), o las cuotas o reservas de plazas para colectivos desfavorecidos en puestos de trabajo, enseñanza, listas electorales. Sobre todo ello tendremos ocasión de volver, conviene ahora que veamos mínimamente que significa trato preferencial.

D. Medidas de trato preferencial

Son medidas orientadas a realizar la igualdad de oportunidades con efectos en los resultados, esto es en los objetivos últimos que se trata de alcanzar, y para ello establecen la atribución de calificaciones o puntos especiales a determinados grupos. Estos criterios pueden estar sujetos a condiciones o no (Barrère, 1997; 89). El trato preferencial puede tener las siguientes características: un punto de partida semejante o igual, una situación paritaria, por ejemplo, igualdad de méritos o cualificaciones; en segundo lugar, una situación social o contextual de desventaja (como grupo o colectivo); finalmente, el establecimiento de una prioridad o un trato desigual o preferencial. Es decir que con las mismas condiciones de partida, se da prioridad a los miembros del grupo desaventajado. Las cuotas, están dirigidas a favorecer a quien se encuentra en peor situación de partida. Sabemos ya que el objetivo último es lograr la igualdad de oportunidades como igualdad en los puntos de partida e igualdad en los resultados. En este sentido, igualdad de oportunidades como objetivo no puede significar sino estar en condiciones parejas entre quienes pertenecen a un grupo desaventajado y quienes se encuentran en el grupo aventajado, es decir, poner en condiciones de paridad a todos para obtener resultados iguales. Ciertamente, cuando se establece una medida que

consiste en igualar en el resultado, por ejemplo, que en el acceso al empleo se considere que un grupo está infrarrepresentado cuando no alcanza el 50% del total, no hay duda que se realiza efectivamente la igualdad de resultados y además con ello aumentan la igualdad de oportunidades de ese grupo.

Dicho de otro modo, donde existen diferencias de grupo que tienen efectos en las capacidades, valores y comportamiento o formas de vida, el tratamiento igual en la distribución de acuerdo con reglas exclusivamente de mérito, refuerzan y perpetúan las desventajas. Young (1998; 422) afirma a este respecto que tratamiento igual requiere que todos sean medidos de acuerdo con las mismas normas, aunque de hecho no existen normas neutrales de comportamiento. En el caso de las mujeres, por ejemplo, el principio de igualdad de trato es inadecuado porque o bien implica que las mujeres no tienen un derecho a la seguridad en el empleo cuando tienen hijos o bien asimilan sus garantías a las que se proponen para una categoría de género neutro, bajo el rótulo "incapacidad" y esta asimilación es inaceptable porque el embarazo y el nacimiento son condiciones normales de mujeres normales pero con características específicas.

III

# 2

# Derecho penal

# El discurso feminista y el poder punitivo*

Eugenio Raúl Zaffaroni

**Sumario**

**I.** La unidad ideológica de la jerarquización biológica de la humanidad. **II.** La señalización del discurso feminista entre los discursos antidiscriminatorios. **III.** Razón y sinrazón de la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios. **IV.** El poder punitivo y su burla de los discursos antidiscriminatorios.

El principal objetivo de este trabajo es reflexionar acerca de las relaciones que existen entre el poder punitivo, el discurso feminista y el uso que este último hace de aquél.

Sabemos que, a través del patriarcado, el poder operó la primera gran privatización del control social punitivo. El patriarcado, junto con la confiscación de las víctimas y el establecimiento de la verdad por interrogación violenta son formas de las tres vigas maestras sobre las que se asienta un mismo poder estructuralmente discriminante.

Este poder tiende la trampa de un contacto envolvente del feminismo con el poder punitivo para neutralizar su carácter profundamente transformador. El discurso feminista, discurso antidiscriminatorio por excelencia, corre el riesgo, entonces, de verse entrampado en un contacto no suficientemente sagaz o hábil con el discurso legitimante del poder punitivo.

* Eugenio Raúl Zaffaroni, "El discurso feminista y el poder punitivo", en *Las trampas del poder punitivo,* Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 19-30.

## 1. La unidad ideológica de la jerarquización biológica de la humanidad

La discriminación, en su forma de jerarquización basada en diferencias biológicas de los seres humanos, tiene múltiples capítulos que son otras tantas facetas de una misma *viscosidad:* racismo, discriminación de género, de personas con necesidades especiales, de enfermos, de minorías sexuales, de niños, adolescentes y personas mayores, etcétera.

Todos esos modos de discriminación tienen formas inorgánicas, orgánicas y oficiales[1]. Las formas *inorgánicas* son las que se manifiestan sin discursos ni instituciones que las sustenten de modo pretendidamente coherente. Las formas *orgánicas* aparecen cuando partidos o instituciones asumen los discursos que las sustentan. Por último, las formas *oficiales* son las asumidas como políticas por los Estados.

En el nivel inorgánico, las discriminaciones por jerarquización biológica de los seres humanos pueden manifestarse de manera aislada; pero en cuanto asumen formas orgánicas y se articulan discursos de sustentación en marcos institucionalizados, aunque se ponga el acento de la vertebración discursiva en uno u otro tipo de discriminación, siempre tienden a sustentarse en común, justamente porque no son más que *aspectos de una misma estructura ideológica.*

El resumidero de toda esa escoria ideológica fue el nazismo, pero nadie debe engañarse y pretender que éste ha sido original. Es sabido que el nazismo no hizo más que repetir pretendidas teorías científicas previas y sustentadas en otras latitudes, especialmente en Inglaterra y Francia[2].

No ha habido racista que no haya defendido la necesidad de mantener a la mujer en una posición subordinada dentro del control paternalista y patriarcal. Tampoco los ha habido que no hayan idealizado la perfección física y la virilidad[3].

1 La clasificación fue propuesta por Michel Wieviorka en *El espacio del racismo* (Barcelona, Paidós, 1992); pero resulta válida para todo tipo de discriminación.

2 Quizá el mejor resumen acerca de estos aspectos sea el de George L. Mosse, *Il razzismo in Europa. Dalle origine all'olocausto,* Bari, Laterza, 1992.

3 Véase George L. Mosse, *L'immagine dell'uomo. Lo stereotipo maschile nell'epoca moderna,* Turín, Einaudi, 1997.

La antropología, como discurso legitiman te del neocolonialismo del siglo XIX, y la sociología, como discurso legitimante del orden dentro de las metrópolis de la misma época, eran claramente racistas y discriminatorias con respecto a la mujer, al tiempo que idealizaban el poder viril que aumentaba como resultado de la lucha selectiva.

Pero, ¿a qué se debe hoy la unidad ideológica de la discriminación biológica? *A que cumple una misma función de poder.* La discriminación biológica se sacraliza con el surgimiento del poder punitivo en su forma actual, con el saber manipulado por indagación a efectos de dominio y con la consiguiente jerarquización patriarcal, señorial y corporativa de la sociedad. Cambia la piel en su avance, pero el poder es el mismo y mantiene su sustancia desde hace, por lo menos, ochocientos años.

La sociedad corporativa y verticalizada asienta su poder jerarquizado sobre tres vigas maestras:

1. el poder del *pater familiae,* o sea, la subordinación de la mitad inferiorizada de la humanidad y el control de la transmisión cultural (policía de la mujer);
2. el poder punitivo, o sea, el ejercicio de la vigilancia y eventual coerción disciplinante a los inferiores (policía de peligros reivindicatorios);
3. el poder del saber del *dominus* o *ciencia señorial* que acumula capacidad instrumental de dominio (policía de discursos).

**Excursus 1.** Las tres vigas maestras nacieron con el poder mismo, como no podía ser de otro modo, pues se entrelazan y cruzan en su construcción. Es posible buscarlas en la historia desde muy atrás y, también, seguir su rastro en la antropología; pero en su forma actual e irreversible el poder corporativo y verticalizante de la sociedad jerarquizada aparece en los siglos XII y XIII europeos.

En cuanto al surgimiento del poder punitivo, es necesario señalar que la afirmación de que existió siempre es falsa. La humanidad caminó sobre el planeta durante miles de años sin conocer el poder punitivo. Éste apareció en diferentes momentos históricos y luego desapareció.

Hasta los siglos XII y XIII europeos no había poder punitivo en la forma en que hoy lo conocemos. Por ejemplo, cuando un germano lesionaba a otro, el agresor se recluía en el templo (asilo eclesiástico) para

evitar la venganza, y allí permanecía mientras los jefes de sus respectivos clanes arreglaban la reparación (*Vergeltung*) que el clan dellesionante debía al clan del lesionado, bajo amenaza de que, de no resolverse, se declararían la guerra. Otro de los métodos de resolución del conflicto era dirimir la cuestión por un juicio que se decidía con la intervención de Dios en persona, es decir, con *pruebas:* las pruebas de Dios u *ordalías.* El juez en realidad era una suerte de juez deportivo, que sólo cuidaba la transparencia e igualdad para permitir que Dios expresara la verdad. La más común de las ordalías era la contienda o *lucha,* el duelo entre las partes o sus representantes: el vencedor era poseedor de la verdad.

Todo esto cambió cuando los señores comenzaron a *confiscar a las víctimas.* Los jefes de los clanes dejaron de arreglar la reparación y los jueces dejaron su función de árbitros deportivos, porque una de las partes (la víctima) fue sustituida por el señor (Estado o poder político). El señor (*dominus*) comenzó a seleccionar conflictos y, frente a ellos, apartó a las víctimas y afirmó: *la víctima soy yo.* Así, el *poder político* pasó a ser también *poder punitivo* y a decidir los conflictos excluyendo a la víctima, que desapareció del escenario penal.

Es cierto que hoy se escuchan algunos discursos y se realizan tímidos intentos de tomar en cuenta a la víctima, pero no es más que un paliativo a esta confiscación, o sea, una forma de atenuar sus excesos, y en modo alguno una restitución del derecho confiscado. El día cuando el poder punitivo restituya en serio a la víctima, pasará a ser otro modelo de solución de conflictos, dejará de ser poder punitivo porque perderá su carácter *estructural, que es la confiscación de la víctima.*

A partir de esa confiscación, se produjeron los siguientes cambios fundamentales:

1. El proceso penal (o juicio) dejó de ser un procedimiento para resolver un conflicto entre las partes y se convirtió en un acto de poder de un delegado del señor o soberano. Desde que una de las partes –la víctima– salió del proceso, la sentencia no atiende su interés sino el del poder.
2. El juez penal dejó de ser un árbitro que garantizaba la objetividad y el equilibrio entre las partes y pasó a ser un funcionario que decide conforme al interés del soberano.

3. Como dejó de tratarse de un juicio entre partes, ya no hizo falta establecer de qué lado estaba Dios porque se descontaba que siempre estaba del lado del poder. Por lo tanto, no tenía sentido convocarlo al juicio pues se presuponía que siempre estaba en él, representado por el juez como personero del señor (*dominus*).
4. La seguridad de que Dios siempre asistía al juez determinó que desapareciese la prueba de Dios, que el método de establecimiento de la verdad de los hechos no fuese más el duelo –la lucha– y que se pasara al interrogatorio: la verdad debía proporcionarla el procesado o acusado respondiendo el *interrogatorio* (a la *inquisición* o *inquisitio*) del juez. Si el procesado no quería confesar, se lo *torturaba* hasta hacerlo hablar.

De la forma de establecimiento de la verdad en el proceso penal (por *inquisitio* mediante *tortura*-violencia) surge la forma de conocimiento de todos los saberes a partir de ese momento o, al menos, es innegable que el cambio se opera en forma simultánea: el saber también se adquiría antes estableciendo la verdad por lucha o confrontación (la alquimia, la astrología, las *cuestiones* en filosofía). De allí se pasa a la química y la astronomía, y se llega hasta la *interrogación al ente* en la ontología.

A partir de ese momento, el saber no avanzará mediante la lucha con la naturaleza y las cosas sino mediante el interrogatorio a las cosas o los entes; interrogatorio que también llega a la tortura ya la violencia (el *experimento:* desde la apertura de cadáveres hasta la vivisección, pasando por los médicos nazis y la exposición de miles de personas a la radiación)[4].

Como *saber es poder,* el saber se acumula preguntando a los entes según el poder que se quiere ejercer sobre ellos. El *sujeto* del conocimiento se coloca en posición de *inquisidor,* está siempre en un plano superior al *objeto* o ente interrogado, tiene a Dios de su lado, es un enviado de Dios para saber, es el *dominus* que pregunta *para poder.*

Es natural que, cuando el objeto es otro ser humano, el saber señorial presuponga, por su propia estructura metódica, una jerarquía: el ser humano-objeto será siempre un ser inferior al ser humano-sujeto. No hay diálogo sino interrogatorio violento. La discriminación jerarquizante entre los seres humanos es un

4 Vease Michel Foucault, *El saber y las formas jurídicas,* Barcelona, Gedisa, 1980.

presupuesto y una consecuencia necesaria de esta forma de saber del *dominus.*

La primera tarea en la que se unieron el poder punitivo y el saber inquisitoriales fue en el fortalecimiento de la estructura patriarcal y la consiguiente subordinación de la mujer, como capítulo indispensable de su disciplinamiento social, corporativo y verticalizante.

Era necesario disciplinar a la sociedad: eliminar de la cultura los elementos paganos anárquicos o disfuncionales, reemplazarlos por los componentes pautadores de la jerarquía corporativa política y eclesiástica y, muy especialmente, disciplinar sexualmente a la sociedad y sobre todo a las mujeres. Por su función de transmisoras de cultura, era indispensable controlar y subordinar a las mujeres para la eliminación de los elementos paganos disfuncionales de arrastre.

Se trataba de una tarea por completo atinente al poder. Esto se confunde cuando se la califica como *cristianización* de la sociedad. Su vínculo con la cristianización lo expresa con toda elocuencia la *leyenda del Sumo Inquisidor.* Era una pura cuestión de poder disciplinante, en una Europa en la que sólo las elites estaban disciplinadas. El discurso teocrático era sólo la modalidad comunicativa del momento histórico.

La Inquisición fue la manifestación más orgánica del poder punitivo recién nacido. Su ejercicio de poder disciplinante fue de inenarrable crueldad. Cuando en el siglo XV ya decaía en casi toda Europa (al tiempo que cobraba impulso con otro sentido en España), recogió su experiencia de los siglos anteriores en una obra que por primera vez expone, en forma integrada y orgánica, un discurso sofisticado de criminología etiológica, derecho penal y derecho procesal penal y criminalística: el manual de la Inquisición, oficialmente aprobado por el papado, redactado por los inquisidores Heinrich Kramer y James Sprenger y publicado en 1484 con el título *Malleus Maleficarum* (*El martillo de las brujas*)[5]. Ciertamente, puede ser considerado el libro fundacional de las modernas *ciencias penales o criminales.* No se le reconoce este carácter sólo porque no es una buena partida de nacimiento.

Las notas estructurales más importantes del poder punitivo marcadas por el *Malleus Maleficarum* son las siguientes.

5 Hay diversas ediciones: Heinrich Kramer y James Sprenger, *Malleus Maleficarum translated with an Introduction, Bibliography and Notes by the Rev. Montague Summers,* Londres, The Pushkin Press, 1951; *El martillo de las brujas para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza,* Madrid, Felmar, 1976; *O martelo das feiticeiras Malleus Maleficarum* (Río de Janeiro, Rosa dos Tempos, 1991).

1. Un mal cósmico amenaza con destruir a la humanidad. Ante semejante amenaza, no debe haber titubeo alguno. El mal no repara en medios, la defensa tampoco debe hacerlo. Cualquier reparo pone en peligro la empresa salvadora de la humanidad. *(Primer discurso de emergencia: en los ocho siglos posteriores surgirán otros muchos y también desaparecerán.)*
2. Los peores enemigos son los que ponen en duda la existencia del mal cósmico, porque dudan sobre la legitimidad del poder de los que ejercen el poder punitivo. *(La legitimación del poder punitivo es legitimación de sus agencias seleccionadoras.)*
3. El mal no obedece a causas mecánicas ni físicas sino a la voluntad humana. *(De lo contrario, no se puede legitimar el castigo.)*
4. La voluntad humana se inclina al mal en personas que son biológicamente inferiores, porque son más débiles[6]. *(Las inferioridades biológicas irán cambiando en los siglos posteriores y, en algunos casos, la ideología punitiva se separará de ellas, en apariencia al menos, para construir inferioridades morales.)*
5. La inclinación al mal se condiciona genéticamente como predisposición, no como predestinación. (Un predestinado no puede ser castigado; la criminología etiológica sostendrá lo mismo, incluso el propio Cesare Lombroso en versiones ulteriores más matizadas de su tesis originaria del criminal nato).
6. Quien ejerce el poder punitivo es inmune al mal. (Es el modo de erradicar toda sospecha sobre las agencias punitivas).
7. Si el acusado confiesa, es culpable; si no confiesa, miente usando la fuerza que le proporciona su propia maldad. *(Es lo que, en la sociología contemporánea, Robert Merton llamará alquimia moral, o sea, lo bueno es malo si lo realiza el enemigo.)*
8. Los signos del mal son inclasificables, porque el mal se manifiesta de incontables maneras y, por ende, no es posible catalogar sus manifestaciones. *(Exclusión de todo límite de legalidad penal.)*

6 En ese caso, las personas más propensas al mal eran las mujeres, consideradas inferiores por haber sido creadas a partir de una costilla curva, contraria a la *rectitud* del varon La fundamentación de la inferioridad llegó incluso a inventar una falsa etimología del termino *femina* como proveniente de *fe* y *minus,* es decir, menor fe.

Por su parte, el efecto del avance del saber mediante la interrogación y la tortura o violencia (indagación y experimento) produce un conocimiento señorial muy particular: el sujeto pregunta al objeto para dominarlo; el objeto responde con toda su entidad; el sujeto no está preparado para escuchar la respuesta dada con toda la entidad del ente preguntado, porque sólo está preparado para escuchar lo que busca para dominar; la parte no escuchada de todas las respuestas se acumula sobre los sujetos y los aplasta.

No es otro el fenómeno que se sintetiza en la afirmación: *la tecnología domina al hombre.* La etimología lo explica muy bien: *objeto* es lo que se lanza (*yecta*) en contra, es el ente preguntado que se lanza contra el interrogador con toda su entidad; el interrogador es *sujeto* (lanzado o *yectado* hacia abajo), queda *sujeto* por el cúmulo de respuestas que no está capacitado para escuchar. Es la consecuencia del saber de *dominus,* de señor, patriarcal.

Las tres vigas maestras se articulan perfectamente desde hace ocho siglos. El poder patriarcal controla a más de la mitad de la población: a las mujeres, los niños y los ancianos. Por ello, el poder punitivo se ocupa preferentemente de controlar a los varones jóvenes y adultos, o sea, controla a los controladores. El saber instrumental es poder al servicio del dominio de los controladores y de los controladores de los controladores.

La articulación básica se mantiene pese a que las relaciones de poder y dominio se complican en luchas de clases y de corporaciones, autonomización de las elites del poder, colonialismo, neocolonialismo, hegemonía étnica y cultural, etcétera. Pero en todas ellas funciona siempre el esquema básico que se inserta de diferentes maneras en otras relaciones que excluyen del poder y marginan socialmente a disidentes, minorías étnicas, inmigrantes, minorías sexuales, personas con necesidades especiales, enfermos fisicos, psiquiatrizados, obesos, etcétera.

## II. La señalización del discurso feminista entre los discursos antidiscriminatorios

El poder punitivo es una viga maestra de la jerarquización verticalizante que alimenta todas estas discriminaciones y violaciones de la dignidad humana. Pero

la discriminación y el sometimiento de las mujeres al patriarcado es tan indispensable como el propio poder punitivo. Por un lado, el poder punitivo lo asegura, al vigilar a los controladores para que no dejen de ejercer su rol dominante. Por otro, si se perdiese ese rol dominante, se derrumbaría la jerarquización misma porque las mujeres volverían a interrumpir la transmisión cultural que legitima el poder punitivo y el saber señorial que se logró con el primer ejercicio del poder punitivo en los siglos de su configuración originaria.

Si alguien duda de la eficacia de este poder, basta para demostrarlo la circunstancia de que, después del *Malleus,* los sucesivos discursos criminológicos casi no volvieron a mencionar a las mujeres hasta hace poco menos de veinticinco años, salvo referencias tangenciales y esporádicas. La criminología de los últimos cinco siglos sólo se ocupa de los varones, lo que es altamente significativo teniendo en cuenta que los discursos no sólo expresan lo que dicen sino también lo que ocultan y que los operadores del saber no sólo se manifiestan en lo que ven sino también en lo que dejan de ver[7].

De allí la importancia del discurso feminista: el hecho de que no sea un discurso antidiscriminatorio más sino *el discurso antidiscriminatorio por excelencia.* Es verdad que hoy "el pensamiento progresista debe caracterizarse como el que se empeña en la lucha contra la discriminación"[8], pero en esta lucha, la esperanza que abre el feminismo no la pueden abrir los discursos de los otros discriminados, porque:

1. son minorías más o menos numerosas, pero ninguno de ellos abarca a la mitad de la humanidad;
2. algunos de los grupos discriminados se renuevan en forma permanente, de modo que pierden identidad (los niños se hacen adultos, las personas mayores mueren);
3. la supresión de las otras discriminaciones no alteraría tan sustancialmente la jerarquía de la sociedad verticalizada y corporativizada;
4. el discurso feminista es susceptible de penetrar en todas las agencias, clases, corporaciones e instituciones, es decir, que no hay loci de poder social que no pueda ser alcanzado por las mujeres, y

7 Véase George B. Vold, Thomas J. Bernard y Jeffrey B. Snipes, *Theoretical Criminology,* Oxford University Press, 1998, p. 275.

8 Norberto Bobbio, *Derecha e izquierda,* Madrid, Taurus, 1998.

5. el discurso feminista es susceptible de complementarse y compatibilizarse con todos los otros discusos de lucha antidiscriminatoria.

## III. Razón y sinrazón de la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios

Aunque no quepa duda de que el discurso feminista en algún momento cumplirá la necesaria función revulsiva, no es seguro que esto se produzca a corto plazo, ya que pese a su señalización como privilegiado entre los discursos antidiscriminatorios, está sometido a los mismos riesgos retardatarios y neutralizantes con que el poder contiene el avance de los restantes.

La sociedad corporativizada se defiende aprovechando y fomentando la espontánea tendencia a la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios. Entre todas las formas de discriminación sostenidas por el armazón de la sociedad jerarquizada, cada persona sufre o tiene una sensibilidad particular para alguna de ellas. Es algo que podría explicarse como una especie de tendencia a defender la prioridad y la propiedad del propio dolor: *mi desgracia es mía, no quiero perderla en un mar de desgracias, por respetable que sean el dolor y la desgracia ajenos.*

La fragmentación de los discursos antidiscriminatorios provoca una multiplicidad de *cosmovisiones unidimensionales,* una contradicción en los términos: cosmovisiones parcializadas. Cada segmento social discriminado encara su lucha desde su posición de discriminación, fragmentando la lucha conforme a su particular visión (parcializada) del mundo. Al fragmentarse la lucha misma, se producen contradicciones entre los discriminados que impiden su coalición. La sociedad jerarquizada no es sólo machista, no es sólo racista, no es sólo *xenófoba,* no es sólo *homofóbica,* etc., sino que es todo eso junto.

La tendencia a la fragmentación se explica por fundados temores a los siguientes riesgos.

1. El discurso reivindicatorio particular se podría perder en un discurso político general que afectara la identidad de los grupos respectivos.
2. El discurso podría cobrar mayor alcance político y generaría contradicciones y disoluciones en el seno de los propios grupos consolidados por

una particular lucha antidiscriminatoria pero formados por personas no dispuestas en igual medida a librar luchas de mayor alcance o que ni siquiera logran acuerdos sobre los objetivos de tales luchas.

3. Con el pretexto de superar la fragmentación, podría deslizarse una racionalización que debilitara los niveles de la respectiva lucha antidiscriminatoria.

En cuanto a los riesgos primero y segundo, por supuesto, debería cuidarse que los discursos no se neutralizaran en un discurso político general, por lo regular sólo testimonial. Pero los discursos no superan su fragmentación disolviéndose en un discurso político general, es decir, perdiendo sus objetivos estratégicos, sino precisamente conservándolos. Sólo que, en cuanto a sus operaciones tácticas, los discursos deben tener en cuenta el sentido y los límites que les impone el reconocimiento de la estructura de poder general de la sociedad jerarquizada que, en último análisis, es la causa de la discriminación contra la que se lucha. En otras palabras: no se trata de abdicar o debilitar la estrategia sino precisamente de reforzarla, abriendo los ojos para que la táctica no haga perder de vista la estrategia.

El tercer riesgo es que cualquier confrontación con el discurso feminista por parte de un varón pueda conllevar una racionalización inconsciente por vía de solidaridad de género. Para evitarlo, en modo alguno puede caerse en otro riesgo igualmente grave, como cerrar el discurso a cualquier confrontación verificadora alegando solidaridad de género.

De cualquier manera, no es admisible que el discurso feminista –como ningún otro– se construya sin confrontación ni contraste, y esta condición necesaria quedaría neutralizada si cualquier observación que no provenga de una mujer se atribuyese mecánica e inexorablemente a solidaridad de género. La precaución razonable ante un riesgo real –que no es más que otra de las muchas trampas del inconsciente– se convertiría en un elemento autoritario que cerraría herméticamente el discurso y, por ende, le impediría su dinámica y lo esterilizaría.

## IV. El poder punitivo y su burla de los discursos antidiscriminatorios

En cuanto a la relación del discurso feminista y el discurso del poder punitivo, si bien tiene particularidades, la *trampa neutralizante y retardataria* no es en lo básico diferente de las que amenazan a los otros discursos antidiscriminatorios. Hace tiempo se ha verificado que cada grupo que lucha contra la discriminación critica severamente el discurso legitimante del poder punitivo siempre reivindica el uso pleno de ese poder en cuanto a la reducción de su particular discriminación.

El poder punitivo siempre opera selectivamente: se reparte conforme a la *vulnerabilidad* y ésta responde a *estereotipos.* Los estereotipos se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los *prejuicios* que contribuyen al sostenimiento cultural de las discriminaciones. Por carácter transitivo, puede afirmarse que la *selección criminalizante es el producto último de todas las discriminaciones.* A ello obedecen las características comunes de los prisionizados, que pueden ser clasificados según los prejuicios que determinaron su selección. En este sentido, la obra de Cesare Lombroso, que describe lo que vio en las cárceles y manicomios de su tiempo, es en definitiva la mejor descripción que se ha hecho de todas las discriminaciones traducidas en estereotipos criminales (selectivos). Nadie con las características que describió Lombroso podía quedar indemne al poder punitivo de la época. Incluso era cierto –y lo es hasta hoy– el escaso número de mujeres en relación con el de varones prisionizados.

Lo que fallaba radicalmente en Lombroso eran sus explicaciones: confundió las causas de la criminalización con las del delito. En cuanto a la mujer, era cierto que las pocas presas que había en aquel momento tenían características virilizadas, pero no que las mujeres delincuentes fueran anormales: de su observación, lo que se deduce es sólo que el poder punitivo de su tiempo seleccionaba mujeres conforme al estereotipo de la mujer virilizada como desviada de su cometido de hembra sumisa y doméstica. Tampoco era verdad que la prostitución fuera un equivalente del delito[9]; en realidad, era un equivalente de la prisionización: una forma de mantener subordinada a

9 Véase Cesare Lombroso y Guglielmo Ferrero, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale,* Milán, Vallardi, 3ª ed., 1915.

la mujer, esclavizada como mercancía de un hombre que la alquila. Esa situación de servidumbre hace innecesaria la intervención controladora del poder punitivo sobre ella. Es la máxima manifestación del patriarcado que el sistema penal refuerza para delegar y ahorrarse el esfuerzo controlador sobre la mitad de la población. Es el resultado de la primera gran privatización del poder punitivo, anterior en muchos siglos a las iniciativas recientes de privatización de la seguridad.

El fenómeno que se produce como resultado de la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios es que cada uno critica desde su particular discriminación la selectividad del poder punitivo, lo que en principio es correcto y sería positivo pero siempre que no vaya acompañado por otra actitud, que *es la pretensión de que el propio poder punitivo se ponga al servicio del discurso antidiscriminante.*

Esta pretensión es insólita: es inconcebible que el poder jerarquizante de la sociedad, el instrumento más violento de discriminación, la herramienta que apuntala todas las discriminaciones, pueda convertirse en un instrumento de lucha contra la discriminación. Un poder que, por su estructura, no puede ejercerse más que en forma selectiva y discriminante, de ningún modo podría ejercerse antidiscriminatoriamente.

Si bien hay teorías que postulan esta transformación –por ejemplo, el llamado *derecho penal mínimo*–[10], no escapa al observador menos advertido que se trata de una propuesta que importa un cambio muy profundo en la sociedad, y en modo alguno un mero retoque en la ley penal. Sólo en este marco podría pensarse en un poder punitivo que estuviese del lado del más débil. No obstante, suele observarse que nada hay en la historia que permita afirmar la perspectiva de esta mudanza cuando, por el contrario, toda la experiencia histórica prueba que invariablemente el poder punitivo ha estado siempre del lado del más fuerte.

El resultado de la pretensión de que el poder punitivo, sin mayores cambios sociales, sólo en virtud de reformas puntuales a las leyes vigentes, se convierta en un aliado en la lucha antidiscriminatoria es que el poder punitivo recibe una crítica puntual, que no le hace mayor mella porque la sociedad está habituada a este género de críticas, pero al mismo tiempo –y como so-

10 Véase Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale,* Bari, Laterza, 1989.

brada compensación– se beneficia con una formidable legitimación como resultado de la suma de las reafirmaciones de su utilidad que producen todos los sectores discriminados sumados.

El poder punitivo puede reír satisfecho y burlarse de todo el progresismo antidiscriminatorio, especialmente cuando éste le reclama soluciones a su discriminación y sus epígonos responden con la mayor hipocresía, afirmando que su ineficacia antidiscriminatoria proviene de las garantías y límites que le impone la legalidad constitucional e internacional. *El máximo grado de burla se alcanza cuando el instrumento discriminante argumenta que su incapacidad antidiscriminatoria proviene de que no es suficientemente fuerte.*

La trampa es tan grosera que muchos protagonistas de luchas antidiscriminatorias se percatan de ella, especialmente cuando provienen de sectores marginados que tienen una larga experiencia directa del ejercicio discriminante de este poder. Esta experiencia les sirve para no caer en los límites más groseros de la broma punitiva, porque tienen clara conciencia de que el poder punitivo descontrolado es sinónimo de Estado de policía, y saben que el Estado de policía es el que reprime con mayor violencia cualquier reivindicación antidiscriminatoria. Pero de cualquier manera, por lo general, esto no es suficiente para obviar la insólita pretensión de que sus cadenas lo liberen, de que el poder punitivo pueda ser su aliado.

En el caso del feminismo generalmente esa experiencia no existe, porque el poder punitivo, después de su originaria y brutal intervención directa, hace siglos que delega la subalternización controladora de la mujer en el no tan informal control patriarcal, que es su aliado indispensable: no necesita criminalizar a las mujeres sino servir de puntal a la sociedad jerarquizada para que ella se encargue de esa tarea. Ejerce un control indirecto, lo que le permite mostrarse como totalmente ajeno a la subalternización femenina.

# El aborto*

Tamar Pitch

**Sumario**

Premisa. **I.** Responsabilidad y derechos. **II.** Abortar. **III.** De víctimas a verdugos. **IV.** *Roe vs. Wade:* el significado de *privacy.* **V.** Responsabilidad y filiación. **VI.** ¿Hay que cambiar la ley?

## Premisa

El debate y la polémica sobre la procreación asistida no debería reabrir la discusión sobre el aborto voluntario. Aunque en realidad la discusión, absolutamente esclarecedora respecto al modo en el que el derecho concibe y regula el cuerpo femenino, construye «la mujer» y la relación entre los sexos, y en última instancia concibe la «ciudadanía» femenina, nunca se ha cerrado. En este capítulo contaré las vicisitudes del proceso italiano de legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, reflexionaré en torno al modo como este problema ha sido afrontado en la política de las mujeres y concluiré suministrando algunas hipótesis sobre el significado de «autonomía»[1].

* Tamar Pitch, "el aborto", en *Un derecho para dos,* Editorial Trotta, España, 2003, pp 75-119.

1 Ya estaba avanzada la redacción de este capítulo cuando, rebuscando en el archivo sobre el aborto amablemente puesto a mi disposición por Roberta Tatafiore, me topé con el librito de Laura Conti, publicado en 1981. No lo conocía, o tal vez lo había olvidado, es decir, no lo había encontrado in-

En los primeros años setenta se puede encontrar al menos tres, tal vez cuatro, posiciones feministas sobre el aborto. El grupo Rivolta Femminile (del que más adelante citaré un documento) argumenta contundentemente contra cualquier legalización del aborto, al que considera una «legítima defensa» frente «una agresión biológica», cultural y política. Embarazo y parto ponen en juego el entero equilibrio psicofísico femenino. De éste no se puede ni se debe dar cuenta a la sociedad, algo que en cambio está implícito en el aborto legalizado, considerado por Rivolta como un acto de desconfianza frente a las mujeres, relegadas de este modo al rango de reproductoras. No existirá remedio al aborto clandestino, por tanto, hasta que el aborto no sea «libre».

Una posición en ciertos aspectos similar tomará el grupo que trabaja alrededor de la Librería de Mujeres de Milán (Libreria delle Donne de Milan, 1987), antes Colectivo Feminista Milanés. En un documento de 1975 (Papa, 1975: 283 ss.), estas mujeres explican por qué no se adhieren ni participan en las manifestaciones por el aborto «libre y gratuito», en virtud de una práctica política dirigida a la afirmación del cuerpo femenino, impulsada «por un saber y una práctica diferente que parte de este análisis materialista». Se afirma así, que «el aborto no es el "final de una vergüenza"», las mujeres no se avergüenzan de abortar en clandestinidad, ni es la salida a la ignorancia y falta de medios contraceptivos. Lo que el aborto pone en evidencia es más bien la contradicción, que ninguna ley puede salvar, entre sexualidad femenina y sexualidad masculina. En una realidad de dominio masculino, una ley que permita el aborto libre y gratuito sirve a los varones «quienes invirtiendo en hospitales para abortar oficialmente tendrán su conciencia en paz

teresante en su época. Leyéndolo hoy, al contrario, me ha parecido extraordinario. Lúcido, muy bien argumentado, este libro, escrito antes de los dos referendos sobre el aborto (uno propuesto por el Movimiento por la vida, el otro por los radicales, ambos sucesivamente derrotados), dice casi todo lo hay que decir sobre el aborto, sobre la ley 194, sobre qué significa legislar sobre el aborto. Tanto es así que he llegado 'a pesar: ¿qué tengo yo que añadir? Naturalmente, muchas cosas han pasado desde entonces, y de éstas debo en cualquier caso dar cuenta. Pero de lo que prioritariamente debería dar cuenta es de cómo y por qué este libro pasó inobservado (no sólo por mí), ¿por qué, cuando salió, no fue objeto de un debate? Sería una historia interesante, y útil para comprender la fuerza y la debilidad de la política de las mujeres, útil para comprender los dilemas planteados por la cuestión del aborto y la vacilación femenina ante el uso del instrumento legislativo para afrontarla. Me limitaré en cambio a algunos breves apuntes, mientras que usaré el libro de Laura Conti ampliamente y un poco como contrapunto a lo que diré.

de modo definitivo». «Entonces, ¿qué debemos querer y buscar en primer lugar? ¿Nuestro bienestar, nuestro placer, nuestra alegría, o bien el remedio (violento) según los gustos y las preferencias de los demás, es decir, de los varones?» En esta posición se une el rechazo de una práctica política (manifestarse, y a menudo, manifestarse con los varones) y la reducción del tema cuerpo, sexualidad, al aborto-remedio violento de una sexualidad impuesta.

Algunas mujeres también se decantan por una línea de «simple» despenalización cercana a la posición del Partido Radical (Pomata, 1981).

No obstante, la postura que adquirió mayor visibilidad (a través, por ejemplo, de grandes manifestaciones nacionales) fue la que abogó por ley (aun delegando su redacción en el Parlamento, con la mediación de los grupos políticos que tradicionalmente habían sido más permeables a las presiones de los movimientos de las mujeres) que asegure el aborto «libre, gratuito y asistido». Esquemáticamente: las mujeres que se reconocen en esta posición rechazan en primer lugar redactar ellas mismas una ley, ya que «ninguna ha recibido una delegación para legislar sobre el cuerpo de otra», posición minoritaria años después, durante la batalla por una nueva ley sobre la violencia sexual (Pitch, 1983 y 1989); prefieren una ley a la simple despenalización no sólo porque piensan, en conformidad con la izquierda tradicional, que una ley tutela mejor, sobre todo a las mujeres con menores recursos económicos y culturales, sino también por otras dos razones. La primera: se confía en el potencial simbólico de una ley que al acoger el principio de autodeterminación podría terminar consagrándolo. La segunda: una ley que dispusiese un aborto a cargo de los hospitales públicos abriría paso a una extensión del control estatal y burocrático en el ámbito privado, pero también abriría, se teorizaba, nuevos espacios de negociación y de conflicto precisamente con los poderes públicos.

Ésta fue, como se ha sostenido, la línea vencedora entre las mujeres, y la que de hecho influyó en el iter parlamentario de la ley 194. Cuando, en 1981, se trató de retomar el debate con ocasión de la presentación de dos referendos ésta fue, de nuevo, la línea mayoritaria. Estaba presente, entonces, un cierto –cansancio, una especie de rechazo frente a la necesidad de retomar la iniciativa en este tema. El llamado movimiento de las mujeres había sufrido una profunda transformación, se había articulado en miríadas de grupos e iniciativas diversas, había inventado prácticas políticas lejanas a las grandes manifestaciones de los años setenta (por otra parte, se estaba de lleno en los

llamados *anni di piombo*), había reflexionado y producido sobre temas nuevos, en relación con estos cambios la defensa de la legalidad de abortar se consideraba defensiva, reductora.

Cuando finalmente el debate se ha reabierto lo ha hecho con matices y sobre temas diversos. Como ha dicho Dominijanni (1993: 15): «Entre la batalla de hace quince años y los estados de ánimo de hoy hay en medio una completa zozobra cultural. Valores en el lugar de sujetos, éticas en el lugar de saberes, dogmas (católicos y laicos) en el lugar de llamamiento alguno al sentido común».

Los discursos políticos han dejado el campo abierto a un discurso «ético» en el que desaparecen los sujetos concretos, sus experiencias, sus saberes. Apuntaré más adelante algo sobre las circunstancias que han llevado a esta sustitución. Aquí sólo quiero recordar cuatro ocasiones recientes donde se ha retomado el debate: en 1988, una sentencia del Tribunal Constitucional considera legítima la norma que no prevé el derecho del padre a ser consultado en el caso de decisión de la mujer de interrumpir el embarazo. Sobre ésta nace una discusión, caracterizada por la toma de posición de algunos hombres públicos (Giuliano Amato, Giuliano Pisapia, entre otros) quienes, con tonos diversos, reproponen ese derecho paterno y de hecho, Amato sobre todo, reclama una revisión de la ley 194.

En 1989 el ministro de la Sanidad Donat Cattin, como consecuencia de una denuncia de dos médicos objetores de conciencia, ordena una investigación sobre los abortos más allá del nonagésimo día, llevados a cabo en la clínica milanesa Mangiagalli. Siempre en 1989, el subsecretario de la Sanidad, Elena Marinucci, habla de la posibilidad de introducir también en Italia la píldora abortiva RU486. La polémica, obviamente, arrecia.

El debate sobre las nuevas tecnologías reproductivas y su regulación obviamente ha reabierto el entero capítulo del control de la procreación. El entonces presidente de la Tribunal Constitucional, Antonio Baldassarre, en 1995 declara en una entrevista a la Radio Vaticana que la tutela del concebido se puede derivar del artículo 2 de la Constitución, y pone de hecho bajo acusación nuevamente la ley 194.

A pesar de todo, no hay muchas mujeres dispuestas a defender esa ley. Más o menos subrepticiamente (o sea, con más o menos visibilidad pública) esta ley ha sido sometida a acusación no tanto por las consecuencias inespe-

radas que ha producido su aplicación (de lo que hablaré más adelante), cuanto sobre el plano de los principios y más en general como ejemplo de política de pactos. Muchas de estas críticas ya están presentes en el libro de Conti. Se va afirmando, entre muchas mujeres, esa preferencia por la despenalización que ya Conti defendía agudamente.

## I. Responsabilidad y derechos

Meros contenedores, y sin embargo, responsables penalmente. Así se considera a las mujeres embarazadas, como ya apunté en el capítulo precedente. Existe aparentemente una contradicción entre la reducción del cuerpo materno a máquina reproductora, a contenedor del feto, y la contemporánea construcción de las mujeres encinta como potenciales adversarias del feto, que hay que llevar ante los tribunales o someter a controles si fuman, beben, se drogan o de algún modo llevan estilos de vida considerados nocivos para el bienestar psicofísico del feto.

Pero la contradicción es ciertamente aparente. Ya que, como se ha visto, el cuerpo femenino se puede reducir a una máquina procreativa justamente por la posibilidad de separarlo del sujeto que lo «posee». Quien viceversa, conquista precisamente su estatus de sujeto gracias a su separación del cuerpo.

La separación implica a la madre y al feto. También el feto, o mejor, sobre todo el feto, se separa (del cuerpo) de la madre. El feto, así, alcanza el estatuto de sujeto (jurídicamente, de persona). Mientras el feto se separa, se libera, del cuerpo materno, la mujer se separa del feto, y también de su propio cuerpo, de sus propias capacidades reproductoras que ahora se pueden concebir como algo sujeto a su control racional. En consecuencia, hoy en día, resulta exigible el correcto uso de tales capacidades en nombre de ese otro sujeto: el feto y en nombre de la tutela de sus derechos.

Esta construcción adversarial, al menos en esta forma, es nueva y ciertamente resulta favorecida y potenciada por un desarrollo científico y tecnológico que no sólo permite visualizar e incluso producir el embrión (pronto también el feto) en laboratorio, sino que permite también asegurar la supervivencia del mismo feto y su transformación en neonato en casos de interrupción del embarazo siempre más precoces.

No obstante, estos desarrollos, también y por otras razones, son susceptibles (además de ser el producto) de interpretaciones culturales (y jurídicas) de tipo adversaria!. Frente a visiones del mundo que mostraban el mundo mismo cada vez más como producto humano, controlable o mutable racionalmente, a la vez que inaccesible a la acción del individuo, ajeno a imputaciones de responsabilidad individual, emergen prepotentemente tendencias favorables a la reintroducción de actores individuales sobre la escena social, que no por casualidad aprovechan el lenguaje y, a menudo, la escenografía penal (Pitch, 1989). Es decir, visiones del mundo como las que están en la base de la cultura del Estado social, o el mismo socialismo que, evidentemente, no es ajeno a esa cultura, han contribuido a desnaturalizar áreas siempre más numerosas de la vida social, y de la misma vida humana. Esto es, las han reconstruido como productos humanos e históricos, por tanto contingentes y manipulables. Al mismo tiempo, por lo menos en las versiones dominantes del sentir común, estas visiones del mundo han contribuido a poner entre paréntesis, a esconder, el propio actuar humano, situándolo dentro de los grandes aparatos institucionales, privados de sujetos que se puedan identificar y hacer directamente responsables (el Estado, la Administración pública o, bajando en la jerarquía, la compañía suministradora de energía eléctrica, la compañía telefónica, y similares) o bien, y complementariamente, disolviendo en un sujeto colectivo (la clase trabajadora, las masas) que tampoco es actor sino más bien alguien guiado o conducido por un proceso histórico inevitable.

Estas visiones del mundo están en crisis. Las razones son muchas y bien conocidas, y no puedo resumirlas y comentarlas aquí. Pero sí quisiera señalar que lo que ha entrado en crisis es, en realidad, la posibilidad de poner entre paréntesis el actuar humano individual y la confianza en controlar el mundo de manera programada y, por tanto, racional. De hecho, no sólo el proceso de desnaturalización va adelante sino que se toma cada vez más en serio y se lleva a sus últimas las consecuencias. Por ejemplo, los aluviones no son sólo el efecto de un desarrollo industrial que ha destruido el territorio, sino que también son imputables directamente a acciones u omisiones de Fulano o Mengano. Sólo así, por otra parte, se puede pedir que de las consecuencias se haga cargo Fulano o Mengano o las instituciones que dirigen.

Lenguaje y escenografía penal se convierten en recursos simbólicos potentes en este proceso de reconstrucción de lo social: hay responsabilidades

que atribuir y al mismo tiempo responsabilidades que asumir, y esto es lo que hacen el lenguaje y la escenografía penal. No obstante, las responsabilidades así atribuidas si bien identifican actores, sujetos, lo hacen como actores simples, descontextualizados, que se caracterizan sólo por su capacidad de «entender y querer». Además, las relaciones entre sujetos se reconstruyen a su vez según un esquema dualista y antagonista. Sobre un escenario penal se es culpable o bien víctima, y la red compleja de las relaciones sociales se reduce precisamente a la relación entre víctima y culpable.

La percepción y definición de uno mismo como víctima parece ser un movimiento inicial y necesario en la reivindicación del reconocimiento del propio estatuto de sujeto. En esto no hay nada nuevo, el acceso a la escena pública de nuevos sujetos y de nuevos temas pasa siempre por cuestionar lo que hasta ahora se consideraba obvio y se daba por descontado y su reconstrucción como algo, en cambio, problemático, con la consiguiente imputación de responsabilidad a alguien o a algo por el problema así evidenciado. Lo que todavía hoy parece ser prevalente es que esta reconstrucción pone en escena actores –criminales y víctimas– individuales, autores y destinatarios de acciones únicamente motivadas por intención y voluntad. Se nos percibe y se nos define como víctimas no ya o no tanto de una «sociedad injusta», de circunstancias y situaciones también ellas «injustas», cuanto de personas precisamente individualizables cuyas acciones nos dañan.

Los ejemplos abundan, y volveré a la discusión a propósito de la violación y del acoso sexual.

Ciertamente, la subjetivación del feto, el proceso a través del cual se reivindica para el feto el estatuto de persona, pasa (también) a través de la posibilidad de reconstruirlo como víctima potencial de alguien[2].

Cuando en Italia se empezó a discutir sobre el aborto, en los primeros años setenta, la situación era distinta. Izquierda y católicos compartían la idea de que el aborto era un tema conflictivo, un problema, social. Ciertamente, la izquierda solía hablar más de la (da plaga del aborto clandestino», que de la interrupción voluntaria del embarazo. Pero en realidad el acento estaba ya entonces puesto más sobre «aborto» que sobre «clandestino». Di-

2 Por otra parte, como se verá seguidamente, los niños acceden al estatuto de sujetos de *derechos* a través de su reconstrucción como potenciales víctimas de los padres en particular y de los adultos en general.

gamos entonces que mientras la izquierda identificaba a las mujeres como víctimas de una situación cultural y social injusta que no les permitía una «maternidad libre y consciente», los católicos ponían entre las víctimas también (das vidas potenciales», el «producto de la concepción». El aborto, para unos y para otros, era en cualquier caso «drama», «tragedia», para las mujeres y para la sociedad en general, bien porque su ilegalidad constreñía a las mujeres con menos recursos económicos Y culturales a prácticas peligrosas y tal vez fatales, bien porque condiciones sociales adversas e injustas constreñían a las mujeres a elecciones trágicas.

En definitiva, en el centro de la discusión permanecía la maternidad. El aborto se veía como renuncia obligada y trágica a la maternidad y, por tanto, su legalización era vista como un mal necesario hasta que no desaparecieran las condiciones que impedían a las mujeres tener los hijos que concebían.

Entre las fuerzas políticas tradicionales, la única voz discordante era la de los radicales, que trataban en cambio la elección de abortar como «derecho civil», como un problema que está en relación con un ámbito de libertad individual Sustraído a la esfera de intervención estatal. En este sentido, los radicales no participaban en la lucha por la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo aunque sí reivindicaban su simple despenalización.

El movimiento de las mujeres se diferencia de unos y de otros. La posición dominante, como ya indicaba, rechaza bien la consideración del aborto (sobre la ilegalidad) como problema social bien su consideración como derecho civil. La primera de estas dos configuraciones del aborto, que no por casualidad oscila continuamente entre considerar como problema social las consecuencias de la ilegalidad y considerar como problema social el aborto en sí, conecta estrechamente la interrupción voluntaria del embarazo a condiciones sociales económicas y culturales de las mujeres que obstaculizarían el acceso a una maternidad consciente. Gran parte de la elaboración feminista, ya entonces, consideraba, en cambio, que el aborto debía concebirse en relación con el potencial de fertilidad femenina, con la sexualidad, se decía en los años setenta, más que con la maternidad, querida o negada.

Esta postura, fruto de la experiencia de los consultorios autogestionados y de la práctica de abortos antes de su legalización, ha sido sancionada por investigaciones sucesivas a la aprobación de la ley 194 (Quintavalla, Rai-

mondi, 1989; Giacobazzi, Merelli, Morini, Nava, Ruggerini, 1989)[3]. Como, por otra parte, en otros países europeos (véase, por ejemplo, Greenwood, Young, 1979), la mayoría de las mujeres que recurren a la interrupción del embarazo no tienen un bajo nivel de instrucción, no se encuentran en condiciones económicas particularmente menesterosas, no están desinformadas respecto a los medios de contracepción.

Quedarse embarazada, entonces, debe ser considerado como algo que sucede en la medida en que se es mujer, algo que está en conexión con la experiencia heterosexual femenina, algo que está implícito en el potencial de fertilidad de las mujeres. Una mujer se puede quedar embarazada porque desea ser madre, pero puede quedar embarazada también por casualidad, por error (propio o del varón), porque la contracepción es todo menos segura, por el deseo del varón, por el deseo más o menos consciente de probarse a sí mismas el propio poder de fertilidad –lo que no coincide en absoluto con el deseo de maternidad, o sea, con el deseo de cuidar y educar una niña–. Se puede aceptar o no la maternidad tras una concepción no prevista (o incluso prevista): condiciones sociales y económicas favorables al cuidado de los hijos juegan ciertamente un papel en esta decisión, pero no Son las únicas que cuentan. Lo que en cualquier caso la experiencia femenina parece decir es que el acontecimiento de la concepción (e incluso el eventual deseo de concebir) no implica necesariamente un proyecto y menos aún un deseo de maternidad. A todas las mujeres en edad fértil (hetera )sexualmente activas puede ocurrirles concebir (especialmente en un régimen de heterosexualidad masculina poco responsable). Es un acontecimiento inscrito en las capacidades reproductivas femeninas y contemporáneamente en un régimen de sexualidad fuertemente marcado por la dominación de un placer sexual masculino que coincide con el coito. Sin embargo, no todas las mujeres pueden o desean ser madres, o serlo en ese momento. La injusticia de la que son víctimas, entonces, es en primer lugar la sustracción del poder de decidir qué hacer una vez que se ha concebido.

Sin embargo, la lectura del aborto como (siempre y necesariamente) drama personal, como derrota no era extraña a la cultura feminista de la época, y to-

3 Véase también lo que dice una trabajadora de un hospital: "No es verdad que el aborto sea un drama. Mujeres que han llorado ante mí he visto poquísimas. He visto tantas mujeres y tantas realidades: algunas son problemáticas, otras menos, pero el drama existencial nunca lo he visto» (Albini, 1990: 48).

davía hoy se deja oír como respuesta a quien acusa a las mujeres de egoísmo o de insensibilidad moral. Reaparece así la asunción personal del rol de víctima, antes del aborto clandestino, ahora de las circunstancias que empujan a abortar, como forma de rechazar la idea de que se aborta con ligereza, sin sufrir sentimientos de culpa sin sentirse por esto «asesinas»[4]. En el rechazo a considerar el aborto un «derecho civil» jugaban probablemente en los años setenta también los vínculos que gran parte del feminismo mantenía genéticamente con la cultura de izquierdas, tradicionalmente desconfiada ante un discurso libertario/liberista. De hecho, la construcción del aborto como derecho de libertad se ligaba a una propuesta de simple despenalización que, se temía, habría favorecido el desarrollo de un mercado de abortos gravoso para las mujeres Con menos recursos y menos controlable desde el punto de vista de la tutela de la salud. Este rechazo reiterado a lo largo de los años se ha enriquecido teóricamente con experiencias y reflexiones posteriores a la aprobación de la ley 194. Considerar el aborto como derecho de libertad significa por un lado negar a la cuestión del control de la reproducción y del poder sobre la reproducción su carácter de cuestión pública y, por otro lado (y complementariamente), colocarlo dentro de una esfera de libertad personal, expuesta a las reivindicaciones idénticas u opuestas del eventual compañero o de un hipotético abogado del feto. Las argumentaciones simplemente *prochoice* (por la «libertad de elección») no hacen referencia a un sujeto sexuado. Éstas se fundan, una vez más, sobre un sujeto supuestamente libre de vínculos, cuya elección es libre en tanto que racional. y es racional en la medida en que se basa sobre un cálculo costes-beneficios. Sin embargo, ésta parece una construcción simplificada y reductiva de la decisión de abortar, allí donde se reconducen todas las relaciones, comprendida aquella entre mujer y embrión, a la relación entre «costes y beneficios», se minimiza la constricciones externas y las intraindividuales, se reconduce la subjetividad moral femenina a los parámetros del individualismo contractualista, hipervoluntarista y calculador.

4 Lo que discuto no es, naturalmente, que para muchas mujeres el aborto sea un evento dramático y doloroso. Tanto es así que, como diré más adelante, me parece reductivo situarlo en su totalidad en el registro de la «elección» cuando, por otra parte, ésta se vincula dentro del paradigma de la «racionalidad». Son las construcciones sociales y el uso político instrumental de la «victimización» femenina lo que, en mi opinión, se ha de rechazar, puesto que también ambas contribuyen, como veremos, a una negación de la subjetividad moral de las mujeres.

En este sentido y por otra parte, ¿por qué este particular derecho sería sólo de las mujeres? masándonos en qué principios podremos negar una limitación de este derecho en nombre de los derechos del varón? ¿y cómo podremos argumentar eficazmente en favor de la prevalencia de la libertad de elección de las mujeres sobre un eventual derecho del feto a nacer? Nos encontraremos, en definitiva, en un escenario de tipo adversarial, que no sólo no tendría en cuenta la especificidad de la relación entre mujer y feto –que no es ni una relación entre individuos ni una relación de posesión, sino que sería, entre otras cosas, un escenario político y jurídicamente frágil, expuesto a reivindicaciones y ataques fundados precisamente sobre los mismos principios sobre los cuales se fundaría el derecho de la mujer[5].

En realidad, como justamente pone de manifiesto Boccia (1990: 69-70), existe una estrecha correlación entre configuración del aborto en términos de cuestión social y respuesta en clave de derecho al aborto:

> Ambas de hecho consideran el aborto desde una óptica fundamentalmente emancipacionista, de mejora de la condición femenina y de conquista de la ciudadanía [...] éste es el plano sobre el que de hecho ha operado la mediación entre opciones político-culturales diversas.

Lo que en el fondo une estas dos diferentes construcciones, que han conseguido unir sectores diversos del propio movimiento feminista y que encuentra acogida en la ley 194 es la visión del aborto como derrota, drama, límite, algo que se impone a las mujeres desde el exterior, algo «respecto a lo cual la mujer tiene un ámbito de acción, de valoración y de producción de las causas, muy limitado y además irresponsable». El énfasis, que es el de la ley, sobre la

5 No obstante, naturalmente, tiene razón Conti (1981: 54), cuando se pregunta qué es, en la ley 194, el aborto: si no es un *derecho,* ¿es un deber? ¿Una concesión, una licencia, un premio a la lotería? Y he constatado, con mis estudiantes, cómo este modo de considerar el aborto se ha convertido en algo de sentido común: tanto que las objeciones de los estudiantes (varones) estaban de *facto* argumentadas sobre su igual *derecho* a tener voz en el asunto o, al menos, a tener el derecho, propiamente, a rechazar una paternidad no elegida y no acordada. Las razones que han llevado a muchas feministas a no pedir que el aborto estuviese garantizado como *derecho* de libertad, las que anteriormente he recordado, se mantienen con independencia de que esa garantía se articule o se haga efectiva a través de una ley. Y conducen, como pronto veremos, a una hipótesis de despenalización, más que a la enunciación de un «*derecho* de aborto».

«maternidad libre y consciente» caracteriza el aborto como maternidad negada y complementariamente prevé o auspicia su desaparición cuando se haga efectiva la plena ciudadanía femenina.

La ley 194 (1978) es el resultado, como todas las leyes, de muchos compromisos. Y naturalmente, cabe subrayar, no es una ley que permite el aborto.

> Es una ley que lo prohíbe, salvo en ciertas circunstancias: la circunstancia que sea practicado en una estructura sanitaria pública, y la circunstancia de que hayan transcurrido al menos siete días desde que la mujer notificó por primera vez a un médico su decisión de abortar. Cuando no se verifiquen estas circunstancias, el médico que práctica el aborto puede ser condenado a tres años de reclusión y a la mujer a cien mil liras de multa (Conti, 1981: 47).

La posición de gran parte del movimiento feminista de la época –que pedía «el aborto libre, gratuito y asistido»– recibida por las mujeres organizadas en los partidos de izquierda consigue condicionar la postura al inicio conservadora y prudente del Partido Comunista, y aparece en la Sustancia, antes que en los principios, de la ley, que a pesar de obligar a recorrer un trayecto complicado, al final sanciona una última palabra femenina (para las mayores de edad).

Tras un primer artículo de «principios», en el que se declara, entre otras cosas, que «el Estado tutela la vida humana desde su inicio»[6] y se niega al aborto el estatuto de «medio para el control de la natalidad»[7], y un artículo

6 Dice el artículo 1: «El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable y tutela la vida humana desde su inicio». «¿Qué significa "procreación consciente»? Puede significar "procreación en estado de consciencia» y en este caso el texto indicaría que el Estado prohíbe dejar embarazada a una mujer narcotizada o en Estado de coma; es verdad que lo hace, pero no con la ley 194: lo hace con la ley contra la violación. O bien las palabras citadas indican que el Estado pretende que quien desee procrear tenga «consciencia», entendida como «pleno conocimiento» de lo que puede significar procrear: también es verdad que lo hace, pero no con la ley 194, sino con las leyes sobre la instrucción pública. Y ¿qué significa «procreación responsable»? ¿Significa procreación con asunción de responsabilidad hacia el hijo? Esta materia no está regulada por la ley 194, sino por el complejo de normas que construyen el *Derecho* de familia» (Conti, 1981: 60-61).

7 Pero en realidad, como dice Boccia (1990: 64): «Hoy prevalece una lectura del aborto que oscila entre el mal menor de la legalización respecto a la plaga social y el *derecho* de aborto como instrumento de emancipación femenina. En ambos casos, se considera el aborto como un fenómeno social correlato de la maternidad y de las formas de realización y reconocimiento social de la maternidad. El aborto es un momento de afirmación, a través de un acto negativo, del *derecho* de elección del

segundo que asigna a los consultorios deberes de información y prevención, se afirma la legitimidad de la interrupción del embarazo en los primeros tres meses de gestación si concurren circunstancias capaces de poner en peligro la salud física o psíquica de la mujer. Estas circunstancias, dice la ley, deben verificarse en el consultorio o por el médico de confianza, y se deben valorar soluciones diversas al aborto. Pero lo que al final cuenta es la voluntad de la mujer, a quien, pasados siete días desde la demanda, se le debe dar el certificado necesario para abortar[8]. Se puede abortar sólo en estructuras públicas o específicamente autorizadas y la intervención es gratuita. Mas allá de los noventa días, la interrupción del embarazo sólo es posible si el embarazo y el parto comportan «un grave peligro para la vida de la mujer» o cuando se revelen «anomalías o malformaciones del nasciturus, que determinen un grave peligro para la salud física y psíquica de la mujer».

En el plano de la práctica, la ley ha evidenciado en particular dos límites. El primero se refiere a la posibilidad de los médicos y del «personal auxiliar», de elevar objeciones de conciencia. Esta facultad se ha hecho valer abundantemente, tanto que existen zonas enteras del país en las cuales es imposible o extremadamente difícil obtener una interrupción del embarazo, lo que comporta agravio comparativo en los costes y, sobre todo, una prolongación de los tiempos capaz de poner en riesgo la posibilidad de abortar legalmente[9]. El segundo tiene que ver con el estatuto de las menores, quienes, para abortar, deben contar con el consentimiento de los padres o de los tutores o, en su ausencia, del juez tutelar. Norma que favorece, según muchas feministas, el recurso de las menores al aborto clandestino.

Pero todavía queda otro aspecto a considerar. Si, en la práctica, son las objeciones de conciencia y la especial regulación para las menores lo que constituye el mayor obstáculo para el acceso a la interrupción del embarazo, la previsión de un itinerario de coloquios, esperas, etc., en relación además

momento y de las mejores condiciones para la maternidad. Tanto si se considera desde el lado de la subjetividad femenina, como desde el lado social. Más allá de las (hipócritas) declaraciones de parte abortista, se reconduce plenamente el aborto a un medio de control de la natalidad».

8 Y no obstante, estoy de acuerdo con Laura Conti cuando afirma que esta ley no reconoce tanto la autodeterminación, o sea, la libertad de decisión de la mujer, cuanto el autodiagnóstico, es decir, el «valor de la valoración subjetiva de la condición de peligro para la salud psíquica» (Conti,1981: 69).

9 «Nadie obliga a los testigos de Jehová a convertirse en cirujanos, pero ¿tal vez hay alguien que obligue a otro a hacerse ginecólogo?» (Conti, 1981: 96).

a una formulación de principios como mínimo ambigua, tiene un gran peso sobre el plano simbólico y a menudo también sobre el plano práctico. Ya al inicio de los años setenta, voces feministas, en disenso con la legalización, ponían de relieve que la legalización del aborto podía concebirse como un acto de desconfianza frente a las mujeres, ya que las obliga a aceptar a la sociedad como juez de las propias elecciones y las relega al rol de meras reproductoras: «Un comité de expertos en reproducción debe examinar a la reproductora. Su problema de conciencia se convierte en un acto burocrático» (Rivolta Femminile, 1975). En la misma línea de principios, quien quiere abortar no puede simplemente hacerlo: debe reconstruir para terceros delegados de la «sociedad» sus razones para hacerlo en los términos previstos por la ley. Debe (más o menos hipócritamente) motivar su decisión en términos de «peligro» para el propio bienestar físico y psíquico. Formalmente, estas motivaciones que están sometidas al examen de médicos o psicólogos, se pueden refutar y en cualquier caso deben ser discutidas. Sobre el plano simbólico, la «casuística» niega la libertad y responsabilidad moral de las mujeres. Sobre el plano práctico se puede acabar por subordinar la elección de abortar a procedimientos de Control social (Mondardini, 1980; Cacciari, Pizzini, 1985) más o menos evidentes y eficaces según la cultura del personal médico y paramédico, y de los recursos también aquí culturales, además de económicos, de las propias mujeres [10].

10 Sobre estos problemas véase las afirmaciones de los trabajadores de los consultorios y de los hospitales en Coordinamento Nazionale Donne per i Consultori, 1990. Por ejemplo: «Puedo sólo denunciar el rechazo que a menudo está implícito en el iter burocrático absurdo que se práctica en nuestro hospital. Se dedica una atención patológica a la documentación necesaria, esperando inconscientemente encontrar algo que no está bien, y así poder crear dificultades y reenvíos. Para algunos médicos y enfermeras es un ritual obsesivo que esconde una objeción real a la elección de la mujer» (Zoffoli, 1990: 34). «Cuando la mujer pide la interrupción del embarazo, yo sostengo que ya ha elegido y es necesario sólo ayudarle a llevar a cabo su elección. Pero si cualquier operador sostiene que está todo todavía en discusión porque en cualquier caso es el servicio el que expide el certificado, destruye la elección de la mujer o bien intenta orientarla en la medida de lo posible» (Santolamazza, 1990: 57). Véase también Conti (1981: 35-36): «[ ... ] las prohibiciones defendidas por el Movimiento por la Vida son escudo Contra antiquísimas angustias existenciales, mientras la prohibición indirecta contenida en la ley 194 constituye un dispositivo pensado contra angustias más modernas y sofisticadas, en las que la angustia existencial (el «miedo de no nacer») se entremezcla con el *dernier cri* del conformismo. El conformista «última moda» yace inquieto en su propio lecho. La noche infame no tienen fin. Hacia el alba una pastilla tranquilizante, un sorbo de agua y la solución: la prohibición indirecta. Cada año medio millón de malas madres, que

Ahora bien, principios «(la tutela de la vida humana desde su inicio», la negación del aborto como «medio para el control de la natalidad», su legitimación sólo en cuanto «terapéutico») e iter (casuística, coloquios, esperas) son también vías abiertas para amenazar la implantación sustancial de la ley, es decir, de la idea de que, al final, la decisión compete sólo a la mujer. Ambos, en otras palabras, ofrecen argumentos a quien, hoy, quiere revisar la ley en sentido restrictivo[11].

Pero antes de dar cuenta del debate actual y de las propuestas de modificación de la ley 194 que han sido presentadas recientemente, veamos la situación que emerge de los datos disponibles.

## II. Abortar

Extraigo las siguientes informaciones de los datos que ofrece el Informe de 1992 del Ministerio de Sanidad, el último disponible completo en el momento en que escribo[12], sobre la «aplicación de la ley que contiene normas para la tutela social de la maternidad y para la interrupción voluntaria del embarazo»:

*a)* Las mujeres que recurren al aborto eran en 1992, como en los años anteriores, mayoritariamente casadas, de instrucción media, de edad superior

querían impedirles nacer, pagarán los propios delitos con las humillaciones de los subterfugios, con las deudas, el perejil, la vida; sobre ese frente por tanto está tranquilo. Pero también le tranquiliza el otro frente: nadie puede decirle que no es valientemente laico, y de izquierdas: de hecho, en la ley que ha aprobado y que defiende, una prohibición explícita contra el aborto no existe; existe sólo una prohibición sutil y alambicada, que se dirige directamente al médico y sólo indirectamente a la mujer... ».

11 Fuera de las previsiones normativas, naturalmente, el aborto sigue siendo delito. En 1981, dos referendos abrogativos, uno presentado por el Movimiento por la Vida, otro por los radicales, fueron rechazados con gran mayoría. Sobre la hipocresía de los que sostuvieron el «no» en ambos referendos, véase también Conti (1981).

12 Actualizo los datos a 1995: según la última elaboración ISTAT, desde 1980 hasta hoy los abortos voluntarios han disminuido en el 40 por ciento. En 1980 eran 209.000, en 1995, 134.000. Decrece más el porcentaje de mujeres casadas que abortan, respecto a las no casadas, si bien todavía son las primeras, en términos absolutos las que abortan más. Para el 25 por ciento de las mujeres que recurren a la interrupción voluntaria del embarazo es su segundo aborto. Se aborta más en el sur que en el centro-norte. y es en el centro-norte donde existe una mayor difusión de consultorios. Los últimos datos confirman Sustancialmente las tendencias reveladas en 1992.

a los veinticinco años. En 1992, aproximadamente el 28 por ciento de estas mujeres ya había abortado (el 19 por ciento una vez). La frecuencia máxima en las repeticiones se encontraba en el sur (37,4 por ciento).

No se trata por lo tanto de ignorantes, faltas de criterio, carentes de información sobre la sexualidad. Antes bien, sorprende la baja tasa de menores. ¿Recurrirán en masa al aborto clandestino? Como dice Conti:

> [ ... ] es perfectamente inútil, entretenerse, con las estadísticas y alegrarse del hecho de que la «194 funciona» basándose sobre las observaciones de que en ciertas regiones italianas el número de abortos legales en relación con el número de nacidos es similar al danés. De hecho es posible que las jóvenes danesas hagan más el amor que las jóvenes italianas, pero lo que es cierto es que el empleo de métodos contraceptivos es más elevado en Dinamarca que en Italia. Por lo tanto, no sólo es probable que en Italia haya más abortos que en Dinamarca, sino también que vayan en aumento.

*b)* Se constata una constante disminución, a partir de 1982, del recurso al aborto (la disminución es más alta en el norte respecto al centro y al sur).

*e)* El recurso al aborto clandestino se estima en constante inflexión (-43 por ciento respecto a 1993). Casos de muertes por aborto clandestino siguen apareciendo en los periódicos.

*d)* El médico de confianza es quien expide normalmente el certificado necesario para abortar (47,3 por ciento). Se acude al consultorio en el 22 por ciento de los casos (más en Emilia Romagna, Lombardia, Lazio y Umbria). No existe una relación entre este dato y el número de consultorios en el territorio. En definitiva, cuando se puede, se prefiere gestionar el asunto lo más privadamente posible. Se puede también pensar que se acude al consultorio cuando se sabe o se tiene motivos para suponer que sus miembros no serán censores, que no opondrán resistencia, o no creerán estar en el deber de ofrecer consejos no pedidos. De esto me ocuparé más adelante.

*e)* Las menores (que sólo son el 2,5 por ciento de las mujeres que han abortado en 1992) obtienen el consentimiento de los padres en el 62,4 por ciento de los casos, el del juez tutelar en el 36,5 por ciento de los casos, mientras que suman un 24 por ciento las que han abortado sin consentimiento alguno, gracias a la norma que prevé esta posibilidad en caso de «urgencia».

*f)* El 99,1 por ciento de los abortos se produce en la duodécima semana. El aborto tardío es realmente un caso excepcional y, se supone, debido a circunstancias bastante graves.

El 87 por ciento de los abortos se produce en los hospitales públicos (frente a las clínicas privadas autorizadas).

*g*) En el 79 por ciento de los casos el tiempo de espera es inferior a los 14 días, pero se espera también tres semanas en el15 por ciento o bien un mes en el 5 por ciento. ¿No será por esta razón, para abreviar los tiempos, que se acude al propio médico antes que al consultorio?

*h)* Los abortos por aspiración, en particular con el método Karman (50 por ciento; el porcentaje es más bajo en el sur) han aumentado constantemente, a partir de 1983, hasta constituir en 1992 el 89 por ciento. Lo que comporta una disminución de la duración de la estancia en el hospital: en 1992, el 74 por ciento de las mujeres estuvo en hospital menos de un día.

*i)* Son objetores el 60,4 por ciento de los ginecólogos, el 60 por ciento de los anestesistas y el 45,7 por ciento del personal no médico. Los porcentajes más altos de ginecólogos objetores se encuentran en Bolzano, en Puglia, Basilicata, Veneto, Abruzzo, Molise, Calabria. Los más bajos en el Val d'Aosta y en Emilia Romagna.

El informe se extiende en una «valoración global», como dispone la ley. Y en ella se nos informa de que, aunque hayan disminuido, los abortos (150.000 los oficialmente registrados) están lejos desgraciadamente de constituir una situación excepcional, y que el aborto es un fenómeno aún más preocupante si se considera «la fuerte caída de la natalidad». Además, los datos sobre las interrupciones del embarazo legales se dan, no sólo, a falta de estimaciones sobre abortos clandestinos. Hay algo peor, «[ ... ] es motivo de preocupación la probable difusión de métodos impropiamente llamados contraceptivos, que en realidad no impiden la fecundación del óvulo y que por ello no están catalogados en el campo de la contracepción. Con denominaciones varias ("píldora del día después", "contragestación", "limpieza menstrual") estos métodos se usan tras una relación sin protección, omitiendo verificar el embarazo. Escapan por ello a cualquier control, violan la ley 194, cuyo artículo 1 no distingue entre tutela de la vida antes y después de la implantación y pueden aumentar de modo no verificable la cantidad de abortos clandestinos». Parece clara que la preocupación no es tanto por la suerte del óvulo fecundado (cuya existencia

es incierta también para la mujer que hace uso de estas técnicas), ni menos aún por la salud de las mujeres que podría verse amenazada por estas técnicas, sino porque, justamente, estas prácticas escapan a cualquier control. Cualquier mujer las puede usar, sin pedirlo a los médicos, sin someterse a exámenes y coloquios, sin hacerse pasar por loca. y sobre todo las puede usar sin que nadie se encargue de hacerla sentir culpable, sin dramas particulares inducidos desde el exterior, sin particulares sufrimientos psicológicos[13]. El ministro parece preferir, según su «valoración global», en definitiva un aborto tardío, antes que todos los efectos contrarios, que aquellos métodos comportan (la observación, de nuevo es de Conti, 1981). El debate respecto a la introducción en Italia de la píldora abortiva RU486 resulta por otra parte muy instructivo a este propósito. Lo que parece molestar más es precisamente la posibilidad de autogestión del aborto por parte de cada una, la posibilidad de escapar a los controles, a un iter burocrático y (no demasiado) vagamente punitivo. Que la ley 194 se entienda como un instrumento de control sobre las mujeres, antes que como un instrumento para favorecer su vida, parece evidente.

La reducción de los abortos, prosigue el informe, tiene como causa probable la contracepción: «No obstante, no se pueden excluir otras causas, entre las cuales el auspiciable crecimiento del sentido de responsabilidad hacia la vida naciente reconocida ampliamente como merecedora de respeto en paridad con cualquier otra», de donde se puede deducir al menos tres Cosas: que la contracepción no es finalmente tan fundamental (el Papa de facto la equipara al aborto); que los abortos se deben a la irresponsabilidad femenina; que la vida naciente debe ser, pero por desgracia todavía no lo es, respetada como cualquier otra (extraña locución, vida naciente: se aplica tanto a los óvulos que mensualmente se expulsan con la menstruación como a los espermatozoides que son expulsados diariamente. ¿O no son éstos también vida?). El problema como se ve es el aborto, no el aborto clandestino. La ley no consigue hacerlo desaparecer. Se olvida el objetivo de la ley que no era eliminar el aborto sino evitar las consecuencias del aborto clandestino. Como la ley Merlin, promulgada con el objetivo de eliminar la reglamentación es-

13 Una decisión rápida, antes incluso de que se sepa efectivamente si se ha concebido, previene más fácilmente de esa construcción de un «lugar simbólico» (Zamboni, 1995) donde el niño es acogido custodiado por la madre durante el embarazo y cuya negación hace del aborto un drama y una derrota personal.

tatal de la prostitución, y más tarde criticada por no haber eliminado la prostitución, o la ley 685 sobre el uso de sustancias estupefacientes, dirigida a golpear el tráfico y diminuir las consecuencias de la ilegalidad para los toxicodependientes, acusada de no haber eliminado la toxicodependencia.

Me detengo especialmente en el comentario de este informe porque en él se condensan todos los lugares comunes dominantes en el debate actual sobre el aborto, muchos de los cuales los encontramos de nuevo como argumentos para la reforma de la ley 194 o como elementos para indicar la dirección de esa reforma.

A este propósito, resulta esclarecedor el siguiente párrafo:

> [ ... ] la demanda más urgente tiene que ver con los consultorios. Desde muchas partes se ha subrayado su insuficiente función preventiva. Es evidente que la ley quiso confiar en ellos el deber de prevenir el aborto. Es un dato de hecho que éstos intervienen en una medida insuficiente en esta dirección. Un replanteamiento es, por tanto, urgente y necesario. Pero se requiere previamente una decisión clara en orden a su función. Se trata, esto es, de decidir si el consultorio debe constituir la estructura con la que el Estado, ofreciendo cualquier posible apoyo a los embarazos difíciles o no deseados, expresa preferencia por el nacimiento [ ... ] o bien un instrumento de mero sostenimiento de la elección de la mujer sea la que sea.

Idea reafirmada más adelante, cuando, comentando positivamente la disminución de las «reincidentes», se dice, sin embargo, que el deber más evidente de la ley sigue siendo el de eliminarlas del todo; «a través de la indicación de los valores en juego y de los instrumentos adecuados para tutelarlos se debe subrayar la centralidad del "coloquio" en la estrategia de la prevención». Resulta evidente la preferencia del ministro por un consultorio que controle y disuada, elección que encontraremos totalmente concordante con algunas propuestas de ley que analizaré más adelante[14]. Cabe apuntar que el propio informe señala

14 Todas ellas demuestran precisamente que lo que interesa es convertir en *derecho* un principio moral: de hecho, los abortos en Contacto con las relaciones oficiales disminuyen constantemente. ¿Qué es lo que se pretende entonces? Se quiere que se diga por ley que el óvulo fecundado es «persona», y que el aborto es ilegal en cuanto que es inmoral. Así se contradice radicalmente el principio que está en la base del *Derecho* moderno, o sea la separación entre Derecho y moral.

dos cosas; que para la certificación se opta por dirigirse preferiblemente al médico de confianza antes que al consultorio, y que esto no depende de la mayor o menor presencia de los consultorios en la región (sobre este argumento véase también Grandolfo, 1989). Coherentemente, como veremos, algunas propuestas de ley introducen como obligación el deber de dirigirse al consultorio o estructura similar, cifrando en ello la «prevención»[15].

## III. De víctimas a verdugos

En los últimos diez años el debate en torno al aborto, como ya he apuntado, se ha visto modificado sensiblemente. Preocupaciones «éticas» Ocupan el lugar de preocupaciones «sociales». Esta sustitución, por otra parte implícita en la vacilación entre considerar el aborto como un problema social o considerar que el problema deriva de las consecuencias de su ilegalidad, está detrás, entre otras cosas, del declive de la construcción de las mujeres como «sujetos débiles», necesitados de tutela. Los nuevos sujetos débiles, las nuevas víctimas, son los «padres» y los fetos.

El cuadro de sangre, muerte e ignorancia que todavía en los años setenta se evocaba para pedir la legalización –mujeres que morían en manos de parteras, mujeres ignorantes de la contracepción, mujeres oprimidas por embarazos impuestos, mujeres faltas de recursos económicos para cuidar a los hijos, mujeres sometidas, marginadas, débiles y/o incapaces de organizarse, autogestionarse– ha cedido el sitio a un escenario totalmente distinto. En este escenario, las mujeres se mueven como arrogantes protagonistas. No contentas con la ya alcanzada paridad con los varones, se dirigen hacia una autorrealización donde sacrifican afectos, vínculos familiares, hijos. Tales mujeres deciden, por sí mismas, pero también por el varón. Son sumamente

15 «La insistencia con la que se ha descrito la ley 194 como ley de «prevención» del aborto revela una realidad psicológica de profunda condena del aborto por parte de los redactores y defensores de la ley. Esta realidad se encuentra en los eslóganes de propaganda del tipo «nosotros no defendemos el aborto, nosotros defendemos la ley», o bien en la posición a menudo sostenida de que «para nosotros el aborto es un *derecho* social pero no un *derecho* civil» o bien en los numerosísimos discursos sobre el aborto como «mal», como «drama», como «tragedia». Discursos que culpabilizan a la mujer dos veces: la primera porque aborta, la segunda porque lo hace sin dramatismo» (Conti, 1981: 44).

egoístas. Como dijo hace años Giuliano Amato, abortan porque quieren progresar, escribir libros. Evidentemente esta situación resulta inaceptable (sólo los varones pueden posponer familia e hijos a su profesión... ) y, por otra parte, pone a los varones injustificadamente a merced de las mujeres. Si ya somos pares, entonces, ¿por qué la decisión de abortar debe ser en última instancia sólo de las mujeres? ¿Por qué los presuntos padres no deberían intervenir?[16]

La posición de los «padres», su nueva o reencontrada voz pública es un capítulo que deberíamos examinar seriamente, en cuanto a su relación con el aborto pero sobre todo por lo que se refiere a la disciplina jurídica de las relaciones familiares.

La decadencia de la hegemonía cultural de la construcción padre-dueño, del cabeza de familia con autoridad y poder, ha dado lugar a una configuración cultural que de la paridad parece deducir la implícita neutralización y desexualización de los padres. Padre y madre se convierten en «progenitores» (Fineman, 1995). Existe en esta nueva configuración algo paradójico: a la pérdida de las connotaciones simbólicas del padre se tiende a responder con el redescubrimiento y la acentuación del dato biológico (Smart, Sevenhujsen, 1989), el énfasis en el vínculo genético entre padre e hijos/as; simultáneamente se cuestiona el vínculo biológico entre madre e hijo/a que se produce a través de un proceso mucho más complejo psíquica y afectivamente, hasta el punto de permitir la desconstrucción de la «madre» en madre/progenitor, igual al padre. La paternidad, secularmente, ha sido cuestión social y jurídica, dependiente de una relación de sujeción de la madre al marido. Hoy se redescubre y reivindica el componente biológico. Sobre el mismo se fundan pretensiones frente a ese control de la reproducción que parece escaparse, que parece estar finalmente en manos de las mujeres.

La aparición de los «nuevos padres», los llamados «mamos» de la publicidad, de las películas, de las entrevistas periodísticas, pero también de aguerridas asociaciones que les representan, pone de manifiesto en mi opinión

16 Precisamente sobre la base de los principios constitucionales que prescriben la igualdad entre los cónyuges (art. 29 y 30 de la Constitución italiana) se ha alzado la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 5 de la ley 194 (que subordina, al *consentimiento* de la mujer, la audiencia al presunto padre del concebido por parte de la estructura socio-sanitaria a la que la mujer se dirige). Pero el Tribunal ha declarado sin fundamentación esa cuestión (ordenanza n.º 389,31 de marzo de 1988).

no tanto o no sólo el intento de aproximación del rol paterno al tradicionalmente materno, cuanto una de las reacciones posibles a la decadencia del «padre» como potente construcción simbólica, en vistas a la recuperación del control sobre las mujeres y sobre el proceso reproductivo. Están en marcha, me parece, simultáneamente procesos en apariencia contradictorios aunque en realidad complementarios: la desexualización de la madre (que se convierte en «progenitor») se acompaña de una biologización del padre, la neutralización de los componentes simbólicos, psíquicos y afectivos de lo materno se acompaña de una reconstrucción de lo paterno en clave «materna».

Retomaré este discurso más adelante. En cualquier caso, es evidente que estos procesos marcan el debate sobre el aborto. Recientemente se ha dado publicidad a casos de potenciales «padres» que intentaban por todos los medios impedir a su pareja la interrupción del embarazo, apelando a la vez a sus *«derechos»* (en Sintonía con Amato) ya sus exigencias afectivas, a los propios deseos de «paternidad», considerada no ya como deseo de descendencia sino «maternamente», como deseo de relación, vínculo, cuidado.

Las otras víctimas de estas nuevas mujeres potentes y arrogantes son, naturalmente, los fetos. Es precisamente a través de su construcción como víctimas potenciales que se intenta elevar su estatuto jurídico al de personas. Por otra parte, una cruzada simbólica que reivindica derechos para los niños como víctimas de los adultos, de los progenitores, y en primer lugar de la madre, ya ha mostrado el camino. La antigua alianza mujeres-niños, en cuanto sujetos débiles del núcleo familiar, expuestos al arbitrio y a la violencia del compañeropadre, parece declinar en esta nueva configuración cultural, en la que la libertad femenina aparece enfrentada a los «derechos» de los niños, y estos últimos, configurados como sujetos independientes y autónomos, víctimas potenciales de los padres. No pongo en duda la necesidad de tutelar a los niños incluso, si es necesario, en contra de los progenitores. Lo que me parece relevante es que esta necesidad de tutela venga reivindicada a través de una reconstrucción adversarial de las relaciones entre adultos y niños, haciendo abstracción del contexto y de las relaciones (véase sobre este punto Pitch, 1989).

Según nuestro código civil, la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento. No obstante, ya la ley 194, como he apuntado, declara que el Estado tutela la vida humana desde su inicio, y obliga a los médicos, en caso de aborto terapéutico tras las primeras noventa semanas, cuando el feto tenga

esperanza de vida autónoma, a hacer todo lo que esté en sus manos para asegurar su supervivencia. Gracias al progreso de la tecnología, esta esperanza de vida autónoma, fuera del cuerpo de la madre, se da cada vez antes respecto al proceso normal de gestación.

La connotación prevalentemente «ética» del actual debate público sobre el aborto, respecto a un pasado en el que dominaba su tratamiento en términos de problema social, es por tanto la consecuencia de diversos procesos culturales, científicos y tecnológicos. En el proceso que va de considerar a las mujeres sujetos débiles a considerarlas sujetos fuertes juega también, además de un objetivo reforzamiento de la posición femenina, al menos en términos de disponibilidad de recursos culturales, la penetración en el sentir común de modelos femeninos «vencedores» a los que no es ajena la cultura política feminista más reciente que ha abandonado el paradigma de la opresión por el de la diferencia sexual. Dice Dominijanni (1993: 37) a este propósito que « ...la misoginia de hoy, sobre el aborto como sobre otros temas, nace del fantasma de la autoridad que hemos ganado, y que los varones y la sociedad entera no saben reconocer y por ello se oponen exageradamente. Desproporcionada reacción no a la reivindicación, sino al hecho de la libertad femenina». No obstante, concurren también otros factores: el fortalecimiento de modelos de reivindicación política fundados sobre los «derechos», que, aunque con diferentes resultados, también han abandonado el paradigma de la opresión para aproximarse a un paradigma de «victimización» (Pitch, 1989). Desarrollos científicos y tecnológicos desafían las concepciones tradicionales de vida y de muerte. Dice Fattorini (1989: 37):

> El nivel alcanzado por las biotecnologías, señal de potencialidad infinita en la modificación de los límites de la vida y de la muerte; el umbral alcanzado por la degradación ambiental como signo de otras tantas potencialidades destructivas: dibujan un estado de emergencia. Una emergencia que crea siempre una mayor demanda ética, hasta el límite de dilatar contenidos y significados. Asistimos de hecho a un verdadero y propio abuso indiscriminado del «discurso moral», que se produce sin las debidas distinciones. En una alianza no casual, cultura laica y cultura católica traducen cuestiones políticas, jurídicas, psicológicas, sin mediación alguna en cuestiones «éticas». La total secularización de la política que atraviesa ambas culturas, al no desarrollarse ya sobre

> el terreno de los principios o sobre el de una confrontación (enfrentamiento) entre los respectivos valores, termina por exigir vínculos externos, normas, «garantías éticas».

Parece necesario, entonces, mirar con atención y desconfianza la traducción de problemas sociales y políticos en cuestiones «éticas» (sobre las cuales, además, los laicos corren el riesgo de dejar el campo a las mucho más aguerridas –por fundacionistas y tendencialmente fundamentalistas– tesis de los creyentes): aunque la reflexión femenina no haya eludido nunca las cuestiones éticas. Al contrario, precisamente a partir del aborto y de las nuevas tecnologías reproductivas, la reflexión feminista ha desarrollado un rico y variado discurso ético, del que no encontramos más que un debilísimo eco en el debate público, y ninguna huella en las actuales tomas de posición de nuestro Comité de bioética (véase en cambio, para Italia, Mancian, 1989 Y 1989a; Zuffa, 1989; Boccia, 1990 y 1995; Fattorini, 1989). Antes que resumirlo y comentarlo, extraeré, arbitrariamente, algunas consideraciones respecto a la relación entre ética y derecho.

El punto crucial es la consideración de la relación entre mujer y embrión/feto. Esta relación, ya lo he apuntado, no se puede construir en términos de «propiedad» del embrión/feto por parte de la madre, ni en términos de relación entre dos sujetos «autónomos». Antes bien, se configura como relación simbiótica, en la que la posibilidad misma de desarrollo físico y psíquico de uno está inextricablemente entrelazada con el cuidado, el deseo, el imaginario del otro. La situación del embarazo es una situación única, en la cual se es una y dos al mismo tiempo (y las intenciones de traducirla al lenguaje del derecho y de los derechos ponen de manifiesto precisamente los límites del derecho y de los derechos... ). No existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra. Se viene al mundo gracias a una mujer, a su decisión de ponernos en el mundo, a su cuidado, a su deseo[17]. Se llega a ser «persona» a través de la mediación femenina: mediación necesaria, indispensable. Sólo a la madre se le puede confiar la tutela

17 Y, naturalmente, esto es verdad también en una época de reproducción asistida. En cuanto al futuro, no consigo imaginar qué tipo de "personas» vendrán al mundo trámite úteros artificiales (o abdómenes masculinos). Sabemos que los fetos no obtienen sólo nutrición fisiológica de las madres: sueñan con ellas, les acuna su voz.

del embrión. Es así, y, de hecho, siempre ha sido así. El desconocimiento de esta realidad, las prohibiciones, la regulación externa, no sólo no tutelan el embrión, no sólo desconocen la unicidad de esa experiencia, sino que niegan desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino negando a la capacidad generativa estatuto ético y moral.

El poder de generar, de dar vida, que es de cada mujer y del género femenino en cuanto tal, es un poder que implica «responsabilidad». Frente a un embrión/feto, en primer lugar, pero también frente al varón, frente a la sociedad y más todavía frente a la especie humana. Una responsabilidad que se configura bien como el cargar uno mismo con las consecuencias de las propias elecciones, bien como asunción de estas consecuencias en el proceso de elección (lo que Gilligan, 1987, ha analizado en su ya celebre investigación): o sea, capacidad y cuidado de las relaciones.

Cuando inicia la «vida», cuando se puede empezar a hablar de «persona» son, en este sentido, cuestiones pertinentes al discurso moral, pero no sin el reconocimiento previo de que están inextricablemente unidas a la responsabilidad y la capacidad femenina de generar.

En esta línea cabe entender el repetido rechazo de muchas mujeres, en Italia, hoy como ayer, a construir el aborto como un derecho de libertad (sobre esto volveré de nuevo). El lenguaje de los derechos parece reductivo, limitado, pobre, distorsionado. En dos sentidos. En primer lugar, porque no parece dar cuenta de lo que el poder de generar comporta efectivamente: no sólo una libertad personal, sino el ejercicio de una responsabilidad hacia los otros y las otras, hacia la comunidad, hacia la especie. En segundo lugar, porque no parece dar cuenta de la relación especial entre mujer y feto, reduciéndola a «propiedad» o a relación entre dos sujetos autónomos[18].

Además, existe una dimensión «pública» en la cuestión del aborto que su tratamiento en términos de derecho de libertad parece obscurecer. Para el sentido común, también para la filosofía o el derecho, libertad personal evoca una inmunidad frente a las interferencias ajenas que remite a un ámbito de privacidad con referencia bien al momento de la decisión, bien al impacto

18 Putino (1995) aprecia además una distorsión «voluntarista», tal de identificar voluntad y deseo, y poner en este sentido entre paréntesis el contexto concreto de la decisión. Es lo que decía al principio, cuando ilustraba la aversión feminista a la construcción del aborto como «elección racional», basada sobre un cálculo costes-beneficios.

de las consecuencias de la decisión. Lo que he decidido hacer, en definitiva, no sólo me concierne a mí, sino que no tiene consecuencias más que para mí, y para quienes se mantiene próximos a mí. No es éste el sentido que muchas mujeres atribuyen al ejercicio de responsabilidad en la esfera de la procreación. Lo que yo, mujer, decido hacer en esta esfera no me concierne sólo a mí, ni tiene consecuencias sólo para mí y mis próximos. No obstante, o mejor, justamente por ello, se me debe reconocer la plenitud de esa responsabilidad, que yo en cualquier caso asumo y que, por otra parte, contribuye a producirla y reforzarla[19].

El aborto muestra cómo la diferencia sexual y el conflicto entre los sexos atraviesa la dimensión pública, tal vez la funda[20]. Que el control de la reproducción no se deje a las mujeres, que, al contrario, éste implique disciplina y sujeción de los cuerpos y de las mentes femeninas –incluso se podría explicar la disciplina y sujeción de las mujeres por el imperativo de asegurarse ese control– plantea una cuestión ética y política capital.

¿Quién es el competente para tomar decisiones sobre esta materia y por qué, y qué tipos de reglas son necesarias para decidir? Las dos tesis dominantes sustraen la decisión a la mujer y reenvían la regulación al derecho, una a través de la criminalización, la prohibición (cuasi) absoluta[21], la otra a través de la regulación de un permiso bajo ciertas condiciones.

La primera tesis, defendida en nombre del principio moral de la defensa de la «vida», parece implicar que sólo la traducción en norma jurídica de este principio asegura su defensa: el derecho penal, en realidad, y explícitamente, se utiliza por su valencia simbólica (ya que, como bien es sabido, las mujeres siempre han abortado, incluso cuando el aborto se ha castigado duramente). El Estado, sostienen, debe reafirmar con fuerza el «valor de la vida». Puesto que todavía no existe consenso sobre el significado de «vida»,

19 Sobre este punto véase también Dworkin (1994).

20 Sobre cómo la polis y la metáfora del cuerpo político se basan en la exclusión del cuerpo femenino véase Cavarero (1995).

21 La transcripción en norma positiva de esta tesis nunca se propone en forma absoluta. Incluso aquellos que se baten para que al embrión se le reconozca el estatuto de «persona» se detienen, ante las consecuencias jurídicas de este reconocimiento, o sea, ante la construcción del aborto como homicidio en cualquier caso. Así, con bella y reveladora incoherencia desde el punto de vista de la argumentación moral se presentan «excepciones» en los casos de violación, peligro para la vida de la madre, gravísismas malformaciones fetales, etc.

sobre cuándo se pueda habla, de «ser humano» (y la biología no nos lo puede decir), se pretende resolver la controversia ética confiando al derecho positivo la defensa de una moral particular. Aún más: utilizando la cuestión del aborto se lleva a cabo una batalla por traducir las elecciones éticas propias en normas jurídicas. Así, no sólo se contradice el principio constitutivo del moderno Estado de derecho, o sea, la separación entre *derecho* y moral, sino que se pone en evidencia como la «vida» y su «tutela» son cuestiones a menudo zarandeadas instrumentalmente. Ciertamente, las prohibiciones no han impedido abortar sino que han hecho más difícil y complicada la vida de las mujeres. Por tanto, la otra cara de estas tesis es precisamente la persistencia en el pertinaz desconocimiento del esta tus de sujetos plenamente morales de las mujeres: tanto es así que no se les puede confiar la tutela de la «vida». Esta tutela debe ser simbólicamente confiada a las leyes del Estado –aun cuando sea conocida su ineficacia al respecto–. Lo que de hecho significa, abortad si queréis: pero sabed que no sólo sois «malas» (si bastase esto, no habría necesidad de una ley) sino que vais a arriesgar la piel y la libertad.

La segunda tesis, que traduce las elecciones políticas concretas de la mayor parte de los países occidentales, es en cierta medida todavía más incoherente. Se presenta de hecho como un «mal compromiso» (véase Jourdan, 1993), que lleva al Estado a la concesión de la autorización a las mujeres para decidir, cuando concurran ciertas condiciones. La ley, de nuevo, asume la función simbólica de reafirmar que se «tutela la vida», pero también aquella, igualmente simbólica, de construir a las mujeres como sujetos moralmente imperfectos, sobre los cuales es necesario mantener el control institucional. y es más, esta tesis se presta a las críticas de quien se indigna frente al Estado «abortista».

¿Qué interés general es el que hace que el Estado se movilice y se atribuya la regulación de la interrupción del embarazo? No es la «tutela de la vida» (del embrión), visto que, sometiéndose a ciertos procedimientos, se puede abortar. No es la tutela de la salud femenina, puesto que el procedimiento previsto no tiene manifiestamente este fin. Es, más bien, el control de la reproducción, al menos en el plano simbólico. Y, complementariamente, el control del potencial poder reproductivo femenino, de los cuerpos y de las mentes de las mujeres. Mujeres que se presentan como sujetos morales imperfectos, a los que no se les puede reconocer la plenitud de ese poder.

Por eso, me parece, que el desafío ético que hay que plantear es contemporáneamente el del reconocimiento de la dimensión pública del aborto voluntario, y el de la reivindicación de la competencia moral femenina para decidir, *por sí y por tanto por todos,* en el ámbito de la reproducción.

De modo que la discusión sobre la «autodeterminación» hacía referencia al principio femenino de responsabilidad en el ámbito procreativo. Se ha defendido la autodeterminación, (Mancina, 1989a; Zuffa, 1989; Boccia, 1990), como principio ético, antes incluso que jurídico y político, fundado sobre el reconocimiento de una subjetividad moral femenina basada en la relación, en la potencialidad de la experiencia de ser contemporáneamente una y dos, en una reapropiación del cuerpo sexuado y potencialmente fecundo.

La autodeterminación femenina por lo que respecta a la procreación tendría dos significados. Determinaría la plena individuación femenina, el acceso de las mujeres al estatuto pleno de individuo, a través del reconocimiento a las mujeres de un dominio (un *señorío,* lo denomina Cavarero, 1992) sobre su propia potencia generativa –hasta ahora su negación, como ya he dicho, ha sido razón y justificación de la exclusión de las mujeres de la subjetividad no sólo jurídica sino también moral–. Sería además un principio de ética pública. Excluidas de la polis en tanto que destinadas al orden domestico (véase también Mancina, 1989b), su ingreso en la esfera pública no puede más que producirse a través de una reorganización de la esfera pública misma capaz de dar cuenta del cuerpo sexuado femenino, de su potencia generativa, bajo pena en caso contrario de asimilación a lo masculino: camino frecuentado a menudo, y siempre con un resultado fallido. Pero esta reorganización presupone como principio ordenador el primado y la responsabilidad femenina en la procreación, que se convierte así en un principio de ética pública: se les debe reconocer a las mujeres, singularmente yen cuanto género, la competencia moral de decidir en este ámbito, lo que comporta la plena asunción y atribución de responsabilidad frente a sí mismas, al embrión, al varón y a la entera colectividad.

Todo ello no significa en absoluto que el varón o la colectividad no tengan responsabilidad alguna. Ambos conservan la responsabilidad de contribuir a asegurar las condiciones para que la decisión se tome libre, en la medida de lo posible, de condicionamientos externos, y comparten con las mujeres la responsabilidad en la atención y cuidado de los niños que nacerán.

¿Qué tipo de regulación jurídica del aborto voluntario estaría en coherencia con el reconocimiento de un principio de responsabilidad femenina en el tema de la elección procreativa?

En línea de principio, una elección de simple despenalización sería coherente con ese principio de responsabilidad femenina. El aborto voluntario debería desaparecer del código penal. De este modo, por otra parte, se afirmaría la imparcialidad del Estado respecto a elecciones éticas divergentes (desaparecería el Estado «abortista») y la no violación del principio de autonomía recíproca entre ética y derecho. Pero despenalización ¿de qué?, o mejor, ¿hasta Cuándo?

¿Hasta qué punto el aborto es un aborto y no, en cambio, un infanticidio? Desde el plano de la reflexión ética, una vez se ha aceptado el principio de responsabilidad femenina, se debería aceptar que sólo las mujeres, cada una considerada individualmente, pueden decidir. Aceptar esto significa de hecho reconocer que las mujeres en general, y cada una en particular, son, mientras que el feto forme parte de ellas, completamente responsables de las relaciones del feto con ellas mismas. Significa ofrecer a las mujeres confianza, considerar que éstas no elegirán caprichosamente o a la ligera, significa otorgarles el estatuto de sujetos morales sexuados.

El proceso de la vida es un proceso continuo: no es la ciencia quien puede decidir cuándo una vida humana empieza o menos aún qué debe entenderse por vida humana. Esta decisión es y no puede ser más que convencional. Se trata entonces de interrogarse sobre los principios que pueden sustentar un acuerdo, y sobre las formas de ese mismo acuerdo. El artículo 2 de la Constitución, alegado por el entonces presidente de la Comisión Baldassarre en apoyo a su tesis de revisión en sentido restrictivo de la ley 194, dice que « ...la República reconoce Y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como particular, sea en la formaciones sociales donde desarrolla su personalidad». La cuestión, entonces, tiene que ver con la definición de «hombre»: definición que no puede ser más que convencional, puesto que la ciencia no tiene nada que decir sobre cuándo una cierta organización de células debe o puede ser considerada un «hombre»[22]. Un acuerdo respetuoso con los principios que

22 Tanto es así que en las diferentes legislaciones europeas este problema se ha regulado de manera diversa, algunas permiten el aborto libre dentro de los 180 días, otras dentro de los 90, como en Italia.

antes proponía podría establecer la obligación del médico de hacer que el feto capaz de vida autónoma, fuera del seno materno, sobreviva, y de cuidar de él, cualquiera que sea el momento en el que deje el seno materno. No obstante, el tema de la «capacidad de vida autónoma» es una cuestión discutible y precaria, porque no tiene tanto que ver con cierta característica intrínseca de los fetos cuanto con el grado de desarrollo alcanzado por los avances médicos y tecnológicos. Lo que quiero decir es que no puede funcionar como un estándar, respecto al que se puedan fijar límites de tiempo de licitud e ilicitud. Ciertamente, si se pone a las mujeres en condición de decidir a tiempo, serán muy pocos los casos en que este problema se planteará. y en estos casos, se deberá tener en cuenta las circunstancias que han impedido a las mujeres decidir antes. Entonces, podemos llegar a acuerdos sobre límites de tiempo, no sobre la base de cuándo una cierta forma de vida puede llamarse humana, sino sobre la base del tiempo que se considerará necesario para que una mujer decida.

Otro tipo de regulación podrá acompañar, entonces, a la despenalización. Ya ahora, como se ha visto, existe una amplia indisponibilidad de médicos y paramédicos a practicar abortos. Ni siquiera la liberalización de las intervenciones de interrupción del embarazo, es decir, la posibilidad de dirigirse también a estructuras privadas, obviaría del todo este problema. El derecho de las mujeres a la salud, física y psíquica impone si no a un particular médico, sí a la estructura pública presente en el territorio la seguridad de ese servicio. Sólo, sin embargo, a través de una reglamentación precisa, aunque moderada, se puede evitar la decisión por parte de los miembros de la clase médica, por ejemplo, de dotarse de un código deontológico tal que vacíe de hecho el principio de autodeterminación femenina. La cuestión de los límites de tiempo, que sobre el plano de la reflexión éticofilosófica se puede resolver con la asunción femenina de toda la responsabilidad (y que conlleva la confianza, por tanto, en las mujeres como sujetos morales cuyas elecciones, *by and large,* no serán caprichosas)[23] se repropone en el plano jurídico, para disminuir la dis-

23 ¿O es que alguna mujer puesta en condiciones de decidir a tiempo afrontaría un aborto tardío, o sea, un auténtico parto? «En su conjunto existen tales rémoras naturales y culturales ante el aborto tardío, y por otra parte la demanda tardía está motivada en patologías tales, que obstaculizar el aborto tardío con medios jurídicos, basados sobre la hipotética desaparición de las capacidades de autodiagnóstico de la mujer en el nonagésimo día del embarazo, constituye una crueldad inútil y absurda» (Conti, 1981: 81-82).

crecionalidad del trabajador sanitario y de los colegios profesionales de personal sanitario, que, entre otras cosas, podrían oponerse a ciertas intervenciones justamente también en nombre de la obligación de proteger el derecho de las mujeres a la salud física y psíquica.

Total despenalización, por tanto, junto con una regulación lo más flexible posible, que pondere intereses diversos: el principio de autodeterminación, la tutela de la salud de la mujer, y no en último lugar el derecho a la vida del feto que tenga concretas posibilidades de vida autónoma.

No obstante, de la idea de que las elecciones sobre la procreación son al mismo tiempo competencia (individual) de las mujeres y cuestiones de interés público se pueden extraer otras consecuencias jurídicas. En parte ya las he indicado en el capítulo precedente. Retomaré, en breve, la discusión, como introducción al próximo capítulo. Antes, sin embargo, querría detenerme en una cuestión planteada por el entonces presidente del Tribunal Constitucional Baldassarre, quien ha sostenido la pérdida de la conciencia colectiva sobre los principios inspiradores de la famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (Roe *vs.* Wade, 1973) que de hecho liberalizaba el aborto, principios, que según Baldassarre, son propios de la cultura de los años sesenta y setenta y que inspirarían de hecho todas las legislaciones de aquellos años incluida la nuestra.

## IV. Roe *vs.* Wade: el significado de *privacy*

Concretamente Baldassarre afirma que la citada sentencia se basa en la idea de que sólo es vida humana la vida de relación, la vida capaz de establecer relaciones sociales. Idea corriente en aquellos años, no hoy en día. Según Baldassarre en definitiva, la posibilidad de abortar, que él no discute, tendría que construirse como un derecho de libertad.

Pero ¿es cierta esa afirmación? Por el momento podemos excluir que nuestra ley se inspirara en aquel tipo de interpretación: ni en su estructura y ni en el lenguaje (ni en su vertiente práctica), como he intentado demostrar, la ley 194 configura el aborto como un derecho de libertad.

Quisiera, sin embargo, dar cuenta de la lectura que de la sentencia americana propone la politóloga americana Jean Cohen. Esto me permitirá, por

un lado, referirme brevemente al rico debate americano, por otro, retomar la cuestión en el marco de las discusiones italianas actuales, que se han trasladado de la legislación ordinaria al plano constitucional.

En la sentencia Roe *vs.* Wade la Corte Suprema establece en resumen que los Estados no pueden por vía legislativa prohibirle a una mujer abortar, porque se violaría su derecho a la *privacy.* El problema es, por tanto, averiguar qué es lo que se entiende por derecho a la *privacy.* Respecto a la interpretación de Baldassarre, el problema parece ser el de determinar si la construcción del aborto como un derecho de libertad se funda, en Roe, en la «convicción de que sólo es posible hablar de vida en relación a la vida social". Es decir, parece afirmar Baldassarre, que es posible ver el aborto como un derecho de libertad sólo si se entiende la «vida» (supongo, la vida humana) como la capacidad para establecer relaciones sociales.

Sin embargo, no parece éste el razonamiento de la sentencia Roe. En cualquier caso, es necesario concretar qué es lo que se entiende por *privacy.* Cohen (1994) empieza analizando críticamente dos posiciones que, desde puntos de vista diversos, atacan tanto la idea de la existencia de un derecho constitucional a la *privacy* como más específicamente la idea de que la decisión de una mujer de seguir adelante con un embarazo o no entre dentro de este derecho.

Comparten la primera de estas posiciones muchas juristas feministas, que consideran que el control femenino sobre la procreación se tutelaría mejor a través del recurso a la decimocuarta enmienda, o sea, al principio de igualdad, (véase, por ejemplo, McKinnon, 1987, Olsen, 1991, Sunstein, 1992). El concepto jurídico de *privacy,* según estas críticas, se basa sobre una distinción ideológica entre público y privado, donde lo privado, construido como esfera de no interferencia estatal, toma la configuración de una esfera casi natural: lo que significa que esta concepción está al servicio de dejar esa esfera al arbitrio del más fuerte, a la violencia doméstica, a la violación dentro del matrimonio, etc. Es verdad que la Corte Suprema en este y otros casos ha interpretado el derecho a la *privacy* como derecho individual y no como derecho de «una entidad» (por ejemplo, la familia), pero afirman estas críticas que puesto que las mujeres no están en una posición de igualdad sustancial con respecto a los varones en cuanto a la sexualidad, a los recursos económicos, etc., darles derechos en el ámbito reproductivo legitimándolos a través

de la *privacy* no sirve para nada, porque se hace abstracción de las condiciones sociales en cuyo seno tiene lugar la reproducción y el cuidado del niño. Por el contrario, argumentar a favor de la libertad de abortar en términos de igualdad pondría de relieve en primer lugar que las prohibiciones en este campo son injustas porque discriminan entre mujeres y varones. Cohen, aun estando de acuerdo con muchas de estas argumentaciones, considera, no obstante, que la apelación a la igualdad no puede sustituir del todo la apelación a la *privacy:* si, de hecho, viviéramos en un mundo de igualdad entre sexos, sin jerarquías sexuales, con buenas políticas sociales capaces de asegurar sostén y soporte al trabajo del cuidado de los niños, tal vez entonces, se pregunta Cohen (1994: 58), las mujeres ya no deberían tener el derecho de interrumpir un embarazo no deseado, ya no deberían tener autonomía decisional en este ámbito? «En el mundo de la igualdad sexual, ¿quién decide?, ¿deberían la mujeres revelar sus razones personales para abortar en un mundo tal?»

No es difícil advertir una fuerte analogía entre estas posiciones y aquellas de buena parte de la izquierda italiana, cuando se concibe la decisión de abortar como resultado de condiciones sociales y culturales que deben ser corregidas. No está en discusión que estas condiciones deban ser radicalmente trasformadas: pero no es en su nombre que se defiende la autodeterminación femenina. Bajo el peligro, como apuntaba, de que se niegue esta facultad en la medida en que se piense que esas condiciones ya no subsisten[24]. El núcleo de la argumentación de Cohen, de hecho descansa sobre una interpretación de la *privacy* como un principio que afirma que «cada uno, individualmente, con independencia del estatus familiar, es titular de derechos constitucionales que protegen su autonomía personal, la inviolabilidad de su personalidad y su identidad (que comprende la integridad corporal) como algo propio». Esta interpretación, según Cohen, es precisamente la adoptada en la sentencia Roe *vs.* Wade, y en otros pronunciamientos constitucionales que la preceden y la siguen[25]. De ésta se deriva,

24 En un convenio reciente el jurista y ex presidente del Tribunal Constitucional Aldo Corasaniti sostenía justamente que las mujeres debían tener ciertamente la última palabra, pero después de motivar públicamente su decisión («El poder de engendrar y los límites de la ley», Roma, 18 de mayo de 1995).

25 En una sentencia de 1986 el juez Blackmun escribe: «Protejamos esos *derechos* [ ... ]. Protejamos la decisión de tener o no tener un hijo porque la paternidad altera en modo dramático la autodefinición del individuo» (cit. en Cohen, 1994: 68).

por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad de las normas que prevén el consenso del padre del concebido.

*Privacy,* por tanto, como derecho a la autonomía y a la integridad personal y corporal: algo que no puede demorarse en espera de un cambio a mejor de la situación social y económica o de la conquista de la paridad incluso Sustancial entre sexos. Esta concepción de la *privacy* no refuerza, sino que al contrario subvierte las concepciones tradicionales de la *privacy* familiar, ya que confiere derechos a las mujeres en cuanto individuos, no en cuanto miembros de la familia.

El segundo tipo de posiciones críticas frente a la doctrina de la privacy proviene, dice Cohen, de los filósofos neocomunitaristas, con una doble argumentación. En primer lugar, según los comunitaristas, la decisión de la Corte no puede considerarse en este caso neutral frente a las distintas valoraciones existentes en la sociedad sobre lo que es correcto en este ámbito[26]. El Tribunal, al considerar que la decisión de abortar es individual y privada, sostiene una posición precisa, y no compartida por todos, sobre el valor de la vida y sobre cuándo ésta inicia.

Baldassarre sostiene prácticamente lo mismo, a pesar de que no es ésta la razón por la que critica la sentencia. Para los comunitaristas, de hecho, el problema es que estamos frente a una evidente violación de la idea liberal de neutralidad del derecho respecto a las diferentes concepciones del bien. Para Baldassarre, el problema es que ya no se puede compartir –mejor, hoy ya no se comparte– precisamente esa concepción del bien[27].

La sentencia Roe, después de hacer un amplio reconocimiento de lo que se piensa al respecto en la tradición jurídica y cultural americana y occidental en general, concluye afirmando que no existe consenso, que «el no nacido nunca ha sido reconocido jurídicamente como persona» y que «no tenemos necesidad de resolver la difícil cuestión de cuándo la vida inicia. Cuando los médicos, los

26 Véase también Ferrara (1992). Para Michael Sandel esta decisión del Tribunal es precisamente el ejemplo típico a través del que se desvela el mito de la ideología liberal, que se quiere neutral respecto a diversas concepciones Sustantivas del bien, allí donde en cambio implícitamente adopta una.

27 Existen notables similitudes, no obstante, entre la posición de Baldassarre u otros constitucionalistas que, como él, ven la Constitución como conjunto de valores cuya interpretación debe cambiar cuando cambia en la «sociedad», y la posición de estos filósofos comunitaristas americanos, para quienes el «bien» debe prevalecer sobre lo «justo» y el bien coincide con los valores compartidos (dominantes) de una comunidad.

filósofos y los teólogos no consiguen encontrar un acuerdo [ ... ] la magistratura no está en situación de especular sobre la respuesta». «El derecho ha sido hasta ahora contrario a adoptar cualquier teoría de que la vida, como la reconocemos, empiece antes del nacimiento, o de atribuir derechos positivos al no nacido... » Desde este punto de vista, el Tribunal no se encuentra en situación de decidir si dos *derechos* igualmente garantizados se encuentran enfrentados y cuál debe prevalecer, sino más bien si los derechos individuales pueden ser violados por una mayoría legislativa[28]. Lo que está en juego en esta sentencia no es por tanto una cierta concepción sustancial del bien –por ejemplo, que no existe vida fuera de la vida de relación–, sino quién debe decidir sobre esta definición sustancial, la mujer como individuo o cierta «comunidad», Estado o asamblea parlamentaria. ¿Quién debe decidir sobre el «valor de la vida»?

La respuesta comunitaria es, claramente, la «comunidad». Sin embargo, dice Cohen (1994: 83):

> Cuando están en juego derechos constitucionales fundamentales, éstos deberían ser tutelados Contra las alteraciones que una mayoría del 51 por ciento de una legislatura puede realizar bajo la presión de la voluntad popular, de intereses fácticos, de minorías fuertes o del deseo de los diputados de ser reelegidos.

Según Cohen, por tanto, esta materia no puede o no debe ser regulada por ley, ya que en la misma están en juego derechos fundamentales. Y estos derechos fundamentales, comprendidos en eso que la Corte ha llamado *privacy,* son la libertad, la posibilidad de decidir sobre el propio cuerpo, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la personalidad, la integridad corporal.

Cohen responde también a los comunitaristas cuando sostienen que esta concepción de *privacy* comporta una idea de la autonomía como dato *a priori,* propiedad de un individuo abstracto y carente de vínculos. En su opi-

28 En este sentido, el Tribunal naturalmente no es neutral respecto a todos los valores. Del mismo modo no lo es ninguna democracia en un Estado de *derecho* constitucional, ya que está vinculada al respeto a los derechos fundamentales, que funcionan, diría Ferrajoli (1989) como principios de «deslegitimación interna»: normas inferiores y praxis son susceptibles de ser declaradas inválidas si no son coherentes con las normas constitucionales. Éstas, a su vez, incorporan principios políticos y morales «externos» al derecho. Véase también Zagrebelsky (1993) y Habermas (1992).

nión esta crítica y aquella que interpreta la privacy como derivada del y en conexión inextricable con el derecho de propiedad no dan en el blanco:

> El significado jurídico de los derechos constitucionalmente protegidos en la *privacy* respecto a cuestiones personales es que tales derechos *confieren* autonomía decisional al individuo, y por tanto reconocen su estatuto de sujetos en ciertas esferas. Éstos no *presuponen* individuos autónomos o una particular idea del ser.

Respecto al nexo entre *privacy* y derecho de propiedad, éste ha sido muy estrecho, según Cohen, en la jurisprudencia constitucional americana hasta los años treinta, pero ha ido disolviéndose desde entonces[29].

En cualquier caso, lo que más nos interesa son las argumentaciones de Cohen no sólo a favor de la autodeterminación sobre la base de un derecho a la *privacy,* sino también en favor de una solución del problema sobre la base de la defensa de principios constitucionales antes que a través de las leyes.

*Privacy,* por tanto, según Cohen, no significa sólo, genéricamente, libertad, no sólo tiene que ver con una obligación del Estado de no hacer *«the right to be left afane»*). O dicho de otra manera, según Cohen, la doctrina de la privacy a la que alude la Corte Suprema en su sentencia considera explícitamente la tutela de la autonomía decisional femenina' en este ámbito como instrumental en relación con el respeto y la tutela de la propia identidad personal, con la propia facultad de ser lo que se quiere ser, con el reconocimiento de la autonomía moral[30]. Es necesario según Cohen (1994: 114), interpretar el derecho a la *privacy* reconocido a las mujeres en lo que respecta a la procreación a partir de una noción de ser como ser concreto, corpóreo, sexuado.

29 No puedo entrar aquí en este problema. Véase en cambio Ferrajoli (1989, parte V), para un análisis crítico de la noción de *derecho* subjetivo y la distinción entre *derechos* fundamentales y situaciones jurídicas, entre las que se encuentra el *derecho* de propiedad.

30 Véase al respecto también Dworkin (1994) cuando a la pregunta de si debe ser la «comunidad" o la mujer embarazada quien decida cuándo se viola el valor vida, responde que al menos en parte depende del objetivo que se quiere alcanzar: si es el de inducir un sentido de responsabilidad moral o el de conseguir el acuerdo con el punto de vista de una mayoría. Si el objetivo es el de la responsabilidad moral, entonces la solución más adecuada es reconocer a la mujer que es suya la decisión de resolver dilemas morales que le afectan directamente.

Somos nuestros cuerpos, no los poseemos. Nuestros cuerpos, nuestra interpretación de nuestros cuerpos, nuestro sentido de control sobre nuestros cuerpos son centrales en relación a nuestra dignidad e identidad personal:

> Forzar a una mujer a soportar un embarazo no querido es forzarla a una identidad por encima de ella misma, la identidad de mujer embarazada y madre. Su integridad corporal en sentido tanto físico como emocional es lo que está en juego en las leyes que criminalizan el aborto [ ... ]. No porque las mujeres se identifiquen con sus úteros o porque sean propietarias de fetos, sino porque la experiencia del embarazo constituye un cambio fundamental en su sentir físico, emocional y simbólico y, por tanto, en su identidad y en la conciencia de sí mismas.

Quisiera detenerme sobre dos cuestiones, que surgen tanto de la sentencia americana como de la lectura que de la misma hace Cohen, en relación con algunas posiciones que recientemente se han manifestado en Italia sobre la constitucionalidad del aborto. Y ello porque, si bien la opción de política del derecho a la que llega Cohen es la misma –despenalización– a la que llega parte de la reflexión feminista italiana, el itinerario es en cambio distinto, y análogo al de algunos juristas (varones).

La primera cuestión tiene que ver con el problema, puesto de manifiesto por los comunitaristas, de la no neutralidad del derecho respecto a las elecciones sustantivas acerca del bien. Como he sostenido, los neocomunitaristas utilizan la sentencia Roe para denunciar la imposibilidad de un derecho imparcial, ya la vez reclamar la asunción explícita de un punto de vista. Contraviniendo así el principio liberal de la separación entre derecho y moral.

A este principio se acoge en cambio Ferrajoli (1995) cuando argumenta en favor de la inconstitucionalidad de cualquier tipo de prohibición en el tema del aborto, sosteniendo que las prohibiciones están motivadas sobre la base de una particular idea moral que identifica el nacimiento del individuo con la concepción. Pero puesto que lo que constituye, para el derecho "persona», es, y no puede ser más que, fruto de una convención, esta argumentación me parece débil: no porque, hoy, sobre la base de la convención existente no se pueda motivar la inconstitucionalidad de prohibiciones, sino porque nada puede hacernos pensar que las convenciones no pueden cambiar

mañana. Ferrajoli no obstante, defiende la inconstitucionalidad de las prohibiciones también y sobre todo, con otra motivación, bastante cercana a la de Cohen: el derecho penal puede prohibir una acción, no imponerla. La prohibición del aborto implica la imposición a una mujer de tener un hijo, la constricción a una vida que ella no ha elegido. Desde este punto de vista, se puede en cambio argumentar a favor de la constitucionalidad del aborto basado en el artículo 13 de la Constitución, que tutela la libertad personal. No obstante, supongamos que se establezca convencionalmente que se es «persona» desde la concepción. Las técnicas de reproducción asistida permiten ya hoy implantar el embrión de una mujer en el útero de otra: la prohibición del aborto no se configuraría ya como imposición de una acción, puesto que se trataría «sólo», en vez de practicar un aborto, de extraer un embrión para donarlo a otra mujer. Elección en cierto modo obligada, si estuviese en juego el derecho a la vida de una «persona». Por tanto, también esta argumentación me parece débil[31].

La segunda cuestión tiene que ver con los derechos, su lenguaje, su lógica. Sostiene Cohen que no hay nada en este leguaje y en esta lógica que obligue a asumir un sujeto abstracto, carente de vínculos. Muy al contrario, que el derecho a la *privacy* comprenda el derecho al aborto ofrece una nueva interpretación de este derecho ahora atribuido a un sujeto encarnado, corpóreo, sexuado. Análogamente, con referencia a nuestra Constitución, podremos interpretar la elección de procrear como facultad incluida en el derecho a la libertad personal, y así cambiaremos el significado de este derecho y del sujeto titular.

Creo que es importante poner en evidencia tanto la constitucionalidad del aborto, como, sobre todo, la naturaleza de *signos* de las normas, cuyo significado cambia según el cambio social y en virtud de los conflictos políticos y culturales. En cualquier caso, así ha sido históricamente: la titularidad de los derechos se ha ido progresivamente extendiendo a franjas siempre más anchas de población, y en este proceso los derechos mismos han sufrido continuos procesos de redefinición y reinterpretación. No obstante, si no estoy segura de que la extensión de los derechos *all the way down,* y sobre todo en

31 Había apenas escrito estas líneas cuando apareció en la prensa una propuesta en este sentido del ginecólogo (abortista) Cario Flamigni.

esferas donde están en juego relaciones fuertes, reciprocidad, interdependencia, sea productiva y esté carente de riesgos, ni de que no existan límites intrínsecos al lenguaje de los derechos que obstaculicen una reinterpretación de los sujetos a los que se les atribuyen (sobre todo esto volveré en el último capítulo), siento una gran perplejidad frente al razonamiento de Cohen (y de Ferrajoli) por otros dos motivos.

El primero es un motivo de carácter estratégico (ya lo he apuntado). El llamamiento a los derechos, o mejor, a la construcción del aborto, si no como un derecho en sí mismo, como comprendido en el derecho a la libertad personal, introduce inevitablemente una lógica adversarial en la que se oponen derechos a derechos, sujetos titulares de derechos a otros sujetos titulares de derechos. Me parece que, al menos en la estado actual, y sobre todo en el contexto político y cultural italiano, esta construcción correría el riesgo de producir una simplificación, y no un enriquecimiento interpretativo. El proceso de subjetivación del feto, desde el análisis del que he partido, utiliza precisamente el lenguaje y la lógica de los derechos, y así está sucediendo respecto de los «padres». El poner entre paréntesis las relaciones, en primer lugar entre la madre y el feto, y por tanto la persistente exclusión del cuerpo sexuado de! lenguaje jurídico, en virtud hoy de la reivindicación de los «derechos», me parece que indica una resistencia fuerte de este leguaje a una reinterpretación en la clave propuesta por Cohen (y Ferrajoli) y, lo que es más, su uso político dirigido precisamente a la construcción en sentido antagónico del escenario de la procreación.

El segundo motivo es explícitamente político. Tiene que ver con el permanecer próximos al sentido de la experiencia del aborto así como se ha vivido, se vive y se ha reflejado en la mujeres. Abortamos no en virtud de un derecho que nos ha sido concedido o que hemos conquistado, sino en virtud de un poder generativo que nos compete, a pesar de no ser reconocido por el derecho. Este poder, como decía, es fuente de responsabilidad. Para que esta responsabilidad sea reconocida y se le otorgue valor, se requiere la desaparición de las prohibiciones y de las regulaciones. Nos puede bastar, apuntaba Boccia (1995), que el aborto no sea inconstitucional. No es necesario, antes bien es reductivo y en muchos sentidos distorsiona dar, construirlo como un «derecho».

## V. Responsabilidad y filiación

Si nadie, ni siquiera el padre del concebido, tiene e! derecho de imponer a una mujer el no abortar, ni, en sentido contrario, abortar, ¿se le puede imponer a un varón por ley un hijo, a través del reconocimiento de la paternidad biológica?

Se puede concebir, se ha dicho, por mera casualidad, por error. Se puede concebir por un deseo compartido que puede menguar, supongamos, sólo del lado masculino. Se afirma que lo que cuenta es la desaparición del deseo femenino. Pero si lo que desaparece es el deseo masculino, la mujer embarazada se encuentra en cualquier caso frente a un dilema que no es el mismo que el del varón en el caso pre-cedente. De hecho, la mujer no puede simplemente desaparecer. De un lado, su situación es, en línea de principio, una posición de mayor fuerza: puede de hecho tener el hijo incluso si su pareja no lo desea. Por otra parte, cualquiera que sea su decisión, las consecuencias para ella son inmediatas y tangibles: un aborto o un parto. Esta disparidad parece permitir una disparidad de derechos. Si la mujer decide tener un niño, también el varón debe hacerse cargo de la situación, lo quiera o no. En esta dirección parece ir otro argumento. Una vez nacidos, los niños tiene derecho al cuidado y a la atención de los propios padres: es decir, los padres (ambos) tienen la obligación de cuidar a los propios hijos.

No obstante, invirtamos por un momento la óptica introduciendo dos cuestiones. La primera relativa al problema de la paternidad, la segunda tiene que ver con el interés público que antes señalaba.

La construcción de la paternidad en clave biológica no es tan sólo una conquista femenina, ni tan sólo un derecho de los niños. Es en cambio, también, un posible instrumento en mano de los varones para mantener el control sobre la filiación, es una coartada más para que la comunidad decida no asumir el cuidado de los niños.

No sólo las mujeres, también los varones pueden pedir el reconocimiento de la paternidad, y sobre esta base cuestionar el cuidado y el control de los hijos por las madres. Sería algo extraño en nuestros días, al menos en Italia. Pero planteémonos este problema, por ejemplo, en el contexto diseñado por las nuevas tecnologías reproductivas. Un varón contrata un hijo con una mujer, y la mujer decide, cuando el niño ha nacido, quedárselo. El varón impone el reconoci-

miento de la paternidad y, una vez lo ha obtenido reclama la custodia del niño. Es posible, incluso probable, como el caso de Baby M. Lo demuestra (véase el primer capítulo), que el más rico, más culto, de entre los padres sea considerado de más confianza, mejor padre que el otro progenitor también biológico.

La equiparación entre maternidad y paternidad naturales ha constituido una conquista para las mujeres, allí donde éstas (como a menudo Ocurre de hecho) están en una situación económica y social débil que no les permite fácilmente por sí solas el cuidado de los hijos. La obligación del mantenimiento de los hijos corresponde a ambos padres naturales (véase el artículo 30 de la Constitución): la admisión del reconocimiento de paternidad por vía judicial, a pesar de larga, complicada, difícil, se presenta como garantía, al menos formal, para madres e hijos naturales.

Es así porque a pesar del dictado constitucional de tutela de la maternidad y de la infancia, las ayudas económicas y sociales a las madres solteras ya sus hijos son escasas, cuando no inexistentes, y de hecho la maternidad fuera de la pareja se desalienta, se «criminaliza,), se castiga. Así, la búsqueda de la paternidad puede ser utilizada (por ejemplo, en los Estados Unidos, véase Fineman, 1995) por los gobiernos para evitar pagar los subsidios a las madres solteras, imponiendo en su lugar obligaciones a los ya identificados padres naturales, lo que entre otras cosas se traduce en la imposición de hecho yen la enfatización simbólica de la familia nuclear, y en la construcción cultural de la maternidad fuera de la pareja como una maternidad desviada y fuente de ulteriores males sociales[32].

Y sin embargo, es cierto que no se elige siempre libremente ser o no ser madre. Y no obstante, es precisamente esta elección la que debe reconocerse y tutelarse, tanto en el plano individual como en el colectivo. Lo que comporta no tanto la imposición, por ley, de un hijo a un padre que no lo quiere, cuanto un sistema de garantías y tutelas para las mujeres que, solas o no, de-

32 Sobre esto volveremos. Pero hay otro aspecto que se ha de considerar. Los desarrollos científicos permiten verificar con gran seguridad la maternidad y paternidad a través del examen del ADN de los padres e hijos. Un episodio que hace tiempo aparecía en los periódicos hacía referencia a la investigación de la paternidad de dos gemelos ordenada por un estado de los Estados Unidos instado por el compañero de la madre, precisamente para determinar sus obligaciones de manutención, que de otro modo deberían ser a cargo del Estado: concluyó que los dos gemelos eran de padres diversos. ¿No viola este procedimiento de una manera manifiesta el derecho a la intimidad de la madre?

cidan o se encuentren en condiciones de tener hijos. El primado y la responsabilidad femenina en la procreación no niegan el estatuto de cuestión pública de la procreación misma. O, por otro lado, el derecho de los niños al cuidado y a la educación. Existe una responsabilidad colectiva frente a ellos, mientras la decisión de si vienen y cómo vienen al mundo es de esa parte de la comunidad, individualmente y en cuanto género, que de hecho los hace venir al mundo.

## VI. ¿Hay que cambiar la ley?

Todas las propuestas de ley recientes tienden a reforzar la llamada «prevención». Se sostiene que la ley 194 no ha funcionado suficientemente bien, porque no se ha aplicado la parte preventiva. Es, como ya he señalado, un argumento curioso. Desde dos puntos de vista. El primero y principal tiene que ver con el objetivo de la ley: disminuir la gravedad de las consecuencias del aborto clandestino. Si el objetivo no ha sido alcanzado totalmente, no es porque se ha realizado poca prevención, si por ésta se entiende, como hacen parte de los comentadores y de los redactores de las propuestas de modificación, un mayor *control* de las motivaciones de las mujeres por parte de los consultorios y estructuras públicas y del voluntariado. Al contrario, si no se ha alcanzado el objetivo ha sido más bien porque la ley 194 impone todavía un itinerario largo y complicado, porque impone la autorización para las menores, porque se ha enfrentado con los abusos de las opciones de objeción de conciencia por parte de los médicos y paramédicos, porque no se puede realizar abortos en las estructuras privadas.

Pero si, impropiamente como yo creo, queremos atribuir a la ley 194 también el objetivo de disminuir los abortos[33], debemos constatar entonces

33 Extraño objetivo, y todavía más extraña interpretación de la ley: sería como imputar a la introducción del divorcio en Italia la disminución de los divorcios tras veinticinco años desde la aprobación de la ley. O creer que, con una ley nueva Contra la violencia sexual, disminuiría la violencia sexual. Más bien, y no es poco, podemos sostener la hipótesis de que la disminución de los abortos tiene que ver con lo que Lilli Rampello (1995) llama un crecimiento de la competencia femenina, es decir, no sólo y no tanto un mejor conocimiento del propio cuerpo, sino una mayor posibilidad de control sobre sí misma, mayor autoridad y poder en la relación con el otro.

que los datos ofrecidos por el Ministerio de Sanidad muestran que este objetivo se ha alcanzado ampliamente.

La disminución de los abortos clandestinos, por otra parte, se debe precisamente al hecho de que la ley, en su parte llamada preventiva, ha sido ampliamente desaplicada. Como sostiene María Luisa Boccia (1995), la ley 194 no es una buena ley que desgraciadamente ha sido desaplicada, sino una ley mala que ha funcionado justamente en cuanto ha sido desaplicada. Es decir, en la práctica, ha funcionado cuando y en la medida en que médicos y mujeres han considerado el aborto voluntario como un «derecho», más que como una opción ilícita cuya posibilidad de ejercicio dependía de la existencia comprobada de condiciones particulares y excepcionales.

Justamente es esto lo que quieren evitar, apoyándose en el derecho a la vida constitucionalmente garantizado por el artículo 2, aquellas propuestas que pretenden reforzar el vínculo entre posibilidad de abortar, y verificaciones médico-psicológicas/psiquiátricas sobre las motivaciones de las mujeres.

Tomo por ejemplo las propuestas de ley 719 y 720, primer firmante el diputado Giovanardi, presentadas en la cámara el 17 de junio de 1994. El razonamiento es éste: la ley 194 es inconstitucional, precisamente porque viola el artículo 2 de la Constitución, en el que, según la sentencia del Tribunal Constitucional de 1975, reside la tutela del concebido. El Tribunal, en esa misma sentencia, se pronunciaba en favor de una «ponderación de intereses» entre derecho a la salud de la mujer y derecho a la vida del concebido, resuelta a favor del primero, no existiendo equivalencia entre el derecho a la salud de quién es ya persona y la «salvaguardia del embrión que todavía no es persona». Pero el Tribunal, argumentando de esta manera, habría descriminalizado el aborto sólo en los casos de peligro grave y médicamente verificado para la salud de la mujer. La ley 194, al contrario, dejaría en línea de principio, y más todavía de hecho, la decisión de abortar a las mujeres, sobre todo en los primeros tres meses, sin comprobar las condiciones y las motivaciones.

En la propuesta 720, los redactores proponen una corrección de la ley 194 que permita hacer efectivos los controles «sobre las condiciones de licitud del aborto», y limitar estas condiciones a las sanitarias, equiparando así los procedimientos previstos para la interrupción del embarazo en los primeros tres meses y los previstos para el período sucesivo.

La propuesta 719 es más explícita y detallada. En sustancia, prevé que la mujer sea invitada explícitamente, por el médico al que acude para obtener el certificado para abortar, a dirigirse a un consultorio o ente o asociación de voluntariado que tengan entre sus propios fines la «prevención del aborto voluntario», elegido por ella de entre una lista preparada por el municipio. Si la mujer no elige, elige el médico, y este consultorio o ente está en cualquier caso autorizado a ponerse en contacto con la mujer y con el eventual padre del concebido (que tiene «un autónomo poder de intervención») «de propia iniciativa», para discutir con ella (o ellos) presentándole posibilidades diversas, ayudas necesarias, etc. Después de siete días obtendrá en cualquier caso el certificado demandado.

Muy parecida la propuesta popular (nº 1325, 25 de enero de 1995, primer firmante Delfino), mientras que la propuesta de Alleanza nazionale (n.º 1577, 8 de noviembre de 1994, primer firmante Scalisi) pone junto al aborto, la fecundación artificial y el «ligamiento temporal de las trompas con fines contraceptivos». Esta última propuesta dispone que las mujeres deban dirigirse exclusivamente al consultorio familiar público para obtener el certificado necesario, y a los consultorios se les delega las tareas de información, propuesta deintervención y ayudas, etc. Los consultorios, no obstante, pueden valerse de «formaciones sociales de base y de voluntariado».

Como en las propuestas antes citadas, también en ésta el primer artículo proclama que el Estado tutela la vida humana del concebido. Como en las otras, la casuística de condiciones que hacen posible el aborto se hace más restrictiva y detallada, y su verificación necesaria para la concesión del certificado.

Puesto que al final la decisión última es la de la mujer, la completa implantación de estas propuestas está dirigida a una reproposición simbólica de principios que se traducen en un control vejatorio y punitivo. La «prevención» entendida de este modo ciertamente desanimará a muchas mujeres a recurrir al aborto legal, con el resultado de incrementar el aborto clandestino o el «turismo abortivo».

Por parte «progresista» se insiste en la bondad de la ley 194 (véase por ejemplo el diseño de ley comunista nº 134, presentado al Senado el 21 de abril de 1994, primera firmante Salvato), probada con la disminución de los abortos especialmente en las regiones en las que hay presencia de consultorios familiares, y se indican las vías para una mejora de la ley misma como la recalificación y

multiplicación de consultorios en el territorio nacional, la extensión de una correcta información contraceptiva, la seguridad de un servicio abortivo con una adecuado número de médicos no objetores y, en fin, la abolición de la necesidad de un *consentimiento* paternal o del juez tutelar para las menores.

No obstante, la actual defensa de la necesidad de potenciar la «prevención» y la escasa claridad y gran ambigüedad de este término, tanto en la «derecha» como en el «centro» y en la «izquierda», autorizan a pensar que un terreno común existe, y que es precisamente, todavía, aquel de los primeros años setenta, es decir, el del aborto como «plaga», «problema social» al que recurren las mujeres por ignorancia, miseria, falta de alternativas y apoyos sociales y económicos. Parece que la única alternativa a esta conceptuación es la del capricho, la del egoísmo femenino, al que se opone firmemente el «deber de la sociedad de proteger la vida concebida y el deber de la mujer de aceptar posibles intervenciones de asistencia y ayuda», tal vez a través de la formulario ministerial adecuado (Ddl n.º 1325). Algo así como decir que si tienes todo el apoyo y la ayuda necesaria, y si antes has tenido todas las informaciones adecuadas, si insistes en abortar es por capricho, «maldad», escaso sentido de la responsabilidad. Te permitimos abortar, no sin antes someterte a humillación: debes de saber, en resumen, que eres una asesina, y la sociedad así te juzga. En definitiva, aborto como plaga social y aborto como elección egoísta y arbitraría conviven perfectamente, es más, son las dos caras de la misma moneda.

Cuando, desde la izquierda, se invocan medidas de prevención «antes de la concepción», como la educación sexual en las escuelas, la información sobre los anticonceptivos –medidas que de por sí resultan loables siempre y cuando no se conecten a la cuestión del aborto– se corre el riesgo de perpetuar un peligroso equívoco: que antes o después, cuando existan buenas leyes y sean bien aplicadas, el aborto desaparecerá.

Si los abortos han disminuido en Italia es porque las mujeres tienen mayor autoridad y mayor poder, mayor competencia sobre la sexualidad y en las relaciones con los varones. Pensar o aspirar a una sociedad en la cual las mujeres no «se verán obligadas» a abortar, o simplemente ya no lo harán, es un poco como imaginar la sociedad comunista, sin Estado y sin derecho. ¿Es útil razonar de esta manera? En mi opinión no sólo no es útil sino que razonar de este modo es peligroso.

Laura Conti, y, más recientemente, Roberta Tatafiore (1995) consideran al Contrario que de lo que se debe partir es del hecho de que las mujeres abortan, tanto cuando el aborto es ilegal como cuando el aborto es legal en ciertas circunstancias. Es el precio que las hembras (y sólo ellas) de la especie humana pagan por la desaparición del período de celo: las alternativas son la castidad absoluta o la aceptación de todos los embarazos, con los resultados catastróficos, que todos conocemos, para el destino de la especie humana sobre esta tierra. Y por tanto, el objetivo es hacer posible abortar con el menor malestar, con los menores costes para la propia salud física y psíquica posibles.

A la despenalización pura y simple, es decir, a la desaparición del aborto del código penal, se llega también a través de otro tipo de argumentaciones. Entre los juristas varones, por ejemplo, empiezan a despuntar posiciones como la de Gustavo Zagrebelsky (1995) que, en una intervención con motivo de un coloquio con Baldassarre, no niega la legitimidad de una discusión sobre la constitucionalidad de la ley 194 pero, sostiene, «un punto que debería ser pacífico en cualquier discusión de buena fe es que todas las prohibiciones legales, estén en manos del juez penal que condena, o del médico que rechaza intervenir, o del padre que niega el consentimiento, o del padre que impone su voluntad procreadora, se resuelven concretamente no en el impedimento del aborto sino en la búsqueda del aborto clandestino. Como juristas, no podemos más que reconocer con humildad un límite a la eficacia de la coerción jurídica. Existen ámbitos que por su naturaleza están cerrados a la "norma externa" jurídica y necesariamente deben abandonarse ser restituidos al ámbito de la norma moral. Tal vez las fuentes de la vida y de la sociedad están entre ellos. Lo que acontece antes del nacimiento no incumbe al derecho, porque éste es impotente y puede sólo causar daño». A conclusiones similares llega Ferrajoli (1995), que ve en la prohibición generalizada yen la autorización en ciertas condiciones un uso desviado del derecho penal, sometido a una precisa opción moral, allí donde de facto carece de cualquier pretensión de eficacia preventiva o disuasiva. Rodota (1995) es asimismo explícito: « ... dar la vida –propiedad del género femenino– impone un respeto que no puede resolverse totalmente en el juego de las normas, o peor, de las tácticas políticas».

Una retirada del «derecho», por tanto, de ciertas materias. Por sobriedad, porque son irreducibles a la norma positiva, en virtud del principio de separación entre derecho y moral.

Algunas mujeres sostienen la despenalización con argumentaciones diversas. Jourdan, por ejemplo, (1993: 233) considera que:

> Despenalizar el aborto significa reconocer el sentido verdadero de lo que existe, y resulta anulado por la legalización: a) la tradición de autonomía respecto del Estado, es decir, las decisiones y las prácticas en materia de embarazo tienen una medida propia, socialmente reconocida, tanto fuera Como por encima de la ley; b) las diferencias entre las mujeres, cuyos comportamientos siguen criterios no reducibles a la casuística y a las vicisitudes de la ley.

Para Jourdan (y otras, véase Campari, Cigarini, 1989, y Cigarini, 1992) el derecho tendría para los varones esencialmente una función simbólica: más aún, el derecho sería expresión de un símbolo masculino a través del que se expresaría su autoridad social. La autoridad social femenina se ejercitaría fuera y más allá del derecho y, hoy, trabajando por un derecho que «se autolimita en presencia de la autoridad femenina».

Diría que, más allá de expresiones no claras como «por encima de la ley» y «vacío legal» (que comentaré en otro capítulo) esta posición conduce a la idea de un derecho dúctil, sobrio, no partiendo de la lógica, de las pretensiones, o de lo fracasos del derecho (positivo), sino razonando sobre una experiencia (femenina) sedimentada históricamente por autorregulaciones sociales: interviniendo sobre la misma, el derecho (positivo) no puede ocasionar más que «daños».

Por otra parte, como ya decía, no se entiende por qué una hipótesis de despenalización del aborto debería encontrar mayores obstáculos de los que ha encontrado y todavía encuentra la legalización.

En todo caso, al contrario, debería ser más fácil llegar a un acuerdo sobre este terreno con quien argumenta contra el aborto por razones morales: el Estado no asumiría ninguna opción moral. La desaparición del aborto del código penal, pero también la desaparición de cualquier ley «autorizativa», salvando, con alguna norma adecuada, el derecho a la salud constitucionalmente protegido, de forma que se asegurase a la mujer la posibilidad (no la obligación) de recurrir gratuitamente a las estructuras públicas (donde es probable que las objeciones de conciencia, frente a la «concurrencia» de las estructuras pri-

vadas, disminuyeran)[34] dejaría la elección de abortar a la conciencia de cada una, o si preferimos, a su responsabilidad. A una responsabilidad que se ejercita en las relaciones, en primer lugar en la relación espacialísima y exclusiva con el embrión, y después con el eventual compañero y los otros y otras: «La despenalización del aborto invita al hombre a medirse con su deseo de paternidad, y con su envidia, etc., no haciendo uso del derecho, sino de la relación personal con una mujer» (Jourdan, 1993: 236)[35].

34 No es extraño, como es sabido, que médicos y paramédicos objetores en la sanidad pública sean descubiertos realizando abortos en centros privados hoy clandestinos, con considerables ganancias.

35 Sobre la envidia masculina, y sobre los miedos masculinos que parecen potentemente emerger cada vez que se trata del aborto y del poder procreativo de las mujeres, véase las divertidas y agudas páginas de Conti (1981).

# Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Una nota desde la incertidumbre*

Miguel Carbonell

**Sumario**

**I.** Introducción. **II.** La libertad de procreación en el texto constitucional mexicano. **III.** La interrupción voluntaria del embarazo según *"Roe versus Wade"*. **IV.** Conclusión.

## I. Introducción.

Una de las cuestiones que generan encendidos y continuos debates en el mundo es la que se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo; aunque las discusiones involucran sobre todo puntos de vista morales, éticos, sexuales, de género e incluso económicos, en alguna de sus vertientes se traducen en un problema jurídico, y sobre todo en un tema constitucional.

En las páginas que siguen se intentarán aportar elementos para comprender dos aspectos relacionados, cuyo fundamento último puede rastrearse hasta el artículo 4 de la Constitución mexicana: la libertad de procreación y la interrupción voluntaria del embarazo. Pese a su proximidad temática, conviene tratar ambas cuestiones por separado, pues para cada una de ellas hay

* Miguel Carbonell, "Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Una nota desde la incertidumbre".

que hacer reflexiones diferenciadas, que deberán arrojar –como veremos más adelante– consecuencias distintas.

El objetivo de este ensayo es suministrar elementos para decidir, partiendo del estudio de la vertiente jurídica del problema, si es posible o no castigar la interrupción voluntaria del embarazo, tomando en cuenta la protección constitucional que en favor de la mujer podría derivar de la libertad de procreación establecida en nuestra Carta Magna.

## II. La libertad de procreación en el texto constitucional mexicano.

El segundo párrafo del artículo 4° constitucional contiene de forma clara e inequívoca un derecho de libertad: la libertad que corresponde a todo individuo de decidir, "de manera libre, responsable e informada", sobre el número de hijos que quiera tener y sobre el espaciamiento entre ellos, en el caso de que decida tener más de uno.

El derecho individual del párrafo segundo del artículo 4 comporta la posibilidad de tener o no descendencia. Las modalidades para tomar tal decisión son la libertad, la responsabilidad y la información. Con respecto a ésta última, el Estado tiene una obligación fundamental: proporcionar información acerca de los métodos anticonceptivos necesarios para que sea efectiva también la libertad de *no* tener descendencia, o de tenerla de acuerdo con la voluntad de quien quiera ejercer ese derecho.

En general, corresponde también al Estado cuidar que este derecho sea ejercido a plenitud, lo cual implica que se establezcan las medidas legislativas y las políticas públicas necesarias para ejercer una paternidad y una maternidad responsables y libres.

Una de las formas de tutela de la libertad reproductiva es de carácter penal y se compone de un doble género de disposiciones: por una parte, la legislación penal debe proteger como bien jurídico la libertad sexual, prohibiendo toda relación de ese tipo que se lleve a cabo por la fuerza (incluyendo, por supuesto, las que se produzcan dentro del matrimonio o del concubinato sin el consentimiento de uno de los cónyuges); por otro lado, la legislación penal no debe castigar a las mujeres que decidan interrumpir voluntaria-

mente un embarazo que se ha producido como resultado de una violación, porque si se les obligara a tener un descendiente que no ha sido concebido con libertad –como es obvio que sucede en todos los casos de embarazos por violación– se estaría vulnerando el artículo 4 en la parte que garantiza a toda persona la *libre* decisión sobre su descendencia.

Seguramente esa misma libertad serviría para hacer constitucionalmente ilegítimas algunas o todas las disposiciones penales que, al castigar el aborto, obligan a las mujeres a tener hijos incluso contra su voluntad, negando con esas medidas el derecho a la autodeterminación sobre su propio cuerpo y sobre su maternidad. Al respecto, conviene tener presentes las observaciones de Luigi Ferrajoli sobre el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad –y consecuentemente de aborto–; sobre esto Ferrajoli[1] escribe:

> "se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre... porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal... en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal".

Aparte de las consecuencias penales, del párrafo segundo del artículo 4 constitucional también se pueden desprender, como ya se ha apuntado, varias obligaciones de los poderes públicos –sobre todo del poder ejecutivo federal y de los poderes ejecutivos locales– en el sentido de implementar políticas

1 *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999, p. 86.

públicas para la difusión e información de las técnicas para el control de natalidad, así como para la atención adecuada a la maternidad; esto último se desprende también del párrafo tercero del mismo artículo cuarto constitucional que protege el derecho a la salud[2].

Es importante señalar que la información proporcionada por las autoridades en materia de técnicas para el control de la natalidad debe en todo momento respetar la voluntad de las personas involucradas, de forma que sería perfectamente inconstitucional el hecho de que se quisiera imponer por parte de alguna autoridad un determinado método de control o incluso la idea misma de controlar artificialmente el número de hijos que una persona quiera tener. El uso de métodos anticonceptivos debe darse siempre bajo la premisa del *consentimiento informado* de las personas involucradas, nunca como una imposición o por medio de presiones o amenazas.

Respetando la libertad de procreación, las autoridades no pueden condicionar bajo ningún supuesto el acceso a ciertos programas de subsidio o la provisión de bienes materiales y recursos económicos a la adopción de medidas para el control natal. Así lo ha reconocido el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, que en su Observación General número 19 (del año de 1990) ha señalado que, de conformidad al artículo 23 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege a la familia, "Cuando los Estados adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y *sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias"* (párrafo 5; cursivas añadidas).

Pese a ello, en la realidad ha sucedido que algunas autoridades pretenden imponer métodos de control de natalidad incluso en contra de la voluntad de los afectados (se han presentado estos casos en algunas comunidades indígenas), lo cual viola el derecho que el artículo 4 constitucional establece para que sea cada persona la que determine de forma libre el número y espaciamiento de sus hijos.

Sobre este punto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que emitir una Recomendación General, en vista de las múltiples quejas recibidas y de las violaciones de derechos observadas por su personal. Se trata de la Recomendación General 4/2002 de 16 de diciembre de 2002,

2 Sobre la planificación familiar ver los artículos 67 y 68 de la Ley General de Salud.

"Derivada de las prácticas administrativas que constituyen violaciones a los Derechos Humanos de los miembros de las comunidades indígenas respecto de la obtención de consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar"[3]. Hay algunos párrafos de esa Recomendación General que conviene tener presentes, ya que demuestran violaciones recientes a la libertad de procreación y también porque tales violaciones son padecidas por un grupo social particularmente marginado y discriminado como lo son los indígenas; el texto de esos párrafos es el siguiente:

> ...se ha advertido que el personal médico de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública obliga a las mujeres que acuden a consulta a utilizar el dispositivo intrauterino (DIU) como método de control natal, bajo la amenaza de que si no aceptan usarlo pueden perder apoyos de programas gubernamentales.
>
> ...las brigadas de salud comunitaria, las cuales dan atención en zonas con población indígena, ejercen presión sobre la población masculina con el fin de obtener su consentimiento para la aplicación de métodos definitivos (vasectomía) de planificación familiar, mediante la promesa de proveerles de bienes materiales y recursos económicos, y en el caso extremo los amenazan con excluirlos de programas asistenciales del gobierno si no se someten a la vasectomía. Procedimiento en el cual además se acreditó que no se cumplió con las disposiciones sobre el consentimiento informado y que no contaron con traductor...
>
> ...tanto hombres como mujeres manifestaron que los servidores públicos de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública, tanto estatales como federales, pretenden imponerles métodos de planificación familiar sin su consentimiento y sin informarles adecuada y ampliamente, en su lengua, cuáles son los beneficios para su salud, los riesgos de su empleo o los posibles efectos secundarios que pudieran presentarse[4].

Más adelante en la misma Recomendación General, la CNDH precisa el concepto de "consentimiento informado", así como la forma de obtenerlo; el texto de los párrafos respectivos es el siguiente:

3 Publicada en la *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,* número 149, diciembre de 2002, pp. 73-85.

4 *Idem,* pp. 73-74.

> En el consentimiento libre e informado subyacen principios éticos de respeto a la autonomía y a la cultura de las personas, que debieran formar parte de la práctica médica; por ello, deben definirse los lineamientos o mecanismos complementarios para que la consejería dirigida a los integrantes de los pueblos indígenas cumpla no sólo con su objetivo de informar, sino de que se tenga la certeza de que esa información se ha comprendido. El propósito es asegurar que las instituciones prestadoras de servicios públicos de atención médica favorezcan y respeten la elección de los usuarios.
>
> En los servicios de planificación familiar, el consentimiento informado y libre implica que, en la relación entre el usuario y el servidor público del sector salud, se dé un vínculo horizontal de intercambio respetuoso de información, a partir del cual manifiesten su solicitud de métodos de planificación familiar, en el contexto del conocimiento cultural que tienen las personas de sí mismas y sobre su salud sexual y reproductiva...
>
> El proceso incluye la verificación, por parte de las instancias que proporcionan el servicio de atención a la salud sexual y reproductiva, de que las personas han comprendido sus explicaciones y sus dudas han sido resueltas. A su vez, hombres y mujeres deben consentir de manera libre y sin coerción sobre el uso del método más acorde a sus necesidades y preferencias, o bien disentir, si así lo juzgan conveniente. El hecho de que se requiera un documento, o cualquier otro mecanismo institucional, de autorización no sustituye los pasos del proceso previamente descrito[5].

En otros países, también se ha optado por imponer coactivamente los sistemas de control de la natalidad, lo cual ha generado innumerables violaciones a los derechos fundamentales, no solamente a los de carácter reproductivo; cuando se hace un análisis comparado, sin embargo, se observa que la disminución de las tasas de natalidad (que es algo obviamente deseable y que los Estados deben de promover sobre todo a través de campañas de concientización e informativas) no se ha logrado por medio de medios coactivos, sino más bien a través de la generación de una serie de satisfactores vitales que le permiten a las personas tener acceso a bienes primarios con regularidad. En otras palabras, la mejor vía para disminuir las tasas de natalidad no

5 *Idem,* pp. 80-81.

son los programas obligatorios, sino el desarrollo económico, como lo acreditan los extremos que se han alcanzado en China (por medio de la coacción y el terror contra su población) y en Europa (por medio del desarrollo económico y la democratización del bienestar)[6].

Lo importante en este momento es subrayar que la libertad de procreación supone tanto la posibilidad de determinar que sí se quiere tener hijos, como la de determinar no tenerlos.

## III. La interrupción voluntaria del embarazo según "Roe versus Wade".

Como se sabe, el punto de partida para el debate jurisprudencial sobre el aborto lo marcó el caso "Roe vs. Wade" resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1973 (410 U.S. 113); curiosamente, en el caso "Roe" la Corte estadounidense no utilizó una argumentación basada en el derecho a la vida, sino una sobre todo vinculada al derecho a la privacidad, que ya había utilizado en anteriores decisiones (por ejemplo en "Griswold vs. Connecticut" 381 U.S. 479, de 1965, en referencia al uso e información sobre los anticonceptivos[7]) para ampliar considerablemente los limitados alcances de las cláusulas que sobre los derechos contienen las enmiendas del texto constitucional de 1787.

6 Un análisis mucho más completo sobre el punto puede encontrarse en Sen, Amartya K., *Desarrollo y libertad,* Barcelona, Planeta, 2000, pp. 267 y ss.

7 En ese caso la Corte Suprema dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un "derecho a la intimidad" derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of rights.* Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of rights* tienen zonas de "penumbra", de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En el caso Griswold se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: "¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial"; la parte más sustantiva de la sentencia y de los votos concurrentes y disidentes se puede consultar, por ejemplo, en O'Brien, David M., *Constitutional law and politics. Volume two. Civil rights and civil liberties,* 4a edición, Nueva York, Norton and Company, 2000, pp. 333-342.

Sobre el mismo tema, también puede ser de interés revisar la importante decisión del Tribunal Constitucional contenida en su sentencia 53/1985, en la que se formularon diversos votos particulares.

En el caso español, la doctrina ha sostenido un punto de vista interesante al afirmar que frente al silencio de la Constitución sobre si existe o no en su texto un derecho a la interrupción del embarazo, dicho derecho se debe entender como implícito y además la decisión de la mujer para llevarlo a cabo debe ser inmune a cualquier tipo de regulación estatal, con excepción de lo que genéricamente se llaman las "leyes de plazos", que establecen ciertas condiciones y requisitos para interrumpir el embarazo en función de lo avanzado del mismo, que es la solución que se adoptó en Estados Unidos, como lo veremos enseguida. Dicha inmunidad se justificaría en virtud de que la interrupción de un embarazo es la decisión más íntima y personal que una persona puede tomar en toda su vida y, "justamente por eso, el Estado no puede interferir en la misma imponiéndole a las mujeres normas basadas en creencias metafísicas acerca del sentido de la existencia o del valor de la vida humana que ellas pueden no compartir"[8].

Toda vez que el caso "Roe" es uno de los más importantes en la historia constitucional moderna, vale la pena analizarlo con algo más de detalle[9]. El caso fue resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 22 de enero de 1973 con una votación de 7 a 2. El ponente fue Harry Blackmun, quien suscribió la posición de la mayoría, entre quienes se encontraba también el entonces *Chief Justice* de la Corte, Warren Burger. Los justices que disintieron fueron William Rehnquist y Byron White, quienes suscribieron votos particulares (las llamadas "dissenting opinions"). Para tomar su decisión, la Corte tuvo que justificar que el derecho a interrumpir el embarazo era un derecho fundamental o tenía cobertura de un derecho de esa especie, ya que si no

8 Pérez Royo, Javier, "Derecho a la vida" en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional,* tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 143.

9 La literatura sobre el caso "Roe" es muy abundante. Uno de los mejores libros sobre el tema, que es el que se sigue para la presente exposición, es el de Tribe, Laurence H., *Abortion. The clash of absolutes,* Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992. La sentencia del caso puede verse en casi todos los textos de derecho constitucional de los Estados Unidos; por ejemplo en O'Brien, David M., *Constitutional law and politics. Volume two. Civil rights and civil liberties,* cit., pp. 1204-1214, en donde además se incluyen también las sentencias dictadas con posterioridad por la Corte que han vuelto a debatir el tema del aborto (pp. 1214 y ss.).

fuera un derecho fundamental el gobierno podría limitarlo sin mayores problemas, en aras a preservar un bien colectivo. La Corte argumentó, como ya se apuntaba, que el derecho a interrumpir el embarazo formaba parte del derecho a la intimidad de la mujer y que el gobierno no tenía razones suficientes para interferir con el ejercicio de ese derecho.

Sin embargo, la Corte aportó algunos matices sobre el derecho al aborto dependiendo de lo avanzado que estuviera el embarazo al momento de ejercerlo. Así por ejemplo, en la sentencia se hace una división del embarazo en tres periodos de tres meses cada uno. Durante el primer trimestre el gobierno no puede interferir de ninguna manera en la decisión de una mujer para interrumpir el embarazo, salvo para insistir en que el aborto sea practicado por un médico titulado. Durante el segundo trimestre el gobierno puede regular lo relativo al aborto con el único objetivo de preservar y proteger la salud de la mujer; de esta forma, el gobierno puede dictar disposiciones a fin de que el aborto sea practicado sin riesgo para la mujer. Durante el tercer trimestre, cuando el feto ya podría sobrevivir fuera del cuerpo de la mujer (es decir, cuando se considera "viable"), hay una justificación suficiente para regular el derecho a interrumpir el embarazo; en este punto, la regulación puede llegar incluso hasta prohibir el aborto, para proteger la vida del feto, a menos que la interrupción del embarazo sea estrictamente necesaria para preservar la vida o la salud de la mujer.

De lo dicho hasta aquí resaltan al menos dos cuestiones: en primer término, la enorme creatividad judicial que se ejerció en el caso "Roe", al crear el esquema de los trimestres; en segundo lugar, es destacable también que la Corte haya hecho uso de un derecho que solamente de forma implícita se puede desprender de la Constitución norteamericana, como es el derecho a la intimidad de la mujer. Sorprende lo anterior por muchas cuestiones, entre ellas porque en ese entonces la Corte estaba Presidida por un juez conservador, nombrado para presidir la Corte por el Presidente Richard Nixon, justamente con el objeto de disminuir el activismo judicial que se había desarrollado en los años 50 y 60, cuando la Corte era presidida por Earl Warren. La sentencia fue redactada por otro juez nombrado por Nixon, como lo fue Harry Blackmun[10]. Además del Presidente de la Corte, Warren Burger,

10 Una muy buena biografía de Blackmun puede verse en Linda Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun. Harry Blackmun´s Supreme Court Journey,* Times Books, Nueva York, 2005, 268 páginas; sobre

y de Blackmun, también estuvieron a favor de la sentencia "Roe" otros jueces conservadores. En cualquier caso, después de dictada la sentencia hubo en Estados Unidos muchas críticas al activismo judicial de la Corte[11].

Por lo que hace al derecho a la intimidad como fundamento de la decisión, es verdad que tal derecho no aparece literalmente en el texto constitucional norteamericano, pero según la mejor doctrina se puede desprender de la prohibición contenida en la Enmienda XIV según la cual nadie puede ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin observar el debido proceso legal. La intimidad sería una consecuencia del genérico derecho de libertad y de la interpretación que ha hecho la Corte del concepto de "debido proceso legal", incorporando en dicho concepto contenidos sustantivos para proteger derechos fundamentales (lo que se conoce como el "substantive due process of law")[12].

Años después de haber dictado la sentencia "Roe", la Corte ha vuelto sobre el tema del aborto[13] y ha precisado, entre otras cuestiones, que el derecho a interrumpir el embarazo corresponde solamente a la mujer, de forma que el gobierno o el legislador no pueden otorgar un derecho de veto al hombre que comparte con la mujer la responsabilidad por el embarazo, ni tampoco a los parientes en el caso de que la mujer sea menor de edad; estos criterios se contienen en el caso *Planned Parenthood vs. Danforth,* resuelto en 1976.

La Corte ha considerado (en el caso *Thornburg vs. American College of Obstetricians,* resuelto en 1986) inconstitucionales algunas leyes estatales que obligaban a la mujer que quería abortar a conocer información detallada sobre el desarrollo del feto, sobre los riesgos fisiológicos y psíquicos que comporta el aborto o de la existencia de apoyos sociales para el caso de que decida seguir adelante con el embarazo; según la Corte, dicha obligación es inconstitucional en la medida en que tiene por objetivo influenciar la decisión de la mujer sobre la interrupción del embarazo.

la figura del juez y el libro de Greenhouse, Carbonell, Miguel. "¿Quién fue el juez Harry Blackmun?", *Lex. Difusión y análisis,* número 132, México, junio de 2006, pp. 66-69.

11 Tribe, *Abortion...,* cit., pp. 79 y ss.

12 Sobre este punto, Tribe, *Abortion...,* cit., pp. 82 y ss.

13 Una narración más detenida puede verse en Shapiro, Ian, "El derecho constitucional del aborto en Estados Unidos: una introducción", Doxa, número 31, Alicante, 2009, pp. 437 y siguientes.

En otro caso (*City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health Inc.,* resuelto en 1983), la Corte ha considerado pertinente que se cuente con asistencia judicial en el supuesto de menores que quieran interrumpir el embarazo, siempre que esos menores tengan buenas razones para no acudir a la asistencia de sus familiares; en estos casos la intervención judicial debe estar regida por procedimientos que aseguren la rapidez y la confidencialidad.

En sentido parecido, la Corte ha considerado inconstitucional una ley del estado de Minnesota que obligaba a una menor que quería abortar a elegir entre las dos siguientes opciones: o bien notificar a sus dos progenitores con 48 horas de anticipación que iba a interrumpir su embarazo, o bien obtener una orden judicial para poder realizar dicha interrupción (caso *Hodgson vs. Minnesota* de 1990, con votación muy dividida de 5 a 4); el mismo día, sin embargo, la Corte reconoció como constitucional el requisito de que el médico que iba a practicar un aborto a una menor de edad le avisara por lo menos a uno de sus padres antes de llevar a cabo el procedimiento (caso *Ohio vs. Akron Center for Reproductive Health* de 1990, con votación de 6 a 3).

La Corte ha reconocido que se pueden negar fondos públicos federales o estatales para la realización de abortos no terapéuticos y que los hospitales públicos no están constitucionalmente obligados a practicar abortos no terapéuticos (casos *Maher vs. Roe,* de 1977 y *Poelker vs. Doe,* del mismo año).

Los que se han mencionado son solamente algunos de los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la materia que nos ocupa; con posterioridad a ellos se han seguido decidiendo otros casos, los cuales han puesto de manifiesto el débil y precario equilibrio que existe en ese tribunal entre los jueces que consideran que el criterio vertido en el caso "Roe" debe seguirse manteniendo y entre aquellos que, por el contrario, sostienen que es tiempo de dejarlo atrás[14].

14 El análisis detenido de las diferentes posturas, claramente manifestadas, por ejemplo, en el caso *Planned Parenthood vs. Casey* decidido en junio de 1992 por una votación de 5 contra 4, se puede encontrar en Tribe, Abortion..., cit., pp. 243 y ss.

## IV. Conclusión

En América Latina, las consideraciones constitucionales y los análisis académicos sobre el tema del aborto no pueden desentenderse de una realidad que parece caminar día a día bien lejos de lo que establecen las leyes; con datos de 1995, en México la mortalidad materna por causa de aborto llegaba a 8% del total de causas registradas, mientras que en 1996 representaba un 6.7% del total, lo cual ubica al aborto como la cuarta causa de muerte materna en México. Se calcula que cada año se practican en el país unos 500.000 abortos; 23 de cada 1.000 mujeres en edad reproductiva se someten a abortos inducidos, y 9 de cada 10.000 mueren por complicaciones en la intervención[15].

Como quiera que sea, parece que los debates sobre el aborto no han podido ser zanjados por los criterios de los jueces, cualquiera que haya sido el sentido que dichas resoluciones hayan adoptado. Se trata, como lo ilustra el luminoso título del libro de Laurence H. Tribe, de un "choque de absolutos" ("clash of absolutes"), en donde se enfrentan dos valores últimos de la humanidad: la vida y la libertad. Además, hay muchas situaciones intermedias en donde la posibilidad o la necesidad de sacrificar uno de esos dos valores no está muy clara. El propio Tribe lo explica en los siguientes términos[16]: es obvio que el infanticidio es un crimen horrible y que la muerte de un niño constituye una de las mayores tragedias de la naturaleza; pero, ¿lo mismo se puede decir de la destrucción de un feto de ocho meses?, ¿y de uno de cinco meses? Por otro lado, la vida sin libertad es devastadora y justamente ese sería el caso de una mujer a la que se le obligara a tener un hijo sin su consentimiento; obligar a una mujer a tener un hijo producto de una violación es un asalto a su humanidad; pero, ¿sería el mismo caso el obligar a una mujer a tener un hijo solamente porque le falló el método de control de la fertilidad?

En extremos tan delicados y discutibles, nadie puede ofrecer respuestas totalizadoras. Quien lo pretenda estará más cerca de la locura totalitaria que

15 Barquet, Mercedes y Méndez Alvarado, María de J., "Algunas vertientes de la institucionalización de las políticas de género en México", *Diálogo y debate de cultura política,* números 15-16, México, enero-junio de 2001, p. 56. Ver también la hoja informativa del GIRE, *Cifras del aborto en México,* México, noviembre de 2003, donde se citan estudios que elevan el número de abortos realizados en México hasta los 850.000 anuales.

16 *Abortion...,* cit., p. 3.

de los valores que defiende el Estado constitucional. Las posiciones en este tema suelen polarizarse y las posibilidades de cada una de las partes de convencer a la otra son muy escasas, por no decir del todo remotas.

En este contexto, el derecho constitucional debería asegurar las condiciones para que la tolerancia fuera el criterio bajo el que la legislación contemplara al tema del aborto. Es decir, si nadie puede ofrecer una respuesta completa, segura y aceptable por todos, entonces corresponde al derecho –en tanto que ordenamiento objetivo para asegurar la convivencia social pacífica– suministrar el marco jurídico para que todas las opciones de cada persona queden a salvo, sin que nadie pueda imponer en el cuerpo de otro su propio criterio. El derecho de los Estados democráticos no puede imponer criterios particulares de moralidad pública o privada, más allá de los genéricos derechos de libertad, igualdad y seguridad jurídica, o de los correspondientes deberes de diligencia, honradez, eficiencia, etcétera en los servidores públicos.

# Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres*

Roxana Arroyo y Lola Valladares

**Sumario**

**I.** Derechos humanos de las mujeres **1.1.** La violencia contra las mujeres como violación de los derechos humanos. **1.2.** La violencia contra las mujeres: un continuum. **II.** La violencia sexual. **2.1.** Tipos de conductas consideradas como violencia sexual. **2.2.** Consecuencias de la violencia sexual. **III.** Impunidad y violencia sexual. **IV.** Bibliografía.

## I. Derechos humanos de las mujeres

Es ampliamente aceptada la noción de que, en la medida en que somos parte de la especie humana, tenemos derecho a acceder a los más altos estándares de protección en materia de derechos humanos. A pesar de la contundencia de este principio, solo en las últimas décadas se empieza a configurar la complejidad de esta afirmación de universalidad.

Por un lado, existe un claro repertorio de características que constituyen lo humano y éste repertorio resulta ser excluyente y afirmador de desigual-

* Roxana Arroyo Vargas y Lola Valladares Tayupanta, Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres, *Violencia Sexual contra las Mujeres,* Edición Gilma Andrade Moncayo, Proyecto regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género, La Morada, Corporación Promoción de la Mujer, Serie Documentos Técnico Jurídicos, 2005.

dades. Grandes grupos humanos no se ven reflejados en el principio de universalidad precisamente porque su pertenencia a la especie humana es particular, no "son como" y por lo tanto no se ajustan al repertorio universalizante. Como resultado, el principio de universalidad concebido así de manera tan amplia, es un obstáculo para conseguir el derecho a la igualdad.

Por otro lado, los estándares de consagración de derechos humanos se proclaman como universales, pero en la práctica no tienen capacidad de darse forma de acuerdo a las transformaciones y los cambios que constantemente se producen en el mundo. En otras palabras, lo seres humanos para los cuales son creados los estándares de protección necesitan ser definidos de acuerdo a sus respectivas especificidades.

Como resultado de esta crisis, no solamente hemos asistido a un profunda transformación de los derechos humanos en materia legal sino a una nueva definición de los alcances de nuestra pertenencia a esos derechos. Pero el problema no es solo de definición de estas especificidades, sino también de reconocimiento de las mismas, sobre todo cuando se trata ejercer derechos humanos.

No somos titulares plenos de derechos cuando somos objeto de interpretaciones asociadas a patrones socio-culturales que consolidan relaciones de poder inequitativas. Tampoco somos titulares plenos de derechos si para alcanzarlos tenemos que cumplir con valores asignados por quienes tienen el poder de definirlos.

Debido a esta dinámica entre definición y reconocimiento solamente en 1993 otra afirmación contundente aparece en escena: los derechos de las mujeres son derechos humanos. Lo humano toma otra forma, se amplía, se diversifica, se especifica. No se trata de una doble titularidad de derechos, se trata más bien del reconocimiento a la existencia legal de las mujeres como sujetos de derechos.

Desde la Conferencia mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993 se insiste de manera sostenida que la situación de las mujeres en el mundo no puede ser analizada sin una categoría específica: género. A partir de entonces el término toma tanta fuerza que solamente seis años más tarde aparece en el instrumento más importante de derecho penal internacional, el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En este punto, resulta imposible entender la dimensión legal de los derechos de las mujeres sin una comprensión cabal de la categoría género. El término es utilizado por las ciencias sociales para analizar las complejas di-

námicas de lo que en distintas sociedades se define como masculino y femenino. La construcción social de lo que es ser hombre o mujer no depende de las características biológicas sino de procesos en cambio constante. De ahí que el concepto de género se refiere a los valores, actitudes y normas que conforman la construcción social y no biológica de hombres y mujeres.

La declaración de que los derechos de las mujeres son derechos humanos y la introducción de la categoría género como una categoría de análisis son logros relevantes de nuestros tiempos. A nivel académico, se han producido nuevas corrientes de análisis del fenómeno del derecho, nuevos y vibrantes debates doctrinales, estudios de análisis de la situación de las mujeres a escala mundial, entre otros.

A nivel legal el cambio no es menos impresionante. El derecho internacional de los derechos humanos, como un subconjunto del derecho internacional, ha producido dos instrumentos muy importantes: la convención contra la discriminación y la declaración contra la violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de ser tales. En este punto, casi todos los países del mundo han firmado, ratificado y puesto en práctica los convenios internacionales que consagran los derechos de las mujeres como derechos humanos.

En las Américas y el Caribe, todos los Estados han rendido informes sobre el cumplimiento de sus compromisos adquiridos frente a la comunidad internacional. En otras palabras, los Estados tienen que rendir cuentas sobre sus actuaciones por lo que cada vez se va perfilando con más fuerza una teoría de la obligación de los Estados en este sentido.

Se ha logrado mucho en poco tiempo. Y a pesar de que todavía hay muchos desafíos pendientes es importante reconocer que la producción del discurso y las prácticas jurídicas se han ampliado gracias a la atribución de la palabra "que individualiza a quienes están en condiciones de decir el derecho". Por primera vez en la historia la palabra del derecho es incluyente de la perspectiva de género.

### 1.1. La violencia contra las mujeres como violación de los Derechos Humanos

El término "violencia" es un término polivalente. Tiene diferentes significados que dependen del ámbito en donde se utilice. En las Américas y el Caribe es muy común usar el término "violencia política" para dar cuenta

de mal o deficiente funcionamiento del sistema democrático o de los partidos políticos. El término también se usa para dar cuenta de situaciones en donde se produce el uso de la fuerza armada por parte de particulares o entre grupos armados. Incluso a veces se usa el término violencia para referirse a los actos de delincuencia común. Pero el término no es solo polivalente sino "sobresignificado", en la medida en que existen diferentes tipos de violencia, ejercida por diferentes actores en múltiples y variados contextos.

En términos generales, todas las personas somos vulnerables frente a uno o varios tipos de violencia y le corresponde a los estados democráticos el mandato de generar las condiciones o crear los mecanismos para defender o proteger a las personas de las varias formas de violencia que nos rodean.

Como corolario, carecemos de protección cuando el uso de la fuerza física, psicológica o sexual no es vista como una forma de violencia sino como una manifestación propia de la cultura o como prerrogativa de grupos en ejercicio de diversas formas de poder. En la práctica estas dos dimensiones se entrecruzan, están entrelazadas de modo que se refuerzan mutuamente y sostienen las más graves violaciones a los derechos humanos. Esta construcción autoritaria de la sociedad produce una forma específica de violencia generalizada que está dirigida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.

A este tipo de violencia hay que nombrarla, describirla, precisamente porque está impregnada en el tejido social, en los sistemas de administración de justicia, en los actos de guerra o en los momentos de paz, en la forma como entendemos el mundo y las relaciones entre los seres humanos. "La violencia contra las mujeres se encuentra anclada en las construcciones de poder que ordenan las relaciones sociales entre mujeres y hombres, las que asociadas a las diferencias biológicas entre los sexos, naturalizan roles y funciones, posiciones y jerarquías sociales asignados según la condición genérica. Se trata de un tipo particular de violencia, que arraigada profundamente en la cultura, opera como mecanismo social clave para perpetuar la interiorización y subordinación de las mujeres, en tanto el ejercicio de poder se considera patrimonio genérico de los varones"[1].

1 Rico, Nieves: Violencia de género: un problema de Derechos Humanos. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Unidad Mujer y Desarrollo, Naciones Unidas. Citada en Femicidio en

En la Cumbre Mundial de Viena de 1993, los movimientos de mujeres del mundo entero denunciaron esta forma de violencia y la denominaron violencia contra las mujeres. El eje de las denuncias se centró en demostrar que la violencia contra las mujeres se produce por el hecho de ser tales, que daña sus vidas y que las puede llevar a la muerte. Es ejercida en cualquier sitio y con cualquier objeto material o simbólico que pueda causarles daño y sufrimiento y sus víctimas pueden ser de cualquier edad: niñas, adolescentes, adultas, de la tercera edad y trascendiendo incluso su situación económica, raza, nivel educativo, orientación sexual, nacionalidad, etc.

Una década más tarde, se siguen documentando casos de violencia contra las mujeres que se producen en las todas las regiones del mundo y que son cometidas por diferentes actores (estatales o no) en las más variadas circunstancias. "La perspectiva de los derechos humanos arroja luz sobre el continuo de violencia a que se enfrentan las mujeres: la violencia atroz inflingida a las mujeres en las zonas de conflicto, la violación masiva, el secuestro y la esclavitud sexual son comunes en muchas zonas de guerra".

Estas formas de violencia pueden ser consideradas como una extensión brutal de la violencia a que se enfrentan en su vida cotidiana. A los esposos, compañeros que inflingen daño físico, sexual psicológico se suman los acosadores sexuales, traficantes, violadores y combatientes armados que abusan de las mujeres. Todos ellos recurren a la violencia, especialmente a la violencia sexual para reafirmar su poder, avergonzar y subordinar a las mujeres. Por medio de esta reafirmación de su poder los varones infunden temor a las mujeres, controlan su conducta, se apropian de su trabajo, explotan su sexualidad y niegan el acceso al mundo público"[2].

La violencia contra las mujeres puede incluso constituir una forma de tortura. En efecto, comparte los elementos constitutivos de la misma: 1) dolor y sufrimiento físico o mental severos; 2) inflingidos en forma intencional; 3) para propósitos específicos como castigar, intimidar a la víctima o otro motivo basado en la discriminación de cualquier tipo; 4) con alguna forma de participación oficial ya sea activa o pasiva[3].

Chile. Area de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Corporación La Morada. Chile, noviembre de 2004. Pág. 15.

2 Informe CEDAW 10. Traducción Gilma Andrade.

3 COPELON, Rhonda: LA VIOLENCIA DOMESTICA COMO TORTURA. En Derecho Hu-

La violencia contra las mujeres es una violación a los derechos humanos porque afecta gravemente una serie de derechos y libertades fundamentales: el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la protección en condiciones de igualdad, el derecho a la libertad y a la seguridad personales, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la igualdad en la familia, el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental[4]. En este sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer sostiene que "la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades".

Es necesario, sin embargo señalar que el concepto violencia contra las mujeres ha ido adquiriendo un significado que hoy se encuentra afirmado en el campo jurídico . En efecto, la definición de delito de violencia contra las mujeres es aceptada a nivel internacional en los términos definidos en los instrumentos internacionales creados para el efecto, a saber: La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de diciembre de 1993, y para la región la Convención Interamericana para prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención Belem do Pará.

En la medida en que estos instrumentos son vinculantes, en esta y otras regiones del mundo, los Estados han acudido a diferentes criterios con el propósito de dictar leyes que tipifiquen el delito de violencia contra las mujeres. En todos los países de las Américas y el Caribe existen leyes especiales que tipifican la violencia doméstica. En este campo hay importantísimos avances en materia doctrinal y un importante acumulado en materia de administración de justicia.

La legislación nacional e internacional en materia de derechos humanos de las mujeres en general y sobre violencia contra las mujeres en particular tienen plena fuerza de ley, son mandatorios y no están sujetos a interpretaciones restrictivas.

manos de la Mujer. PROFAMILIA, Bogotá, 1997.

4 Recomendación General 19 de la CEDAW.

Según la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer[5], violencia contra las mujeres es: *"todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".*

Esta definición abarca, de manera amplia "la violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación; la violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada; y la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra"[6].

Por su parte, la Recomendación General de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)[7] No. 19: "La violencia contra la mujer " establece la relación entre violencia y discriminación, al determinar la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer, o que le afecta en forma desproporcionada, como otra forma de discriminación. Incluye actos que infligen daño o sufrimientos de índole física, metal o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de libertad, pero también puede ser causa de muerte[8].

La Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Para), afirma que: "La violencia contra

5 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Arts. 1 y 2.

6 Diane Alméras, Rosa Bravo, Vivian Milosavljevic, Sonia Montaño y María Nieves Rico: Violencia contra la mujer en relación de pareja: América Latina y el Caribe. CEPAL Unidad Mujer y Desarrollo. Santiago de Chile, junio de 2002

7 Office of the High Commisiones for Human Rights. La violencia contra la mujer: 29/01/92. CEDAW Recomendación general No. 19. 11 período de sesiones 1992.

8 Aproximadamente 60 millones de mujeres que deberían estar vivas han "desaparecido" y muerto debido a la discriminación de género. En *http://www.cimac.org.mx/noticias/00nov/00112321.html*

la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades". Define a la violencia contra la mujer como: "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

Agrega que debe entenderse que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual o psicológica:

- Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y;
- Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra".

### 1.2. La Violencia contra las mujeres: un Continuum

El compromiso que los Estados adquieren al firmar y ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos obliga a adecuar sus legislaciones nacionales, implementar políticas publicas e incluso emprender procesos educativos que cambien comportamientos y actitudes sociales que resulten violatorias de Derechos Humanos dando cuenta de un mandato que incluye la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.

Las situaciones de violencia que viven las mujeres se producen en una amplia gama de situaciones. En las escuelas clásicas del derecho penal prevalecía la tendencia a analizar las formas de violencia contra las mujeres como fenómenos separados e inconexos entre si. La consagración de los derechos de los mujeres como derechos humanos interpela esta tendencia e impone la necesidad de visualizar a la violencia como un fenómeno total

que se produce sobre un sujeto jurídico con derechos plenos. De esta manera, la violación, el incesto, el abuso físico y emocional, el acoso sexual, el uso de las mujeres en la pornografía, la explotación sexual, la esterilización o la maternidad forzada, la negligencia contra las niñas, la violencia intrafamiliar, la violencia sexual en contextos de guerra, el incesto, la mutilación genital, y la impunidad de estos actos, son todas expresiones distintas de la opresión de las mujeres y no fenómenos inconexos. Se trata en palabras de Liz Kelly (1988) de un "continuum" de violencia contra las mujeres, que obliga a los Estados a intervenir en todos los ámbitos para cumplir a cabalidad su mandato.

Importantes avances se han dado en el ámbito de la violencia doméstica o intrafamiliar, una de las formas más prevalentes y ampliamente ejercida de violencia contra las mujeres. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, que se ve perpetuada por las actitudes tradicionales. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad para participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad[9].

También se han dado pasos importantes en la denuncia y la visibilización de situaciones de violencia en tiempos de conflicto armado. Shanthi Dairam, representante para la zona Asia-Pacífico de la organización no gubernamental Observatorio Internacional de los Derechos de la Mujer considera que la discriminación permanente contra las mujeres apuntala las violaciones que se perpetran en los conflictos armados. Menciona, como ejemplo, que en Sri Lanka, la incidencia de las violaciones aumentó diez veces en la época de conflicto. Igualmente la violencia doméstica crece de manera dramática con formas variadas de delitos cometidos por numerosos hombres con la diversidad de armas que la sociedad les ha cedido.

En contextos bélicos, el cuerpo de las mujeres cobra un significado de botín de guerra, o arma táctica para intimidad y aterrorizar a la población objetivo o para castigar a las mujeres y simpatizantes del supuesto enemigo, o un medio para humillar a la otra parte y destruir la pureza sexual de sus mujeres, destacándose la vinculación innegable de la violación con la idea del honor, siendo la violación en estos escenarios de guerra, un medio para

9 Recomendación general Nº 19 - (11º período de sesiones, 1992): La violencia contra la mujer. Párr. 23.

comunicar la derrota a los varones del campo enemigo, resultando este tratamiento en discriminaciones.

La paz por tanto, ya no puede entenderse simplemente como "la ausencia de guerra", más aún en el caso de las mujeres, para quienes la ausencia de la guerra no determina que haya menos violencia contra sus cuerpos, ni mayores garantías para la defensa, ejercicio y exigibilidad de sus derechos[10]. La transformación de las imágenes estereotipadas del hombre en el campo de batalla y las mujeres protegidas en sus casas, no existe p en tanto ellas son las principales víctimas de la guerra, directamente o como resultado de la destrucción de sus relaciones familiares, del tejido social del que formaban parte, de la destrucción de infraestructura que aumenta su pobreza, etc.

La propuesta de analizar la violencia como un continumm nos permite visualizar claramente un sujeto de derechos plenos y no un conjunto de acciones inconexas. Todavía hay mucho que cambiar en la forma en que operan los agentes del sistema de administración de justicia, también hay muchos pendientes en términos de adecuación de las legislaciones nacionales. Sin embargo, es alentador saber que hay una comunidad internacional vigilante a la que los Estados están obligados de rendir cuentas para honrar los compromisos adquiridos en materia de derechos humanos.

## II. La violencia sexual

Todas las sociedades necesitan hacer arreglos para significar la sexualidad, sus clasificaciones y los procesos que esta produce y desencadena. El filósofo francés Michael Foucault dedicó gran parte de su producción académica para demostrar cómo la sociedad ha disciplinado, reprimido, definido y re-definido el cuerpo sexuado de los seres humanos. "El cuerpo está en medio de relaciones de poder que operan sobre él: lo cercan, lo marcan, lo doman, lo

10 Actualmente se estima que cerca del 90% de las víctimas de guerra son civiles, la mayoría de ellos son mujeres y niños; lo que contrasta con lo que sucedía hace un siglo, cuando el 90% de las personas que fallecían en conflictos bélicos eran personal militar. Ejemplos terribles de estas situaciones tenemos en las guerras del Golfo, la ex Yugoslavia, Afganistán, Ruanda, Sudán, Congo, etc. En "La mujer y los conflictos armados", Nota informativa No. 5. *www.un.org./spanish/conferences/Beijing/fs5.htm*

someten a suplicio, le fuerzan a unos trabajos, le obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos"[11].

Este debate en torno a "negociaciones de significado" sobre la sexualidad humana, las legislaciones de la mayoría de países de América Latina, el derecho penal y la doctrina que lo sustenta no reflejan ni de cerca, nuestra comprensión actual de la violencia sexual. En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. En la práctica, solo hay que revisar los Códigos Penales de la región para constatar la existencia de lenguajes superpuestos, el uso de términos médico-fisiológicos en un tránsito progresivo hacia el terreno moralista plagado de valores como honra, virginidad, honor. Al exigir que estos valores sean portados en los cuerpos de las mujeres, desaparece la dimensión de exigibilidad de los derechos humanos simplemente porque el bien jurídico protegido son la honra, la virginidad o el honor, y no los sujetos jurídicos concretos que la viven.

Los significados jurídicos en el campo de la sexualidad, son obsoletos y no dan cuenta ni de los avances a nivel teórico, ni de las nuevas corrientes en el derecho penal. Estas nuevas tendencias permiten acceder a una comprensión amplia de la violencia sexual, entendida básicamente como el ataque o la invasión al cuerpo de las mujeres, donde no existe una relación entre iguales que consienten. En efecto, en el ejercicio de la violencia sexual se plasman relaciones de poder que se ejercen en el cuerpo de las mujeres. En esta nueva negociación de significados, las mujeres son sujetos de derechos con capacidad plena de exigirlos a la vez que victimas en tanto violación a sus derechos humanos; integridad personal, la libertad, el derecho a decidir sobre el ejercicio de la sexualidad y la reproducción, entre otros. .

De esta manera, se convierte a la sexualidad y a la capacidad reproductiva de las mujeres y a sus cuerpos en un espacio sobre el que se perpetran las formas de violencia más brutales.

La violencia sexual no se produce de una manera aislada o intermitente. Es una constante, presente en todas las regiones del mundo, bajo las mas variadas circunstancias, en regímenes democráticos, en conflictos armados,

11 Foucault, Michel: Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión. Siglo XXI editores. México, 1997.

en el ámbito de lo privado y en el mundo de lo público. Es ejecutada por los más diversos actores, agentes del Estado, particulares, conocidos y desconocidos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer[12] define los ámbitos donde produce la violencia sexual: la familia, incluidos el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violación por el marido; la violencia sexual perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

La Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy, en su informe sobre "Violencia contra la Mujer en la Comunidad" deja absolutamente en claro que la violencia contra las mujeres produce el efecto de degradarlas y aterrorizarlas: "todas las formas de violencia sexual contra la mujer son métodos empleados para su sometimiento mediante el control de su sexualidad por la violencia, el miedo y la intimidación"[13].

La violencia sexual impacta directamente en los cuerpos de las mujeres, donde se concentran los niveles de desprotección a las que están sujetas y consecuentemente el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones respetar y garantizar los derechos humanos. Esta desprotección es especialmente grave en el campo del derecho procesal penal. A este nivel, se produce un perverso proceso de re-victimización de las mujeres que denuncian actos de violencia sexual cometidos en su contra.

Como en ninguna otra figura penal, en los delitos sexuales las víctimas son cuestionadas por su "participación" en el delito. Se ven expuestas a un procedimiento penal en el cual su vida es motivo de investigación y escrutinio y están expuestas a exigencias poco razonables en materia de pruebas, el rechazo del testimonio no corroborado de la víctima, la evocación de su pasado.

12 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Art. 2.

13 Relatoría especial sobre violencia contra la mujer sus causas y consecuencias. E/CN.4/1997/47, 12 de febrero de 1997. COMISION DE DERECHOS HUMANOS. 53º período de sesiones, Tema 9 a) del programa provisional. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy.

Los estereotipos sobre las mujeres y su honor "acaban elevándose a la categoría de elementos típicos de hecho, o presunciones *juris et de iure*', con efectos tan reales como discriminatorios"[14].

En consecuencia. la mejor defensa del imputado consiste en atacar a la víctima por "provocativa", por "libertina", por "ser mujer de hábitos sexuales promiscuos", o por "no ofrecer verdadera resistencia"[15]. El juzgador, entonces, no cumple con el principio de imparcialidad, y en muchos casos termina actuando como el principal acusador de la víctima.

En los contextos de conflicto armado, la violación sexual cobra una especial significación, así el Comité Internacional de la Cruz Roja señala que *"La violencia sexual se ha empleado contra la mujer y miembros de su familia como una forma de tortura o agresión para obtener información, degradar o intimidar y como castigo por actos real o presuntamente cometidos. También se ha utilizado como medio para llevar a cabo limpiezas étnicas en una zona, amedrentar y obligar a la población de una zona a marcharse del lugar. Las violaciones generalizadas y sistemáticas y los embarazos forzosos se han usado para destruir la identidad de un grupo étnico. La violencia sexual también se ha ejercido a veces de manera especialmente sádica delante de los miembros de la familia, incluidos los niños, o causando lesiones especialmente atroces, como la de cercenar pechos a las víctimas (...) La violación y otras formas de violencia sexual se han considerado muchas veces como un producto secundario de la guerra, o bien como una recompensa para los soldados o los civiles..."* [16].

Para la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy; la violación *"es un mensaje de castración y mutilación del enemigo. Es una batalla entre hombres que se libra en los cuerpos de las mujeres. Los peores hechos de violencia contra las mujeres se cometen en tiempos de guerra, cuando se exacerba la discriminación preexistente. Las violaciones en la guerra*

14 CUGAT, Miriam, *op. cit.* Pág. 83.

15 Es común la exigencia de una resistencia heroica, así en una de las sentencias del Tribunal Supremo español, se decía: "se exige una "resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física". STS 6/6/1972 (R.A.2988), citada por CUGAT, Miriam, La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación, "Jueces para la Democracia. Información y Debate", Jueces para la Democracia, Madrid, 1993, nª20, p. 76.

16 LINSEY, Charlotte: LAS MUJERES ANTE LA GUERRA. Comité Internacional de la Cruz Roja. Ginerba, Suiza. Agosto, 2002. Pág. 55.

*también han servido para aterrorizar a las poblaciones e inducir a los civiles a huir de sus hogares y aldeas. A menudo se las considera un "acicate" para los soldados y un incentivo para que se muestren valientes en el combate, es decir, una consecuencia natural de la guerra. La naturaleza al parecer endémica de la violación en la guerra ha sido institucionalizada por medio de la prostitución forzada y la esclavitud sexual de las mujeres a manos de militares. Tales prácticas se han justificado como mecanismo para evitar la violación de civiles inocentes"* [17].

La organización jerárquica de los ejércitos construye un modelo vertical y autoritario necesario para su funcionamiento. A los y las soldados/as se les impone un modelo que aceptan[18], el mismo que incluye una propuesta de actuación a partir de los llamados "valores masculinos": valor, coraje, resistencia, desarrollo de talentos físicos, y aún cierta misoginia. Los cuerpos son signados por esta práctica autoritaria al punto que en situaciones de conflicto, los usan como armas de guerra. Estos cuerpos signados por el modelo autoritario militar, se convierten vía la violación sexual en instrumentos tácticos para ganar batallas, humillar a los enemigos, acceder a información, etc. De ahí que la violencia sexual contra las mujeres, la esclavitud sexual, los embarazos forzados, entre otros, se convierten en "actos justificados" en zonas de ocupación militar o aledañas a bases militares, con el argumento de que responden a "necesidades masculinas"[19].

Esto en cuanto a los ejércitos pero la situación no cambia si se trata de civiles en armas, porque en los conflictos armados, se exacerba un modelo de masculinidad que se reproduce de las maneras más inusitadas. Amnistía Internacional señala que los niños que viven en los barrios de Medellín toman a los paramilitares como modelo de identificación: "Son los más duros y pueden hacer lo que quieren, si les gusta una chica se la llevan, nadie les puede discutir", dicen los niños. Se cita además que en una Comuna de Medellín,

17 Relatoría especial sobre violencia contra la mujer sus causas y consecuencias: E/CN.4/1998/54.26 de enero de 1998. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 54º período de sesiones. Tema 9 del programa provisional. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy.

18 Gracias a estándares internacinales de derechos humanos establecidos especialmente en el Estatuto de Roma, los miembros de los ejécitos ya no pueden alegar obediencia debida como un argumento que justifique la comisión de crímenes de guerra, de lesa humanidad o el crimen de genocidio.

19 TAMAYO LEON, Giulia: Cuestion de vida: balance regional y desafios sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. CLADEM-OXFAM. Lima, Perú, julio, 2000.

en Colombia, con fuerte presencia paramilitar, tres niños de entre 8 y 12 años de edad atacaron a unas niñas del mismo barrio. Les orinaron encima y les dijeron: "Vamos a hacer con ustedes lo que queramos". Varios muchachos se agolparon como espectadores. Nadie les prestó auxilio a las niñas, más bien se reían. Una mujer que se trasportaba en una buseta se bajó. Fue recién entonces cuando los muchachos se dispersaron"[20].

Durante los conflictos armados, la violencia contra las mujeres, particularmente la violación sexual, es utilizada como arma de guerra a fin de perseguir, destruir o someter a la comunidad a la que pertenecen. Y es que uno de los elementos que tradicionalmente se ha utilizado para legitimar estos actos ha sido "la noción del honor sexual de las mujeres que a su vez es el fundamento de la honra masculina". Por lo tanto, se produce una verdadera expropiación de los cuerpos femeninos para convertirlos en espacios de control/dominación y disputa/resistencia, que otorgan o quitan el reconocimiento social a los hombres.

La misma Relatora Especial, presentó en 1998 un informe sobre "La Violencia contra la Mujer en tiempos de Conflictos Armados"[21], en donde constata que la violencia contra las mujeres en tiempos de guerra constituye una práctica aceptada por tácita tradición entre los ejércitos conquistadores y que el culto a lo masculino que impregna a las instituciones militares es por definición antifemenino .

Agrega que la violencia sexual contra las mujeres en conflictos armados, además de las violaciones sistemáticas o incidentales, se expresa en hechos como la prostitución forzada y la esclavitud sexual de las mujeres del bando contrario. También se presenta la fecundación forzada, utilizada como arma para humillar al enemigo y obligar a la víctima de la violación a engendrar un hijo del victimario o al aborto forzado. También son comunes, actos de coacción sexual en que algunas mujeres son forzadas sexualmente por un combatiente o soldado a cambio de poder alimentarse ella misma

20 En *http://web.amnesty.org*

21 Relatoría especial sobre violencia contra la mujer sus causas y consecuencias. E/CN.4/1998/54/Add.1.4 de febrero de 1998.Comisión de Derechos Humanos. 54º período de sesiones. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy Informe de la misión a Rwanda para estudiarla violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado.

y su familia, para obtener alojamiento o ropa, o con fines de protección y seguridad.

En caso de éxodos masivos o desplazamientos forzados, Naciones Unidas ha documentado que las mujeres y las niñas son objeto de violaciones sexuales por parte del bando contrario o del bando interesado en el territorio que ocupan, de los bandidos en los caminos y de sus propios compañeros de desplazamiento durante el éxodo y en los campamentos.

También las mujeres desplazadas están particularmente expuestas en su salud sexual y en su libertad reproductiva, se registran embarazos indeseados, infecciones, enfermedades de transmisión sexual, VIH sida, traumas sicológicos, depresiones, suicidios, pesadillas, insomnios y miedo crónico.

La Relatora Especial de violencia contra la mujer, en su informe sobre Ruanda[22], indica haber recibido incontables testimonios de violencia sexual cometida contra mujeres durante el genocidio. Los tipos de violencia sexual descritos en estas declaraciones eran la violación, la violación en grupo, la esclavitud sexual, la tortura, la mutilación, el homicidio y el matrimonio forzado. Patricia Sellers, asesora legal de género para el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, considera que existe un vínculo entre el trato que reciben las mujeres en la guerra y la relación que sostienen con la sociedad en que viven. En la práctica, una guerra permite la intensificación de cualquier clase de violencia ilegal[23].

En Colombia, la violencia sexual contra las mujeres es una práctica recurrente por parte de todos los actores armados en el país. Se la utiliza como una forma de amedrentamiento, intimidación y castigo, usando como argumento: el tener relaciones afectivas con personas del "bando contrario", desobedecer normas de comportamiento impuestas por los actores armados, o participar en organizaciones sociales o comunitarias.

La Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú reconoce que en las violaciones a los Derechos Humanos de las mujeres, el componente de

22 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 54º período de sesiones, 4 de febrero de 1998, E/CN.4/1998/54/Add.1 . Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy. Informe de la misión a Rwanda para estudiarla violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado. Párrafos 35 a 37.

23 Viseur-Seller, Patricia: Gender-Based Persecution, United Nations, Expert Group Meeting on Gender-based Persecution, Toronto, Canada 9-12 Nov, 1997. EGM/GBP/1977.3. 6 de noviembre de 1997.

género es uno de los ejes centrales para analizar. En el caso del PCP-SL concluye que *"los numerosos crímenes y violaciones de derechos humanos de las mujeres cometidos por dicha organización subversiva y terrorista no tuvieron como sustento su ideología política, sino una ideología de género en la cual las mujeres y sus cuerpos son parte de las prácticas de guerra. Es el caso de la violencia que se ejercía contra las mujeres con la excusa de "haberse acostado o ser amante de los militares. En estos actos, la mujer es el objeto al cual los senderistas castigan cuando en realidad quieren agredir a los militares. Se traslada así hacia la mujer el odio, la furia y la impotencia que pueden sentir frente a los militares"* [24].

En ese contexto, la violencia sexual contra las mujeres fue utilizada como un mecanismo para obtener información y obligarlas a autoinculparse o a sus familiares; o como una manera de demostrar el poder masculino sobre ellas frente a los hombres de la misma población.

Según el Shadow Report, presentado ante el Comité Contra la Tortura[25] en 1994, por varias organizaciones de derechos humanos y feministas de Chile, la violencia sexual fue "una práctica corriente y sistemática" durante la dictadura de Augusto Pinochet (1973-1989). practicada en todas sus formas, por agentes de la dictadura en diversos centros de detención y tortura, como Villa Grimaldi en Santiago, y Tejas Verdes, en la costa central del país.

24 Entre los años 1980 y 2000, el Perú vivió una situación de violencia política que dejó un saldo de asesinatos, secuestros, desapariciones forzadas, torturas, detenciones injustas, graves crímenes y violaciones a los derechos humanos. Se estima que produjo un total de 69.280 víctimas entre personas muertas y desaparecidas, muertes producidas tanto por acciones terroristas, como por enfrentamientos armados, arrasamiento de pueblos y masacres colectivas. Cerca de 600.000 personas fueron afectadas directamente a tal punto que se vieron forzadas a abandonar sus hogares, generando un grave fenómeno de desplazamiento interno.

El 4 de junio del 2001, el Gobierno Transitorio presidido por el Dr. Valentín Paniagua creó la Comisión de la Verdad, mediante Decreto Supremo No. 065-2001-PCM; su creación fue ratificada y complementada por el Dr. Alejandro Toledo el 4 de septiembre del mismo año, denominándose finalmente Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR); instancia a la que se le encargó investigar y esclarecer los hechos ocurridos en el Perú, entre mayo de 1980 y noviembre del año 2000; establecer las responsabilidades correspondientes y proponer iniciativas que afirmen la paz y la reconciliación entre todos los peruanos.

25 Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile. Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzarland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada, Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women's Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; OMCT Organización Mundial contra la Tortura, Geneva, Switzerland.

La misma práctica se repetía en allanamientos a viviendas, furgones militares, cárceles de mujeres, cuarteles de la Policía de Investigaciones (civil) y en el estadio Nacional de Santiago, convertido en centro de prisioneros y de torturas entre septiembre y noviembre de 1973. Esto se confirma cuando en el contexto de una investigación sobre violencia sexual como tortura durante el régimen militar, una de las entrevistadas señala: *"...la mayoría de las mujeres, yo diría casi un 90% de las mujeres que fueron secuestradas sufrieron violencia sexual. En el traslado de un lugar a otro y, luego al terminar el interrogatorio eran violadas no sólo por una persona sino que por varios"* [26].

La violencia en las zonas de conflicto armado tiene un efecto directo cuando las mujeres se convierten en el blanco inmediato, pero existen otros resultados indirectos como el aumento de la violencia doméstica, el tráfico de mujeres para la explotación sexual. Es evidente entonces que la violencia sexual también se presenta como un continuum, en donde el cuerpo de las mujeres es cosificado y se convierte en "un cuerpo para otros", de tal manera que el acceso violento al cuerpo de las mujeres termina siendo una práctica cotidiana, a la que están expuestas solo por el hecho de tales.

### 2.1 Tipos de conductas consideradas como violencia sexual

La violencia sexual se produce en los cuerpos de las victimas. Es en los cuerpos donde se concretan los actos de invasión a la integridad física, psicológica o sexual de los seres humanos. Cuando se trata de exigibilidad de derechos en casos de violencia sexual contra las mujeres, esta dimensión de corporalidad desaparece. Los cuerpos son solo un dato que es leído e interpretado desde los valores morales, las concepciones de género y los roles asignados para las mujeres por el hecho de ser tales.

De acuerdo a este tipo de razonamiento, el cuerpo es solo un locus en donde se "tienen" que plasmar de manera clara las señales y las huellas que el agresor haya dejado el acto de invasión al cuerpo de las mujeres. La doctrina procesal penal las llama pruebas y sin ellas las posibilidades de acceso a la justicia de desvanecen hasta finalmente desaparecer.

26 *Idem*. Párrafo 37.

Pero no solamente el cuerpo de las víctimas es "sobre-significado" por la doctrina y práctica penal, también los agresores y los espacios donde se producen la violencia sexual tienen significados y valoraciones diferenciadas. Los esposos, los soldados, los guerrilleros, los levantados en armas, los superiores jerárquicos solo recientemente son considerados como sujetos activos en materia de delitos sexuales. La división entre mundo público y mundo privado, consagra todavía inequidades respecto del acceso a la justicia. El tráfico de mujeres y la esclavitud sexual como delitos transnacionales todavía no han sido recogidos en la mayoría de las legislaciones nacionales.

En la última década se ha producido un amplio cuestionamiento a estos supuestos y se los ha cuestionado por ineficientes, por limitados, porque no reflejan la realidad y no permiten el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia sexual.

En este contexto, la entrada en vigencia del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002 es un avance sin precedentes en la historia. Por primera vez se reconoce a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable como crímenes contra la humanidad cuando forman parte de ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil. Tales figuras también son tipificadas como crímenes de guerra, cuando hayan tenido lugar en el contexto de un conflicto internacional o interno.

A la luz de estos avances es urgente una relectura de las conductas consideradas como delitos sexuales. Como veremos a continuación, los avances doctrinales y normativos nos están dando la posibilidad de dar pleno sentido a los tipos penales de acuerdo a los principios de derechos humanos.

**Violación sexual**

La tipificación de la violación sexual en la mayoría de los códigos penales de la región, no da cuenta de su complejidad, más bien ha sido reduccionista porque en general las normas aluden a la penetración vaginal con el pene. La violación sexual es bastante más compleja y se produce en diversas circunstancias, en condiciones de conflicto armado, en regímenes democráticos, y le sucede a mujeres de todas las edades independientemente de su origen étnico o de su condición de clase.

En Perú, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación investigó los hechos acontecidos durante el período de violencia política entre los años 1980 y 2000. A lo largo del conflicto armado que se vivió en ese país, se produjeron numerosos actos de violencia sexual contra las mujeres peruanas por agresores provenientes tanto del Estado como de los grupos subversivos, ya sea en sus incursiones en las zonas de emergencia o durante las detenciones e interrogatorios. Los testimonios señalan que a las mujeres les introducían en la vagina cuchillos o palos. Mientras que durante el genocidio que se vivió en Ruanda en la década de los 90, se informó que las mujeres fueron violadas con navajas, chiles picantes (ají) o ácido[27].

La violación sexual con animales y objetos también se cometió durante la dictadura de Augusto Pinochet en Chile. Varios casos fueron documentados para la presentación del Informe Sombra al Comité de Naciones Unidas contra la Tortura[28]; en dos de los de los testimonios se lee:

> *"(..) Supe cosas terribles, horribles pero no se si las compañeras estén dispuestas a hacerlo público porque es vejatorio, es degradante (...) a una compañera esta paca (policía) de apellido alemán, ella amaestraba perros y tenía perras también en época de celo, yo me imagino que les sacarían el liquido que botan las perras que es muy pasoso y le embetunaban con ese liquido la parte de la vagina de la compañera, la amarraron en la postura de un perro, entonces ella no se bañaba en conjunto con nosotras, y la respetábamos mucho.....al principio otras compañeras decían, esta porque no se baña, y supimos que a ella se la violaban los perros, tenía todo el estómago con las garras de perro..." "Me forzaban a hacer actos sexuales con un perro que había sido entrenado para participar en torturas. Colocaban ratas adentro de mi vagina, y luego me daban choques con electricidad. Al recibir el choque, las ratas se desesperaban y hundían sus garras en la carne de mi vagina. Se orinaban y defecaban en mi cuerpo, introduciéndome el virus toxo-plasmosis..."*

27 BUNCH, Charlotte; HIJONOSA, Claudis y Reilly Niamh (Editoras): LOS DERECHOS DE LAS MUJERES SON DERECHOS HUMANOS. Edamex. México, 2000. Pág. 106.

28 Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile. Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzarland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada, Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women's Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; OMCT Organización Mundial contra la Tortura, Geneva, Switzerland.

A estas mujeres concretas, el delito de violación sexual definido en términos tan restrictivos, les impide el acceso a la justicia. Pero el problema no acaba ahí. La construcción del bien jurídico en los delitos sexuales agrava la situación en perjuicio de las mujeres. En nuestras legislaciones, se define el bien jurídico con términos tales como la "honestidad", la "moral sexual", el "honor", la "honra", el "pudor", que son términos que hace referencia al lugar social atribuido a las mujeres y no a sus derechos.

Al respecto Miriam Cugat dice: *"El vocabulario utilizado contribuye en primer lugar a cosificar el objeto de protección, que se relaciona con la "virginidad" o "pureza" de la mujer, tal codificación explica el extendido uso de expresiones que presentan la relación sexual como un acto de "entrega" de la mujer. .En último término, el espacio de libertad que se reconoce a la mujer parece reducirse a la libertad para decidir dejarse "violar". Después de apartar ("expropiar") el objeto de protección de la mujer, se traslada no sólo fuera de su ámbito vital de relación, sino incluso por encima de éste, en el plano de los valores "supraindividuales", con lo cual la mujer aparece como blanco de una agresión, que la afecta no tanto como sujeto de relación, sino como propietario y hasta garante de un valor ajeno y superior a ella"* [29].

Uno de los aspectos importantes a partir de esta constatación es que la violación, ubicada en una posición y bajo un bien jurídico que restringe su mirada ha sido pese a ello considerado como tortura de acuerdo a los términos contenidos en el Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes o Castigos (CAT).

Este reconocimiento de fronteras más amplias en relación a la violación es para el caso chileno por ejemplo un elemento relevante en el proceso de verdad, justicia y reparación de las victimas mujeres, en los que la violencia sexual se practicó "en la totalidad de los centros de detención, fueran estos legales o ilegales, en todo el período de la dictadura[30], y tanto en las sesiones de tortura propiamente tal como fuera de estas. Sus perpetradores pertenecían a todas las ramas de las Fuerzas Armadas y a los organismos de represión

29 Cugat, Miriam: *op. cit.* Pág. 77

30 Cabe distinguier para estos efectos que en una primera etapa la represión fue masiva para posteriormente, a partir de la creación de la Central Nacional de Inteligencia pasar a ser mas selectiva, referida en particular a las mujeres militantes de partidos de izquierda oficialistas o no respecto del régimen derrocado.

creados por el régimen militar[31]. Sus víctimas fueron mujeres militantes en su mayoría o bien relacionadas con hombres (maridos, convivientes, hijos) que militaban en partidos políticos que apoyaron el gobierno derrocado o que emergían como oposición a éste; organizaciones sociales y sindicales (que seguían funcionando en la clandestinidad o que se fueron formando como resistencia a la política de represión). Cubren el ciclo de vida de las mujeres y pertenecen a posiciones económicas diferenciadas"[32].

En Guatemala, durante más de 30 años tuvo lugar una guerra civil entre las fuerzas del gobierno y el grupo guerrillero Unidad Revolucionaria Guatemalteca (URNG), dejando un saldo estimado de 200.000 víctimas. El conflicto concluyó con la firma de los llamados "Acuerdos de Paz", el 29 de Diciembre de 1996.

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) encargada de investigar las violaciones a los derechos humanos cometidas por el gobierno guatemalteco y la guerrilla entre 1962 y 1996, determinó que aproximadamente una de cada cuatro víctimas directas de las violaciones de los derechos humanos y hechos de violencia fueron mujeres. Durante este período la violación sexual fue una práctica generalizada y sistemática, realizada por agentes del Estado en el marco de la estrategia contrainsurgente, llegando a constituirse en una verdadera arma de terror[33].

En Colombia, la situación de las mujeres es especialmente grave pues *"los actores armados privilegian la violencia como la clave para el control social. Buscan disciplinar el comportamiento de las mujeres: el derecho a decidir libremente sobre sus afectos y relaciones amorosas, su cuerpo y su sexualidad, y con ello fortalecen los roles tradicionales de género que ahondan las desigualdades de poder en las relaciones entre hombres y mujeres"* [34].

31 Dirección Nacional de Inteligencia y Centro Nacional de Inteligencia.

32 *op. cit.* 28.

33 *http://serpiente.dgsca.unam.mx/cinu*

34 Este punto ha sido trabajado sobre la base de los informes que se detallan:

1. Informe de derechos humanos de mujeres - 2004, presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 119º período de sesiones. Audiencia temática - Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia. 2 de marzo de 2004. Elaborado por: Presentado por: Red Nacional De Mujeres, Organización Femenina Popular, ANMUCIC, Confluencia Nacional De Redes De Mujeres, Iniciativa De Mujeres Colombianas Por La Paz, Mesa De Trabajo "Mujer Y Conflicto Armado", Grupo Mujer Y Sociedad, Colectivo María María, Corporación Casa De La Mujer, Corporación

Según el "Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de las mujeres en Colombia" presentado al Comité de Derechos Humanos en su sesión No. 80 de marzo de 2004, las mujeres son las principales víctimas de la violencia sexual, especialmente de las violaciones, con un 85.7%, por cada 6 mujeres agredidas se cuenta 1 hombre igualmente agredido. De cada doce mujeres agredidas menores de 17 años, una de ellas resulta embarazada. Una de cada 23 personas agredidas presenta alguna enfermedad de transmisión sexual.

Una de las mayores preocupaciones es la realidad de las mujeres en situación de desplazamiento, quienes en su mayoría, relatan cómo en los hechos violentos que generaron el desplazamiento, se han presentado actos de violencia sexual contra ellas y sus hijas o familiares. El 35.5% de las mujeres desplazadas por causa del conflicto armado han sido forzadas a tener relaciones sexuales con desconocidos, frente al 28.8% de mujeres que han sufrido violencia sexual por desconocidos a nivel nacional. Aproximadamente un 85.7% de las víctimas de violencia sexual son mujeres.

En la región, el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR)[35] es el único que cuenta con análisis diferenciados de las impactos de la violencia entre mujeres y hombres. El Informe señala que las violaciones sexuales fueron una práctica constante durante el conflicto armado, practicada por agentes estatales (miembros de la Marina de Guerra, Ejército y de las Fuerzas Policiales) pero también, por miembros de los grupos subversivos (PCP-SL y MRTA), aunque en menor medida. De un total de 538 casos de violación reportados, 527 tenían como víctimas a las mujeres.

SISMA Mujer, Mesa Mujer Y Economía, Comisión Colombiana De Juristas, Planeta Paz.

2. Informe de derechos humanos de mujeres - 2004: La Situación De Los Derechos Humanos De Las Mujeres En Colombia: El Conflicto Armado La Política De Seguridad Democrática. Presentado a :Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 119º período de sesiones.

Audiencia temática - Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia, 2 de marzo de 2004. Por: Red Nacional De Mujeres, Organización Femenina Popular, ANMUCIC, Confluencia Nacional De Redes De Mujeres, Iniciativa De Mujeres Colombianas Por La Paz, Mesa de Trabajo "Mujer y Conflicto Armado", Grupo Mujer y Sociedad, Colectivo María María, Corporación Casa de La Mujer, Corporación SISMA Mujer, Mesa Mujer Y Economía, Comisión Colombiana de Juristas, Planeta Paz.

35 ABUSARUWANKU: Violación de Mujeres: silencio e impunidad. COMISEDH - Movimiento Manuela Ramos. Lima Perú. Noviembre, 2003. Pág. 87 y ss.

Los responsables de estos crímenes eran agentes de fuerzas de seguridad del Estado, aunque también los grupos subversivos especialmente entre los años 1995 y 1996.

Respecto a su origen étnico, se trata en su mayoría de mujeres quechua-hablantes de la zona andina (73%), especialmente de Ayacucho (51%), el 48% tenía entre 20 y 30 años y el 8% eran niñas menores de 10 años. El 80% vivía en zonas rurales.

La mayor cantidad de víctimas fueron mujeres jóvenes (entre 10 y 29 años de edad); de estas la proporción de jóvenes adolescentes violadas por el PCP-SL fue mayor que la cometida por los agentes estatales. Seguramente esto tiene que ver con la práctica de reclutamiento forzado practicada por el PCP-SL, durante el conflicto armado en el Perú. Desde los agentes del Estado, la violación era ejecutada como una manera de escarmentar a las mujeres de Sendero Luminoso. Este es un comportamiento clásico de los militares que convierten a la violación sexual en un arma de guerra.

Otra característica importante es que la violación sexual se produce en las más diversas situaciones: detenciones, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales. Este hecho todavía no ha sido comprendido a cabalidad y en la práctica la violación sexual se entiende como un hecho de menor importancia o como un "daño secundario" .

En este contexto no es difícil entender porqué las mujeres no denunciaban los actos de violencia sexual que vivieron a pesar de las consecuencias nefastas que provoca, tanto en lo físico, como en lo psicológico y emocional.

**Los caminos hacia la Justicia**

Los genocidios en Ruanda y Yugoslavia cambiaron totalmente las nociones sobre violencia sexual en general y violación sexual en particular. La primera Relatora de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias Radhika Coomaraswamy[36] documentó a profundidad la si-

36 Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, 55º período de sesiones. Integración de los derechos de la mujer y la perspectiva de génro: la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/68/Add.4. 21 de enero de 1999.

tuación en estos países. En sus reportes, sobre Ruanda afirma que en el conflicto de 1994, alrededor de 500.000 mujeres fueron torturadas, violadas, mutiladas y masacradas.

En Bosnia-Herzegovina, el número de mujeres y niñas violadas, de entre 7 y 65 años, asciende a 60.000[37]; habiendo sido atacadas en sus domicilios por soldados de su misma localidad o forasteros. También fueron violadas sexualmente, por soldados y policías, las mujeres prisioneras de guerra en los centros de detención. Las violaciones se produjeron de una manera organizada y sistemática, es decir era una práctica que buscaba fines concretos.

La violencia sexual cometida a esta escala tan atroz, dejó en claro que la violación sexual de las mujeres se utilizó como una verdadera arma de limpieza étnica para destruir su psiquis, su capacidad de tener hijos y sus lazos familiares y comunitarios, tanto en Ruanda, como en la ex Yugoslavia.

La comunidad internacional, los grupos defensores de derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales, los grupos de mujeres hicieron presión ante el sistema de Naciones Unidas para exigir la creación de Tribunales Especiales encargados de juzgar estos delitos. Este es el contexto en el que fueron creados los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia:

- El 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por medio de la Resolución 808, crea el Tribunal Penal Internacional para el procesamiento de las personas responsables de las serias violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de

37 El Informe sobre Agresión y Violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslaviaseñala que el 22% de todos los delitos imputados por la Oficina del Fiscal eran agresiones sexuales; al 41% de los acusados por la Oficina del Fiscal se les ha imputado, entre otros, delitos de agresión sexual; al 50% de todas las personas que ocupaban puestos de mando acusadas por la Oficina del Fiscal se les ha imputado delitos de agresión sexual cometidos por sus subordinados; y al 18% de todas las personas que ocupaban puestos de mando acusadas por la Oficina del Fiscal se les ha imputado personalmente la comisión de los delitos de agresión sexual. Quincuagésimo primer período de sesiones de Naciones Unidas A/51/557 (25 de octubre de 1996). Cuestiones relativas a los Derechos Humanos: situaciones relativas a los Derechos Humanos r informes de relatores y representates especiales. Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia. Informe del Secretario General. Pár. 22.

Ver también *http:///www.europarl.eu.int*

la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, entre el 1º de enero de 1991 y el 25 de mayo de 1993[38].

- El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, mediante resolución 955, creó el Tribunal Internacional, como una respuesta al genocidio y las violaciones a Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que venían produciéndose en Ruanda. Aquí cabe destacar que fue importante la colaboración del propio gobierno ruandés, bajo el convencimiento de que esta situación constituía una grave amenaza a la paz y seguridad internacional y que el juzgamiento de la personas responsables por estas violaciones. El Tribunal, contribuiría al proceso de reconciliación nacional, restauración y mantenimiento de la paz en Ruanda y la región.

Aunque la violación de mujeres es una constante histórica en las guerras, sólo en 1993 y 1995, con la creación de los tribunales ad hoc para el tratamiento de los crímenes de guerra cometidos en las guerras de la exYugoslavia y Ruanda, la violación aparece especificada como delito de lesa humanidad. Los pronunciamientos de estos Tribunales sentaron las bases para los importantísimos precedentes en materia de tipificación y sanción de crímenes sexuales contra las mujeres.

En 1997, se constituyó el Caucus de Mujeres por la Justicia de Género, con la participación de activistas feministas y organizaciones no gubernamentales de todo el mundo, presionó por la incorporación de una perspectiva de género en las negociaciones que conducirían al establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI)[39]. Entre las propuestas presentadas por el Caucus, estaba la tipificación de la violación como un crimen de guerra y de lessa humanidad, definiéndolo como: *"la invasión física de naturaleza sexual, incluida pero no limitada a la penetración aunque leve, cometida en contra de una persona bajo circunstancias que son coercitivas, o sin consentimiento".*

38 *www.un.org/icty*

39 El Caucus de Mujeres por la Justicia de Género participó de las discusiones sobre los contenidos del Estatuto de Roma, presentaron propuestas técnicas y diseñaron toda una estrategia de lobby y abogacía. El Estatuto de Roma constituye el ejemplo más significativo de la transversalización del género en un tratado internacional, logrado a través del trabajo del Caucus. En: *http://www.mujereshoy.com*

Los elementos de esta definición son:

**Invasión:** sobrepasa la penetración únicamente del pene; incluye sexo oral y mutilaciones sexuales o reproductivas (fusión de decisiones Akayessu, Celebeci y Furundzija).

**Circunstancias que son coercitivas:** deben ser usadas para expresar el elemento de violencia o compulsión asociadas con crímenes de violencia sexual. Deben abarcar situaciones de violencia o amenaza de violencia, prisión, detención, opresión psicológica (todas estas reconocidas en la Regla 96 de los Tribunales ad hoc) y también otras formas de coerción incluida la extorsión, el abuso de autoridad, privación de o promesa de medios de subsistencia que afectan a la víctima o a terceros.

El término coerción es preferible al de fuerza ya que permite ubicar situaciones amenazantes menos directos pero que están presentes en los casos que tienen que ver con la jurisdicción de la Corte. En casos de conflicto, las circunstancias son inherentemente coercitivas.

Una vez establecidas las circunstancias coercitivas, la resistencia física o la falta de consentimiento de la víctima no necesita ser comprobado.

**Esclavitud sexual**

Para el Caucus de Mujeres por la Justicia de Género, la esclavitud sexual tiene dos elementos:

a) El ejercicio de alguna o todas las formas de poder articuladas al derecho de propiedad o control; y,
b) Cuando este ejercicio involucra la obtención o imposición de servicios sexuales o el acceso a través de violación u otras formas de violencia sexual.

El reconocimiento de la anti-juridicidad de estas conductas es reciente, en esta definición de esclavitud sexual se incluyen, entre otras: la explotación de la prostitución ajena, los matrimonios forzados, el turismo sexual y el uso

de Internet con fines de explotación sexual, y otras prácticas que signifiquen el tratamiento de las mujeres como propiedad.

Uno de los casos más importantes es el de las llamadas "Mujeres de Solaz" o "Confort Women" en inglés. Entre 1932 y el final de la Segunda Guerra Mundial[40]. El Ejercito japonés secuestró y esclavizo sexualmente a más de doscientas mil adolescentes y mujeres no-japonesas de los territorios ocupados por Japón. La mayoría de estas mujeres esclavas sexuales procedían de Corea, pero otras fueron traídas de China, Indonesia, Filipinas y otros países asiáticos bajo control japonés. Muchas eran jóvenes entre 11 y 20 años de edad.

Los militares japoneses fueron responsables de la creación, funcionamiento y dirección de las residencias "de solaz" y en muchos casos participaron en el secuestro de mujeres y proporcionaron transporte militar para conducirlas a estas residencias "de solaz" situadas en algunas islas del Pacífico Sur.

Se utilizaron varios métodos de reclutamiento de mujeres, incluida la violencia física, el rapto y el engaño, para llevar a cabo la política oficial de "proporcionar servicios sexuales" a los soldados japoneses. Debe quedar muy claro que no se trató de prostitución porque en la prostitución se produce en el contexto de dos adultos que consienten y acuerdan términos monetarios. Este no es el caso de las esclavas sexuales en los campos japoneses porque ellas no consintieron, sobre ellas se ejerció el uso de la fuerza.

Las víctimas han declarado que fueron sometidas a múltiples violaciones todos los días, sufrieron graves daños físicos y estuvieron expuestas a enfermedades de transmisión sexual. Aunque no existe una estimación segura sobre el número de mujeres que perecieron en estas circunstancias. Los relatos de las mujeres que sobrevivieron y que recientemente se han presentado a contar sus sufrimientos, sugieren que murieron muchos millares durante la guerra[41].

40 COPELON, Rhonda: Crimenes de Genero como Crimenes De Guerra: Integrando Los Crimenes contra las Mujeres En El Derecho Penal Internacional. Traducción Lorena Fries. McGill Law Journall. 2000.

41 Véase el informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer (E/CN.4/1995/42, párrs. 286 a 292); el informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 18º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1993/30, párrs. 80 a 87) y de su 19º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1994/33, párrs. 89 a 97); véase también Ustinia Dolgopol y Snehal Paranjabe, Comfort Women: an Unfinished Ordeal, Comisión Internacional de Juristas, Suiza, 1992.

Este no es el único caso de esclavitud sexual. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia informó de la existencia de pruebas claras de la detención y cautiverio de mujeres Croatas y Serbias, en campos especiales organizados únicamente con el propósito de cometer delitos sexuales. "Las mujeres permanecieron en estos campos durante largos períodos de tiempo donde fueron repetidamente violadas. Parecería que ni los militares ni las autoridades políticas han hecho intento alguno para poner fin a esta práctica[42].

También en Argelia, entre 1994 y 1998, mil seiscientas niñas y jóvenes argelinas fueron secuestradas y reducidas a esclavitud sexual por grupos itinerantes de islamistas armados.

En nuestra región, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú documentó algunos casos de esclavitud sexual en las décadas de los 80 y 90. Uno de los más representativos y que ha sido ampliamente documentado en informes de las organizaciones de derechos humanos, se refiere al líder senderista conocido como Feliciano. Al momento de su captura fue detenido con algunas mujeres que habían sido secuestradas desde niñas, obligadas a permanecer en la guerrilla y sometidas a esclavitud sexual.

Amnistía Internacional, ha constatado que los grupos armados ilegales en Colombia han secuestrado a mujeres y niñas para someterlas a esclavitud sexual. En Putumayo diversas fuentes indican que las madres están sacando a sus hijas de la zona por miedo a los paramilitares. "Si las chicas no acceden a sus pretensiones, amenazan de muerte a los padres. También la presión de las FARC sobre las menores se hace sentir en esta zona. Una joven mujer contó que las utilizaban si ellos querían relaciones sexuales. Las obligaban delante de todos. Les ponían inyecciones dicen que para planificar. Las azotaban cuando no cumplían las tareas"[43].

42 E/CN.4/1993/50

43 Colombia: cuerpos marcados, címenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado. En *http://web.amnesty.org*

**La esclavitud sexual en tiempos de paz**

La esclavitud sexual no sucede solamente en tiempos de guerra o conflicto armado interno. En los llamados "tiempos de paz", ésta toma la figura de tráfico de personas para la industria del sexo. Los antecedentes recopilados sobre el tráfico de mujeres para su explotación sexual apuntan a que este fenómeno está creciendo de manera alarmante: se estima que, en todo el mundo 4 millones de personas son víctimas de este delito. En términos económicos este delito mueve cada año entre 7 mil millones y 10 mil millones de dólares[44].

Según datos de la Conferencia Mundial Sobre el Racismo celebrada en Durban, se calcula que entre 45,000 y 50,000 mujeres, niñas y niños son trasladados cada año por los traficantes únicamente hacia los Estados Unidos. Naciones Unidas estima que todos los años son introducidas clandestinamente de 300,000 a 600,000 mujeres en la Unión Europea y en algunos países de Europa Central.

El delito también está muy generalizado en África y América Latina. Además, todos los años más de 4 millones de inmigrantes ilegales son objeto de tráfico a través de las fronteras por grupos delictivos que obtienen ganancias estimadas en 7 mil millones de dólares[45].

**Marco de Derechos**

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños[46] establece que por *"Trata de personas" se en-*

44 *http://www.mujereshoy.com/secciones/987.shtml*

45 *http://www.cndh.org.mx/Principal/document/derechos/fechas/Abolicion-Esclav.htm*

46 El Protocolo entró en vigencia el 25 de diciembre de 2003. A partir de mayo de 2004, 117 Estados son signatarios y 50 lo han ratificado. El Protocolo está diseñado para fortalecer y mejorar la cooperación internacional con el propósito de prevenir y combatir la trata de personas y mejorar la protección y asistencia a víctimas de trata. La ratificación del Protocolo obliga a los Estados a fortalecer su legislación nacional y apoyar internacionalmente la coordinación del orden público para combatir la trata de personas.

Existen otros instrumentos internacionales que nutren el marco jurídico de la trata de personas entre los cuales destacan: Convención sobre la Esclavitud suscrita en 1926; Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Aná-

*tenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, para propósitos de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o la s prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*[47].

Uno de los elementos más importantes de esta definición es que no se limita a aquellas situaciones en que se haya empleado la fuerza, el fraude o el engaño, sino que abarca también "el abuso de poder" o de una situación de "vulnerabilidad", que es casi siempre una condición de individuos y/o sectores específicos, resultado ante el cual, quedan en particular expuestos a factores adversos que minimizan o desaparecen las garantías básicas.

El Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud perteneciente al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha advertido que la discriminación, en especial la fundada en el sexo y por motivos raciales es uno de los numerosos factores que perpetúan la esclavitud. De ahí la necesidad de que los Estados tomen medidas eficaces para reformar las legislaciones penales nacionales y expresa su preocupación porque en ciertos países se impone a los traficantes penas que no son proporcionales a la gravedad de los delitos que han cometido[48].

logas a la Esclavitud de 1956; Convenciones de las Naciones Unidas sobre la trata de personas; Convenio sobre la abolición de trabajo forzoso de 1957; Convención sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990; Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Mujeres y Niños que complementa a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, aprobados ambos en el 2000; Declaración aprobada en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y formas Conexas de Intolerancia celebrada en Durban, Sudáfrica en 2001.

47 *http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3040.pdf*

48 Comisión de Derechos Humanos: Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. 55º período de sesiones. FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE LA ESCLAVITUD: Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 28º período de sesiones. 27 de junio de 2003.

**Prostitución forzada**

En general la prostitución forzada se produce de manera vinculada con la trata de personas y consiste en la coacción que ejerce un tercero en una persona para obligarla a dedicarse a la prostitución. El autor u otra persona obtienen, o esperan obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos[49].

En febrero del 2005, Amnistía Internacional hizo público el caso de una mujer moldava que afirmó que políticos, jueces, policías y funcionarios de Montenegro las torturaron y violaron a ella y a otras mujeres de la Europa del Este que, como ella, habían sido víctimas de trata y retenidas como esclavas sexuales.

Se cree que la mujer moldava, conocida por las iniciales S. C., fue introducida mediante trata en Montenegro y obligada a trabajar como prostituta entre 1999 y noviembre de 2002, fecha en que encontró cobijo en un Refugio para Mujeres de la capital, Podgorica. Esta mujer, de 28 años y madre de dos hijos, padeció espantosos abusos físicos y sexuales durante más de tres años, a consecuencia de los cuales sufrió lesiones graves como la fractura de siete huesos, lesiones internas que le impedían sentarse sin sufrir dolor, cicatrices de esposas, quemaduras de cigarrillo en los genitales y contusiones en la boca.

Las autoridades Montenegrinas están obligadas por el derecho nacional como internacional a llevar ante la justicia a los responsables y a garantizar que la victima (S.C) reciba una indemnización por los daños sufridos. Sin embargo, según la información de que dispone Amnistía Internacional, no se ha llevado a nadie ante la justicia por la trata con fines de prostitución forzada y la tortura de S. C., y esta mujer no ha recibido indemnización alguna[50].

Otro de los casos documentados, es el de las mujeres y niñas que son objeto de tráfico para la prostitución forzada en Kosovo. Las victimas proceden de los países más pobres de Europa, en su mayoría de Moldavia, Bulgaria, Ucrania; la mayor parte de ellas llega vía Serbia. En el 2003 había más de 200 bares, restaurantes, clubes y cafés donde las mujeres y niñas, objeto de tráfico, habrían sido sometidas a prostitución forzada. Se conocen que ellas

49 Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma.

50 *http://www.lainsignia.org/2005/febrero/der_004.htm*

recibían palizas y eran violadas por los "clientes", los "propietarios" y otras personas. Muchas mujeres viven virtualmente prisioneras en un apartamento, habitación o sótano. Durante el día son obligadas a trabajar en los bares y cafés; luego son encerradas en una habitación donde deben recibir de 10 a 15 clientes por noche.

Según los informes, entre el 15 y el 20% por ciento de las víctimas eran menores de 14 años y a pesar de que se han presentado algunas denuncias, las mujeres que han declarado como testigos ante un tribunal han recibido poca o nula protección frente a las personas que han traficado con ellas. Durante el proceso las mujeres pueden ser objeto de prejuicios y discriminación. Hasta la fecha, ninguna mujer o niña objeto de trata de personas ha recibido reparación por el daño sufrido[51].

Las víctimas quedan reducidas a una dependencia total del "propietario" de los locales, pues les arrebatan sus documentos de identidad y las amenazan con hacerlas deportar, se enferman, puede que les nieguen el acceso a la asistencia médica. Carecen de condición jurídica y se les niegan los derechos básicos. Aun si logran escapar o son "rescatadas" por la policía, algunas mujeres sufren violaciones de derechos humanos a manos de los agentes, y son detenidas y encarceladas por delitos relacionados con la prostitución o la inmigración ilegal.

Por su parte, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha denunciado que muchos de los "clientes" de estas mujeres eran los militares pertenecientes a las fuerzas internacionales, estando algunos de ellos implicados en el proceso de tráfico.

Además, organizaciones no gubernamentales han detectado que muchas niñas y mujeres albano-kosovares están llegando a países de la Unión Europea, como Italia, Holanda o Reino Unido, a través de redes de tráfico de mujeres para la prostitución forzada[52].

Las autoridades locales han reaccionado con lentitud ante este problema y rara vez se ha procesado a los traficantes, más aún, algunas organizaciones locales y la propia OIM, han indicado que existen casos de complicidad oficial.

51 *http://web.amnesty.org/actforwomen/stories-9-esl*

52 *http://www.rebelion.org/internacional/040507kosovo.htm,* 7 de mayo del 2004.

Pero el problema no es solo la impunidad, sino que además las mismas víctimas, son sancionados por estos actos, así en Irán Leyla Mafi, sometida a prostitución forzada desde la edad de 8 años, fue condenada por ejercer la prostitución y mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio[53].

Amnistía Internacional, también cita casos de prostitución forzada en Colombia, donde se ha obligado a mujeres y niñas a ejercer la prostitución. Según los informes, en el 2002, en la ciudad de Barrancabermeja, 15 adolescentes que habían sido obligadas a ejercer la prostitución.

**Embarazo forzado**

El "embarazo obligatorio o forzado" fue reconocido como violación de los derechos de las mujeres en las Conferencias Internacionales de Viena (1993) y Beijing (1995) es en el Estatuto de Roma, en donde se incluyó entre los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En efecto, el la elaboración de los Estatutos fueron muy importantes las denuncias y la documentación de casos en la ex Yugoslavia, durante los años 1992-1993, contra las mujeres bosnias musulmanas por las fuerzas militares serbias en la región de Bosnia-Herzegovina. También jugo un papel clave la denuncia y la presión internacional sobre el Genocidio en Ruanda en 1994.

Al respecto, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer señaló que se considera que las violaciones masivas, los abusos sexuales y los embarazos forzados de mujeres en Bosnia y Herzegovina constituyeron un elemento importante de la política serbia de "limpieza étnica"[54]; consecuentemente el embarazo forzado es considerado además como uno de los actos por medio del cual se puede configurar el delito de genocidio.

El Ministerio de Higiene y Salud Pública de Bosnia-Herzegovina reveló que entre abril de 1992 y abril de 1993, unas 38.000 mujeres bosnias fueron violadas por soldados serbios, algunas embarazadas y detenidas en campos

53 *http://web.amnesty.org*

54 Comisión de Derechos Humanos, 47º período de sesiones, Formas contemporáneas de esclavitud: Documento de trabajo sobre la situación de la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de guerra, incluso en los conflictos armados internos (E/CN.4/1995/42, párr. 268), presentado por la Sra. Linda Chavez en cumplimiento de la decisión 1994/109 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1995/38 13 de julio de 1995.

de concentración para obligarlas a llevar a término su embarazo, como medida de "purificación étnica". Muchas mujeres parieron y luego se suicidaron. Unos 3000 niños quedaron así abandonados.

En Ruanda, durante el conflicto, entre 1994 y 1995, se habría utilizado la práctica del embarazo forzado, pues la oficina ruandesa de demografía estima que las sobrevivientes al genocidio han dado a luz entre 2000 y 5000 "niños de malos recuerdos"; es decir que eran el resultado de esta forma de imposición sobre el cuerpo y la capacidad reproductora de las mujeres[55].

El Caucus de Mujeres por la Justicia de Género, durante la reunión de la reunión preparatoria Nº 6 de la Corte Penal Internacional, realizada en New York en marzo y abril de 1998, propuso que en el Estatuto de Roma, se tipificara el embarazo forzado como un crimen de guerra y de lesa humanidad, definiéndolo así: "El embarazo forzado consiste en ejercer el control, (como si fuera un confinamiento físico), sobre una mujer embarazada asegurándose la continuación de su embarazo o el nacimiento de su hijo en contra de su voluntad. Este embarazo puede ser el resultado de una violación, pero no siempre esta es la causa".

Sin embargo, la inclusión de este delito en el Estatuto de Roma no fue fácil, pues tuvo una fuerte oposición, especialmente del Estado Vaticano y de los países musulmanes. El Vaticano propuso que el término "embarazo forzado", fuera reemplazado por las palabras "fecundación forzada" ("forced impregnation"). Para el Estado Vaticano, esta fórmula implicaba que: "se considerará crimen, al acto perpetrado por un violador con el propósito de producir un embarazo", por lo tanto, no se podrá considerar como un crimen el estado de embarazo, como se interpretan las palabras "embarazo forzado". Además acusó a algunas Organizaciones No Gubernamentales (ONG´s) de querer imponer un criterio del que podría derivarse un supuesto derecho y hasta la obligación de la mujer a abortar en ciertos casos.

Para la autora Rhonda Copelon, *"un embarazo no deseado es un servilismo involuntario y por lo tanto el aborto es un instrumento indispensable para que*

55 Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, 55º período de sesiones. Integración de los derechos de la mujer y la perspectiva de génro: la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/68/Add.4. 21 de enero de 1999.

*la mujer sea lo que quiera ser y participe en todas las esferas de la vida"* [56]. Consecuentemente se considera como forzado a todo embarazo que la mujer no pueda interrumpir (abortar) en cualquier momento, en cualquier circunstancia y en cualquier país, a causa de impedimentos culturales, religiosos y/o legales, lo cual termina siendo atentatorio para los derechos de las mujeres.

Más aún, obligar a una mujer a continuar un embarazo forzado, también podría considerarse como un trato cruel, que está prohibido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. La relatora especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Radhika Coomaraswamy, al referirse a este tema ha afirmado: *"Los abortos forzosos, la anticoncepción forzosa, el embarazo mediante coacción y los abortos en condiciones poco seguras constituyen violaciones de la integridad física de la mujer y la seguridad de la persona. Por ejemplo, en los casos en que los funcionarios del gobierno utilizan la fuerza física y/o detienen a las mujeres para obligarlas a someterse a esos procedimientos, las prácticas pueden equivaler a la tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes"* [57].

Adicionalmente, actos como el embarazo y la esterilización forzada violan uno de los derechos reproductivos establecido en la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su Art. 16, según el cual los Estados Parte están obligados a asegurarán a las mujeres *"...los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos."* Es decir que está prohibida toda regulación que coarte el derecho de las mujeres a decidir sobre la reproducción.

**Esterilización forzada**

A lo largo de la historia se han documentado varios casos de esterilización forzada. En la segunda guerra mundial, esta práctica fue parte constitutiva del genocidio cometido por Alemania. Según algunas estimaciones, se habría esterilizado entre 700 y varios miles de mujeres. Una judía checa, Margita

56 COPELON, Rhonda: "Losing the negative right of privacy: building sexual and reproductive freedom" 18 N.Y. University Review of law and social change 15, 40 1991.

57 *http://www.puertovida.com/noticiasglobales*

Newmann, contaba como la llevaban a un cuarto oscuro ocupado por aparatos de radiología: *"El Dr. Clauberg me ordenó acostarme sobre la mesa de examen ginecológico, y pude observar a Silvia Friedmann que preparaba una jeringa. El Dr. Clauberg me puso una inyección en la matriz, tuve la impresión que mi vientre iba a reventar de dolor. Empecé a gritar mientras el Dr. Clauberg me amenazaba con enviarme al campo de Birkenau si no paraba."*

Para la esterilización se usaba rayos X, para lo cual se introducía a las mujeres entre dos placas que les presionaban el abdomen y la espalda. En el caso de los varones, sus penes y escrotos eran puestos sobre una placa especial. Luego de la aplicación de rayos X, muchas mujeres salían con "quemaduras importantes" que a veces se infectaban y necesitaban muchos meses para curar. En muchos casos se presentaban síntomas de peritonitis, con fiebres, dolores agudos y vómitos. Luego de la exposición a los rayos X se practicaba quirúrgicamente la ablación de los ovarios[58].

En Estados Unidos tomó forma un tipo de vasectomía hacia finales del siglo XIX aplicado en una institución penitenciaria. En 1920, se aprobaron leyes que permitían la esterilización obligatoria, en 25 estados, de criminales y otras personas consideradas inferiores en el plano genético.

Desde 1988, Stephan Mumford y Elton Kessel, investigadores norteamericanos, exportan píldoras esterilizantes hacia los países del Tercer Mundo, a través de la Fundación Mumford. Gracias a la complicidad de diferentes gobiernos, muchas mujeres han sido esterilizadas sin saberlo en 20 países; 50.000 mujeres en Vietnam, 26.000 en la India, 15.000 en Pakistán, 5.000 en Chile, 4.700 en Bangladesh, 900 en Indonesia, 700 en Costa Rica[59].

Durante la década de los noventa, en la presidencia de Alberto Fujimori, en Perú, tuvo lugar una campaña de esterilización forzada masiva escondida bajo la forma de programas de planificación familiar. La abogada peruana Giulia Tamayo elaboró un informe denominado "Nada personal", en el cual se denunciaron los abusos cometidos en la campaña de esterilización forzosa: engaño, violencia, amenazas contra la persona objeto de esterilización o hacia su cónyuge, esterilización a cambio de comida, esterilización durante otra operación: (post-parto, post-aborto...), engaño sobre el carácter irreversible

58 Historia de las campañas de esterilización forzada a través del mundo. En: *//www.nodo50.org/ekintza*
59 *Idem.*

de la operación, sistema de cuotas a nivel nacional exigida por el gobierno a los médicos.

Se han presentado dramáticos testimonios que dan cuenta de cómo operaba este programa, así Hilaria Huamán cuenta que estaba embarazada del que sería su último hijo. Tenía 41 años de edad en 1998. Vivía en uno de los caseríos más pobres de la provincia cusqueña de Anta. Luego de dar a luz a su hijo, en uno de los controles post parto, recibió la noticia que había sido sometida a una intervención quirúrgica de ligadura de trompas sin su consentimiento: *"Yo iba para que me controlen y un día me dijeron con engaños que me iban a hacer una limpieza y por el contrario me ligaron las trompas y encima me dejaron gasa en el útero; cuando les reclamé me insultaron",* narró entre sollozos.

Mery Velásquez Delgado, de 26 años acudió al mismo centro de la localidad de Anta para que chequeen a uno de sus dos niños y terminó inutilizada para la reproducción.

Afirmó que para lograr su cometido, el personal médico llevó la autorización para la esterilización definitiva a su marido, para que lo firme, sin decirle para qué era. *"Ahora tengo problemas con él porque no puedo tener más hijos, no tengo comprensión con él",* manifestó.

Otro de los casos emblemáticos y dramáticos es de Sabina Huilca, a quien igualmente el personal del centro de salud en Anta le ligó las trompas, sin su consentimiento. *"Después que me hicieron eso, volví a los ocho días porque ya no aguantaba más el dolor y allí sólo me dieron un mejoral. Con esto te pasará me dijo un enfermero".* declaró[60].

En México, indígenas de la comunidad Me phaa de El Camalote, Municipio de Ayutla, presentaran su queja por esterilización forzada mediante engaño ante la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero.

El caso es que el 15 de abril de 1999 y el 11 de julio del 2001, fueron cooptados por la brigada sanitaria compuesta por el médico General operativo Ernesto Guzmán León, por el promotor médico Rafael Almazán Solís y por la enfermera Mayra Ramos Benito, quienes les prometieron diversos beneficios gubernamentales como la construcción de un Clínica en su comu-

60 *http://www.resistencia.org/forum/messages/21.php3*

nidad donde estaría un medico de planta y que la clínica iba a tener todos los medicamentos necesarios para su atención, a cambio de que aceptaran esterilizarse a través de la vasectomía. Además les dijeron que les darían despensas, ropa, cobijas, vivienda y que cada año les proporcionarían una beca para sus hijos.

Anteriormente, en la región Nasavi de la Costa Montaña, concretamente en las comunidades de La Fátima, Ojo de Agua y Ocotlán, también del Municipio de Ayutla Guerrero, varios indígenas habían sido convencidos de esterilizarse bajo el mismo método de promesas y engaños. Con lo que suman 30 indígenas que han sido víctimas del mismo método anómalo de esterilización. Si bien los Me phaa y los Na savi expresaron su consentimiento para la vasectomía, dicha voluntad fue motivada a causa de las promesas anómalas expresadas por la brigada sanitaria, mismas que al pasar del tiempo no fueron cumplidas[61].

A pesar de que la práctica de la esterilización forzada ha sido tan generalizada, fue solo a partir de la vigencia del Estatuto de Roma que se le consideró como crimen de guerra y de lesa humanidad. Para la tipificación de este delito en el Estatuto de Roma, el Caucus de Mujeres consideró que los elementos más sobresalientes son:

(i) Intencionalmente
(ii) Realizar o practicar un tratamiento médico o quirúrgico u otro acto
(iii) Que tendrá como resultados la esterilización de la persona
(iv) Sin informarle a la persona o sin su consentimiento voluntario

**Otras formas de violencia sexual**

El Caucus de Mujeres por la Justicia de Género sugirió que el Estatuto de Roma considere también como crímenes de guerra y de lesa humanidad, la comisión de otros actos de violencia y que la definición del crimen incluya que el acusado(a) cometió un acto de naturaleza sexual sobre una persona o personas, bajo circunstancias coercitivas, o sin consentimiento, las formas de violencia sexual pueden ser de carácter invasivo y no invasivo.

61 *http://www.tlachinollan.org/Noticias/n27.htm*

La práctica de estas otras formas de violencia sexual también está muy extendida, habiéndose registrado casos en Perú, Colombia, Chile, España y recientemente se conoció a nivel mundial de los actos cometidos por el ejército de Estados Unidos contra los prisioneros iraquíes de guerra que viven bajo situaciones de tortura en la cárcel de Abu Ghraib y que se estarían también cometiendo en Guatánamo; por citar algunos de los casos más conocidos.

La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú documentó en su informe que los guerrilleros, al igual que los soldados del ejército peruano y miembros de la policía nacional, habían cometido diversas formas de violencia sexual, tanto contra las mujeres detenidas, como durante los interrogatorios. Entre los actos cometidos se citan: chantajes sexuales, acoso sexual o manoseos; desnudez forzada; insultos con connotaciones sexuales; abortos forzados; uniones forzadas; se detectó también mutilaciones sexuales, de pezones o corte del bello púbico, las mismas que afectaron su cuerpo, imagen y sensualidad. Otra de las formas de violencia sexual fueron las uniones forzadas, especialmente en Ayacucho; en donde el PCP-SL decidía las uniones y "persuadía" a las mujeres a aceptar esa unión, ya sea por la fuerza o la amenaza.

En algunos de los testimonios recogidos se lee:

> "(...) me llevaron al cuartel de Huancapi y viví en un pasadizo de una cocina, lloré mucho y nadie me apoyaba, me decían cosas obscenas los soldados, me ofendían y ahí vivía(...)"
>
> "Los policías pasaban su miembro por mi cara , por mis ojos, por mis oídos, por mi boca, por mi cuello(...)"
>
> "(...) me golpeaban, primero cachetadas y jalones de cabello, luego en la zona del abdomen y a la altura de los riñones, para después desvestirme y tocar mis partes íntimas. Esto me causó mucha pena y dolor".
>
> "El que estaba a mi lado empezó a manosearme por los senos y por los genitales".
>
> "(...) a las mujeres que integraban el "ejército" les prohibieron tener hijos. Cuando una joven salía embarazada, los senderistas le daban la orden de ha-

> cerla abortar:"eso se ha estado haciendo continuamente, no permitían que una mujer que participaba en el ejército tenga su hijo".

En Colombia, una de las prácticas generalizadas de los actores armados que afecta especialmente a las mujeres antes y después del desplazamiento, es la imposición de 'Códigos de conducta' de evidente enfoque patriarcal, en los cuales se restringen sus derechos a la libertad, a la autonomía, a la intimidad y al buen nombre, entre otros. El control del tipo de vestido, modo de arreglo personal, hasta la libre elección de su pareja y el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, como el decidir libremente si pueden planificar o no, son aspectos que los actores armados entran a regular, desconociendo la autodeterminación de las mujeres y en muchos casos, sus prácticas culturales tradicionales.

Los ataques de grupos armados contra comunidades civiles incluyen generalmente abusos sexuales y mutilaciones de índole sexual. Los testimonios de supervivientes indican que la mayoría de estos crímenes atroces son obra de grupos paramilitares. Uno de los casos que Amnistía Internacional menciona, da cuenta de que entre el 18 y el 21 de febrero de 2000, más de 300 paramilitares pertenecientes a las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU) atacaron el corregimiento de El Salado (departamento de Bolívar), en donde mataron a aproximadamente 49 personas. Durante tres días torturaron, estrangularon, acuchillaron, decapitaron, golpearon y dispararon a la población. Las mujeres fueron obligadas a desnudarse y a bailar delante de sus maridos. La mutilación de órganos sexuales y el empalamiento de una mujer embarazada, previamente sometida a violación en grupo, también fueron descritos[62].

En Guatemala, al igual que en Colombia también se han presentado casos de mujeres embarazadas, cuyos vientres fueron abiertos y luego fueron asesinadas[63].

En el Shadow Report, presentado ante el Comité Contra la Tortura[64] por varias organizaciones de mujeres chilenas, a partir de varios testimonios

62 Amnistía Internacional: Cuerpos marcados, crímenes silenciados: Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado. AI: AMR 23/040/2004.

63 *web.amnesty.org*

64 Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile. Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzarland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada,

que se recogen, ha sido posible determinar que entre las formas de violencia sexual ejercida por los represores están los desnudos masivos e imposición de participar en orgías y actos sadomasoquistas; desnudez forzada; insultos con connotación sexual (no vales nada, eres fea, puta, no sirves ni para violarte, quizás cuantos se habrán acostado contigo, puta, perra, maraca); amenaza de violación individual o grupal; tocaciones y manoseos de carácter sexual en todo el cuerpo, en los genitales y senos; aplicación de electricidad en los vientres de mujeres embarazadas; "juegos sexuales" forzados; abortos provocados por violaciones y torturas; mordeduras humanas en los senos y pezones; revisiones ginecológicas por personal que no era médico; intimidación para que las victimas tocaran los genitales a sus celadores o a animales; intimidación para realizar sexo oral con animales; masturbaciones grupales sobre el cuerpo de la víctima atada a un camastro que servía para aplicarle electricidad[65].

Por su parte, la Organización No Gubernamental española denominada "Grupo Contra la Tortura de Euskal Herria"[66] informó que muchas personas detenidas en España han relatado haber sido objeto de todo tipo de vejaciones sexuales. Nueve mujeres relataron haber sido desnudadas en dependencias policiales, y mientras han permanecido desnudas han sido víctimas de todo tipo de vejaciones: tocamientos, amenazas de violación (bien por los guardias civiles o bien mediante la introducción de diferentes objetos como palos, porras, vibradores...), amenazas con dejarle embarazada o de no poder tener hijos jamás, simulacros de violación mientras realizaban movimientos obscenos contra ellas, o rozándole el cuerpo con diversos objetos, amenazas con colocarle electrodos en los genitales, obligación de tocarse, obligación de tocarles los genitales a los guardias civiles, colocarle unos alicates en los pezones mientras los hacían girar.

Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women`s Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; OMCT Organización Mundial contra la Tortura, Geneva, Switzerland.

65 *Idem.* Párr.38

66 *http://www.stoptortura.org*

## 2.2. Consecuencias de la violencia sexual

Las violaciones, torturas, abusos sexuales y otros actos de violencia impactan en los cuerpos, la salud mental, la sexualidad y la salud reproductiva de las mujeres. En sus testimonios, las mujeres que han sobrevivido a la violencia sexual acusan afecciones vaginales, enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados, esterilidad.

La violencia sexual en general, y la violación sexual, particularmente tienen efectos devastadores para sus sobrevivientes. La Relatora Especial de violencia contra la mujer de Naciones Unidas establece los daños a varios niveles:

- Daños físicos y fisiológicos que afectan temporal o permanentemente la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres con consecuencias graves para su salud sexual y reproductiva;
- Contagio con enfermedades o infecciones de transmisión sexual, y aumento del riesgo de contraer SIDA, enfermedades inflamatorias de pelvis y cáncer cervical;
- Embarazos no deseados;
- Traumas emocionales profundos que se manifiestan en depresión, incapacidad de concentración, perturbaciones del sueño y la alimentación, sentimientos de enfado, humillación, autoinculpación, estrés postraumático tendencias suicidas, entre otros;
- Problemas sexuales como frigidez, temor al sexo, funcionamiento sexual disminuido.

En Ruanda se determinó que después del genocidio, la depresión se generalizó entre las mujeres. Según un psicólogo, el 80% de sus pacientes son mujeres y el 50% tienen menos de 25 años. Muchas padecen trastornos psicosomáticos como palpitaciones, náuseas, insomnio y frigidez. Parecen haber sufrido de una pérdida de identidad, no recuerdan nada, no tienen normas por las que guiarse ni metas que alcanzar. Albergan profundos sentimientos de odio y venganza. En el caso de muchas mujeres esos problemas se agudizan aún más ya que, al haber perdido a sus maridos, son totalmente responsables de su vida y de la de sus hijos. En su inmensa mayoría fueron violadas y ello les ha creado tremendos problemas psicológicos. Hablan abiertamente de la

violación pero no quieren arriesgarse a acudir a los tribunales. La mayoría de ellas son muy valientes, pero reconstruir su vida y sus comunidades después del genocidio es una enorme tarea.

Los sufrimientos de las mujeres se prolongan después de las acciones bélicas, por la desaparición o la muerte de sus familiares y en muchos casos porque deben sobrellevar el síndrome de "viuda de guerra"; sin embargo, en muchos casos las agencias multilaterales y bilaterales, al igual que otros organismos de asistencia internacional, privilegian el papel de los hombres en el conflicto y es a ellos a quienes se dirigen durante las negociaciones de paz y en la reconstrucción.

Los efectos y secuelas de la violencia sexual van más allá del caso individual, afectan la existencia y el desarrollo de las comunidades enteras, siendo uno de sus efectos el desplazamiento. Debe tenerse en cuenta que a consecuencia de las violaciones sexuales se origina el éxodo de las mujeres y la dispersión de comunidades enteras, la ruptura de lazos conyugales y sociales, el aislamiento social y vergüenza comunitaria, abortos y filicidios, etc.

El infierno de la violencia sexual no termina entonces con la liberación de las detenidas, sino que continúa en la comunidad de origen. "Violar a las mujeres de la nación enemiga, invadida, conquistada o vencida, es castrar simbólicamente a los hombres del bando enemigo, es deshonrarlos, desde el momento que su honra estriba en garantizar su propio control sobre las mujeres", analiza la periodista Argentina Marta Vassallo.

En la medida en que compartan los criterios patriarcales, las comunidades así atacadas repudian a las mujeres violadas, en lugar de solidarizarse con ellas, como si eliminándolas eliminaran la evidencia de su propia deshonra. La suerte de las mujeres y su valor social no depende entonces de su voluntad ni de sus opciones personales: está a merced de las conductas ajenas.

Quienes sobreviven enfrentan dificultades por los traumas profundos derivados de la violencia sexual, a la vez que las comunidades mismas quedan violentadas por esta práctica, pues ésta pasa a ser parte de la memoria social, convirtiéndose en motivo de vergüenza colectiva.

A pesar de las consecuencias establecidas, frente a este tipo de delitos, la impunidad es una constante en la vida de las víctimas.

Otras secuelas de los conflictos armados son las consecuencias económicas y sociales que afectan materialmente a las mujeres, pues ante la muerte,

desaparición, huida o reclutamiento forzado de sus compañeros o maridos, asumen la jefatura de hogar en condiciones absolutamente precarias. Además se producen restricciones el acceso a los servicios básicos de alimentación, salud, educación o hace engorroso y difícil acceder a ellos.

La militarización general de la vida social las afecta puesto que crea unas condiciones que hacen que la cultura de la violencia que predomina en tiempos de guerra se desplace a la vida familiar y comunitaria, por ellos es fundamental que los programas de reconciliación y restauración de países afectados de la guerra consideren entre sus prioridades la necesidad de reparar los daños socioafectivos, físicos, económicos, sociales, culturales ocasionados, especialmente a las mujeres y las niñas, en su condición de tales.

## 3. Impunidad y violencia sexual

Según el Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, la impunidad es ante todo un fenómeno antijurídico y la ha definido como: *"una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones"* [67].

La impunidad constituye una denegación de justicia y una negación del carácter justiciable de los derechos humanos, garantía fundamental para su goce efectivo y plena vigencia. Pero además tiene una dimensión política-jurídica perversa: su existencia significa que un sector de la sociedad se encuentra por encima de la justicia y del imperio del Derecho.

La doctrina reconoce dos tipos de impunidad: de derecho y de hecho[68]. La de derecho se origina en normas legales como las amnistías que se dieron, por ejemplo en Guatemala, Chile y Perú (durante los años de la dictadura de Fujimori, muchos políticos votaron a favor de leyes de amnistía a favor

67 Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/20, doc. cit., Principio 18

68 Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1992/8.

de los militares que habían violado derechos humanos)[69]. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado sobre la impunidad de derecho, recordando que las medidas como las amnistías son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[70].

La impunidad de hecho tiene varias formas de expresión como: i) Inercia cómplice de los poderes públicos, ii) Pasividad de los investigadores, iii) Parcialidad, iv) Intimidación, v) Corrupción del poder judicial, vi) Cuando las autoridades no investigan las violaciones de derechos humanos o aún cuando investigando no lo hacen de manera pronta y diligente y acatando los estándares internacionales en la materia; vii) Cuando el Estado persigue judicialmente solo a algunos responsables de violaciones de derechos humanos, no a todos, ni a los que tienen más poder; viii) Cuando las autoridades no investigan la totalidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en un caso ni procesan a los responsables por la totalidad de las infracciones cometidas; ix) Cuando los responsables de un caso de violación de derechos humanos no son castigados con penas apropiadas con la gravedad de la violación o su imposición no es asegurada por las autoridades; x) Cuando se niega el derecho a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos, al no garantizar la existencia de un juicio imparcial e independiente, pues la ausencia de estos dos elementos conlleva a la denegación de justicia y compromete la credibilidad del proceso judicial; xi) Cuando las autoridades del Estado renuncian a investigar los hechos y a determinar responsabilidades penales.

Frente a la impunidad de hecho, el Comité Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha considerado que: *"es imperativo adoptar medidas estrictas para hacer frente a la cuestión de la impunidad, garantizando que las denuncias de las violaciones de derechos humanos se investiguen de forma inmediata y completa, que se enjuicie a los autores, que se impongan las penas apropiadas a los que sean declarados culpables y que se indemnice en forma adecuada a las víctimas"* [71].

69 VICH, Victor: EL CANIBAL ES EL OTRO: VIOLENCIA Y CULTURA EN EL PERU CONTEMPORANEO. Instituto de Estudios Peruanos. Perú, octubre, 2002. Pág. 50.

70 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Observaciones y Recomendaciones a los Estados de Perú, CCPR/C/79/Add.67, párrafo 9, y de Guatemala, CCPR/C/79/Add.63, párrafo 25 y Observación General N 20, párrafo 15.

71 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones y Recomendaciones al Estado de Brasil CCPR/C/79/Add. 66, párrafo 20.

La impunidad atenta contra la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; así lo reconocieron los Estados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en junio de 1993, cuando al adoptar la Declaración y Programa de Acción de Viena, concluyeron que "los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases del imperio de la ley".

La impunidad está en conflicto con el deber del Estado de enjuiciar y castigar a los autores de violaciones graves a los derechos humanos, y, que respecto de las víctimas también implica su derecho a obtener una reparación material, y a saber qué pasó, lo que se conoce como el derecho a la verdad. Según lo señala el mismo experto sobre la cuestión de impunidad, *"la lucha contra la impunidad no puede reducirse al solo castigo de los culpables, sino que debe responder a tres imperativos: sancionar a los responsables, satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación y, además, permitir que las autoridades desempeñen su mandato como poder público que garantiza el orden público"* [72].

La impunidad constituye entonces una violación de las obligaciones que tienen los Estados y que están definidas en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

72 Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/18, párrafo 13 Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/18, párrafo 13.

El Derecho a la Verdad está ligado a la obligación asumida por los Estados de hacer cumplir las obligaciones estipuladas en los instrumentos convencionales de protección de los derechos y las libertades fundamentales a los cuales voluntariamente se han sometido. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la existencia de este derecho y ha instado a los Estados a garantizarlo. En sus observaciones al Estado de Guatemala, el Comité de Derechos Humanos recomendó: "permitir a las víctimas de violaciones de derechos humanos descubrir la verdad respecto a los hechos cometidos, conocer sus autores, y obtener una indemnización apropiada"; igualmente, consideró que el hecho de no informar a una madre acerca de la situación de una hija adulta víctima de desaparición forzada, constituía una denegación del derecho a saber la verdad y en si mismo un acto de tortura, dada "la angustia que padece por la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero" (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Dictamen de 21 de julio de 1983, caso Elena Quintero Almeida, Comunicación 107/1981, párrafo 14.).

En este mismo sentido la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de "Belém do Pará", ratificada por Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, entre otros países; impone a los Estados, entre otras obligaciones, las de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces[73]. Es decir que la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables de la violencia, así como la reparación de las víctimas son responsabilidad del Estado.

El Art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece dos obligaciones fundamentales para los Estados, las de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La obligación de respetar implica la existencia de límites al ejercicio del poder estatal. Estos límites son los derechos humanos, esferas individuales donde la función pública no puede penetrar. Por tanto, los Estados, directa o indirectamente, no pueden violar estos atributos inherentes a la persona humana[74]. En relación con esta obligación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que *"es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes ...por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno". Además, establece que "es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención de los poderes que ostentan por su carácter oficial"* [75].

Por su parte, la obligación de los Estados Partes de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención conlleva *"el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en ge-*

73 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de "Belém do Pará": Art. 7.

74 *http://www.cajpe.org.pe*

75 Informe de la Comisión del 13 de abril de 2000 in re Flores, Alcides Sandoval.

*neral, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"* [76].

Al pronunciarse sobre esta materia a propósito de la protección de los derechos de las mujeres, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que *"en virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos. Esas medidas comprenden las de eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto. El Estado Parte no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria"* [77].

En consecuencia la obligación de garantizar también comprende las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar los daños producidos en perjuicio de las personas. En virtud de estas obligaciones, los Estados deben responder también por actos cometidos por particulares. Este principio ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Velázquez Rodríguez de fecha 29 de julio de 1988 en la que señaló: *"172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito vio-*

76 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 166.

77 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS Observación General N° 28, párrafo 3.

*latorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"* [78].

Lastimosamente, el reconocimiento formal de estas obligaciones, no ha conllevado su cumplimiento concreto. Tanto los poderes públicos, como la sociedad en general, a menudo subordinan los derechos humanos, especialmente de las mujeres, a otros fines como "razones de Estado", seguridad, eficacia de las fuerzas de orden público, intereses políticos y personales; lo cual configura una "cultura de la impunidad". La violencia sexual es tan endémica, que termina siendo aceptada como una "conducta normal".

Si bien en teoría, el derecho penal protege ciertos derechos de las mujeres, también puede resultar discriminatorio o afectar negativamente los derechos que busca proteger. Susan Estrich demostró que aunque la violación sexual está penalizada, las ideas de los jueces, fiscales y abogados sobre lo que constituye la violación, cómo se la prueba y sobre "los comportamientos correctos" de las mujeres, terminan por despenalizarla de facto. Esta impunidad tiene otro aspecto, que en cierto modo, garantiza una especie de "derecho de acceso" al cuerpo de las mujeres y las coloca fuera de la protección del derecho penal.

A pesar de que existen normas legales que prohíben la violencia contra las mujeres, son las instituciones sociales, las normas culturales y las estructuras políticas de todos los países las que la sostienen y mantienen, convirtiendo la ley en letra muerta. Quienes forman parte del sistema de justicia penal (jueces, fiscales, policías, guardias de prisiones) también están influenciados por opiniones preconcebidas y prejuicios que consideran a las mujeres como responsables de la violencia que se comete contra ellas, de haberla provocado, o de que merecen ser castigadas cuando actúan de forma contraria a lo esperado o exigido de ellas, según sus "roles". Así por ejemplo, Amnistía Internacional cita el caso de una mujer que acudió a una comisaría en Londres, en el 2001, a denunciar una violación, ella dice: *"La personas que me*

78 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Caso Velásquez Rodriguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 172.

*atendió comenzó a hacerme preguntas sobre lo sucedido delante de otras personas que también esperaban y me preguntó: '¿Estaba usted borracha?"* [79].

La impunidad en la violencia sexual crea un clima en el que tales actos se consideran normales y aceptables, no delictivos; entonces las mujeres no buscan justicia porque saben que no la conseguirán. Muchas mujeres se avergüenzan de denunciar su problema de violencia sexual por temor y vergüenza, desconfianza hacia el sistema judicial o lo que es más grave, porque no los consideran como tales, así por ejemplo, las mujeres chilenas víctimas de tortura durante la dictadura señalan que: *"las víctimas silenciaban esos abusos por temor y vergüenza; las víctimas eran reacias a declarar, al parecer porque acudían a denunciar con sus parejas o familiares"* [80].

Consecuentemente, gran parte de los casos de violencia contra las mujeres, particularmente la sexual, no son denunciados y tampoco judicializados. Como muestra de lo anotado el Centro de Estudios de Justicia de las Américas da cuenta de que las denuncias recibidas por delitos sexuales en los ministerios públicos durante el año 2003, corresponden en Ecuador a un 3,75%; en Guatemala al 1,95%, en Honduras a un 5,64% de todos los casos que ingresaron al sistema. En Chile, en el año 2002, los delitos sexuales representaron el 1,3% del universo de denuncias que ingresaron al sistema[81].

Algunas de las razones que explicarían la falta de denuncia, que al parecer, es mayor a la que se presenta en otros delitos son: la naturaleza de estos delitos, las percepciones sociales respecto de los mismos, la actuación de los operadores de justicia en estos casos, las condiciones de recepción de las denuncias, los criterios de selección y persecución, la forma como se practican los exámenes periciales, la falta de acompañamiento a las víctimas, las dificultades para acceder a las instituciones de justicia, la vulnerabilidad de las víctimas en el sistema, la poca respuesta que reciben, la duración de los casos[82].

79 *http://www.amnistiainternacional.org*

80 Shadow Report respecting the 3rd. periodic report o la desconfianza hacia el sistema judicial of the government of Chile. 10-11 May 2004. Párr. 44

81 SIMON, Farith en colaboración con Lidia Casas: Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Noviembre 2004. Párrafos 32 y 33.

82 *Idem.*

Cuando se trata de casos de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, el tema se complejiza más aún porque están implicadas personas con quienes la víctima tiene relaciones afectivas, y aunque la mayoría de los países de la región cuentan con leyes para prevenir y sancionar la violencia doméstica, en muchos casos, todavía estos actos son considerados como un asunto privado, y así, este tipo de violencia se comete impunemente. Según la experiencia de Amnistía Internacional, esta impunidad es un importante factor a la hora de prolongar la situación de violencia[83].

También es común que, aunque existan denuncias luego de un ataque sexual, las víctimas abandonen los procesos legales, desalentadas por una serie de trabas que encuentran en su camino para exigir sanción para el culpable y reparación para ellas. Lo que significa que las instituciones obligadas a atender estas denuncias y hacer las investigaciones correspondientes, no lo están haciendo o lo hacen mal.

Para ilustrar esta afirmación se cita una de las conclusiones de un estudio realizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas en el que se señala que *"los problemas con la denuncia contribuyen a la existencia de prácticas de expulsión selectiva por parte del sistema de justicia penal hacia las víctimas de violencia sexual que quieren realizar la denuncia, ya sea por negativa de recepción de la misma e inadecuadas derivaciones o por exponer a las denunciantes a situaciones revictimizantes como el tener que relatar el hecho ante muchas personas. La expulsión selectiva es uno de los problemas que contribuye a la persistencia de la impunidad, al reforzamiento de los ciclos de violencia contra las mujeres y a su victimización secundaria. En el caso de delitos sexuales el efecto de las prácticas de expulsión institucional es que las víctimas abandonan definitivamente el reclamo reparatorio ante la Justicia"* [84].

Según este mismo estudio, se han detectado tres dimensiones de la victimización secundaria: *"maltratos al momento de presentar la denuncia que se expresan en burlas, expresión de prejuicios sobre el hecho, descreimiento del relato de la víctima y finalmente negativa de recepción de la misma, duplicación o lentitud en los procedimientos, demoras o repeticiones en los exámenes periciales; re-*

83 Está en nuestras manos: no más violencia contra las mujeres. En *http://www.amnistiainternacional.org*

84 SIMON, Farith en colaboración con Lidia Casas: Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Noviembre 2004. Párrafo 49.

*cepción de las denuncias en condiciones inadecuadas; y, maltrato en la etapa de investigación y etapa intermedia, que se reflejan también en la reiteración de estudios, y el descreimiento de su relato tanto por parte del Ministerio Público como del juez, que en opinión del informe citado tendría por objetivo que la víctima abandone el proceso"* [85].

Otro de los elementos que abona a la impunidad son las circunstancias que son consideradas como eximentes del delito o atenuantes de la pena; en algunos sistemas legales, el Estado reconoce el honor, el apasionamiento o la provocación como circunstancias eximentes sólo para favorecer al marido en casos de presunto adulterio. En otros, también los hijos, los padres, los tíos, pueden gozar de inmunidad penal por actos de violencia y malos tratos. Así por ejemplo, en el Líbano, según el Código Penal, un hombre que mata a su esposa o a otra mujer de su familia puede conseguir que le reduzcan la condena si demuestra que cometió el delito en respuesta a una relación sexual socialmente inaceptable de la víctima. En el 2001 se cometieron en el Líbano dos o tres crímenes de este tipo al mes por término medio, pero en febrero de 2003 aún no se había declarado culpable a nadie en ningún caso considerado legalmente "delito en nombre del honor".

En nuestra región hay países que aún consideran al matrimonio con la víctima como eximente de responsabilidad de algunos delitos sexuales, tal el caso de Brasil; en Ecuador en el caso del delito de rapto; en Guatemala en los delitos de violación, estupro (mediante engaño, inexperiencia y confianza), abusos deshonestos y rapto cuando la víctima es mayor de 12 años y exista consentimiento del Ministerio Público; en Honduras en el caso de estupro y rapto. En Chile, ello fue modificado en 1999[86].

También se consideran como atenuantes de un delito, la edad o la conducta anterior y posterior del delincuente, es decir que su vida civil probada a través de documentos legales o palabras de testigos es suficientemente importante como para atenuar una pena y así desproteger a sus víctimas. En este caso, a diferencia de lo que sucede con las víctimas, las pruebas no des-

85 *Idem.* Párrafos 101, 102.

86 SALINAS BERISTAIN, Laura: Derecho, Genero e Infancia: mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano. Universidad Nacional de Colombia, UNIFEM, UNICEF, Universidad Autónoma Metropolitana. Colombia, 2002.

cansan en sus cuerpos, sino en la presunción de una conducta "honesta" que se prueba muy fácilmente[87].

Es decir que la violencia sexual no es asumida como una violación a los derechos humanos de las personas y como una agresión a la integridad personal, sino como algo reservado al ámbito privado que debe ser ocultado. De este modo, las víctimas pasan a ser revictimizadas por la familia, la sociedad, la opinión pública y las instituciones; obligadas a callar, a sentirse avergonzadas y culpables de la agresión y estar bajo sospecha, de tal manera que todas sus acciones están sometidas a examen público, pudiendo llegar fácilmente a ser cuestionada y deslegitimada.

Lo más grave es que a partir de estos conceptos se deben actuar las pruebas de la comisión del delito. Si una mujer ha tenido una vida sexual activa, es posible que se la considere responsable de haber dado su "consentimiento". En la mayoría de casos se exige que haya pruebas claras y evidentes de que se ejerció fuerza, es decir, que la mujer "luchó" y que además en su conducta sexual anterior era "honesta".

En el caso del femicidio[88] asociado a violaciones sexuales que ocurren en Ciudad Juárez, por ejemplo, según el informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *"la respuesta de las autoridades ante estos crímenes ha sido notablemente deficiente (...) la gran mayoría de los asesi-*

87 ANDRADE MONCAYO, Gilma: La reforma al Código Penal Ecuatoriano: documento argumental. Feministas por la Autonomía. Quito, julio 2000.

88 Según Amnistía Internacional más de 370 mujeres y adolescentes han sido asesinadas en la última década, de las cuales al menos 137 presentan violencia sexual. A estas cifras hay que añadir alrededor de 70 jóvenes todavía desaparecidas, según las autoridades, y más de 400 según organizaciones no gubernamentales mexicanas. La mayoría de víctimas son mujeres o niñas, trabajadoras de las maquilas (plantas de ensamblaje) o estudiantes que fueron objeto de abusos sexuales y luego asesinadas brutalmente.

La respuesta de las autoridades durante los 10 años ha sido tratar los diferentes crímenes como violencia común del ámbito privado, sin reconocer la existencia de un patrón persistente de violencia contra la mujer que tiene raíces más profundas basadas en la discriminación. La falta de voluntad de las autoridades, tanto del gobierno del estado de Chihuahua, como de las instancias federales, de asumir su plena responsabilidad de reconocer las dimensiones de este patrón e implementar políticas públicas efectivas ha dejado a la sociedad chihuahuense sin la debida protección que le corresponde y sin un remedio efectivo para las familias que han sufrido la pérdida de sus hijas, madres y hermanas. En MÉXICO, Muertes Intolerables, Diez años de desapariciones y asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua. 11 de agosto del 2003. En *http://web.amnesty.org/library/index/eslamr410262003*

*natos siguen impunes; aproximadamente el 20% han dado lugar a procesamientos y condenas. Ciertos funcionarios encargados de la investigación y el procesamiento de los perpetradores, utilizan un discurso que, en definitiva, culpa a las víctimas por el delito. Según declaraciones públicas de determinadas autoridades de alto rango, las víctimas utilizaban minifaldas, salían de baile, eran "fáciles" o prostitutas"* [89].

La crítica a este estado de cosas la hace Gilma Andrade, cuando dice: *"¿Porqué probar consentimiento bajo circunstancias de coacción física o psíquica? Esto se debe a que en el derecho penal los cuerpos de las mujeres son cuerpos sobresignificados, hiper-prescritos e hipernormados*[90]. *Esta sobresaturación de exigencias sobre sus cuerpos se vuelve peligrosa y atentatoria contra la seguridad de las mujeres cuando se plasma a través de normas penales. La demostración de honestidad es uno de los requerimientos más degradantes al que se ven abocadas las víctimas de delitos sexuales, básicamente porque hay una presunción de no honradez que se demuestra en la excesiva importancia de las pruebas periciales y materiales en desmedro de la prueba testimonial"* [91].

En los tribunales, el testimonio de las mujeres víctimas de la violencia suele desvirtuarse con pruebas irrelevantes de su vida sexual, o se lo relativiza, acusando a las víctimas de estar "desequilibradas mentalmente". Por lo tanto, *"la palabra de la mujer no cuenta y debe pasar gran parte del juicio demostrando que lo que vivió no fue un acto sexual consentido sino un acceso violento y no consentido a su cuerpo, a su integridad física y psíquica. Hay un exceso de procedimientos periciales que recaen sobre el cuerpo de las víctimas en desmedro del fin que debe perseguir un proceso penal: establecer los niveles de culpabilidad en los delitos"* [92].

Según una investigación realizada en Vancouver, Canadá, en el período comprendido entre 1993 y 1997, lo que más influyó a la hora de dictar sentencias condenatorias en casos de violación fue la presencia de lesiones físicas

89 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Situación de los Derechos de la Mujer En Ciudad Juárez, México: El Derecho A No Ser Objeto De Violencia Y Discriminación. Marzo, 2003 En: *www.cidh.oas.org.*

90 Amelia Várcarcel, feminista filósofa española.

91 ANDRADE MONCAYO, Gilma: La reforma al Código Penal Ecuatoriano: documento argumental. Feministas por la Autonomía. Quito, julio 2.000

92 *Idem.*

en la víctima. Además, este estudio mostró que las sentencias condenatorias eran poco frecuentes: sólo en el 11% el acusado fue declarado culpable[93].

En el Ecuador sucede algo parecido: el IECAIM informó que de 1.548 denuncias sobre delitos sexuales cometidos entre 1989 y 1992, solamente se dictó sentencia condenatoria en el 1% de los casos. En el mismo periodo en Guayaquil, de 1.923 casos se dictó sentencia condenatoria solamente en el 2.1%[94].

El proceso de aportar pruebas puede ser revictimizante, así por ejemplo la práctica de un examen médico legal puede disuadir a la mujer de proseguir las acciones penales: Una mujer keniana, al comentar su experiencia decía: *"Me llevaron a un médico privado, que me dijo que no me lavara, pues tendría que verme un médico de la policía. Como eran las dos de la mañana, no podía presentar la denuncia hasta el día siguiente. No podía creer que tuviera que dormir con el olor de esos hombres [...]. Cuando fui a denunciar la violación al médico de la policía, había una larga fila de gente de todo tipo. La enfermera me dio dos portaobjetos de microscopio y me dijo que me introdujera los dedos y pusiera el semen en el cristal. No podía creer lo que estaba oyendo: me pedían que recreara la violación"*[95].

El proceso judicial es difícil, penoso y largo, la víctima deberá pasar por largos meses y a veces, hasta años de investigación y diligencias judiciales para ver cómo el violador es dejado en libertad, y aún si éste es condenado, ella sabe que hay muchas posibilidades de que en un período corto esté nuevamente en la calle.

Por otra parte, la reforma procesal penal por la que han atravesaron la mayoría de los países de la región hacia el sistema acusatorio, adolece de falencias que no abonan a superar las situaciones que causan la impunidad.

El Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género desarrollado en Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala[96], señala que existe un alto número de archivos en casos de delitos sexuales, *"más aún si se considera que generalmente se trata de delitos con impu-*

93 *http://www.amnistiainternacional.org*

94 Instituto Ecuatoriano de Investigaciones y capacitación de la mujer. Punto focal del INSTRAW: "El Maltrato a la Niña en el Ecuador. Quito, 1993.

95 FIDA (K), Second Class Citizenship, Annual Report for 1996-1997, 1997.

96 SIMON, Farith en colaboración con Lidia Casas: Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Noviembre 2004. Párrafo 58, 72.

*tado conocido (familiar, o persona muy cercana a la familia) y además son delitos que por su naturaleza e impacto deberían presentar incentivos para ser investigados por parte de la fiscalía, al menos en una etapa inicial, lo que tendería a excluir el archivo (...) Una de las explicaciones para el reducido número de casos de delitos sexuales llevados a juicio oral, es que los fiscales tienen consideraciones más exigentes para llevar estos casos a juicio, por lo tanto buscan un nivel de certeza imposible de lograr por la naturaleza de estos delitos, como lo explica claramente el informe de Chile .los fiscales parecen estar llevando a juicio oral solamente aquellos casos en que consideran que existe la certeza de obtener una condena. En consecuencia, las consideraciones del fiscal para ir a juicio podrían recaer en la mayor o menor aptitud de la prueba de un caso frente a la perspectiva de ser ganado, más que en la gravedad de los hechos investigados, criterio que es muy cuestionable, ya que por ejemplo en el caso de los delitos sexuales, por las características de su comisión, nunca constituyen un caso a ser ganado con certeza."*

Esta situación empeora porque es precisamente en el tratamiento de los delitos sexuales, en donde intervienen prejuicios que conllevan la discriminación de género, los cuales suelen ser más valorados que una objetiva evaluación sobre las circunstancias en las cuales se cometió el delito.

Además en algunos Códigos de Procedimiento Penal, como el ecuatoriano, ciertos delitos sexuales como el estupro cometido en una mujer mayor de edad, han pasado a ser delitos de acción privada, lo cual ha sido motivo de cuestionamiento, pues la falta de persecución pública de los delitos sexuales muestra la desidia del Estado frente a la violencia contra las mujeres y favorece su impunidad.

En el caso de la esclavitud sexual y el tráfico de mujeres con fines de explotación sexual, la ignorancia de los derechos y protecciones legales en otros países que no son los suyos, los obstáculos culturales y lingüísticos y la ausencia de mecanismos de apoyo hacen que las víctimas se sientan aún más aisladas lo cual impide la búsqueda de justicia.

Es preocupante además, el subregistro judicial persistente en este tipo de crímenes. Al respecto el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ha señalado que "la ausencia de registro en los informes forenses es un factor adicional que contribuye a la impunidad"[97]. En el mismo sen-

97 Ver informe E/CN.4/2004/13, párrafo 94.

tido, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas menciona que en el Ecuador, las estadísticas de recepción de denuncias en materia penal, no hacen referencia a las víctimas o a la naturaleza de los hechos denunciados, por lo que, en los delitos de lesiones, por ejemplo, no se puede identificar qué denuncias corresponden a los casos de violencia doméstica o intrafamiliar[98].

Los Estados, al haber omitido sus obligaciones tendientes a reducir, cuando no eliminar la impunidad, han violado sus obligaciones de garantizar los derechos humanos, especialmente sus obligaciones de garantía, investigación, sanción a los responsables y reparación de las víctimas. La omisión de investigar los crímenes sexuales o relacionados con la violencia doméstica contra las mujeres crea un clima de impunidad que perpetúa la violencia basada en el género. La falta de investigaciones y procesamientos constituye un incumplimiento de la obligación del Estado de proteger los derechos y actuar con la diligencia debida.

Sobre las responsabilidades de los Estados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho: *"Como lo establecen la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, adoptadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, esa violencia "es uno de los mecanismos sociales fundamentales mediante los que se coloca a la mujer en una posición de subordinación frente al hombre". La falta de debida diligencia para aclarar y castigar esos delitos y prevenir su repetición refleja el hecho de que los mismos no se consideran como problema grave. La impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación"* [99].

Igualmente, la Relatora Especial de Naciones Unidas para ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias, quien visitó Ciudad Juárez en 1999, en su informe expresó: *"El gobierno mexicano, al descuidar deliberadamente la protección de las vidas de los ciudadanos por razón de su sexo, había provocado una sensación de inseguridad en muchas de las mujeres de Ciudad Juárez. Al mismo tiempo había logrado indirectamente que los autores de esos delitos que-*

98 SIMON, Farith en colaboración con Lidia Casas: Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Noviembre 2004. Párrafo 34.

99 En: *ww.cidh.oas.org*

*daran impunes. Por lo tanto los sucesos de Ciudad Juárez son el típico ejemplo de delito sexista favorecido con la impunidad"* [100].

Si esto es lo que ocurre en tiempos de paz, en el contexto de conflictos armados, también se presentan altos índices de impunidad. Durante las guerras y genocidios que se produjeron en el siglo anterior y que aún continúan, las víctimas no tienen mayores posibilidades de acceder a justicia y reparación: la justicia a menudo se canjea a cambio de la paz, de esta manera se fomenta la impunidad y se las revictimiza más aún.

Por ejemplo, en Guatemala, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico comprobó que la violación sexual de las mujeres, durante su tortura o antes de ser asesinadas, fue una práctica común. La mayoría de las víctimas de esta violación fueron mujeres mayas. Sin embargo, los tribunales de justicia se mostraron incapaces de investigar, procesar, juzgar y sancionar siquiera a un pequeño número de los responsables de los más graves crímenes contra los derechos humanos. Actuaciones y omisiones del organismo judicial, tales como la denegación sistemática de los recursos de exhibición personal, la permanente interpretación favorable a la autoridad, la indiferencia ante la tortura de los/as detenidos/as y el establecimiento de límites al derecho a la defensa constituyeron algunas de las conductas que evidencian la carencia de independencia de los jueces, que fueron constitutivas de graves violaciones del derecho al debido proceso y de infracciones al deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Los contados jueces que manteniendo su independencia no abdicaron al ejercicio de su función tutelar de los derechos humanos, fueron víctimas de actos represivos, como el asesinato y las amenazas, sobre todo en la década de los ochenta[101].

Una de las aristas del conflicto en Colombia es precisamente la impunidad frente a las violaciones de derechos humanos, particularmente de las mujeres, lo que ha generado una fuerte preocupación, tanto de Naciones Unidas, como de las organizaciones de mujeres de la sociedad civil por la permanente actitud del Estado Colombiano de fomentar la impunidad en virtud de sus omisiones y el incumplimiento de sus obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de estos hechos, que por lo demás afecta mayoritariamente

100 Informe de la Relatora Especial Asma Jahangir. E/CN.4/2000/3/Add.3, 25 de noviembre de 1999. Párrafo 89.

101 *www.procesodepaz.gob.gt/programas-inside.htm*

a las mujeres y niñas, lo que evidencia también una matriz de discriminación de género.

La Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy[102] ha señalado que *"el hecho de que no se haya investigado, procesado y castigado a los responsables de violaciones y otras formas de violencia por motivo de género ha contribuido a crear en Colombia un clima de impunidad que perpetúa la violencia contra la mujer; preocupa el sistema de justicia penal existente en relación con la mujer y el reducido número de condenas por violación y otras formas de violencia por motivo de género... Si se hace frente a la impunidad y se enjuician las infracciones por motivo de género se enviará el mensaje de que estos delitos serán tomados en serio..."*

Más adelante agrega: *"La impunidad y la denegación de justicia continúan figurando entre las preocupaciones más graves en Colombia (...) El grado de impunidad en lo que se refiere a las violaciones de los derechos de la mujer sigue siendo alto, lo que pone de manifiesto la incapacidad del Estado de cumplir sus responsabilidades y tiene por resultado la denegación de justicia a las víctimas de esas infracciones y a sus familiares La impunidad de los responsables de violencia por motivo de género constituye uno de los factores que contribuyen de manera más importante a la permanente violación de los derechos de la mujer y al aumento de la violencia en general La Relatora Especial lamenta la situación de impunidad imperante en Colombia y señala que el Estado será responsable de todas las violaciones de los derechos humanos que ocurran mientras no adopte medidas para garantizar que la justicia se administre de manera equitativa y eficaz en el país."*

Muchas veces, la violencia sexual es cometida por los mismos agentes del Estado. Las responsabilidades de gran parte de estas violaciones alcanzan, en la línea de mando militar y de la responsabilidad política y administrativa, a los más altos grados del ejército y de los sucesivos gobiernos, por ello el encubrimiento y la búsqueda de toda clase de mecanismos para asegurar la impunidad es recurrente en el período posterior, así se actuó en Guatemala, Chile[103] y Argentina, por citar algunos casos.

102 Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución 2001/49 de la Comisión de Derechos Humanos. Misión a Colombia (1 al 7 de noviembre de 2001). Comisión de Derechos Humanos, 58 período de sesiones, 11 de marzo de 2002.

103 En el Shadow Report, presentado ante el Comité Contra la Tortura por algunas organizaciones de

## IV. Bibliografía

ABUSARUWANKU: Violación de mujeres: silencio e impunidad. Comisión de Derechos Humanos, Movimiento Manuela Ramos. Lima, noviembre 2003.

AMORÓS, Celia.: La violencia contra las mujeres y los pactos patriarcales, Editorial Pablo Iglesia, Madrid, España, 1990.

AMORÓS, Celia: Espacio de los iguales espacio de las idénticas. Notas sobre el poder y principio de individualición, Arbor (nov-dic). 1987.

ANDERSON, Bonnie y ZINSSER, Judith: HISTORIA DE LAS MUJERES, UNA HISTORIA PROPIA., Editorial Crítica 1.992, Vol 2. pág. 453.

ARROYO VARGAS, Roxana, La violencia contra la mujer como producto de una violencia estructural. /En/ Módulo de Violencia. ILANUD. San José , Costa Rica.

BASAGLIA, Franca. Mujer, locura y sociedad, Universidad Autónoma de Puebla, 1983.

BENHABIB, S. " Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral", Isegoría. Revista de filosofía moral y política no 6 1992.

BROK-UTNE: FEMINIST PERSPECTIVES ON PEACE AND PEACE EDUCATION. Pergamon Press. New York, 1989.

COBO BEDIA; Rosa: " Género", en AMOROS, Celia: 10 palabras clave sobre la mujer, Editorial Verbo Divino, Madrid, 1995.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.( 59 período de sesiones. Tema 12 a) del programa provisional. Integración de los derechos human os

mujeres y feministas chilena, se señala: "46. La mayoría de los actos de tortura impunes se cometieron durante la dictadura y por tanto, son anteriores a la suscripción y ratificación de la Convención contra la Tortura por parte del Estado Chileno. Sin embargo, la prohibición sobre la tortura, es parte del derecho internacional consuetudinario y anterior a dicha Convención por lo que el Estado de Chile es responsable de investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores así como de reparar a las víctimas, en este caso las mujeres victimas de violencia sexual como tortura durante el régimen militar." Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile. Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzarland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada, Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women's Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; OMCT Organización Mundial contra la Tortura, Geneva, Switzerland. Párr. 46, 47.

de la mujer y la perspectiva de género. La violencia Contra la mujer. E/CN.4/2003/75. 6 de enero de 2003.

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER: *Cumbres, consensos y después: memorias del seminario regional "Los Derechos Humanos de las mujeres en las conferencias mundiales".* Editora Roxana Vásquez. Lima: noviembre de 1996.

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER: *Cuestión de vida: balance regional y desafíos sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.* CLADEM - OXFAM. Primera Edición, Lima - perú, Julio 2000.

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER: *La muralla y el laberinto.* Lima: Abril de 1996.

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Vigiladas y castigadas: memorias del seminario regional "normatividad penal y mujer en america latina y el caribe.* Editora Roxana Vásquez. Lima: primera edición, 1993.

COPELON, Rhonda. Crímenes de Género como Crímenes de Guerra: Integrado a los Crímenes contra las Mujeres en el Derecho Penal Internacional. Trabajo Inédito.

CORDERO, Tatiana; ESQUIN, Teresa; FEICAN, Verónica; PEÑAHERRERA, Amparo; MANZO, Rosa: LA INDUSTRIA DEL SEXO LOCAL. Corporación Promoción de la Mujer/Taller Comunicación Mujer. Quito, Ecuador. 2002

CHARLESWORTH, Hillary. ¿ Qué son los Derechos Humanos de las Mujeres?. /En/ Manual de Derecho Internacional. ILANUD 2004.

DUBY, Jean y PERROT, Michelle. HISTORIA DE LAS MUJERES TOMO V. Edit Taurus.Santillana, 1993.

FACIO, Alda. Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, 3ª. Ed, San José, Costa Rica, 1999.

FACIO MONTEJO, Alda, FRIES, Lorena. Feminismo, género y patriarcado, en Género y Derecho, Colección contraseña, Estudios de Género, Serie Csandra, 1999.

GIDDENS, Anthony: MANUAL DE SOCIOLOGIA. Ciencias Sociales. Alianza Editorial.España, 1998.

HARDING, Gertrude. Con todas sus fuerzas, editorial Txalaparta, 1999.

IKENBERRY, Jhon: LA AMBICION IMPERIAL DE ESTADOS UNIDOS. En FOREIGN AFFAIRS EN ESPAÑOL; otoño-invierno, vol.2, No. 3; pág. 2.

KELLY, Liz (1988), *Surviving sexual violence.* Polity Press, Inglaterra. "Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud". Organización Panamericana de la Salud. Oficina Regional para las Américas de la organización Mundial de la Salud. Washington, D.C. 2003.

———, Derechos sexuales y reproductivos en el Perú: un reporte sombra". Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas. Nueva York, 1998.

———, "La Aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica y los Derechos Reproductivos II". Defensoría del Pueblo, Series Defensoriales, Informe N° 27.

Panos Institute: Armas para luchar, brazos para proteger: las mujeres hablan de la guerra. Icaria & Antrazyt. Barcelona, España. (s.f).

LAGARDE, Marcela. Identidad de género, Managua Nicaragua.

———, Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas y presas y locas. Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Posgrado, 1997.

———, Identidad de Género y Derechos Humanos. / En( Estudios básicos de Derechos Humanos IV. Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Comisión de la Unión Europea. San José de Costa Rica, 1996

LA MORADA. Taller la Corte Penal Internacional y la justicia de género: Un desafío para la acción. 2003.

LAQUEUR, Thomas: *La construccion del sexo. Feminismos.* Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer.España, 1990.

MANBELBAUN,Michael: LA INSUFICIENCIA DEL PODERIO ESTADOUNIDENSE. En FOREIGN AFFAIRS EN ESPAÑOL. 2002

MIES, Maria y SHIVA, Vandama. ECOFEMINISMO: TEORÍA, CRÍTICA Y PERSPECTIVAS. Icaria Antrazyt; Barcelona , España, 1.997.

SEGURA ESCOBAR, Nora y MEERTENS, Donny: COLOMBiA, LO QUE DEJAN LAS GUERRAS. En Vidas sin violencia. Nuevas voces. Nuevos desafíos. ISIS Internacional. Santiago de Chile, 1998.

VALDÉS, Teresa y OLAVARRÍA José (eds) Masculinidades /es Poder y crisis.
ONU E/CN.4/1995/42.
ONU. E/CN.4/1996/105
OSWALD, Ursula: MUJERES, EQUIDAD Y UTOPÍA. Publicado en ALAI 333. 2001-05-29
PATEMAN, Carole: *El contrato sexual, Editorial Anthropos,* Barcelona-Universidad Autónoma metropolitana, México, 1995.
RADFORD, Jill & RUSSELL.Diana (1992), *Femicide: the politics of woman killing.* Twayne Publishers, New York.
RIANE, Eisler. *El Cáliz y la Espada. La mujer como fuerza en la historia,* Editorial Pax México, 1997.
Ruiz, Alicia: "La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres". En *El derecho en el género y el género en el Derecho.* CEDAEL. Buenos Aires: Editorial Biblos, septiembre del 2000.
SAGOT, Montserrat (1995), "Socialización de género, violencia y femicidio" en *Revista Reflexiones,* No. 41, diciembre. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.
SÁNCHEZ; Olga. Anotaciones acerca del modelo de socialización patriarcal /En/ LAVERDE y SANCHEZ. Voces insurgentes, Editorial Guadalupe, Bogotá, Colombia, 1988.
Tamayo León, Giulia: "Cuestión de Vida: balance regional y desafíos sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia". CLADEM - OXFAM. Lima, Perú. Julio, 2000
VALLADARES TAYUPANTA, Lola: Derechos sexuales en Serias para el Debate No. 2. CLADEM. Lima, Perú, 2004.
WEST, Robin: "Género y teoría del Derecho". Ediciones Uniandes, Instituto Pensar., Bogotá, Colombia 2000.
WEEKS, Jeffrey: *Sexualidad.* Piados, Universidad Nacional de México, Programa Universitario de Estudios de Género. México, 1998;

**Páginas web:**

*http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php*
*http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1978.pdf*

*http://www.cajpe.org.pe/RIJ/cverdad/ch5.htm*
*http://www.corteidh.or.cr*
*ww.cidh.oas.org*
*http://www.cladem.com/espanol/regionales/litigio_internacional/cas3.asp*
*http://www.lainsignia.org/2001/febrero/der_023.htm*
*http://www.rnw.nl/informarn/html/act010222_tpicasofoca.html*
*http://www.onu.org/documentos/conferencias/1995/beijing/20.pdf.*
*www.un.org/icty*
*http://www.ictr.org*
*http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Mexico11.565.htm*
*www.un.org/law/icc/statute/99_corr/corr.html*
*http://www.lainsignia.org/2001/febrero/der_023.htm*
*http://www.cidh.org/annualrep/2000sp(Capitulo////Fondo/Brasil12.051.htm*
*www.creatividadfeminista.org/articulos/fem_2003_fem_guerrapaz.htm*
*www.un.org./spanish/conferences/Beijing/fs5.htm*
*http://alainet.org/active/show_text.php3?key=5797*
*http://www.mujeresporlapaz.org/article.php3?id_article=103*

III

# 3

# Derecho de familia

# Cambios familiares: Del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia *

Margrit Eichler

**Sumario**

Introducción. **I.** Siete sesgos en la literatura sobre familia. **II.** Tres modelos de familia. **2.1.** El modelo de familia patriarcal. **2.2.** El modelo de familia de responsabilidad individual. **III.** El modelo de familia de responsabilidad social. **3.1.** La ideología concerniente a la igualdad de género. **3.2.** La substitución del ideal de la igualdad de género con el ideal de mínima estratificación. **3.3.** La conceptualización de una sociedad mínimamente estratificada. **3.4.** La familia bajo la mínima estratificación. **3.5.** La unidad de administración. **3.6.** Componentes del modelo. **IV.** Conclusión: la precaución es la madre de la sabiduría.

## Introducción

Las políticas de familia no conforman un grupo claramente definido, ya que dentro de ese concepto se incluye todo aquello que afecta a las familias: la legislación sobre bienestar social, las políticas que atañen a los servicios sociales

* Margrit Eichler, "Cambios familiares, familias, políticas e igualdad de géneros", en Género y Derecho, Alda Facio y Lorena Fries, editoras, American Universtity y La Morada, Chile, 1999, pp. 443-485. Traducido por Paquita Cruz.

(como las guarderías), regulaciones al impuesto sobre la renta, disposiciones en los códigos penales y civiles que definen quién es responsable de qué tipos de dependientes, legislación de familia, regulaciones que afectan la mayoría de los beneficios sociales, decisiones sobre custodia, y muchas otras herramientas sociales. Estas, junto con otras políticas, constituyen lo que tendemos a llamar "política de familia", aunque no siempre todas se tomen en cuenta.

Si una delinea ampliamente los cambios de políticas que se han dado durante más o menos los últimos cien años, centrándose en la situación presente, se hace necesaria una forma de integrar información tan discorde para analizar las modificaciones. Yo uso tres modelos de familia que me sirven para esto. Estos modelos son tipos ideales[1], en el sentido que Max Weber le da a la palabra –es decir, que no reflejan perfectamente la realidad, pero miden hasta qué grado se conforma (o no) una dada política a un modelo particular[2]. Para crear estos modelos, apliqué ocho preguntas a varias políticas:

1. ¿Cuál es la ideología subyacente que atañe a la igualdad de género?[3]
2. ¿Cuáles son los supuestos sobre la situación legal del matrimonio?
3. ¿Cuáles son los supuestos sobre las incongruencias/ congruencias de la pertenencia al hogar / familia?
4. ¿Cuál se considera la unidad apropiada de administración?
5. ¿Cuáles son los supuestos tocantes a la responsabilidad/ dependencia económica?
6. ¿Cuáles son los supuestos sobre provisión de cuidado y servicios para las personas en la familia que los necesitan?

1 "Ideal" no quiere decir bueno, sino que expresa el hecho de que estos modelos presentan tipos exageradamente claros (porque están simplificados).

2 Comparar a Mckinney. J. *Constructive Typology and Social Theory.* Appelton-Century-Crofts, New York, 1966, pág. 63 en el uso de tipos ideales.

3 Es necesaria una nota sobre terminología en lo que respecta al uso de los sustantivos "sexo" y "género". A mitad de los setentas, los y las sociólogas intentaban hacer una distinción teórica entre ellos. El sexo denotaba las diferencias físicas entre los sexos; el género, las sociales que se relacionan con las físicas. Desafortunadamente, género pronto se convirtió en el término "políticamente correcto", y fue, y continúa siendo, usado de una manera completamente inadecuada. Hoy en día muchos cuestionarios hasta preguntan "¿Cuál es su género: masculino o femenino?" En otras palabras, se usa "género" cuando lo adecuado sería usar "sexo", tapando, de esa manera, una distinción importante. Yo uso los términos de manera amplia e intercambiable, conformándome, de mala gana, a lo que parece ser la expresión de aceptación general dentro de un dado contexto.

7. ¿Cuál se considera es la división adecuada de responsabilidades públicas y privadas?

8. ¿Cuáles son los supuestos sobre la heterosexualidad y la homosexualidad?

Construyo después dos modelos de familia, basados en políticas pasadas y actuales, y otro que esboce unas deseables (más que las existentes). No estoy sugiriendo que quienes hacen las políticas se reunieron un día y decidieron adoptar uno de los modelos que se presentan aquí. La creación de aquellas es un proceso muy desordenado como para tomar lugar un acercamiento tan racional. Sin embargo, sugiero que existen nociones comunes, que cambian con el tiempo, que informan a quienes hacen las políticas. Trabajo con estos modelos sencillamente para poner un poco de orden en aquello que de otra manera sería una situación irremediablemente confusa.

El primero es el *modelo patriarcal* de familia. Es descriptivo del amplio perfil de políticas que estuvieron en boga hasta alrededor de 1970, después de las cuáles la acción legislativa y la creación de políticas nos alejaron del modelo patriarcal hacia el que llamamos de *responsabilidad individual.* Este segundo modelo de familia funciona todavía en sumo grado, aunque argumentaré que es anacrónico. La respuesta a las ocho preguntas, cuando se aplican a él, no está de acuerdo con la realidad que viven muchas familias. Entonces desarrollaré un tercero, el modelo de *la responsabilidad social,* que se basa en la realidad empírica contemporánea de las familias.

Los modelos sirven para tres propósitos. 1) Permiten describir políticas discordes a través de tiempos muy diferentes de una manera que las hace comparables. 2) Permiten compararlas con lo que en realidad sucede dentro de las familias y evaluar éstas políticas. 3) Proporcionan elementos para desarrollar políticas alternativas. También utilizo los términos "familia" patriarcal y de responsabilidad individual para caracterizar a familias que se desarrollaron como respuesta a éstas políticas.

Antes de lidiar con estos modelos, sin embargo, es importante admitir un problema de peso: los sesgos dentro de la literatura que trata sobre las familias.

## I. Siete sesgos en la literatura sobre familia

Los enunciados sobre la familia están cargados de juicios. Las religiones toman una posición definida sobre lo que es una 'buena' o 'mala' familia; la moral pública se asocia con el comportamiento sexual que se regula (o se supone que se regula) a través de las familias; y todas las personas tenemos sentimientos personales sobre éstas, que derivan de nuestras propias experiencias, buenas o malas, pero casi nunca indiferentes. La familia está idealizada en la cultura popular, la publicidad y el mercadeo; la ideología sobre ella se utiliza como herramienta política; y a veces se le condena como la cuna de la opresión y de todo aquello que marcha mal en la sociedad. La literatura académica exhibe algunas de estas mismas dicotomías. Por lo tanto, ayuda tener una perspectiva que nos permita discernir varios problemas cuando se insinúan furtivamente por entre las líneas de la literatura académica, así como en los medios populares.

Podemos identificar siete diferentes sesgos dentro de la literatura relacionada. Durante los ochentas, y particularmente, en los tempranos noventas, existió literatura crítica que trató de evitar algunos o todos. (Y por supuesto, siempre ha habido quienes escriben logrando evitar exitosamente estos problemas). No obstante, tener una idea de ellos, y por lo tanto, una serie de conceptos que nos posibilitan identificarlos, nos permite sopesar la evidencia de manera más reflexiva. Los siete sesgos son el monolítico, el conservador, el sexista, el etario, el microestructural, el racista y el heterosexista[4].

El *sesgo monolítico* es una tendencia a tratar la familia como una estructura monolítica, enfatizando la uniformidad de la experiencia y la universalidad de la estructura y las funciones, sobre la diversidad de experiencias, estructuras y funciones. El *supuesto* de uniformidad lleva a un proceso de recolección de datos que subrepresenta grandemente la existente diversidad. Por ejemplo, cuando Statistics Canadá no recogía información sobre parejas consuetudinarias, no pudimos saber cuantas existían en realidad y, por lo tanto, no podíamos argumentar que ésta era una subforma socialmente im-

4 Ver Eichler, M. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences.* 2a ed. Gage Educational Publishing, Taranta, 1988, para una discusión en detalle sobre los cinco primeros sesgos, en la cual el sesgo etario es tratado como un subaspecto del sesgo conservador. Yo decidí separarlo del conservador, para poder registrar mejor qué activa el sesgo conservador.

portante de familia. Todavía no sabemos cuántas parejas no viven juntas la mayor parte del tiempo, pues el censo aún asume que las parejas tienen una sola residencia. Tampoco sabernos cuántas parejas del mismo sexo hay, o cuántos padres y madres biológicas no viven con su prole, etcétera.

Otra manifestación del sesgo monolítico se da cuando se confunde una *estructura* particular con el cumplimiento de ciertas *funciones.* Esto se da cuando una persona argumenta que cualquier tipo particular de familia (definida por su composición, e.g., una adulta y un adulto heterosexuales y su prole biológica o adoptiva) es la singular "mejor" forma de familia para lidiar con cualesquiera problemas se hayan identificado, en lugar de examinar cuáles tipos de estructuras podrían más efectivamente habérselas con los problemas identificados. La manera no monolítica de abordar la pregunta de la "mejor" forma de familia es especificar las características deseadas. Por ejemplo, yo anotaría amor y cuidado genuinos, apoyo emocional entre todas las personas de la familia y la capacidad de llenar las diversas necesidades de todas (de residencia, sociales, económicas, sexuales, procreacionales, etc.). Cuando se llenan estas necesidades, tenernos una familia que funciona bien, sin importar su estructura.

El *sesgo conservador* es la concepción romántica de la familia nuclear, en el pasado y el presente. Este obvia los aspectos feos de las relaciones familiares (tales corno la agresión física a las esposas, el incesto y otros tipos de abuso), que fueron, y continúan siendo, muy generalizados dentro de aquella. Se da una denigración simultánea de otras formas de familia[5].

El *sesgo sexista* se expresa de muchas maneras, entre las cuales la más importante es el tratamiento de la familia como la unidad más pequeña de aná-

5 Este sesgo se describió por primera vez en 1983. En aquel momento lo definí parcialmente como "la tendencia ya sea a ignorar en gran medida los cambios recientes, o a tratarlos como efímeros, en vez de comprenderlos como centrales y fundamentales. Esto resulta en el uso de sistemas de análisis que son completamente inadecuados para situaciones nuevas que surgen. Un ejemplo de este tipo de pensamiento sería la tendencia a considerar las familias que se forman de segundos (o terceros) matrimonios, como básicamente iguales a las que se forman de un primer matrimonio, y tratar de analizarlas en términos desarrollados para este tipo de familia" Eichler, M. Nonsexist Research Methods: *A Practical Guide. Allen and Unwin,* Baston, 1988, pág. 2. Hoy pocas autoras y autores negarían lo penetrante, importante y profundo de los cambios en los últimos veinticinco años. Desde ahí la naturaleza de que este sesgo en particular ha cambiado algo. Los criterios descritos son ahora, en su mayoría, comparaciones desfavorables entre las familias de hoy en día y del pasado, e inculpaciones a quienes forman las familias actuales.

lisis, en casos en los cuales en realidad estamos tratando con personas individuales dentro de ella. Está presente en estudios o propuestas políticas que cargan a "la familia" con una tarea particular (como la crianza de la prole o el cuidado de la tercera edad), sin tomar en cuenta quién está en realidad haciendo ese trabajo (usualmente las mujeres) y cómo la asignación de esas tareas afecta diferentemente a hombres y mujeres[6]. Una expresión particularmente drástica se da cuando se asume que existe una división "natural" de funciones entre los sexos[7].

El *sesgo etario* está presente cuando se analizan las interacciones familiares principal o exclusivamente desde la perspectiva de las personas de edad madura, mientras que los puntos de vista de la niñez y de la vejez son ignorados en gran medida o por completo[8].

El *sesgo microestructural* es la tendencia a tratar a las familias como unidades encapsuladas. De esta manera, los comportamientos se explican meramente a partir de la observación de lo que sucede dentro de la unidad, más que de un esfuerzo por entender cómo son afectados aquellos por factores externos. Este sesgo solía tener expresión a través de una inobservancia de las políticas de familia. Esto ha cambiado. Ahora existe mucha literatura sobre diferentes aspectos de ellas. Sin embargo, todavía se dan muchas expresiones de él, al grado de que personas dentro de las familias son culpadas sin ninguna referencia a circunstancias externas (¡parece que no se celebran las fortalezas!). Un ejemplo de esto es cuando la gente se preocupa por "promover dependencia" entre las familias que reciben asistencia social, sin tomar en cuenta la disponibilidad, o no, de trabajo, guarderías y otros apoyos infraestructurales, necesarios para que una persona pueda prescindir de dicha ayuda.

El *sesgo racista* deprecia a familias pertenecientes a grupos cultural o racialmente no dominantes que tienden a ser "racializados". Un ejemplo de esto, particularmente trágico en la historia canadiense, fue el tratamiento a

6 Un análisis reciente del cuidado y atención que da la "familia" argumentaba que "la familia que brinda atención es una cortina de humo detrás de la cual está una figura solitaria, usualmente femenina". Keating, N., et al. "Who's the Family in Family Caregiving?", en *La revue canadienne du vieillisement 13,* no. 2, 1994, pág. 271.

7 Esta es una descripción extremadamente limitada de un importante sesgo.

8 Yo he hecho todos los esfuerzos por evitar todos los sesgos. Sin embargo, el sesgo etario es tan penetrante en la literatura que es imposible de evitar.

los grupos aborígenes. Se internaba a sus niños y niñas en escuelas, dejándolos, de esa manera, separados de sus familias y de su cultura, incluida la lengua. Cuando había problemas de familia, se daban en adopción, usualmente a parejas blancas en Estados Unidos y Canadá, en lugar de hacerlo, como era su tradición, dentro del grupo[9].

El *sesgo heterosexista* es el tratamiento a la familia heterosexual como la "natural", el cual, por lo tanto, niega el estatus familiar a las familias gay y lesbianas[10]. Este incluye el postulado de que la capacidad de crianza se relaciona con la orientación sexual[11].

## II. Tres modelos de familia

### 2.1. El modelo de familia patriarcal

Hacia fines de siglo, el jefe de familia –o sea el marido, en un matrimonio heterosexual– era, sin discusión, el amo del hogar, legal, social y económicamente. Hasta cierto punto, la esposa estaba subsumida bajo la personalidad legal del marido: al casarse asumía el nombre y el domicilio de él, carecía de derechos de propiedad, no podía llevar a cabo negocios, etc. Las mujeres no tenían iguales derechos (no obtuvieron el voto hasta después de la Primera Guerra Mundial). Una mujer sólo podía ser jefa de familia cuando no había ningún adulto varón presente. Todo esto tenía algunas implicaciones grotescas.

Por ejemplo, el hecho de que una casada no pudiera establecer su propio domicilio, significaba que si su marido la abandonaba sin dejar una dirección, ella no podía presentar una demanda de divorcio, porque esto sólo se podía hacer en la provincia del domicilio –!y éste era el de él! Si él se pasaba a otra

9 Ver Johnston, P. *Native Children and the Child Welfare System.* Canadian Council on Social Development in association with James Lorimer, 1983; Monture, P.A. "A Vicious Circle: Child Welfare and the First Nations", en *Canadian Journal of Women and the Law 3,* no. 1, 1989.

10 Ver Ryder, B. "Equality Rights and Sexual Orientation: Confrontation Heterosexual Family Privilege", en *Canadian Journal of Family Law 9.* 1990, para una buena ojeada a algunas de las cuestiones relacionadas con este tema. Ver también Herman, D. "Are we Family? Lesbian Rights and Women's Liberation", en *Osgoode Hall Law Journal 28,* no. 4, 1990.

11 O'Brien, C.A. y Weir, L. "Lesbians and Gay Men Inside and Outside Families", en *Canadian Families, Diversity, Conflict and Change,* eds. N. Mandell y A. Duffy. Harcourt Brace, Toronto, 1995.

provincia sin su consentimiento, la mujer tenía que seguirlo para poder tener un domicilio. En la práctica, esto podía hacerle imposible a ella el divorcio, dadas las implicaciones económicas de estos traslados.

El mundo estaba claramente dividido en una esfera masculina y otra femenina. La ciencia y la religión apoyaban esta visión, que penetraba todos los aspectos de la sociedad, aunque encontraba su expresión más fuerte dentro de la familia. Las leyes y las políticas reforzaban la adhesión a este modelo. Esto era cierto, en mayor o menor grado en Euro-América[12].

Con respecto a los supuestos concernientes al status legal del matrimonio, la probabilidad clara era que un hombre y una mujer se casarían legalmente para ser reconocidos como pareja. Esto no sólo afectaba a la pareja, sino también a su prole: niñas y niños nacidos fuera del matrimonio eran ilegítimos y tenían un diferente –mucho más bajo– status legal que si nacían dentro de esa unión[13]. Personas que hoy se considerarían cónyuges por ley consuetudinaria, tenían escasa protección en lo que respecta a herencias o pensión al separarse. Se les consideraba legal y económicamente extraños.

Casi no había divorcios (en Canadá, en 1900, se registró un total de once divorcios)[14]. El número real de separaciones era considerablemente mayor –los maridos podían abandonar a sus familias (sin rumbo conocido), o podían irse a un domicilio conocido. Esto se conoce como" divorcio migratorio"[15]. La llegada a Canadá de un hombre que tenía una esposa en Inglaterra, Australia u otro, muchas veces era un divorcio migratorio. En tales casos, ni el esposo ni la esposa se podían casar legalmente otra vez, aunque a veces algunos lo hacían. Pero si eran descubiertos, podían ir a prisión por bigamia. Esto significaba que, en efecto, la familia y quienes pertenecían al hogar se consideraban en gran medida idénticos, excluyendo comensales y sirvientes de la fórmula.

Las expectativas de vida eran significativamente más bajas. En 1931, la de un niño varón al nacer era de sesenta años, mientras que en 1993 era de

12 Para una buena descripción de los cambios legales que atañen a la legislación sobre familia en Italia, ver Saraceno, C. "Women, Family, and the Law, 1750-1942", en *Joumal of Family History* 15, no. 4, 1990.

13 Esto significaba que la propiedad se pasaba solo a los herederos "legítimos", y las amantes no tenían derecho a un estatus legal.

14 Ver SnelI, J.G. *In the Shadow of the Law: Divorce in Canada,* 1900-1939. University of Toronto Press, Toronto, 1991, pág. 10, Tabla 1.

15 Ver Pike, R. "Legal Access and the lncidence of Divorce in Canada: A Socio-historical Analysis", en *Canadian Review of Sociology and Anthropology* 12, no. 2, 1975.

setenta y cinco. En 1931, la de una niña era de sesenta y dos, y cerca de ochenta y un años en 1993[16]. Dadas las expectativas de vida más bajas al inicio de este siglo, hombres y mujeres a menudo enviudaban mientras estaban todavía criando a la prole; hoy el número de estos casos se ha vuelto estadísticamente insignificante[17].

En el caso de casarse después de enviudar, el o la nueva cónyuge se convertía en padrastro o madrastra de la prole, con todos los derechos y responsabilidades de una madre o padre biológico. Sin embargo, en el caso de un nuevo matrimonio después de un divorcio, esto es poco probable si el otro padre o madre vive aún y tiene, al menos en potencia, la capacidad de criar, aunque a la distancia.

Varias políticas de apoyo a las familias trataban a éstas como unidades administrativas. Por ejemplo, una esposa no podía recibir asistencia pública si su marido aún vivía y tenía algo de dinero, aunque no viviera con ella y no le diera apoyo económico. Esto tenía relación con la fuerte diferenciación por género de las tareas, en la cual el marido era responsable del bienestar económico de la esposa y la prole, y ella, del cuidado personal del resto de la familia y del trabajo de la casa. Consecuentemente, esposa y prole eran tratados como económicamente dependientes del marido y padre. Esto servía de justificación para una escandalosa discriminación sexual contra las mujeres: las que formaban parte de la fuerza laboral eran a menudo despedidas al casarse, a las personas se les pagaba de acuerdo con su sexo, más que en base al trabajo que realizaban[18], muchos trabajos estaban simplemente prohibidos

16 Para números de 1930, ver Urquhart, M.C. y Buckley, K.A.H., *Hisrorical Statistics of Canada.* 2a. ed. EH. Leacy, editor. Ministery of Supply and Services, Ottawa, 1983; para los de 1993, ver Dumas, J., et al. *Report on the Demographic Situation in Canada. Statistics Canada,* Ottawa, 1995, pág. 17.

17 El que viudas y viudos se volvieran a casar era "históricamente importante cuando la muerte reducía la población adulta, pero ha perdido todo su relieve y ahora les incumbe casi exclusivamente a las personas ancianas. Sólo el 25% de los segundos matrimonios que involucran a viudos ocurre antes de los cincuenta, y los segundos matrimonios de viudos son sólo el 3% de los matrimonios. En el 50% de los casos, los viudos se casan con viudas". Dumas, J. y Peron, y. Marriage and Conjugal Life in Canada. Statistics Canada, Ottawa, 1992, pág.

18 Por supuesto, esto se da todavía hoy (ver Muzzin, L., Brown, G. y Hornosty, R. Gender "Educalional Credentials, Contributions and Career Advancement: Result of a Follow-up Study in Hospital Pharmacy", en *Canadian Review of Sociology al1d Anthropology* 32, no. 2, 1995, para un ejemplo reciente), pero al menos ya no es legal.

a las mujeres, y la educación superior estaba reservada en gran medida para los hombres. Es más, a las mujeres no se les consideraba personas para muchos propósitos (no fueron declaradas personas sino hasta 1929, con el famoso caso *Persons*)[19].

En términos de política social, reinaba el principio de los subsidios. Este asignaba la responsabilidad del bienestar de una persona primero a su familia; si la familia estaba imposibilitada, esa responsabilidad se le asignaba al siguiente nivel hacia arriba, y así sucesivamente. En la práctica, esto significaba que los padres/maridos eran los responsables por el bienestar económico, no solo del propio, sino también del de sus esposas y de la prole dependiente. (Por supuesto, muchas niñas y niños trabajaban por dinero a inicios del siglo veinte, y de esa manera contribuían a la sobrevivencia económica de la familia.) No obstante, los padres estaban investidos de esa responsabilidad. Como las cosas eran así, las familias en que había un padre/ esposo en plenas capacidades no podían optar por ayuda económica, aunque él hubiera abandonado el cumplimiento de sus deberes[20].

Lo contrario aplicaba al cuidado de la prole: la mujer era la responsable de ella, a no ser que se probara que era una madre incompetente. Si se sabía

19 El caso *Persons* involucró a cinco mujeres en Alberta, quienes probaron la constitucionalidad del ser persona femenina peticionando un Decreto de Asamblea (*Order in Council*) para que la Suprema Corte de Canadá regulara esa cuestión. En 1928, la Corte Suprema dictó que las mujeres canadienses no eran personas en el sentido del *British North American Act* y que por lo tanto no eran elegibles al Senado (siendo la solicitud de tener una mujer nombrada en el Senado lo que impulsó este caso). Las cinco mujeres –Emily Murphy, Nellie McClung, Louise McKinney, Irene Parlby y Henrietta Muir Edwards– apelaron al Consejo Privado de Su Majestad (*Majesty's Privy Council*) en Londres, el cual concluyó que las mujeres sí *eran* personas. Para una descripción más detallada del caso, ver Eichler, M. "Social Policy Concerning Women", en *Canadian Social Policy.* 2a ed. S.A. Yelaja, editor. Wilfrid Laurier University Press, Waterloo, 1987, págs. 139-56.

20 En 1955, los siguientes eran los criterios de eligibilidad para las pensiones a madres en varias provincias: en todas las provincias, las viudas y madres con maridos discapacitados eran elegibles para una pensión materna. Las mujeres abandonadas eran elegibles en todas las provincias menos Nova Scotia. Sin embargo, las mujeres con maridos en instituciones penales eran sólo elegibles en Newfoundland, PEI, Quebec, Saskatchewan y BC; las divorciadas o separadas, sólo en Newfoundland, Ontario, Saskatchewan y BC; y las madres solteras sólo en Newfoundland, Manitoba, Saskatchewan, Alberta y BC; pero no en las otras provincias. Ver Departamento de Salud y Bienestar Nacional, memorandum 1, División de Seguridad Social, 1955, citado por Haddad, J. Women and the Welfare State: *The Introduction of Mothers' Allowances in Ontario in the 1920s*. Tesis sin Publicación, Universidad de Toronto, 1986, pág. 49.

que había cometido adulterio, se le consideraría una madre inadecuada, en cuyo caso el padre se quedaría con la custodia exclusiva. La doble moral imperaba: el adulterio de un marido no lo convertía en padre incompetente[21]. Su capacidad como padre se medía en términos económicos; la de ella como madre, en términos morales, sexuales y sociales.

Es importante darse cuenta de que mientras la asistencia pública se consideraba legítima, en principio, cuando uno de los cónyuges estaba ausente o incapacitado, esto no significaba, necesariamente, que se otorgara. Por ejemplo, en 1937 la *Montreal Unemployment Relief Commission* decidió declarar inelegibles para ayuda a las siguientes clases de mujeres: 'aquellas cuyos maridos están detenidos en instituciones provinciales, aquellas cuyos maridos las hubieran abandonado, y aquellas separadas de sus maridos y que se les hubiera otorgado la pensión (que el marido no hiciera los pagos no tenía importancia). También, al mismo tiempo, se sacó a las madres solteras de la lista[22]. Estas madres y su prole estaban doblemente atrapadas: se les obligaba a depender económicamente de un hombre, y cuando él no cumplía con la manutención, nadie más asumía ese papel.

La homosexualidad era considerada una enfermedad. No era una orientación sexual que se pudiera afirmar con orgullo, ni siquiera admitir con cautela, en la mayoría de los círculos sociales. Por lo tanto, era vista como, o irrelevante a las políticas que afectaban a la familia, (ya que no conducía a la formación de ellas), o como diametralmente opuesta a los valores familiares.

Entonces, para dar forma a estos amplios bocetos, la familia patriarcal se basa en los ocho siguientes principios:

1. La ideología con respecto al género se basa en la noción de esferas separadas, lo cual a su vez resulta en desigualdad de género.

2. El matrimonio legal es el constituyente básico de una familia. Las uniones libres no generan los mismos derechos y responsabilidades que aquel. Niñas y niños de éstas se consideran ilegítimos, sin derechos legales de sus padres varones.

21 La doble moral todavía existe hoy (ver Robinson, I. el al. "Twenty Years of lhe Sexual Revolution, 1965-1985: An Update", en *Journal of Marriage and the Family 53,* 1991). Sin embargo, es menos drástica de lo que solía ser.

22 Snell, J.G. *In the Shadow of the Law: Divorce in Canada, 1900-1939.* University of Toronto Press, Toronto, 1991, pág. 25.

3. En el nivel nuclear, el ser miembro de la familia es tratado de manera equivalente al ser miembro del hogar[23]. En consecuencia, cónyuge se iguala a padre o madre.

4. El hogar familiar se trata como unidad administrativa.

5. El marido es responsable del bienestar económico del hogar. La prole y la esposa son tratados como económicamente dependientes del marido, contribuyan, o no, al hogar con trabajo, remunerado o no.

6. La madre / esposa se ve como la responsable de brindar atención y servicios a quienes lo necesiten dentro de la familia.

7. La sociedad no tiene responsabilidad del bienestar económico de una familia si hay un marido / padre presente, y ninguna responsabilidad de proporcionar cuidados si hay una madre / esposa presente. Sin embargo, si un cónyuge falta o está incapacitado, y si hay descendencia, la asistencia pública se considera legítima (aunque no siempre se otorga).

8. La homosexualidad se ve como una enfermedad o un crimen, y no se reconoce públicamente que existan obligaciones sociales, económicas o legales, entre quienes conforman parejas de un mismo sexo. El asunto se considera irrelevante a las políticas de familia, ya que las parejas de un mismo sexo se ven como antitéticas a la familia nuclear.

### 2.2. El modelo de familia de responsabilidad individual

Desde el cambio de este siglo, la familia y la sociedad han pasado por trastornos importantes, incluyendo varias guerras, una gran depresión y une recesión moderna, la cual es, para todo propósito, otra gran depresión. Las estructuras familiares han evolucionado sustancialmente. En consecuencia, también han evolucionado las políticas.

El cambio más grande se ha dado a nivel ideológico. De ser una sociedad que se basaba en la diferenciación de género, nos hemos convertido en una que se enorgullece de su compromiso con un trato igualitario a los y las individuas, que hace caso omiso de las distinciones de género. Un buen ejemplo de esto es la incorporación de ese principio en la Carta Canadiense de Derechos y Liber-

23 El hecho de que la familia extensa haya predominantemente residido en más de un hogar, tanto históricamente como en el presente, no es importante en este contexto para ninguno de los modelos. El enfoque aquí es en padres y madres y su prole dependiente.

tades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*). Este simple cambio –en sí, resultado de muchos cambios más pequeños– vuelve a las familias al revés, o más bien, al derecho. Por supuesto, no quiere decir que hayamos alcanzado la igualdad de género en ningún sentido real. Es más, muchas / os críticas / os han argumentado que la introducción de la igualdad formal –dar trato igual a las personas a pesar de la continuación de las desigualdades existentes– en realidad ha reforzado las desigualdades existentes. Ha tenido, sin embargo, un gran efecto sobre el Derecho de Familia. Se ha erosionado bastante el estatus privilegiado de las parejas casadas legalmente, con las brechas abiertas por parejas en relaciones de hecho, y últimamente, por las parejas de un mismo sexo. El concepto de ilegitimidad ha sido abolido para todas intenciones y propósitos.

Sin embargo, la mayoría de las políticas todavía consideran como equivalentes el ser miembro de la familia y del hogar a nivel nuclear, aunque a menudo ya no lo son. Esto se discutirá más adelante. Como consecuencia, los núcleos familiares son, para muchos (aunque no todos) propósitos, todavía considerados la unidad básica de administración, lo cual lleva a un número de problemas involuntarios no anticipados.

El Derecho de Familia asigna a esposos y esposas las mismas funciones económicas. Ambos son considerados responsables de su propio bienestar económico, así como también del de su cónyuge y su descendencia. Las esposas ya no son conceptualizadas como dependientes, sino como iguales al marido, y la prole es vista, al menos por el Derecho, como dependiente de ambos[24]. Esto no siempre es así en la realidad económica, social y política. Se asume legalmente que padres y madres son igualmente responsables del cuidado de su prole, aunque en la práctica no es así.

La tendencia reciente del Derecho de Familia, de asumir iguales responsabilidades económicas y de cuidado entre esposas y esposos, madres y padres, deriva directamente del supuesto de la igualdad entre los géneros.

Esto tiene un efecto paradójico: como ambos, padre y madre, se supone tienen capacidad de llenar las funciones de cuidado y de provisión, sigue que ambos tienen capacidad de ambas funciones; de esta conclusión se deduce que

24 Por ejemplo, el *Ontario Family Law Reform Act* afirma: "el propósito de esta sección es reconocer que el cuidado infantil, la administración del hogar y la provisión económica son responsabilidades conjuntas del y la cónyuge y que la igual contribución por los esposos, sea económica u otra, *es inherente a la relación conyugal* para asumir estas responsabilidades..." Énfasis agregado.

una u otro debería poder encargarse de ambas funciones. En contraste, bajo el modelo patriarcal, sólo una persona se suponía que llenaría, o la función económica, o la de atención. Bajo el modelo de responsabilidad individual, se prepara, por lo tanto, el terreno ideológico para un menoscabo de los derechos públicos de un número importante de familias, en especial para aquellas de padre o madre sola, porque no se da crédito al hecho de que una madre o padre necesita apoyo extra en la ausencia de su cónyuge. Dicha redefinición de las responsabilidades sociales no es, por otra parte, neutral en términos de género. Hay muchos más hogares jefeados por madres solas, que por hombres solos. Digo hogares y no familias, porque en la mayoría de los casos, el otro padre o madre está vivo aún. Sin embargo, por la tendencia a tratar como equivalentes el ser miembro de la familia y el ser miembro del hogar, el padre o madre ausente (por lo general el padre) es tratado como si no lo fuera en muchas políticas. Finalmente, las parejas de un mismo sexo van bien encaminadas hacia ser reconocidas como miembras de grupos familiares.

En general, podemos identificar los siguientes principios como subyacentes al modelo de familia de responsabilidad individual:

1. La ideología es de igualdad de género.

2. Los matrimonios legales ya no son la única unidad básica constituyente de una familia. En su lugar, se admite que las relaciones funcionales crean esta unidad básica. En consecuencia, el y la compañera en una relación de hecho se tienen como responsables del sustento económico de una y otro, tanto durante la unión como después de que ésta termina. No existen distinciones legales entre descendencia legítima e ilegítima.

3. En el nivel nuclear, el ser miembro de la familia es tratado de manera equivalente a ser miembro del hogar. Al ser así, cónyuge equivale a padre o madre. Recíprocamente, una madre o padre externo es en gran medida tratado como no padre o no madre.

4. El hogar es tratado como la unidad administrativa normal (con pocas excepciones).

5. Marido y esposa son igualmente responsables del bienestar económico propio, del de el o la cónyuge y del de la prole dependiente. La descendencia es considerada dependiente económica de madre y padre, y el y la cónyuge son considerados económicamente interdependientes, más que una como dependiente y el otro cabeza de familia.

6. Madres y padres son igualmente responsables de proporcionar atención y servicios a quienes en la familia lo necesiten.

7. La administración pública no tiene la responsabilidad del bienestar económico de la familia o del cuidado si está presente o un marido/hombre o una esposa/madre. Se otorgará ayuda temporal si el padre o la madre está ausente o incapacitado / a, pero la presunción básica es que un padre o madre es responsable del bienestar económico y cuidado de la niñez dependiente.

8. Las parejas homosexuales están comenzando a tener reconocimiento como una forma de familia válida.

En los capítulos siguientes, demostraré cómo el modelo de familia de responsabilidad individual es tan inapropiado como el modelo patriarcal, en principio tanto como en la práctica, como base sobre la cual formular las políticas de familia. Los problemas descritos se dan en Canadá y en general, en países altamente industrializados. A pesar de las variaciones en las legislaciones de familia, las tendencias sociales[25], económicas y legales[26] son similares a través de los países altamente industrializados, y están, por lo menos parcialmente, relacionadas a la adopción de alguna versión del modelo de responsabilidad individual[27].

Sin embargo, antes de proseguir con esta crítica, es importante señalar las ventajas que tiene el modelo de responsabilidad individual sobre el viejo modelo patriarcal, ya que existe una fuerte y vocinglera minoría que clama por el retorno al modelo de familia patriarcal. El de responsabilidad individual se basa en la noción de igualdad de género, mientras que el patriarcal se basa en la dominación masculina y la dependencia femenina, con la concomitante doble moral y las dificultades de dejar un matrimonio, aunque sea brutal para la mujer y / o la prole, o a veces para el hombre. El modelo de responsabilidad individual tiene, en principio, capacidad para encajar parejas de hecho y parejas homosexuales, aunque lo haya hecho tan imperfectamente.

25 Inkeles, A. "Modernization and Family Patterns: A Test of Convergence Theory", in *Conspectus of History 1,* no. 6, 1981; Popenoe, D. "American Family Decline, 1960-1990: A Review and Appraisal", *Journal of Marriage and the Family 55,* 1994.

26 Glendon, M.A. *The New Family and the New Property.* Butterworths, Toronto, 1981.

27 Fineman, M. *The Nur/ured Mother, the Sexual Family and Other Twentieth-Century Tragedies.* Routledge, New York, 1995, hace una mordaz crítica de aspectos de este modelo sin usar esta terminología en particular.

La añoranza por un regreso al modelo patriarcal se basa en una visión nostálgica de ese tipo de vida familiar. Aquel es irreal y activamente dañino: al dar a conocer una versión idealizada de familia que no corresponde a la gama de familias en existencia hoy en día (ni en el pasado), y hacer presión para que haya políticas que privilegiarían este tipo de familia sobre otros tipos, el modelo patriarcal en realidad exacerba la situación de familias que ya tienen problemas. Sus proponentes manejan un sesgo conservador que obvia los problemas de la violencia y la dominación. Le otorgan a una cierta estructura la capacidad inherente de funcionar bien, a pesar de la cantidad de evidencia de lo contrario.

Un modelo de familia adecuado debería de conducir a políticas que se dirijan a las necesidades de *todas* las familias. Un buen examen es preguntar a cuáles políticas conduciría un modelo particular para familias de padre o madre sola y primeras familias de las cuales el o la ex cónyuge se ha vuelto a casar. Si el modelo no puede servir adecuadamente a estos tipos de familia tan comunes, definitivamente no es apropiado para los tiempos presentes.

Por ejemplo, afirmar que una familia consiste de "un hombre y una mujer casados viviendo con su descendencia dependiente"[28] deja a la primera familia de este hombre (si es divorciado y tiene una niña del primer matrimonio) como una no familia. Ello justifica y legitima un sistema de políticas sociales y de impuestos, que en muchos casos condena a su prole con la primera esposa, a la pobreza con todas sus muchas desventajas sociales. En el caso de una pareja de lesbianas con hijas e hijos, la homofóbia virulenta que acompaña el modelo patriarcal envenena la atmósfera para infantes y adultas que viven en dicha familia. Finalmente, continúa restringiendo las relaciones familiares a parejas, padres y madres, ignorando que otros agrupamientos pueden también efectuar funciones familiares[29].

28 Gairdner, W. D. The War Against the Family: A Parent Speaks Out on Political, Economic and Social Policies that Threaten Us All!. Stoddart, Toronto, 1992, pág. 59.

29 Ver el capítulo 7 para una discusión de las relaciones familiares entre no parientes.

## III. El modelo de familia de responsabilidad social

El modelo de responsabilidad social sería una alternativa tanto al modelo patriarcal como al de responsabilidad individual. Este modelo se desarrollará en las páginas siguientes.

### 3.1 La ideología concerniente a la igualdad de género

La ideología de igualdad de género no es un asunto lineal. Tanto Popenoe como Okin confiesan su adhesión a dicha ideología, con formas ampliamente diferentes de intentar implementarla, mientras que Fineman profesa desilusión con ella y la manera en que en la actualidad se pone en práctica en el Derecho. Sin embargo, es imposible argumentar a favor de la desigualdad de género porque la igualdad es constitucionalmente mandada, y porque la desigualdad de género es la base ideológica del modelo de familia patriarcal, con todos sus efectos horrendos sobre la infancia y las mujeres. La tarea es ingeniarse una forma de habérselas con la igualdad de género de manera que evite los problemas inherentes al modelo de familia de responsabilidad individual; esto no se debe traducir en un acercamiento género-neutral. Más bien, cualquier abordaje legal o político basado en la igualdad de género necesita ser no-sexista (o sea, que evite todos los problemas del sexismo). Esto, sin embargo, no nos proporciona aún una visión de una sociedad igualitaria *en principio.*

Los modelos existentes, aunque de gran ayuda para ciertos propósitos, por sí solos no ofrecen una visión de cómo sería una sociedad basada en la igualdad de género. ¿Necesitarnos esa visión, cuando lo que nos interesa es la política de familia? Creo que sí. El fracaso de la legislación neutral en cuanto al género –lo cual sería una solución obvia en muchos casos si viviéramos en una sociedad en la cual la igualdad de género fuera la norma– nos alerta a la necesidad de que no podernos esperar plena igualdad de género en el nivel más bajo de organización en la sociedad (la familia) cuando esta está ausente en el nivel más alto (la nación y el mundo).

Las familias no son microcosmos aislados. Son estructuras organizacionales en las cuales la mayoría de las personas viven gran parte de sus vidas, de ahí su importancia para nuestro bienestar personal. Estas estructuras in-

teractúan con la sociedad en general. Por ejemplo, si no valorarnos el cuidado de las personas dependientes a nivel social, no le daremos crédito cuando estemos definiendo los otorgamientos de pensiones[30], ni lo consideraremos trabajo real para lidiar con el de manera adecuada, etc. Esto tendrá efectos inevitables en quien da esa atención, lo cual, a su vez, afectará las relaciones familiares y le dará forma a la vida que resulte.

### 3.2. La substitución del ideal de la igualdad de género con el ideal de la mínima estratificación

Dado que vivimos en una sociedad compleja, la imaginación falla cuando tratarnos de inventar una sociedad basada en la igualdad para todas las personas que la conforman (siendo el sexo, aunque el más universal, sólo uno de los criterios alrededor de los cuáles se estratifican las sociedades)[31]. La formulación más simple sigue siendo aquella en el Manifiesto Comunista: "De cada uno (o una) de acuerdo con su capacidad, para cada uno (o una) de acuerdo con sus necesidades"[32]. Pero aún con esta fórmula, ¿quién determina qué es una "necesidad"? ¿Es el acceso a materiales artísticos, o a la privacidad, una necesidad tan importante como la comida, el abrigo y el techo? ¿Existe una jerarquía de necesidades? ¿Quién define cuál es esa jerarquía? ¿Quién valora la capacidad? Si una persona es talentosa pero vaga, cuáles son sus capacidades? ¿Debe la vagabundería considerarse una característica natural, o se deberá obligar a la gente a contribuir de acuerdo con su potencial? ¿Quién determina cuál es ese potencial? Una puede imaginarse la cantidad de casos legales centrados en estos asuntos.

Aún bajo las condiciones más simplistas, entonces, es difícil imaginar cómo sería una sociedad igualitaria. Vivimos en una sociedad compleja, basada en una compleja división del trabajo, la cual exige a la gente desarrollar

30 Ver Cassels, J. *Pension Credits for Unpaid Work: A Discussion Paper.* Trabajo sin publicación, Universidad de Victoria, 1995.

31 Hasta en la ficción existen pocos ejemplos de sociedades en que hay dos sexos solamente que no están estratificadas por sexo; cf., Eichler, M. "Science Fiction as Desirable Feminist Scenarios", en *Womens Studies lnternational Quarterly 4,* no. 1, 1981.

32 Marx, K. *Selected Writings in Sociology and Social Philosophy.* Penguin, Harmondsworth, 1961, pág. 263.

habilidades especializadas. Por ejemplo, una agricultora no puede hacer el trabajo de un piloto sin entrenamiento especializado. La diferenciación es un aspecto necesario de cualquier sociedad compleja. La diferenciación, sin embargo, inevitablemente lleva a la estratificación (Holter, 1970). Por lo tanto, es inevitable en una sociedad compleja, cierta medida de desigualdad. De esta manera, nuestra meta varía de ir hacia una sociedad basada en la igualdad, hacia una en la cual la desigualdad está minimizada. La tarea, entonces, ha girado, de imaginar una sociedad basada en la igualdad, hacia imaginar una sociedad mínimamente estratificada.

### 3.3. La conceptualización de una sociedad mínimamente estratificada

El primer paso es darse cuenta de que el fenómeno de la desigualdad/igualdad es multidimensional bajo todas las circunstancias. Si podemos definir las dimensiones prominentes de la desigualdad, habremos dado un paso hacia la definición de una sociedad mínimamente estratificada. Las siguientes doce dimensiones no son exhaustivas, pero son importantes sin duda:[33]

1. Duración de la vida.
2. El propio cuerpo.
3. Valor humano.
4. Procesos reproductivos.
5. Trabajo.
6. Propiedades.
7. Servicios.
8. Conocimiento e información.
9. Poder político.
10. Estilos de vida.
11. Representaciones simbólicas.
12. Relaciones afectivas.

Estas dimensiones se pueden utilizar para hacer preguntas empíricas. ¿Existen diferencias en las probabilidades de sobrevivencia basadas en raza,

33 Estas dimensiones fueron desarrolladas primero, en Eichler, Nonsexist Research Methods, *op. cit.* Fueron deducidas de una amplia cantidad de literatura que trata de desigualdades de todo tipo.

sexo, orientación sexual, religión, antecedentes étnicos, etc.? ¿Hay diferencias en el acceso a varios tipos de empleo, y cuáles son las condiciones de trabajo dentro de estas ocupaciones? ¿Qué posibilidades tiene una persona dentro de un determinado grupo, de ejercer poder político? Si la característica bajo escrutinio no predice el nivel que ocupará una persona dentro de una dimensión en particular, entonces la sociedad está mínimamente estratificada *a lo largo de esta característica en particular.*

Podernos pensar de éstas dimensiones como en una cañería. Si uno de los tubos (una dimensión) es muy largo y delgado, habrá mucha desigualdad en esta dimensión. Por ejemplo, cuando la renta más alta en una sociedad es de $20 millones al año y la más baja de $4 mil, la dimensión de propiedad es muy larga y delgada. Si el sistema de impuestos gravase con el 100% a todas las rentas sobre el límite de $100.000, y subiese la renta más baja a 10.000, acercaría más los extremos. La dimensión de propiedad se condensaría para verse corno un rollo gordo, más que como una manguera delgada. Por lo tanto, una de las maneras de reducir la desigualdad, es disminuir las diferencias dentro de cualquier dimensión, o en todas.

El otro aspecto concierne al grado en que se comunican los diferentes tubos. Si se comunican muy bien, una persona o grupo se encontrará más o menos al mismo nivel en todas las dimensiones, sea abajo, al centro, o arriba. Esto significa que el status de una persona en una de las dimensiones se traslada al que tiene en otra –y de esta manera contribuye a un alto grado de estratificación. En contraste, cuando el status de una persona en una dimensión no tiene relación con el que tiene en otra, sugiere que existe menos estratificación.

Nuestra definición formal de estratificación mínima es la siguiente: *una sociedad o institución está mínimamente estratificada si (1) dentro de cada dimensión de estratificación, la desigualdad ha sido reducida a su posible mínimo, y (2) si la colocación de una persona dentro de una dimensión no tiene efecto en su colocación dentro de otra.*

El primer componente de esta formulación propone la estratificación mínima como un objetivo móvil. Por ejemplo, muchas discapacidades son fuentes naturales de desigualdad. Sin embargo, a medida que los medios tecnológicos se hacen asequibles para reducir la estratificación –sillas de ruedas, por ejemplo– podríamos necesitar disposiciones para acomodar las sillas de

ruedas (legislación para que haya rampas u otros medios de acceso para la gente que las usa) para minimizar el acceso desigual a los servicios.

El segundo componente de nuestra definición de estratificación mínima se dirige al hecho de que la desigualdad es inevitablemente un fenómeno multidimensional. Si la gente está agrupada en posiciones altas (elite), o posiciones bajas, *a través* de varias dimensiones, existe un alto grado de estratificación. Si las personas que no tienen trabajo, o que tienen acceso sólo a trabajos mal remunerados, con poca autonomía, también son pobres, tienen una más baja expectativa de vida, son generalmente tratadas como si tuvieran menor valor humano, su reproducción está controlada por otras (e.g., por medio de esterilización involuntaria), no tienen, o casi no tienen, propiedades, tienen menor acceso a servicios que la gente en posiciones más elevadas, tienen poco acceso al conocimiento, etc., hay un alto grado de estratificación. En contraste, indican menos estratificación: el acceso gratuito a servicios de salud para todas las personas por igual; la educación gratuita (desde el kindergarden hasta la educación superior); fácil acceso a diversas fuentes de conocimiento en bibliotecas públicas, e importantes instituciones dentro de una sociedad, como leyes, gobierno, etc., que tratan respetuosamente a todas/os como iguales.

Una sociedad estaría minimamente estratificada por sexo si:

- mujeres y hombres tuvieran la más alta posible duración de vida biológica
- tuvieran igual control sobre sus cuerpos
- se consideraran y fueran tratadas/ os como de igual valor humano
- tuvieran igual control sobre sus procesos reproductivos
- tuvieran igual control sobre la propiedad
- tuvieran igual acceso a todo tipo de trabajo e igual grado de control sobre las condiciones de trabajo
- tuvieran igual acceso a todos los servicios gratuitos y pagos, y recibieran igual cantidad de servicios que los que dan
- tuvieran igual acceso a la creación de conocimiento y su transmisión, incluidas todas las formas de educación e información (incluyendo la capacidad de definir qué cuenta como noticia o como información de importancia general)
- tuvieran igual oportunidad de ejercer poder político

- tuvieran el mismo grado de control sobre su estilo de vida cotidiano
- tuvieran igual control sobre las representaciones simbólicas en las imágenes religiosas, ritos de iglesia, ritos seculares (e.g., el otorgamiento de medallas, honores, órdenes, etc.), en representaciones visuales (e.g., pornografía, erotismo, videos, películas, anuncios, carteleras, estatuas públicas, estampillas, etc.), en retratos verbales (poesía, ficción, ensayo, biografía, etc.)
- y en lo que respecta a la simetría o la asimetría de las relaciones afectivas

Las relaciones afectivas pueden ser muy importantes desde el nivel familiar hasta el nivel nacional. Sin embargo, el asunto es si los afectos son o no simétricos o asimétricos. En general, la parte a quién le importa menos tiene más poder dentro de una relación, que la parte a la que le importa más. Canadá, por ejemplo, se preocupa más por lo que Estados Unidos piensa sobre ella, que a la inversa. Para nuestros fines, esta dimensión no es relevante en el contexto de las políticas.

No hemos alcanzado el nivel de igualdad de género descrita, pero sin embargo, la existente hoy es considerablemente mayor que la que existía cien años atrás. Este acercamiento también nos permite comparar diferentes tipos Y grados de desigualdad de género entre varios países, e.g., Arabia Saudita y Canadá. Si fuéramos a contestar las preguntas para las mujeres en Arabia Saudita y Canadá, encontraríamos que en la mayoría de las dimensiones (y quizá en todas), la desigualdad de género es más grande en Arabia Saudita que en Canadá.

### 3.4. La familia bajo la mínima estratificación

#### La mínima estratificación a nivel social y familiar

Para poder decir que las familias se basan en la igualdad, necesitamos demostrar que en la sociedad hay mínima estratificación con base en el sexo y el status conyugal[34]. Como hemos visto, esto es lejano de la realidad. Sin em-

34 Esta es una doble simplificación deliberada. Las familias están organizadas por edad y género. He omitido la edad –y por lo tanto también la importante estratificación que se da entre la niñez y las personas adultas. y entre éstas y la vejez– para poder concentrarme en el género. También he puesto en una misma clase la estratificación que se da en base al estatus madre/padre. Hasta donde inte-

bargo, todavía necesitamos considerar la respectiva posición de cónyuges como cónyuges.

**Igualdad/desigualdad entre cónyuges**

La pregunta es, entonces, si las personas son iguales con respecto a las varias dimensiones listadas previamente *en su capacidad como cónyuges.* Este análisis se puede llevar a cabo para parejas específicas, o para parejas en general. Yo analizaré la desigualdad/igualdad para parejas en general, y restringiré la discusión a parejas heterosexuales, por el momento.

En lo que respecta a la duración de la vida, ¿hay algo en el matrimonio que reduce o aumenta la duración de la vida de esposos y esposas? Como Jessie Bernard[35] argumentó hace un cuarto de siglo, el matrimonio es bueno para los hombres. Los casados tienden a vivir más tiempo que los solteros. No pasa lo mismo con las mujeres. La información reciente sugiere un leve nivelamiento de este efecto, pero en general esta relación todavía se mantiene[36].

ractúa con el género (ser madre versus ser padre), se tomará un tanto en cuenta. Sin embargo, se podría hacer el análisis completo alrededor del status madre/padre. He escogido no hacerlo para mantener la relevancia de este acercamiento para los tres modelos en consideración.

35 Bernard, J. The Fufure of Marriage. Bantam, New York, 1972. of Marriage and the Family 5/, 1989. Utilizando la misma información establecida y con un enfoque en el suicidio, Trovato encontró que "el cambio de soltero a casado produce más reducción en el riesgo de suicidio para los hombres que para las mujeres". Trovato, F. "Sex, Mrntial Status and Suicide in Canada: 1951-1981", en Sociological Perspectives 34, no. 4,1991, pág. 137 y ver también pág. 440.

36 La hipótesis de Samuelsson. G. y Dehlin, O. "Family Network and Mortality: Survival Changes through the Lifespan of an Entire Age Cohort", en *Intemational Journal of Aging and Human Development 37,* no. 4, 1993, de que las redes de recursos de las familias normalmente benefician más a hombres que a mujeres, fue apoyada por el primer estudio longitudinal de un cohorte total nacido en una localidad sueca. "Los hombres solteros y los divorciados, y también los viudos, tienen menores tasas de sobrevivencia comparados con mujeres en estas mismas categorías. El descubrimiento de que la viudez y el divorcio eran factores "positivos" para la sobrevivencia de las mujeres también parecería estar de acuerdo con esta perspectiva". Idem., pág. 290.

Al examinar una muestra representativa de alemanes en la vieja República Federal Alemana (antes de la integración de la anterior República Democrática Alemana), Klein encontró que la viudez aumenta el riesgo de mortalidad por un factor de 1.5, y el divorcio por un factor de 2.1. Klein, T. "Soziale Determinanten der Lebenserwartung", en *Kolner Zeitschrift fuer Soziologie und Sozialpsychologie* 45, no. 4, 1993. Sin embargo, encontró que las mujeres también corren un mayor riesgo de mortalidad por un factor de 1.7, aunque no existe diferencia entre ser viuda o divorciada.

Por supuesto, hay otros factores además del matrimonio, que influencian la expectativa de vida. Por ejemplo, la gente más pobre tiene expectativas de vida más bajas que la gente rica. En Rusia entre 1990 y 1993, se dio una espeluznante caída de cinco años en la expectativa de vida, la cuál sólo puede explicarse por la rápida transición social que ha experimentado desde 1990[37].

En contraste, el control sobre el propio cuerpo está íntimamente ligado al matrimonio. Hasta 1983[38], en Canadá, un hombre tenía derecho legal a tener acceso al cuerpo de su esposa con fines sexuales, lo quisiera ella o no - en otras palabras, él podía violarla legalmente[39]. Esto cambió cuando la violación marital se convirtió en crimen[40]. La violación es sólo una forma de usar el cuerpo de otra persona para propósitos propios. La violencia física es otra. Como hemos visto, las mujeres son más propensas a ser atacadas por sus citas, novios, compañeros o maridos y a menudo, por sus ex novios y ex maridos.

Operacionalizar (transformar) el valor humano en variables mesurables es difícil. A nivel societario, podemos estudiar la existencia, la extensión y grado de protección activa y efectiva de las leyes de derechos humanos. A nivel familiar, la ley actual asume que esposas y esposos son de igual valor, en la medida que supone igual responsabilidad y capacidad. Ya no asume que el varón es el "amo" de la esposa o el "cabeza" de familia, como era bajo el modelo patriarcal. El que entre cónyuges se den o no igual valor es una pregunta estrictamente empírica que varía de pareja en pareja.

Examinando todas las muertes canadienses entre 1951 y 1981,Trovato y Lauris encontraron que de un cabo al otro, el matrimonio era más beneficioso para los hombres que para las mujeres en la reducción de la mortalidad. Trovato, F. y Lauris, G. "Marital Status and Mortality in Canada: 1951-1981", en *Journal*

37 En 1990, la expectativa general de vida era de 69.2 años y en 1993 era de 66. Separadas por sexo, era de 63.8 en 1990 y de 59 en 1993 para los hombres. Para las mujeres, era de 74.3 en 1990, y de 73 en 1993. Los números vienen del Informe Nacional para la Cuarta Conferencia sobre la Situación de las Mujeres (en ruso), Moscú, 1994, pág. 24. Esta información fue traducida y suministrada por Yevgeni Issraelyan.

38 Bala, N. *Legal Principies for Families. Children and Youth: A Discussion Paper. Department of Justice,* Ottawa, 1995.

39 Para un análisis de la prevalencia, naturaleza y seriedad de la violación marital, ver Russel, D.E.H., *Rape in Marriage.* Collier Books, New York, 1982.

40 Ver también Kaganas, F. y Murray, C. "Law Reform and the Family: The New South African Rapein-Marriage Legislation", en *Jornal of Law and Society 18,* no. 3, 1991, para una interesante discusión sobre el debate alrededor de este asunto en África del Sur.

En lo concerniente a procesos reproductivos, la igualdad toma dos formas: poder reproducirse si una quiere y tiene capacidad para hacerlo, o no reproducirse si no lo quiere. Cualquiera de los cónyuges puede prevenir la reproducción si ambos sexos tienen acceso igual e *independiente* a la contracepción, o si ambos están en iguales posibilidades de rehusar tener relaciones sexuales. Para las mujeres, el acceso al aborto es crucial[41]. Para concebir un niño o una niña, se necesita, ya sea la cooperación activa de una pareja, o el poder de una persona (presumiblemente el varón) para forzar a la otra. Como la reproducción necesariamente involucra al menos[42] a dos personas, no puede haber tal cosa como el "derecho a reproducirse" *individual* [43].

El trabajo incluye el acceso a todo tipo de empleo, control sobre sus condiciones, así como la ejecución de tareas no remuneradas. Como las mujeres continúan teniendo desventaja en el mercado laboral, no hay igual acceso a todas las clases de trabajo para hombres y mujeres. El control sobre las condiciones laborales tiende a ser asociado con más autonomía en los empleos de más alto nivel. Las mujeres tienen menor acceso a empleos de alto nivel, y por lo tanto, menor control sobre las condiciones de trabajo que los hombres. Si las mujeres varían sus aspiraciones profesionales porque tienen que moldear sus propios empleos alrededor de aquellos de los maridos, o por las

41 Hasta después de la Segunda Guerra Mundial, el aborto estaba restringido casi en todas partes. Las leyes sobre aborto fueron liberalizadas en la mayoría de los países de Europa del Este y Central en los años cincuenta, y en la mayoría de los países altamente industrializados durante los sesentas y setentas. Algunos países del Tercer Mundo también suavizaron las restricciones al aborto durante este período, entre los cuales los más notorios fueron India y China. Desde la caída del Muro de Berlín, las leyes de aborto en algunos de los países previamente socialistas, se han vuelto más restrictivas. Ver *Childbirth by Choice Trust. Abortion in Law and History.* Toronto, 1992; Boland, R. "Abortion Law in Europe in 1991-1992", en *Journal of Law, Medicine and Ethics 21,* no. 1, 1993; David, H.P. "Abortion in Europe. 1920-91: A Public Health Perspective", en Studies in Family Planning, 23 no. 1, 1992; Funk, N. "Feminism and Post-communism", en *Hypatia 8,* no. 4, 1993; Newman, K. Progress *Postpone: Abortion in Europe in the 1990s.* International Planned Parenthood Federation, London, 1993; Sachdev, P. *Internaliollal Handbook on Abortion.* Greenwood Press, New York, 1988.

42 Las nuevas tecnologías reproductivas pueden involucrar a más gente, aunque el embrión se genere con el óvulo y el esperma de la pareja.

43 La mayoría de las personas tienen una capacidad individual de reproducirse innata que puede (con mala intención o no) ser dañada o quitada. Aunque les neguemos a las personas individuales el "derecho" de reproducirse, puede existir la "capacidad" de reproducirse para las mujeres que utilizan los bancos de esperma.

exigencias familiares, tanto la familia como el mercado laboral reducen el acceso de las mujeres a trabajos mejor remunerados y más prestigiosos. Sin embargo, la cantidad de tales empleos es limitada tanto para hombres como para mujeres. Realistamente, la mayoría de la gente busca un trabajo con una paga y condiciones laborales decentes. El hecho de que quienes trabajan tiempo parcial no tengan igual protección que quienes trabajan tiempo completo, trae desventajas a más mujeres que hombres.

En cuanto al trabajo no remunerado, señalamos antes que las mujeres tienen más probabilidades que los hombres de ejecutar trabajo no remunerado en la familia. Esto tiende a acompañar al matrimonio, y es, por lo tanto, un importante aspecto que persiste de la desigualdad entre cónyuges.

La propiedad incluye todo tipo de bienes –dinero, bonos, acciones y otras propiedades. En realidad, la mayoría de las personas tienen sólo dos tipos principales de propiedad: su capacidad de ganar dinero (que está en función directa del tipo de empleo que tengan) y su casa. Con respecto a los empleos, hemos visto que las mujeres tienden a estar agrupadas en los empleos de menor remuneración y prestigio. Sin embargo, el Derecho de Familia en Canadá decreta que al divorciarse, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio se dividan en partes iguales. A pesar de tan equitativa división, la mujer, en promedio, termina con menos propiedades que el hombre. Existen cuatro factores para esta desigualdad.

Primero, si la más importante propiedad consiste en beneficios relacionados con el empleo (principalmente, la capacidad de ganar a lo largo de la vida), entonces el hecho de que la esposa obtenga la mitad de los bienes acumulados por el esposo durante el matrimonio le hace un reembolso parcial por el pasado, pero la sigue dejando en desventaja para el futuro, desde el día de la separación en adelante. A no ser que reciba manutención personal, ella tendrá que mantenerse con su propio salario. Si el matrimonio le ha dificultado o interrumpido su carrera, esto le afectará para el resto de su vida laboral y hasta sus años de retiro.

Segundo, la esposa, por lo general, tiene la custodia de la prole, y como los bienes se dividen entre cónyuges, y no entre quienes conforman la familia, dos o más personas (esposa e infantes) reciben tanto como una sola (el marido). Tercero, las pensiones para los y las niñas son usualmente inadecuadas, no se ajustan a la inflación, y encima de todo, a menudo se incumplen. Cuarto, aunque el valor de la casa matrimonial se reparte al divorciarse, dadas las probabi-

lidades de que la esposa gane menos, ella tendrá menor capacidad de adquirir una nueva, o de comprar al marido su mitad de la casa común. Si la esposa tuviera un mejor empleo que el esposo, sólo uno de los factores antes mencionados aplica, yes que ella tiene más probabilidades de obtener la custodia de la prole y, por lo tanto, una repartición de bienes por igual le trae desventajas económicas. Sin embargo, el resto de los factores trabajarán a su favor.

Los servicios son gratuitos o pagados. Como se señaló anteriormente con respecto a los gratuitos, los maridos tienden a recibirlos más de sus esposas, que a la inversa. En cuanto a los pagados, ¿cuáles son asequibles a qué precio? ¿Invierte el Estado una cantidad igual del dinero recaudado por impuestos, en servicios para mujeres en sus roles de esposa y madre, que el que se invierte en servicios para hombres en sus papeles de esposos y padres? ¿Qué proporción de ese dinero se gasta en el cuidado infantil, en la administración del hogar y la manutención de familias en general, comparado con lo que se gasta en los servicios que benefician principalmente a los hombres? Por ejemplo, ellas dependen más del transporte público que ellos, sin embargo, los subsidios públicos para automóviles privados son más altos que los subsidios para aquel[44]. ¿Por qué en épocas de crisis fiscal, usualmente se reduce el transporte público, en lugar de trasladar parte del gasto público en los automóviles privados a sus dueños?[45]

Los estilos de vida varían mucho de pareja a pareja. El asunto principal no es quién administra el estilo escogido, sino quién lo escoge. ¿Es una decisión conjunta, o es impuesta por uno de los cónyuges? ¿Controla uno de ellos el estilo de vida de la otra al regular sus actividades, decidir con quién se asocia, planear rutinas diarias, o decidir y establecer los tipos de comportamiento adecuados, etc.?

En esta cultura, las mujeres se encuentran en desventaja cuando se trata de representaciones simbólicas. La mayoría de las estatuas públicas son de hombres. La figura de Dios, en las principales religiones monoteístas, es in-

44 Para ver algunos de los costos públicos relacionados con los automóviles privados, ver Zuckerman, W. *End of the Road: The World Car Crisis and How We Can Solve It.* Lutterworth Press, Cambridge, 1991; Zielinski, S. "Access over Excess: Transcending Captivity and Transportalion Disadvantage", en *Change of Plans: Towards a Non-sexisl Sustainable City.* M. Eichler, ed. Garamond, Toronto, 1995.

45 Se me ocurren varias opciones: se podrían aumentar las tarifas de las licencias (y no los pasajes del tránsito público); se podría aumentar el impuesto a los combustibles; se podrían cobrar peajes a quienes manejan dentro de la ciudad, exceptuando a las personas discapacitadas y las que se dedican a hacer entregas o repartos, etc.

variablemente masculina. Los medios y la publicidad, implacablemente, objetizan el cuerpo femenino. Dentro del matrimonio, el apellido es quizás el símbolo más fuerte. Cuando las esposas conservan el propio, indica igualdad de género; cuando toman el del marido, desigualdad.

Finalmente, las relaciones afectivas dentro del matrimonio son muy importantes. En general, la persona a quien le importa más la pareja está en una posición más débil que a quién le interesa menos. A las mujeres se les enseña, y es esperado socialmente de ellas, que carguen con la mayor parte del trabajo emocional necesario para mantener y sostener un matrimonio. A los hombres se les estimula para que piensen de sí mismos como independientes, y esto puede calar hasta en el ámbito de sus relaciones emocionales[46]. Este aspecto es importante para entender las desigualdades, pero queda fuera del alcance de las políticas públicas ya que obviamente el grado de interés que una persona tenga por una relación, ni debería ni podría ser regulada por el Estado.

Es importante ver la desigualdad como un fenómeno multidimensional. Sirven para reducirla las políticas que, o disminuyen la desigualdad en una de las dimensiones, y/o suben a la cónyuge que en general se encuentra en una posición más baja en varias de las dimensiones, a un nivel más alto en otras. Si nos enfocamos en minimizar las desigualdades que resultan del matrimonio, o de ser madre o padre, en vez de en lograr la igualdad (particularmente aquella que resulta en igual trato), tendremos una fuerte herramienta a mano que nos permitirá evaluar si ciertas políticas crean, mantienen, dejan incólume, o reducen la desigualdad en una situación dada. Nuestro primer componente del modelo de familia de responsabilidad social es, entonces, este: (1) *Existe un compromiso ideológico para reducir al mínimo la estratificación basada en el sexo.*

**El matrimonio como relación legalmente privilegiada**

La Corte Suprema de Canadá ha registrado repetidamente en sus decisiones una defensa al matrimonio heterosexual (legal o de hecho) como una institución que merece ser privilegiada en términos de acceso a ciertos beneficios.

46 Esto no quiere decir que los hombres tengan menor necesidad de relaciones que dan sustento emocional, sino que esta necesidad puede ser menos centrada en una persona en particular, i.e., mientras haya con quién tener la relación, puede ser suficiente.

En *Egan v. Canadá,* un homosexual pidió pensión conyugal, a la cual hubiera tenido derecho de haber sido la persona con quien vivía del sexo opuesto. Al rechazar su demanda, los jueces argumentaron: ...la principal razón de ser (del matrimonio) ... está firmemente ligada a las realidades biológicas y sociales, de que las parejas heterosexuales tienen la capacidad única de procreación, que la mayor parte de la niñez es producto de éstas relaciones, y que es cuidada y atendida por quienes viven en esa relación. En este sentido, el matrimonio es, por naturaleza, heterosexual. Sería posible definirlo legalmente para que incluya a las parejas homosexuales, pero esto no cambiaría las realidades sociales y biológicas que subyacen al matrimonio tradiciona][47].

La pregunta es si la prole es generalmente atendida y cuidada por quienes están en una relación heterosexual. Depende. Si interpretamos esto como que recibe cuidado y atención de aquella misma pareja heterosexual que puso los insumas genéticos, entonces cada vez es menos este el caso, como hemos visto anteriormente, dadas la cantidad y proporción de infantes que nacen de madres solteras[48], o cuyos padre y madre se divorcian o separan. Estos niños y niñas son atendidas principalmente por sus madres, con ayuda de su cónyuge (si lo hay), sea o no esta persona el padre biológico. En el último caso, el paralelo con la situación de las madres lesbianas es sorprendente: en una relación lésbica, la prole es atendida y cuidada por la madre y su compañera (una mujer). Los jueces fusionan los roles conyugales y materno/paternales, lo cual es muy común pero lleva a varias dificultades.

La pensión conyugal es asequible a cualquier pareja heterosexual, sea casada o de hecho, después de que hayan convivido por al menos un año. Como señalan los jueces disidentes en *Egan v. Canada,* la capacidad de procreación es irrelevante en este contexto. Una pareja heterosexual de edad avanzada con un año de convivencia, y que nunca haya criado niñas y niños en conjunto, podrá recibir esta pensión si reuniera los demás requisitos de elegibilidad. Dado el contexto, entonces, la fusión de los roles marital y conyugal es particularmente drástica. El Magistrado La Forest se dirige a esta fusión de la manera siguiente:

No me preocupa el hecho de que no todas estas parejas heterosexuales tengan hijas e hijos. Es la unidad social que tiene la *capacidad* singular de procrear infantes y que generalmente asume su crianza, y como tal se garan-

47 *Egan v. Canadá,* S.C.C., 1995, expediente 23636 Lamer, C.J; La Forest, Gonthier; y Majar, JJ., pág. 4.

48 Muchas de las mujeres y su prole viven en uniones libres y, por lo tanto, deben restarse del total.

tiza el apoyo del Parlamento para llenar sus necesidades. Esta es la única unidad en la sociedad que expende recursos para el cuidado de los y las niñas en forma prolongada y rutinaria ... ya sea que madre o padre dejen el trabajo remunerado o que ambos paguen impuestos extra (after tax dollars) para cuidado infantil, esta es la unidad en la sociedad que fundamentalmente sujeta otras relaciones sociales y otros aspectos de la sociedad[49].

Sin embargo, como hemos visto, *no* es la única unidad que tiene capacidad de procrear, ni es tampoco la única que generalmente asume el cuidado de la niñez. Es más, encontramos una creciente discrepancia entre la paternidad social y la biológica. De existir una unidad única, ésta sería la de madre-infante[50]. No podemos darle privilegios a las parejas casadas o heterosexuales en general, para promover un buen cuidado infantil o más grandes beneficios sociales para la sociedad.

Ya no podemos justificar los beneficios a parejas, casadas o de hecho, solamente porque crían a la niñez para el Estado, porque las relaciones heterosexuales (legales u otra) ya no son una variable relacionada necesariamente con la crianza infantil. ¿Existen otras razones para privilegiar a las relaciones de pareja? El Magistrado LaForest cita una segunda función de esta relación: "es la unidad en la sociedad que forma la base fundamental para otras relaciones sociales y otros aspectos de la sociedad".

Existe notable evidencia de que las relaciones íntimas de las personas sirven como anclas para otras relaciones e influencian cómo una experimenta otros aspectos de la sociedad. Cuando se trata de adultas/os que ni son dependientes ineludibles, ni están en estado de dependencia derivada (de dar cuidado a tiempo completo), surgen al menos dos cuestiones separadas. ¿Es de interés para el Estado alentar a las personas adultas para que vivan juntas? ¿Por lo tanto, debería haber beneficios para aquellas que están en dichos arreglos? ¿Crea el vivir en pareja una obligación de mantenerse el uno a la otra más allá de la duración de la unión? Más adelante hablaré de este punto. Aquí me mantendré dentro de la primera pregunta.

49 Egan y Nesbit v. *the Queen,* 1995, párr. 25.

50 Esto está cambiando con las nuevas tecnologías reproductivas, pero en términos puramente numéricos alrededor del mundo, todavía podríamos considerar que esta es la única unidad en lo concerniente a la congruencia entre maternidad/paternidad social y biológica. También es la única unidad en la cual la mayor parte del cuidado infantil es proporcionado por la madre.

Habiendo dispuesto del argumento de que la función del cuidado infantil se lleva a cabo sólo dentro de las familias heterosexuales nucleares, la pregunta es si la función de "anclar" es suficiente para asegurarles un status especial a las relaciones heterosexuales. Si la respuesta es *no,* involucraría un cambio de política que mejoraría la situación de algunas parejas y sería desventajoso para otras; aquellas a las que se les reducen los beneficios por su renta familiar ganarían, mientras que aquellas que reciben beneficios simplemente con base en su relación de pareja (e.g., exención conyugal) perderían.

Si, por otro lado, una quiere argumentar (y ese argumento se justifica también) que es beneficioso para la sociedad que las personas vivan juntas en agrupaciones de apoyo, sugeriría que todas éstas, sin importar los sexos de las personas adultas, deberían ser privilegiadas. Además, se podría argumentar que las agrupaciones de más de dos que decidan vivir interdependientemente deberían por igual ser elegibles para los mismos (prorrateados) beneficios que las parejas, heterosexuales y homosexuales, casadas o no. En cualquier caso, no hay razón para privilegiar las uniones heterosexuales y no las otras. Nuestro segundo componente del modelo de responsabilidad social de la familia es: *(2) Las relaciones funcionales constituyen una unidad familiar. El matrimonio legal está incluido pero no es más privilegiado que otras relaciones.*

**Supuestos sobre la incongruencia/congruencia en el ser miembro de la familia/hogar y roles conyugales**

Como hemos visto en capítulos anteriores, la incongruencia entre el ser miembro de la familia y del hogar es generalizada y no muestra señales de disminuir. El basar las políticas en una *suposición* inexacta de la realidad trae problemas. El acercamiento más razonable sería, por lo tanto, el de no hacer tales supuestos. Sin embargo, este no es asunto fácil. Es necesario ver las relaciones familiares a través de los hogares, así como también dentro de los hogares.

Dado que padres y madres tienen responsabilidades con su prole, no hay razón para que dicha responsabilidad cese si uno de ellos ya no vive con sus hijas e hijos[51]. Debemos conceder que el padre o la madre que no comparte un hogar con su prole, aún tiene responsabilidades económicas con ella.

51 Sin embargo. los derechos paterno/maternales del padre o la madre que no convive se verán negativamente afectados. porque de otra manera, el padre o madre que tiene la custodia no puede llevar

El asunto se complica más con respecto a cónyuges de madres (o padres) que tienen la custodia (padrastros y a veces madrastras). Los padrastros y madrastras adquieren derechos paterno/maternales parciales por medio de su comportamiento de cuidado real. Con respecto a las obligaciones de manutención de la prole después de la disolución de la unión, parece sensato adjudicar cierta responsabilidad a los padrastros (o a las madrastras) *dependiendo de la duración de la relación y la edad de los y las niñas*. Una regla empírica en potencia podría ser que las obligaciones de manutención para hijas e hijos no-biológicos no debería exceder la duración de la unión[52]. Ya que las obligaciones del padre biológico continuarían sea como sea, algo de mantenimiento sería asequible. Cómo se traduciría esto a políticas prácticas si, por ejemplo, el padre biológico estuviera ausente o fuera pobre y el padre social fuera rico, se discutirá en el próximo capítulo. El tercer componente del modelo de familia de responsabilidad social es este: *(3) En el nivel nuclear el ser miembro de la familia y el ser miembro del hogar pueden ser, pero no se asume que lo sean, equivalentes. Por lo tanto, lo marital no se identifica automáticamente con paternazgo/maternazgo, y éstos no se identifican inmediatamente con lo conyugal.*

### 3.5. La unidad de administración

Dado que ya no existe un supuesto de equivalencia entre el ser miembro del hogar y de la familia, no tiene sentido tomar el hogar como la unidad de administración para la mayoría de los propósitos. (Hay algunas excepciones, como las cuentas de detalles de consumo en el hogar: residencia familiar, servicios, etc.) En su lugar, deberíamos tomar a la persona individual como la unidad de administración. Esto no es ni rebuscado ni diferente de lo que

a cabo, adecuadamente, su rol materno (o paterno), así como tampoco vivir su vida sin trabas que le pondrían decisiones del o la excónyuge. Ver el razonamiento del Magistrado Abella en MacGyver v. Richards (1995), *11 R: F: L: (4º), Ont. C.A.*

52 Si un padrastro/madrastra continúa pagando voluntariamente, no hay problema, por supuesto. Si un padrastro/madrastra desea continuar su contacto social con la prole, y esta desea lo mismo, en principio, esta relación se debe alentar, si es beneficioso para los y las niñas –sin importar si el padrastro/madrastra paga o no manutención. De hecho, esto es lo que pasa con muchos/as padres/madres biológicas (principalmente padres) hoy en día. Solamente alrededor del 16% paga pensión, pero alrededor del 50% mantiene algún contacto con la descendencia, lo cual significa que hay una substancial minoría que mantiene algún vínculo sin pagar manutención.

Canadá hace hoy o hizo antes en algunos casos. El actual sistema canadiense de seguridad en salud funciona con base individual: o sea, cada ciudadana/o y residente permanente tiene derecho al acceso a los servicios de salud básicos *como individua/o.* Las y los niños están registrados como descendientes de su padre y madre, pero tienen acceso a los servicios *en derecho propio.* Si se fueran a vivir con una tía, padrino, o madre de crianza por un año, aún tendrían derecho a servicios de salud.

De manera similar, la asignación familiar se le pagaba a la persona que brindaba las atenciones principales (la madre), *a no ser que quien los brindaba fuera otra persona,* en cuyo caso se le pagaba a esa otra persona. En otras palabras, la asignación familiar iba ligada al o la infante, e iba con ella si la persona que la cuidaba cambiaba[53]. En el presente, "el sistema canadiense de impuesto a la renta se está moviendo, de enmienda en enmienda, hacia un sistema basado en el estado civil"[54]. La tributación individual, comparada con la de pareja, "asegura la autonomía y ayuda a que las mujeres tengan mayor igualdad al aligerar los costos de las oportunidades tributarias del matrimonio"[55].

Un sistema similar se podría adoptar para las personas adultas que necesitan atención: la asignación para ésta va ligada a ellas como individuos. Si tienen la capacidad de decidir, ellas definen a quién se le paga, sea a alguien de la familia o alguna otra persona. Si no pueden tomar ésa decisión, la asignación por cuidados va a la persona que se los está dando. Esto eliminaría el ir y venir entre el familismo y el individualismo y le permitiría a los y las familiares proporcionar el cuidado a los y las dependientes ineludibles sin ser penalizados económicamente por ello. El cuarto componente del modelo de familia de responsabilidad social es, por lo tanto: *(4) La persona individual es la unidad de administración (con pocas excepciones).*

53 Desde entonces, lo que antes era la asignación familiar se ha incluido en el *Child Tax Credit,* que se basa en los ingresos familiares, y por lo tanto inclina la balanza hacia un trato a la familia/hogar como la unidad de administración.

54 Maloney, M. "Women and the Income Tax Act: Marriage, Motherhood and Divorce", en *Canadian Journal of Women and the Law 3,* no. 1, 1989, pág. 187.

55 Idem., pág. 191. No concuerdo con todas las propuestas de Maloney. Específicamente, estoy en desacuerdo con su posición sobre la renta imputada –la tributación del trabajo doméstico de la mujer (ver págs. 192-203). Ella no toma en cuenta la doble naturaleza del trabajo no remunerado que se hace en la casa: trabajo útil a la sociedad (el cuidado de dependientes ineludibles) y el trabajo útil a lo privado (servicios y cuidado de adultos en plena capacidad física y mental).

**Los supuestos que atañen a la dependencia/interdependencia económica y la provisión de atención**

Primero, tenemos que diferenciar las distintas formas de dependencia. Están: la dependencia ineludible con su correlativo de dependencia derivada; la interdependencia que se crea cuando se convive y se mezclan asuntos; la dependencia temporal, como cuando una persona adulta decide estudiar y se hace económicamente dependiente de otra. Esta dependencia no es ni inevitable ni derivada, ni tampoco se da necesariamente en un contexto de interdependencia (la cual implica contribuciones mutuas), pero es, sin embargo, real e importante.

Los y las dependientes ineludibles incluyen a la niñez, y a personas adultas que necesitan atención por enfermedades crónicas o temporales, discapacidad, senilidad, etc. Bajo el modelo de sociedad de responsabilidad individual, el cuidado de estas personas es deber de la familia. Generalmente se convierte en responsabilidad de las mujeres dentro de la familia (en la práctica, aunque no por ley). De esta manera, se conceptualiza como una tarea privada, una parte del "trabajo doméstico" o "trabajo de familia". El concepto de trabajo doméstico se refiere al trabajo no remunerado que ejecuta una persona de la familia o del hogar para otra de ellas, o para ella misma, e incluye el mantenimiento y las funciones de servicios personales[56]. Se han propuesto muchas otras definiciones, pero usualmente el trabajo doméstico o de familia se define por la naturaleza de la tarea: instrumental, como limpiar y comprar; emocional, como la subsistencia y guía a las personas allegadas; trabajo exterior (e. g., de jardín) y de interior (e. g., barrer); tareas diarias repetitivas, como la preparación de la comida; las no frecuentes ni repetitivas, como arreglos menores, etc.

Si vemos la imagen con un par de lentes diferentes y nos preguntamos quién se beneficia del trabajo no remunerado que se hace en casa, veremos un cuadro bastante diferente –una parte del trabajo tiene *utilidad social,* y otra, privada. Un simple test sirve para identificar cuál es cual: si un tipo de cuidado no lo brindara una persona dentro de la familia, ¿lo asumiría la administración pública? Si la respuesta es afirmativa, estamos ante un tipo de atención de utilidad social que brindan las personas individuales, a menudo

56 Ver Eichler, *Families in Canada Today, op. cit.,* págs. 140-64.

dentro de sus casas, como la que se le da a los y las dependientes ineludibles. De ser negativa (como cuando la esposa brinda servicios a un marido en plenas capacidades mentales y físicas, a un hijo o hija adulta, para ella misma, o cualquier otra persona adulta), entonces es un servicio de *utilidad privada.*

El Estado se beneficia directamente del cuidado a los y las dependientes ineludibles de dos maneras: la atención privada es a menudo (¡no siempre!) de mejor calidad que la atención institucionalizada, y, definitivamente, es más barata. De esta manera el Estado ahorra grandes cantidades de dinero. Por lo tanto es de interés del Estado apoyar el cuidado de los y las dependientes inevitables por todos los medios a mano.

Sin embargo, ¿le es útil al Estado dicho cuidado solamente cuando lo brinda una persona miembro de la familia? ¿Y quién es precisamente esa persona? Esta es, obviamente, una pregunta de respuesta indeterminada. En una época, se consideraba que los cónyuges de hecho no eran familia; ahora se les define corno tal, para todos los fines y propósitos. Las parejas del mismo sexo están forjando su camino hacia allí. Con la paternidad parcial, a los padres no biológicos (y a las madres) se les ha otorgado status familiar, aunque el padre o madre biológica está aún cercano, y aunque la pareja conviva en un matrimonio de hecho, no formal.

Antes de analizar un ejemplo de atención no familiar, debernos señalar que la dependencia tiene al menos dos componentes importantes en este contexto: (1) la dependencia del hecho mismo de brindar atención (cambiar pañales, alimentar, jugar, vigilar constantemente a la criatura; proporcionar comida, posiblemente vestir y brindar otra ayuda práctica a la persona adulta dependiente); (2) La dependencia económica tanto de quien recibe atención, corno de quién la brinda; esta última es una dependiente derivada, porque atender a alguien todo el día[57], le imposibilita ganarse la vida a tiempo completo[58].

57 El término de tiempo completo es problemático. Los empleos a tiempo completo implican trabajar 8 horas diarias, cinco días a la semana. Eso deja libres, todavía, 2 días de 24 horas cada uno y 16 horas cada día de la semana. Si una persona requiere atención durante todo el día, estamos hablando de tres trabajos a tiempo completo más tres empleos de tiempo parcial los fines de semana, no de uno.

58 Existen, por supuesto, cualquier cantidad de variaciones y combinaciones. Si otra persona o institución, como un centro diurno o un servicio casero, da atención parcial, quien se encarga del cuidado puede trabajar remuneradamente a tiempo parcial; o a tiempo completo, si dicha atención se da a tiempo completo.

Ahora examinaré un ejemplo empírico de comportamiento de cuidado entre no parientes para proporcionar elementos para una discusión de las relaciones de dependencia entre no familiares.

**Relaciones de apoyo entre no parientes**

El parentesco se puede definir como las relaciones entre personas vinculadas por sangre, matrimonio o adopción. Les otorgamos cualidades especiales a estas relaciones, sin embargo hay relaciones de parentesco que están muy (a veces por completo) inactivas, y hay relaciones con personas con las cuales no estamos conectadas ni por sangre, ni matrimonio, ni adopción, que pueden ser tan multifacéticas, importantes y permanentes como las relaciones por parentesco.

Algunas veces, dichas relaciones se constituyen como parentescos ficticios: esto se refleja en comentarios como "Ella es como una hermana para mí", "Lo considero mi hijo", "Esta es tu tía Fátima", etc. Algunas culturas, especialmente en América Latina, tienen un sistema de padrinos y madrinas formal, el cual asigna derechos y obligaciones culturalmente entendidos a quienes tienen una relación de madrina o padrino.

En Norte América esto es menos usual. En un estudio comprehensivo de la amistad[59], Rubin ha explorado las muchas formas en las que el parentesco y la amistad son semejantes y desemejantes, y cómo son experimentados de manera diferente por hombres y mujeres. Una de las más importantes diferencias entre las dos clases de relaciones es que la de parentesco es socialmente –y a menudo legal y económicamente– apoyada. La parentela heredará de una persona que muere intestada y no tiene familia cercana inmediata. En los acontecimientos especiales de la vida, como los matrimonios, nacimientos, bar mitzvah, aniversarios importantes, o funerales, se espera que la familia participe, y esta expectativa se nos transmite de múltiples formas. Por ejemplo, cuando tal acontecimiento involucra al cónyuge de una pareja heterosexual, amistades, colegas y vecindario asumen que esto afecta a la otra cónyuge, y hace comentarios en ese sentido. Podrían no hacer tal esfuerzo si se tratase de una pareja homosexual. Hay gran cantidad de tarjetas impresas que celebran las relaciones de las parejas heterosexuales. ¿En las tiendas, cuán-

59 Rubin, L.B. *Just Friends: The Role of Friendship in Our Lives.* Harper and Row, New York, 1985.

tas tarjetas que celebren los aniversarios de parejas del mismo sexo se pueden encontrar?

La parentela puede, con facilidad, excluir al cónyuge del mismo sexo como nuera, yerno, etc.[60]

Este no es el caso con las amistades: "la amistad, en nuestra sociedad, está afianzada sólo por un vínculo emocional. Sin pacto social, momento ritual, ni juramento de lealtad y constancia para conservarla, la amistad se convierte no sólo en la relación social más olvidada de nuestro tiempo, sino, muy a menudo, en la más frágil"[61].

Mientras que la amistad se vive en gran medida como una relación condicional, el parentesco es incondicional. Una no elige a la mayoría de la parentela (*sí* se escoge el o la cónyuge en nuestra sociedad, aunque no sus parientes, que se convierten en familia política a través del matrimonio), pero siempre escoge y es escogida por sus amistades.

Algunas amistades asumen responsabilidades sociales y económicas entre ellas. Un ejemplo de esto es la historia del caso de John, que se presentará más adelante. Otras formas de asumir responsabilidades son ser madrina o padrino de una criatura, permitir a alguien que lo necesita quedarse en casa, o brindar servicios durante las emergencias. Las amistades también tienden a compartir actividades de diversión y entretenimiento, salir juntas de vacaciones, etc.

La mayoría de la gente tiene algunas amistades, pero existen marcadas diferencias en la forma en que hombres y mujeres practican la amistad. Rubin encontró que las mujeres tienen más posibilidades que los hombres de entablar amistades cercanas. Encontró que los hombres casados, en particular, no tienen generalmente más amigos que su esposa, de quien se tienden a expresar como su "mejor amiga", si es que mencionan a alguien como amigo[62]. La mayor parte de las mujeres que entrevistó, en contraste, casadas o no, no tuvieron dificultad para nombrar amigas, incluyendo una "mejor amiga", quién generalmente no era su marido.

La mayoría de los hombres tienen "amigos del camino" (con quienes *hacen* cosas) más que "amigos del corazón" (gente con la que la conexión está

60 No sugiero que en todas las ocasiones individuales se espera o se desea la participación de toda la familia, pero existe una construcción social que la legitima como "normal".

61 Rubin, *op. cit.,* pág. 191.

62 *Idem.,* pág. 64.

en el *ser,* más que en el *hacer*). Las mujeres tienden a tener ambas clases de amistades[63]. La diferencia numérica es abrumadora: del grupo de hombres con más posibilidades de tener amistades (aquellos menores de cuarenta que viven en centros urbanos, en los cuales había más probabilidad de haber sido influenciados por el movimiento feminista) menos de una quinta parte tenía un amigo que ocupara un lugar importante en sus vidas emocionales[64]. En otras palabras, más del 80% de ellos carecía de una amistad cercana, fuera del matrimonio. Para las mujeres, sin embargo, las amistades son muy importantes, aún cuando están casadas. Las amistades pueden ser una línea salvavidas en épocas de estrés, y una fuente de gozo en otras.

Sin embargo, afianzar las amistades de manera legal probablemente las destruiría, ya que por su naturaleza, son relaciones voluntarias. Esto es, por supuesto, lo que las hace frágiles, pero también tan especialmente gratificantes. Dado que un o una amiga no puede ser obligada a participar en la vida de una, la amistad es un obsequio siempre nuevo. En contraste, el matrimonio es un regalo que, una vez entregado, sólo se puede retirar bajo circunstancias extremadamente difíciles.

Hoy quizás la línea entre familia y amistad está más borrosa de lo que estuvo en el pasado. Las personas de edad madura salen con otras después de un divorcio, y presentan su "amigo / a" a amistades y familia. La amistad puede o no incluir relaciones sexuales, que pueden o no llevar a una relación intencional permanente. Tales amistades, si involucran una pareja heterosexual que convive, puede convertirse en una relación por ley consuetudinaria. Por supuesto, si la pareja es del mismo sexo, generalmente reconocemos esa relación como algo más que amistad –e. g., al permitir que un o una empleada de una compañía declare a su cónyuge del mismo sexo como beneficiaria/ o en un programa de beneficios de la empresa– pero todavía no la ponemos en igual categoría que una relación por ley consuetudinaria en todos los respectos.

Las relaciones de apoyo entre no parientes son tan antiguas como las relaciones de apoyo entre la parentela. Es, sin embargo, difícil discernir el alcance de tales relaciones, tanto antes como ahora, por lo cual no se pueden dar estadísticas sobre el asunto. En su lugar presentaré la siguiente historia

63 *Idem.,* pág. 106.

64 *Idem.,* pág. 142-43.

del caso de un hombre y sus relaciones de apoyo durante un período de más o menos veinte años.

**Historia de Caso: El Cuento de John[65] por Meg Luxton**

John nació en 1946 y se crió en una comunidad de clase trabajadora en Canadá. A los 16 empezó su trabajo remunerado como obrero de producción para una gran fábrica industrial, adonde trabajó hasta 1994, cuando fue despedido como parte de un plan de reestructuración de la planta. Cuando fue cesado, dependían económicamente de él seis personas, y tres se beneficiaban indirectamente de la renta subsidiada que recibían de él. De esas nueve personas, solamente dos, su madre y padre ancianos, serían oficialmente reconocidos como "familia".

Vistazos rápidos a cada uno de los censos realizados durante su vida adulta sugieren que las relaciones reales en las cuales él estaba involucrado (cohabitación, gastos compartidos tanto dentro de su hogar como con otras personas, la atención que daba y las relaciones emocionales de larga duración comprometidas con amistades y niñas/os) serían ampliamente indetectadas por los actuales supuestos de la recolección de censos.

Más importante aún, su compromiso de por vida con la comunidad nunca fue reconocido formalmente. No podía reclamar personas dependientes en su declaración de impuestos a la renta, no podía obtener beneficios para ellos en su lugar de trabajo, y como él lo señaló, si alguna de estas personas enfermaba, no se le incluiría a él en las consultas médicas, ni podría él conseguir un permiso por funeral si cualquiera de ellas moría.

En 1976, John vivía solo en la pequeña casa que había comprado con sus ahorros. Jane, una amiga cercana, quien tenía una niña y un niño pequeños –Patricia de 5 y Michael de 3– se tuvo que mudar de su apartamento; John la invitó a vivir con él. Durante cinco años las cuatro personas vivieron juntas. Las dos personas adultas nunca tuvieron lo que ellas considerarían una "relación conyugal"; no eran amantes y mantenían separadas las finanzas personales. Sin embargo, contribuían por igual a todos los gastos del hogar

65 De Luxton, Meg. *Economic and Emotional Caring and Sharing Relationships Study;* Field Notes, junio 1994, Ontario.

y de cuidado infantil a través de una cuenta común, y compartían la atención emocional y práctica de la niña y el niño.

En 1981, Jane se mudó a otra casa con su nuevo amante y las criaturas. Después de unos meses, John invitó a dos compañeros de trabajo, Peter y Stephen, a vivir con él. Peter tenía un hijo de cinco años, David, quien también vino a vivir con ellos. Los tres adultos nunca tuvieron lo que ellos llamarían una "relación conyugal", pero sí mancomunaban todo su dinero en una cuenta y compartían todas las tareas del hogar, incluyendo toda la atención práctica y emocional que David requería. John continuó cuidando a Michael y Patricia, quienes venían a la casa a menudo; también le daba una mesada a Jane para ayudarla a mantenerles.

En 1986, tanto Peter como Stephen habían sido cesados y se habían ido a otras ciudades a trabajar. David se fue con Peter, pero venía a visitar a John por un mes cada verano y mantenían contacto cercano por teléfono y cartas.

Poco después, un viejo amigo de estudios de John se pasó a vivir con él. Tony tenía la custodia compartida de su hija de siete años, Kathy; ella pasaba seis meses con su madre en otra ciudad y seis meses con Tony. John y Tony mantenían cuentas separadas pero compartían por igual los gastos de la niña y de la casa. Compartían las tareas del hogar y cuando Kathy estaba con ellos, John compartía su cuidado. John mantuvo una responsabilidad activa por Michael y Patricia. Les siguió dando una mesada de varios cientos de dólares a cada uno. David también siguió visitándolo durante los veranos.

En 1991 John se mudó a una casa nueva. Todavía la primera casa era suya Y se la alquiló a Jane al costo, para que viviera allí con su amante y su nuevo bebé. John se había pasado a esta casa nueva porque estaba al Iado de su madre Y padre ancianos; de esta manera, podía darles atención regular. Les veía a diario, comía con ellos a menudo y les daba apoyo económico. Continuó dándoles pensión a la chica y los chicos. Le daba a Michael una mesada que cubría cuarto Y comida mientras estudiaba en una universidad de la comunidad; pagaba los gastos completos de renta y atención diurna de Patricia y su nueva bebé Sarah (nacida en 1991) y cuando David fue admitido en la universidad, estuvo de acuerdo en pagarle los estudios y los gastos de residencia por cuatro años.

| *Año* | *Cohabitantes* | *Economía compartida* | *Atención* |
|---|---|---|---|
| *1976* | *Jane (28)*<br>*Patricia (5)*<br>*Michael (3)* | *hogar* | *infantil* |
| *1981* | *Stephen*<br>*Peter*<br>*David (5)* | *ingreso total* | *infantil* |
| *1986* | *Tony (40)* | *hogar*<br>*mesadas* | *infantil* |
| *1991* | *nadie* | *mesadas a varias personas*<br>*renta subsidiada* | *infantil* |

Este caso en particular es de un grado extremo de colaboración de un individuo. Aunque generalmente el grado en que se comparte es menor, podemos no obstante asumir que la ayuda que se da entre amistades y las personas allegadas es considerable. ¿Qué significado tiene esto para los propósitos de las políticas? ¿Se deberían considerar "familiares" dichas relaciones?

La respuesta a esta pregunta no es simple. No siempre es del interés de todas las personas el ser reconocidas como miembras de la familia de otra persona. Cuando el resultado de tal reconocimiento es que una corte ordene el pago de una pensión, quien la tiene que pagar podría muy bien preferir no ser considerada miembra de la familia. Por el otro lado, cuando el reconocimiento implica acceso a ciertos beneficios, derechos, servicios, o información sobre o acceso a la persona importante para una (por ejemplo, cuando esté en un hospital), la misma persona que podría preferir no ser considerada familia en términos de responsabilidades económicas, podría muy bien preferir ser considerada miembra de la familia en este contexto.

Esta posición tan variable no tiene nada de ilógico. La gente puede estar deseosa de asumir responsabilidades que rehusarían si las mismas fueran obligatorias. En el caso de John, ¿debería verse obligado a continuar pagando manutención a las varias partes a las cuales daba apoyo mientras tenía empleo, aunque esto significara que tenía que vender su casa? Por el otro lado, mientras él acepta su responsabilidad de manera voluntaria, ¿debería tener derecho a deducirlo del impuesto sobe la renta o a poder incluir a las criaturas dentro de sus programas médicos y dentales?

**Sistemas potenciales para las relaciones de dependencia entre no parientes**

En este contexto es necesario hacer tres preguntas. Primero, ¿una vez que se han asumido responsabilidades con personas dependientes, deben éstas volverse permanentes? Si no, este es un sistema voluntario ocasional; si sí, es uno involuntario continuo. Segundo, ¿deben las responsabilidades ser mutuas? De ser así, es un sistema simétrico; si no, es asimétrico. Tercero, ¿deben las responsabilidades que se asumen de manera voluntaria (al menos al inicio) ser socialmente reconocidas, o no?

Si aplicamos las dos primeras preguntas al caso de John, llegamos a cuatro tipos de sistemas: 1) de obligaciones continuas involuntarias y asimétricas; 2) voluntario asimétrico; 3) contínuo, involuntario, simétrico; y 4) voluntario simétrico.

Si nos acercamos al *sistema continuo, involuntario asimétrico,* se puede argumentar que John asumió una actitud paternal con su comportamiento anterior, el cual generó ciertas expectativas entre sus dependientes, lo cual, a su vez, les da derecho a continuar recibiendo apoyo de él. Esto sería similar a la construcción de las obligaciones de manutención que dan derecho a reclamar pensión a los padrastros que se han comportado de forma paterna hacia la prole de su esposa, y a quienes se les ordena pagar pensión después de que la unión se disuelve. El juez por lo tanto, ordena que John venda su casa para que David pueda terminar su último año de estudios.

Alternativamente, el *sistema voluntario asimétrico* nos lleva a argumentar que John ayudaba a estas personas por pura bondad y que sería malvado penalizarlo por su generosidad anterior, en un momento en el cual él no puede

dar más ayuda. Una lógica tan perversa, podríamos argumentar, podría desanimar a personas generosas de comportarse como tales. Bajo este sistema, ninguna de las personas que anteriormente dependían de él podría ponerle una demanda a John para que continúe dando su apoyo.

El *sistema continuo, involuntario, simétrico* va un paso más allá. Sugiere que la gente que John apoyó durante tanto tiempo, ahora tiene la obligación de mantenerlo a él. Las personas a quienes John apoyó tienen obligación moral y legal de apoyarlo tanto como puedan. Por ejemplo, en vez de que John tuviera que vender la casa para que David continúe sus estudios, éste tendría que salirse de la universidad para ayudar a John, de manera que no tuviera que vender su casa. Se podría argumentar que esta obligación sería sólo para los adultos, porque ellos tenían la opción de aceptar o rechazar su ayuda, mientras que los y las menores no. Por otro lado, se podría argumentar que los y las niñas eran las beneficiarias directas de su generosidad, y por lo tanto comparten las obligaciones, como sucede con hijos e hijas adultas, que se les obliga (por ley, aunque no tan a menudo en la práctica)[66] a mantener a madre y padre, si así lo necesitan. Bajo este sistema John puede demandar a cualesquiera de sus anteriores dependientes no familiares para que lo ayuden a mantener su casa.

Finalmente, bajo el *sistema voluntario simétrico,* las personas que antes dependían de John se unen voluntariamente para juntar sus recursos y encontrar la forma de que él conserve su casa. Esto lo hacen por obligación moral, y él no podría demandar a ninguna/o.

De los cuatro sistemas, el voluntario asimétrico parece ser el menos constrictivo. Poco se ganaría (y potencialmente mucho se perdería), tratando de obligar a las personas a mantener a no parientes a los cuales mantuvieron durante algún tiempo por bondad. Ni sería adecuado reforzar una responsabilidad recíproca hipotética cuando al inicio no ha existido un contrato para dicha interdependencia. Sin embargo, John todavía no está contento. Este

66 Por ejemplo, las personas tienen derecho a una renta suplementaria basada en sus propios ingresos, o en el caso de una pareja, sus ingresos juntos, aunque tengan hijos e hijas adultas en buenas condiciones económicas. El impuesto sobre la renta federal permite a los contribuyentes deducir la manutención de personas de las cuales fueron o "completamente dependientes", o "dependientes" (según el año en cuestión) mientras eran niños/as (definido en diferentes casos hasta la edad de dieciocho o diecinueve años). Bajo este reglamento, John no podría deducir la manutención de sus dependientes, ni tampoco podrían sus anteriores dependientes deducir sus gastos si lo tuvieran que mantener en momentos de necesidad, ya que él sólo dio ayuda parcial, no exclusiva.

sistema no enfrenta el asunto que él hizo surgir: que no tenía derecho a asistir a importantes acontecimientos sociales, que sus dependientes no eran reconocidos como tales en términos de política social, que él no recibió beneficios para el pago de impuestos, etc.

Aquí es cuando entra el *sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido.* Este sistema reconocería que además de las relaciones paterno/maternas y de matrimonio, todas las demás relaciones son voluntarias y parciales. En términos de pensión, significaría que John ya no tiene la obligación de darla si ya no lo desea, o si ya no lo puede hacer. Ni estarían las personas involucradas tampoco obligados a proveerle, a no ser que voluntariamente lo escogieran y pudieran hacerlo. Sin embargo, durante el tiempo en que John se encargaba de ellos, sus gastos de manutención hubieran sido deducibles como si hubiera estado relacionado con estas personas por consanguinidad, matrimonio o adopción. El grado en el cual participaba de la atención infantil lo hubiera hecho acreedor del derecho de participar en asuntos sociales relacionados con las criaturas. Por ejemplo, hubiera sido elegible para un permiso por duelo si alguna moría, o permiso por enfermedad en caso de que alguna enfermara (si la empresa para la cual trabajaba contara con tales beneficios). El sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido, entonces, reconocería las contribuciones reales de las personas, evitaría penalizar a aquellas que son decentes y generosas mientras premia a las egoístas, y no impondría obligaciones de manutención entre adultas no emparentadas.

En términos de política social, el sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido tiene sentido. El Estado se beneficia en la medida que una contribuya de *manera tangible* al cuidado de una persona dependiente ineludible, o le facilita a otra hacerlo por medio de apoyo económico. Más allá, si alguien apoya a una persona adulta que depende temporalmente, y que de otra manera solicitaría apoyo estatal, el Estado también se beneficia. Tendría sentido, entonces, que dicha gente reciba cualesquiera beneficios sean asequibles de manera prorrateada, de forma que para cada dependiente hay una cantidad máxima que pueda reclamar en la declaración de impuestos (esto para evitar esquemas fraudulentos). O sea, que John podría haber reclamado la manutención que pagaba a varias personas mientras ellas, parcialmente, dependieran de su contribución económica.

En cuanto a las obligaciones de manutención, parece sensato hacer una distinción entre el matrimonio legal, el cual es una situación cuasi contractual en la que se entra deliberadamente, y todas las demás situaciones en las cuales no se asumieron dichos contratos. Esto responde a la pregunta previa sobre las obligaciones de manutención entre parejas de hecho y las obligaciones de cónyuges de hecho hacia sus hijastras e hijastros en caso de que la unión se disuelva. En ambos casos estamos tratando con relaciones de dependencia entre no parientes. Si se aplica el sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido, significa que las obligaciones de manutención *legales* (no necesariamente las morales) terminan cuando la unión se disuelve. Por supuesto, en el caso de adultos que viven juntos, la división de bienes todavía estaría por lograrse, y si una de las personas que integra la unión se vio en desventaja *por causa de la unión,* ella (o él) debería tener derecho a pagos compensatorios, e.g., para llevar capacitación avanzada para mejorar las perspectivas de trabajo, etc. Ya estamos listas para formular el quinto componente del modelo de responsabilidad social: *(5) Todas las relaciones de dependencia son socialmente reconocidas, sin importar si son entre parientes o no. Los y las miembras de una unidad interdependiente son responsables de su propio bienestar económico y del de los y las demás. Madres y padres son ambos responsables del bienestar de su prole, vivan o no con ellos/as* [67].

**Disposiciones sobre la atención a la prole de una familia**

Dado el primer componente, tanto madres como padres son responsables de la atención de sus menores dependientes, ya sea que la brinden ellas/os mismas/os, o que paguen parcial o totalmente la porción que les corresponde. La responsabilidad fundamental no cambia aunque un padre, o madre, no viva con la prole.

67 Esto está de acuerdo con los principios elaborados por el *Federal/Provincial/Territorial/Family Law Committee.* 1995, pág. 3, los cuales incluyen los siguientes (hay un total de ocho principios):

1. Padres y madres tienen responsabilidad legal por la manutención de sus hijas e hijos.

2.La legislación sobre manutención infantil no deberá hacer distingos por sexo entre padres, madres, hijas e hijos.

3. La decisión de manutención infantil se deberá hacer sin tomar en cuenta el estado civil de madre y padre.

Es importante hacer una distinción entre obligaciones y derechos paterno/maternos. El no hacerlo permitiría que hombres (y algunas mujeres) abusivos o irresponsables se despojen de sus obligaciones económicas. El sexto componente del modelo de responsabilidad social es: *(6) Madres y padres son responsables de proporcionar atención y cuidado a su prole. Padres y madres conservan las responsabilidades paterno/maternas –las cuales no están ligadas a los derechos paterno/maternos– aunque 110 vivan con la prole.*

**La división adecuada de responsabilidades privadas y públicas**

Como hemos visto antes, el brindar atención a los y las dependientes ineludibles tiene alto valor social, no sólo privado. Las políticas sociales deberían reconocer ésta como una importante función familiar que merece apoyo público tangible. Sin embargo, hay dos categorías de dependientes ineludibles: niñas/ os y adultas/os. Es sensato hacer una distinción entre ellas, porque los y las niñas se obtienen mediante la cooperación voluntaria (esperamos) entre dos personas adultas, quienes, por lo tanto, comparten la responsabilidad, con la sociedad, por el bienestar de estas criaturas, mientras que las personas adultas no se vuelven dependientes ineludibles voluntariamente.

Si no se dispone de atención familiar, el Estado cargará con el costo del cuidado de los y las dependientes ineludibles. Las personas miembras de la familia a menudo podrían preferir, cuidar a las personas adultas dependientes, sin poder asumir los costos de esto. Bajo el modelo de responsabilidad individual el ir y venir entre familismo/individualismo haría difícil la atención por parte de personas miembras de la familia, y a veces imposible. Sin embargo, considerar el costo del cuidado de dependientes ineludibles adultos/ as como responsabilidad social les posibilita a las personas en la familia brindar ellas mismas esta atención, si es posible y se desea mutuamente.

Al considerar a la niñez como dependiente ineludible, la sociedad ya asume una relativa gran responsabilidad por ella. La educación pública para menores de seis años de edad en adelante, es una forma de atención que permite a padres y madres trabajar para ganar dinero (y las escuelas le cuestan a quienes pagan impuestos una cantidad considerable de dinero). Por lo tanto, son los primeros seis años los cruciales. Tendría sentido considerar el cuidado infantil como una responsabilidad de tres, compartida por igual entre padre,

madre y sociedad. Si cada criatura tuviera acceso a cuidado diurno gratuito, el tiempo sería equivalente a un empleo de tiempo completo, dejando dieciséis horas diarias por cinco días, y veinticuatro horas sábados y domingos, durante las cuales padres y madres tendrían que ver por su prole. Por supuesto, existe una variedad de formas en las cuales madres, padres y sociedad comparten la responsabilidad por la niñez, como es la compensación económica, los campamentos de verano, etc.

Existe respaldo social considerable para el apoyo público a la atención de los y las dependientes ineludibles. Un 85% de las personas entrevistadas, en una muestra nacional canadiense, estuvieron de acuerdo con que debería haber pagos de manutención a las familias que cuidan familiares de edad avanzada, y de esas, el 70% estaría deseoso de pagar más impuestos para financiar dicha iniciativa. El apoyo a un servicio nacional de cuidado infantil subsidiado no es tan alto, pero siempre es considerable: el 77% apoyaría tal iniciativa, y el 73% de esos pagaría más impuestos para ese fin[68].

Lo que a menudo no se toma en cuenta, sin embargo, es que si en realidad hay solamente una madre (o un padre), esta madre o padre –bajo nuestro actual modelo de familia de responsabilidad individual– está supuesta/o a llevar la carga de dos. Esto tiene poca sentido. Por lo tanto, cuando sólo hay una madre o padre, es necesario que el Estado supla la contribución, que de otra manera daría el o la otra madre o padre. Como se afirmó anteriormente, esto no incluye a familias de una sola madre o padre, en las cuales el segundo padre o madre está viva pero no cohabita, ya que sus responsabilidades permanecen sin cambio. Solamente si este padre o madre muere o está incapacitado/ a para contribuir, asumiría el Estado su parte de la responsabilidad. El séptimo componente del modelo de familia de responsabilidad social es: *(7) La administración pública comparte la responsabilidad, con padre y madre, de la atención a la niñez dependiente. Si en verdad un padre o madre está ausente o imposibilitado para contribuir su parte, la sociedad pagará el costo de su contribución. El costo de la atención de las personas adultas dependientes ineludibles es responsabilidad pública, mientras que el cuidado en sí puede ser dado por una persona de la familia.*

68 Angus Reid Group. *The State of the Family in Canada.* Angus Reid Group, Ottawa, 1994, pág. 52-53.

**Presunciones acerca de la heterosexualidad/homosexualidad**

Este asunto, de hecho, se ha tocado previamente. No hace ninguna diferencia, en términos de beneficio para el Estado o para los y las miembras de una unidad interdependiente, si los y las miembras son del mismo sexo o de sexo opuesto. Las parejas de un mismo sexo deberían poder casarse, o de tener un arreglo conyugal alternativo equivalente. Cuando esto sea posible, si no llegaran a casarse legalmente, recibirían igual trato que una pareja heterosexual de hecho. El octavo y último componente del modelo de familia de responsabilidad social es: *(8) No hay distinción entre las parejas del mismo sexo y de sexo opuesto en términos del trato que reciben del Estado.*

### 3.6. Componentes del modelo de familia de responsabilidad social

1. Hay un compromiso ideológico para minimizar la estratificación basada en el sexo.

2. Las relaciones funcionales constituyen una unidad familiar. El matrimonio está presente, pero no es privilegiado sobre otras relaciones.

3. A nivel nuclear, el ser miembro de la familia y el ser miembro del hogar pueden ser equivalentes, pero no se asume que lo sean. Por lo tanto, ser cónyuge no se identifica automáticamente con ser padre o madre, y ser padre o madre no se identifica automáticamente con ser cónyuge.

4. La persona individual es la unidad de administración (con pocas excepciones) .

5. Todas las relaciones de dependencia son socialmente reconocidas, sin importar si son entre parientes o no. Las personas adultas en una unidad interdependiente son responsables de su propio bienestar económico y del de los y las demás. Padres y madres son ambos responsables del bienestar económico de la prole, vivan o no con ella.

6. Madres y padres son ambos responsables del cuidado y atención de su prole. Padres y madres conservan las responsabilidades paterno/maternas –las cuales no van ligadas a los derechos paterno / maternos– aunque no vivan con su prole.

7. La administración pública comparte la responsabilidad, con madre y padre, del cuidado de la niñez dependiente. Si un padre o una madre está

ausente o inacapacitado/a para contribuir con su parte, la sociedad pagará el costo de su contribución. El costo del cuidado de adultos y adultas dependientes ineludibles es responsabilidad pública, aunque el cuidado en sí lo dé una persona de la familia.

8. No hay distinción entre las parejas del mismo sexo y las de sexo opuesto en términos de trato por parte del Estado.

## IV. Conclusión: la precaución es la madre de la sabiduría

Mientras que yo encuentro el resultante modelo de familia de responsabilidad social racional, justo, práctico y por lo tanto atractivo, algunos comentarios de precaución son, sin embargo, apropiados. Es más fácil derivar principios en teoría que aplicarlos a situaciones de la vida real, especialmente si la propuesta involucra un cambio radical. No sólo se requiere una enorme voluntad política, sino que además, ningún sistema social complejo cambia nunca en todos sus aspectos simultáneamente y en la misma dirección. Por lo tanto, aplicar principios que podrían proporcionar (si todos se iniciaran al mismo tiempo y de una vez) una base más justa y eficaz para todas las políticas pertinentes, pueden (si se inician gradualmente), de hecho, aumentar las desigualdades si los principios no se aplican cuidadosamente. Una debe siempre estar al acecho de los efectos no planeados y no deseados.

III

# 4

# Derecho laboral

# Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo*

Eleonor Faur

**Sumario**

Introducción. **I.** La conciliación familia-trabajo en la legislación laboral. **II.** Conciliación familia-trabajo y subjetividades masculinas. **III.** Formular políticas conciliatorias que vinculen a los hombres. Bibliografía.

## Introducción

Uno de los pilares que ha marcado la construcción social de las identidades masculinas y femeninas en las sociedades modernas ha sido la prevalencia de una matriz de división sexual del trabajo que asigna al hombre adulto la responsabilidad de la provisión de ingresos familiares y a las mujeres las obligaciones de reproducción del mundo doméstico, incluyendo el cuidado y la crianza de hijos e hijas. En las últimas décadas, este modelo ha resultado al-

* Eleonor Faur, "Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo" en Revista Nómadas No. 24.Género y políticas públicas: desafíos de la equidad, Abril 2006, Universidad Central, Colombia, pp. 131-141.

Este artículo es una ajustada síntesis del trabajo presentado en la reunión "Cohesión social, políticas conciliatorias y presupuesto público: una mirada desde el género", desarrollada en la ciudad de México en octubre de 2005 y organizada por UNFPA y GTZ.

terado por los cambios en las estructuras y dinámicas familiares, el aumento de la participación femenina en el mercado de trabajo remunerado, la flexibilización de las condiciones de trabajo, el avance educativo de las mujeres, por transformaciones en la orientación dé la política social y por cambios demográficos, jurídicos y culturales. Múltiples factores han incidido sobre estas transformaciones, provocando a la vez, la redefinición de las pautas de provisión económica en los hogares y la desnaturalización de cierta estructuración de las relaciones sociales de género.

En América Latina, la tasa de "actividad doméstica" de las mujeres cónyuges, entendida como el porcentaje de la población femenina cuya ocupación principal son los quehaceres domésticos, ha descendido casi un 10% en menos de diez años, pasando del 53% en 1994 al 44,3% en el año 2002 (Cepal, 2004a). Por otra parte, el porcentaje de hogares con jefatura femenina ha aumentado en casi todos los países de la región y en los distintos estratos sociales, engrosando la proporción de familias en las que las mujeres son las únicas perceptoras de ingresos (Cepal, 2004b). Esta transformación coloca un viejo problema de la agenda feminista en la actual contienda del debate público: ¿cómo conciliar las responsabilidades de la vida familiar con aquellas propias de la esfera del trabajo remunerado?[1] Mientras buena parte de la política social europea ha asumido éste como un problema de política pública específica (Ellingsaeter, 1999; Crompton. 1999), América Latina se encuentra apenas iniciando estos debates, centrándose, casi siempre, en el ámbito de las políticas orientadas a las mujeres.

Pensar la conciliación entre trabajo productivo y reproductivo cobra sesgos particulares en Latinoamérica. En primer lugar, porque el incremento de la participación femenina en el trabajo remunerado se produjo en el marco de profundas transformaciones económicas e institucionales, impulsadas por políticas de corte neo liberal, que restringieron los sistemas de protección social y expandieron la flexibilización laboral, aumentando los niveles de in-

1 Esta pregunta ha estado presente desde hace más de dos décadas en las investigaciones acerca del modo en que se distribuyen responsabilidades en las familias y en el mundo laboral entre mujeres y hombres, con fuerte énfasis en la mirada sobre las mujeres. (Ver, entre otros, Jelin y Feijoo, 1980). Actualmente, aparece resignificada por nuevos enfoques que procuran abordar de manera conjunta la lectura sobre la vida familiar y la vida laboral (Cfr. Crompton, 1999; Wainerman, 2003a; Ariza y de Oliveira, 2003, entre otros).

formalidad y precariedad en el trabajo, la desigualdad social y económica y la persistencia de altos niveles de pobreza en la región (Cepal, 2004b). Esto ha incidido, entre otras cosas, en que sólo el 50% de las mujeres trabajadoras de la región participen en el sector formal de la economía (Valenzuela, 2004), y asocien su participación económica con derechos que facilitan la conciliación entre las responsabilidades laborales y las familiares.

En segundo lugar, porque en América Latina, "cuna del machismo" (Valdés y Olavarría, 1997), persisten en buena medida las representaciones sociales tradicionales respecto de las responsabilidades diferenciales de hombres y mujeres en relación con el trabajo doméstico y la crianza de hijos e hijas. y esto no sólo filtra los contratos familiares de distribución del trabajo de cuidado y crianza, sino también las políticas públicas orientadas al mundo del trabajo y de las familias. Al respecto, varios autores han señalado que existe una estrecha relación entre la orientación de las políticas estatales, en especial acerca del papel del mercado y las responsabilidades asignadas a las familias, y la configuración de identidades de género (Creighton, 1999; Esping-Andersen, 1996 y 2002; Folbre, 1994; y Sainsbury, 1999). Desde esta perspectiva, resulta relevante observar tanto el modo en que las instituciones sociales promueven la estructuración o el sostenimiento de una determinada matriz de responsabilidades de provisión y de cuidado según el sexo, como las representaciones que los sujetos construyen acerca de dicha estructuración.

Este artículo sostiene que en América Latina, tanto en las instituciones que regulan la conciliación entre familia y trabajo como en las representaciones sociales, *el sujeto de la conciliación no es un sujeto neutro, sino un sujeto "femenino"*. Analiza de manera crítica el modo en que el andamiaje institucional se arraiga una y otra vez en las mujeres, convirtiéndolas en el sujeto prioritario de responsabilidades y derechos relativos a la conciliación, y con ello, alienta prácticas que obstaculizan la demanda de trabajo femenino en el mercado formal. Revisa también las representaciones presentes en hombres colombianos y argentinos respecto de las responsabilidades femeninas y masculinas en los ámbitos productivo y reproductivo. Finalmente, señala que mientras las políticas tendientes a la conciliación de responsabilidades familiares y laborales se enfoquen de forma prioritaria en las mujeres, difícilmente permitirán un avance sustantivo en la transformación de las desigualdades de género. Por ello, propone la formulación de políticas públicas que vincu-

len más activamente a los hombres en el *contínuum* productivo-reproductivo, apuntando a la construcción de un nuevo "contrato sexual".

## I. La conciliación familia-trabajo en la legislación laboral[2]

La regulación del trabajo remunerado operó como el primer intento de conciliación entre las responsabilidades familiares y la inserción de las mujeres en el mundo del trabajo. Esta regulación fue harto específica en términos de género, distribuyendo derechos y responsabilidades en forma diferenciada para hombres y mujeres. Uno de los primeros convenios de la OIT (Convenio No. 3, de 1919) estableció normas referidas a la protección del trabajo de las embarazadas y las licencias por maternidad. Este, que constituyó un importante adelanto en cuanto a derechos sociales, indicó también un modo particular de protección de derechos laborales en el caso de las mujeres: el reconocimiento de su trabajo se relacionó directamente con su capacidad reproductiva y con la protección de dicha capacidad. La posterior ampliación de estos derechos en América Latina, no siempre ha llegado a cuestionar el *sujeto* portador de los mismos, dejando, en buena medida, la responsabilidad de la función reproducción social en manos mujeres[3]. Las legislaciones la les acompañaron esta noción fundacional sobre el trabajo de las mujeres, centrando sus orientaciones en la regulación de disposi-

2 La información y buena parte delanálisis presentado en este acápite se basa en un estudio realizado para la Unidad Mujer y Desarrollo de la Cepal, en el marco del proyecto Cepal/GTZ "Políticas laborales con enfoque de géneros", publicado en: Laura Pautassi, Eleonor Faur y Natalia Gherardi, (2004). *Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad,* serie Mujer y Desarrollo No. 56, Santiago de Chile, Cepal. (LC/L 2140-P): En esta investigación se analizó la legislación laboral de seis países latinoamericanos (Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay).

3 Esfuerzos más recientes de la OIT se dirigieron a paliar esta situación. En 1981, e! Convenio Nº 156 de la OIT, referido a la igualdad de trato y de oportunidades de los/as trabajadores/as con "responsabilidades familiares", logra un importante avance en la arena internacional. Al menos dos novedades surgen de la lectura de dicho instrumento: 1) el sujeto de derechos de este convenio no son sólo las mujeres, sino también los hombres; y 2) el convenio amplía la noción de responsabilidades familiares, reconociendo que tanto los hijos como otros miembros de la familia requieren cuidados específicos. No obstante, el reconocimiento de este convenio es aún poco extendido, ya que cuenta sólo con 36 ratificaciones a nivel internacional y nueve en América Latina. Igualmente, sus disposiciones no han filtrado hasta el momento la legislación laboral de la región.

tivos que permitieran articular el trabajo con el cuidado infantil, o en la "protección" contra el trabajo nocturno. Mientras tanto, perspectivas ligadas a la conciliación familia-trabajo, como el reconocimiento de un conjunto mas vasto de responsabilidades vinculadas a la esfera de la reproducción quedaron casi del todo apartadas de estas regulaciones.

Como señala Ellingsaeter (l999:41), las políticas públicas tendientes a la armonización entre familia y trabajo suelen ofrecer tres clases de dispositivos: "tiempo para cuidar, dinero para cuidar y servicios de cuidado infantil". Al analizar la legislación laboral latinoamericana, se observa que ninguno de estos dispositivos se distribuye en el conjunto de trabajadores/as de forma igualitaria, y las principales diferencias encontradas se sustentan en la pertenencia a un sexo o en el tipo de trabajo realizado por las mujeres, filtrado fuertemente por su inscripción socio-económica. Desde este supuesto, los hombres suelen recibir "asignaciones familiares", en términos de transferencias monetarias para trabajadores con familia –legalmente constituida–, dando por sentado que a ellos les compete el papel de proveedores económicos del hogar. Mientras tanto, las mujeres trabajadoras son las destinatarias de otro tipo de derechos, relacionados con: a) la protección del empleo durante el embarazo y el puerperio, b) las licencias por maternidad y c) la disponibilidad de servicios destinados al cuidado de hijos e hijas en sus lugares de trabajo[4]. De este modo, la legislación laboral es un reflejo de las relaciones sociales imperantes, pero también una forma de reproducir los patrones culturales de distribución de recursos y responsabilidades de cuidado entre hombres y mujeres.

En los seis países analizados (Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay), se presentan similitudes y diferencias en el modo en que la legislación laboral protege estos derechos. La totalidad de estos países presenta disposiciones relativas al despido sin causa justa de mujeres embarazadas y a las licencias por maternidad. No obstante, sólo algunas aluden a la obligación de otorgar servicios para el cuidado de niños en los lugares de trabajo. Finalmente, en todos los casos, la alusión a las responsabilidades de cuidado familiar se concentra casi exclusivamente en las mujeres.

4 Es interesante destacar que, mientras los recursos transferidos vía asignaciones familiares dependen de la legitimidad jurídica de los vínculos familiares, los derechos relativos a la maternidad, no se asocian de manera exclusiva a las mujeres casadas, sino que se sustentan en el vínculo entre madre e hijos/as.

**Protección del empleo durante el embarazo y del embarazo en el trabajo**

Durante el período de gestación hay dos figuras presentes en los marcos jurídicos analizados. Una se relaciona con proteger el empleo de las embarazadas, e impedir su despido sin causa justa. Otra, que no se encuentra en todas las legislaciones revisadas, prohíbe la realización de trabajos que puedan poner en riesgo la salud de la mujer o del bebé en gestación.

Ahora bien, una excepción importante a estas normas protectoras se encuentra en la regulación sobre el servicio doméstico –una de las ramas de actividad principal de las mujeres pobres en América Latina–. Así, existen legislaciones como la del Ecuador, que hacen explícita la excepción del fuero maternal para las trabajadoras del servicio doméstico[5]; o la de Argentina, que tiene un estatuto especial para la reglamentación del servicio doméstico, en la que no se considera dicho fuero[6]. Otras, como la de El Salvador, señalan que para las trabajadoras del servicio domestico el contrato puede realizarse en forma verbal, dejando así abierta la discrecionalidad del empleador/a en la definición de las reglas que regirán la relación laboral[7]. Estas consideraciones violan abiertamente los principios de igualdad y no discriminación que las constituciones de los países analizados reconocen en sus textos.

Resulta grave observar que el tratamiento diferencial de la reglamentación del fuero maternal se concentra precisamente en las mujeres más desprotegidas de la escala social y, por ende, en quienes necesitan mayores dispositivos de igualación de oportunidades. Esta discriminación da cuenta del modo en que se articulan la inscripción de clase y la de género, a través de instituciones que no siempre coadyuvan a paliar desventajas, sino que muchas veces no hacen más que reforzarlas.

**Licencias por maternidad y paternidad**

Las licencias por maternidad y paternidad parten de reconocer que luego de un nacimiento o adopción se requiere de un tiempo dedicado a la atención

5 Código del Trabajo, Título I1I, capítulo I.

6 Decreto No. 326/56, que data de 1956.

7 Código de Trabajo, Arts. 71 y 76.

del bebé, la recuperación física de la madre y el establecimiento de la relación paterno/ materno-filial. El cuidado de los/as niños/as requiere tiempo, y las licencias procuran garantizar tanto el empleo como los ingresos de quienes trabajan durante este tiempo.

En los seis países analizados, la legislación establece licencias por *maternidad*, con algunas variaciones en cuanto a su duración, las cuales se extienden entre alrededor de doce semanas, en Argentina, Ecuador, El Salvador y Uruguay; dieciocho semanas en Costa Rica; y cuatro meses en Chile. En cambio, las licencias por *paternidad* encuentran expresiones mínimas o nulas en estas legislaciones. Así, Costa Rica, Ecuador y El Salvador carecen por completo de licencias para padres por nacimiento de hijos/as; Argentina cuenta con una licencia de dos días de duración; Chile reconoció recientemente un permiso de cinco días para el padre; y Uruguay dispone de licencias de tres días para los empleados del sector público, las cuales sólo se otorgan bajo el requerimiento del trabajador.

La normativa chilena ofrece una protección adicional para padres y madres de hijos/as "que requiera de atención en el hogar por motivo de enfermedad grave"[8]; situación en la cual, las licencias pueden tomarse por la madre o por el padre (a elección de la primera) y cubrir hasta el primer año de vida del niño/a, y hasta diez días por año en caso de enfermedad grave de hijos/as menores de dieciocho años. Otra particularidad de esta legislación, expresa que en caso de fallecimiento de la madre, tanto la licencia como la protección contra el despido se traslada al padre, beneficio que da cuenta de algunos esfuerzos –aún incipientes–, en el sentido de democratizar las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, ampliando algunos derechos a los hombres (aun cuando esto todavía dependa de la voluntad o de la ausencia de las mujeres).

En términos generales, no obstante, en los países analizados de la perspectiva que predomina en las licencias parentales se vincula con la protección de la "maternidad biológica", vale decir, con la protección de los períodos de gestación, parto y lactancia, cuyo sujeto prioritario es la mujer-madre (Ellingsaeter, 1999). Por el momento, resultan escasas las normas relativas al cuidado de niños/as de edades más avanzadas, e insuficientes aquellas que promueven

8 Art. 199, Código de Trabajo de Chile.

la vinculación de los padres en este tipo de tareas ( Pautassi, Faur, Gherardi, 2004)[9].

Si bien es legítimo que este tipo de licencias se originen en el reconocimiento de que las mujeres necesitan cierto tiempo para la recuperación física luego de un parto, y para la lactancia materna, el cuidado y la atención de niños/as pequeños/as supone una serie de actividades que pueden ser realizadas tanto por hombres como por mujeres, y que no concluyen al tercer mes de vida de un bebé. Desde esta perspectiva, sería deseable que los permisos parentales en general, y las licencias para hombres en particular, tuvieran una duración más extendida. De algún modo se requiere de un cambio de enfoque que permita superar la visión "biologicista" y "politizar" la maternidad y la paternidad, con miras a una sustantiva ampliación de permisos para el cuidado que implique su democratización entre géneros.

Ahora bien, la amplia participación de las mujeres en el sector informal y la falta de continuidad en el tiempo de las licencias para trabajadoras/es en el sector formal, exige que muchas familias busquen estrategias de índole privado para lograr permanecer en el mercado de trabajo. En América Latina resulta paradójico que la salida laboral de las mujeres de clases medias se apoye frecuentemente en la contratación de empleadas domésticas, y así, la matriz societal de responsabilidades traslada el cuidado infantil de unas mujeres hacia otras, que se encuentran especialmente en desventaja, con el agravante de que en varios países de la región la propia legislación laboral permite que el servicio doméstico quede por fuera de las garantías del contrato de trabajo.

**Guarderías y servicios de cuidado infantil**

El análisis de la reglamentación sobre guarderías y servicios para el cuidado infantil también da cuenta de significativas variaciones entre los seis países analizados. En tres de estos, la normativa compromete a los empleadores a disponer de salas de cuidado infantil en función de número de empleadas

9 El tema de las licencias por paternidad se va incorporando en la agenda pública de modo incipiente y de la mano de algunos cambios culturales que promueven la paulatina vinculación de los hombres en la crianza de sus hijos. En la actualidad, en Argentina y Costa Rica existen proyectos de ley para ampliar licencias para padres hasta quince días, aunque aún no han sido aprobados.

mujeres que ocupe (la cifra oscila entre 20 mujeres –en el caso de Chile– y 50 mujeres –en el caso de Argentina–). En Ecuador este servicio depende de la vinculación de 50 trabajadores, con independencia de sexo. Por contraste, las legislaciones laborales de El Salvador y Uruguay no reglamentan servicios de cuidado para los hijos e hijas de los/as trabajadores/as amparados/as por la ley (aunque El Salvador ha implementado programas focalizados en esta dirección). Por su parte, en lograr permanecer en el mercado de Costa Rica se sancionó la ley 7380, que abre la posibilidad de que los servicios de cuidado infantil tengan un carácter universal y no estén supeditados a las personas empleadas en el sector laboral.

En general, la reglamentación de guarderías resulta discriminatoria desde varios puntos de vista: 1) presupone que será la trabajadora *madre* quien concurrirá al lugar de trabajo con su hijo/a, y se descarta un derecho equivalente para el trabajador hombre; 2) estimula al empleador para no contratar más que el número de trabajadoras inmediatamente anterior al regulado por la ley, para esquivar la carga extra que supone hacer frente a una sala de cuidado infantil, y 3) resulta un mecanismo restrictivo en el contexto latinoamericano, donde la proporción de mujeres trabajadoras en el sector formal es apenas del 50% para un promedio de catorce países de América Latina (Valenzuela, 2004), siendo aún menor la que se desempeña en empresas u organizaciones con el número de empleados requeridos para el acceso a este derecho. Esta situación resulta indicativa de las dificultades que muchas familias enfrentan para la obtención de servicios de cuidado infantil, en especial aquellas pertenecientes a sectores populares.

En síntesis, se observa que el derecho a disponer de servicios de cuidado infantil y contar con recursos estatales para favorecer las acciones de crianza, reconocido en los marcos jurídicos internacionales[10], se topa con una serie de mediaciones en las regulaciones nacionales que dificulta a las familias el acceso a dichos servicios.

10 Véase la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Artículo 11, y la Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 18.

**Representaciones sobre masculinidades en la legislación laboral**

El análisis propuesto permite destacar que los escasos dispositivos presentes en la legislación laboral latinoamericana para promover políticas de conciliación entre la vida familiar y laboral, no sólo se concentran en las mujeres que se ocupan en el sector formal, sino que además adscriben a nociones de masculinidad prácticamente desvinculadas del cuidado de los miembros de la familia. Esto se observa al encontrar que en las legislaciones analizadas la participación del padre en el cuidado de sus hijos/as no se encuentra suficientemente reconocida ni estimulada por los dispositivos existentes para conciliar las responsabilidades familiares y laborales en cánones comparables con los de la madre, ni siquiera en aquellos derechos plausibles de ser equiparados, como las licencias y la disponibilidad de guarderías en el lugar de trabajo. De tal modo, no sólo se restringen los derechos que facilitan significativamente la conciliación de responsabilidades productivas y reproductivas para ambos trabajadores, sino que además se favorece la escogencia de trabajadores hombres por parte de los empleadores, por los menores costos que hipotéticamente supondría su contratación.

La legislación laboral analizada muestra así un importante anclaje en un modelo de responsabilidades diferenciales para hombres y mujeres, en el que el hombre se consolida como proveedor de recursos económicos y la mujer como responsable del cuidado familiar. De esta forma, se distribuyen los derechos y beneficios de manera desigual tanto desde una perspectiva de género, como de clase social. En consecuencia, se puede decir que el conjunto de disposiciones y representaciones sociales que exhiben las legislaciones, implica que el derecho constituye una práctica discursiva y social y no sólo un sistema de normas y regulaciones (Birgin, 2003). Discursos y prácticas que además, contribuyen de manera significativa a la creación o a la reproducción de ciertos rasgos subjetivos en las identidades de género, tanto de mujeres como de hombres.

Un cambio profundo de enfoque supondría tanto la estructuración de nuevos consensos societales, como la creación de incentivos institucionales para universalizar efectivamente la protección de derechos vinculados con el trabajo y la vida familiar en igualdad de condiciones para hombres y mujeres. Así, la garantía de estos derechos supondrá en algunos casos la dotación de servicios públicos de cuidado infantil gratuitos y de calidad, y en otros, la

ampliación de derechos administrativos, que considere la transferencia de recursos monetarios al conjunto de trabajadores/as, para garantizar el tiempo necesario destinado al cuidado de sus hijos/as y, ojalá, de otros miembros de sus familias.

Mientras el acceso a estos derechos se encuentre estratificado en términos de vinculación o no al mercado de trabajo formal, y segmentado en términos de género, los dispositivos de conciliación entre familia y trabajo seguirán configurando relaciones e identidades de género atravesadas por pautas jerárquicas, no sólo entre hombres y mujeres, sino también, entre mujeres de distintas inscripciones sociales.

## II. Conciliación familia-trabajo y subjetividades masculinas[11]

Las posibilidades efectivas que tienen los hombres y las mujeres de conciliar los ámbitos familiar y laboral no dependen exclusivamente de los dispositivos institucionales con los que cuentan. En buena medida, resultan también de las representaciones sociales acerca de la distribución de responsabilidades y de las negociaciones que se establecen entre los sujetos involucrados. Negociaciones que se producen entre personas con desiguales grados de autonomía y autoridad en el ámbito de sus familias (Jelin, 1998; Di Marco, 2005). Este hecho hace relevante el análisis de representaciones sociales a la hora de definir e implementar políticas públicas, si se pretende que éstas impulsen formas de conciliación entre mujeres y hombres, dirigidas a su participación paritaria en las esferas productiva y reproductiva. Por tanto, a continuación analizo las representaciones de distintos hombres sobre su propia posición y la de las mujeres en la esfera laboral y en la vida familiar, a partir de los resultados de dos investigaciones realizadas en contextos diferentes[12]. Es im-

11 Por razones de espacio, en este acápite se han suprimido las referencias a los discursos de hombres entrevistados, incluidas en la versión original de este artículo.

12 Una de las investigaciones analizó las reflexiones de hombres colombianos vinculados a la función pública acerca del modo en que se estructuran las desigualdades de género en distintos escenarios de la vida social (Faur, 2004). La otra, corresponde a los resultados preliminares del análisis de 31 entrevistas en profundidad realizadas con hombres de sectores medios y populares del Área Metropolitana de Buenos Aires.

portante aclarar que los señalamientos que realizo no deben ser tomados como prueba empírica de mis hipótesis, sino como casos exploratorios que permiten identificar algunas de las representaciones vigentes en las subjetividades masculinas contemporáneas.

**Ser hombre es ser proveedor (y ello es ser importante)**

Si la legislación laboral se sustentó en la figura del trabajador masculino, de tiempo completo y con familia "a su cargo", esta estructura institucional se corresponde también con la forma en que los hombres se ven a sí mismos en su papel como proveedores, más que como cuidadores. La imagen de responsabilidades diferenciales para las mujeres en el ámbito familiar, permea los discursos de muchos hombres adultos, quienes en sus reflexiones dejan entrever un particular énfasis en la *división* entre la esfera productiva y la reproductiva, como uno de los ejes de su construcción identitaria.

El modelo de sociedades basadas en hombres proveedores y mujeres amas de casa, se encuentra presente en las imágenes –por momentos nostálgicas– de muchos hombres contemporáneos. En este esquema, el trabajo remunerado representa para ellos una responsabilidad insoslayable, que no se ve afectada –a diferencia del caso de las mujeres– por las transformaciones del ciclo vital personal ni familiar, ni por la condición socio-económica de sus hogares. A su vez, el papel de proveedor de recursos económicos los exime de buena parte de las actividades ligadas con la crianza de hijos/as y de las responsabilidades domésticas. Además, asumirse como sostén del hogar no sólo define los parámetros de su aporte económico, sino que también cumple una doble función simbólica: por una parte, los afirma individual y socialmente en su masculinidad, por la otra, les otorga ciertos privilegios frente a otros miembros del hogar (Faur, 2004). Trabajar forma parte del papel que *como hombres* les toca ocupar en sus familias y en la sociedad, el cual se desempeña sin conflicto ni necesidad de *conciliación* con responsabilidades de cuidado familiar, no sólo en la legislación analizada, sino también en las representaciones colectivas.

En esta dirección, Ariza y de Oliveira (2003) han observado igualmente que, en América Latina, aunque se han ido legitimando diferentes modelos familiares, continúan primando las concepciones más tradicionales en relación con la valoración del papel masculino como proveedor económico, y

su vinculación con atributos de protección, de autoridad legítima y de soporte moral de las familias. Estos hallazgos coinciden también con buena parte de los estudios sobre masculinidades e identidades de género desarrolladas en la región, entre ellos los de Viveros (2001) para Colombia, Olavarría (2001) para Chile y Fuller (2001) para Perú.

**Los hombres frente al trabajo de las mujeres: ¿conciliación o conflicto?**

En las representaciones masculinas aparece una creciente aceptación del trabajo femenino –impensable décadas atrás–[13] con matices y variaciones, pero, al igual que en la legislación laboral, la mención del trabajo femenino que efectúan los hombres suele asociarse unívocamente con la evaluación del papel de las mujeres como cuidadoras de las familias –particularmente cuando se trata del trabajo de sus parejas–. Algunos hombres, aunque pocos, se refieren al trabajo femenino con naturalidad, o lo asumen como un "derecho propio" de ellas, pero la mayoría de nuestros entrevistados se preguntan si es no o no que las mujeres trabajen, aun a la luz de la extensión de práctica. De tal modo, al referirse al trabajo productivo de las mujeres, una y otra vez, surge la referencia a sus actividades reproductivas como parte de una imagen amalgamada e indivisible. No obstante, casi no se presenta esta percepción cuando los hombres se refieren a su propio trabajo, no sólo mucho más naturalizado, sino también representado como un espacio independiente de los requerimientos de tiempo que demandan los hijos/as y la vida familiar.

Si bien la referencia al trabajo de las mujeres surge casi siempre asociada con sus responsabilidades domésticas, las posiciones de distintos hombres frente a éstas muestran algunas diferencias significativas, por lo que no puede hablarse de un único discurso hegemónico ni de la "subjetividad masculina" como un concepto homogéneo, que permita ser tratado de modo singular. Se pueden esbozar al menos tres posiciones en las representaciones de los entrevistados. Las mismas se asocian, por un lado, con sus niveles sociales y educativos, pero también con la disponibilidad objetiva que sus familias encuentran para utilizar mecanismos públicos o privados de conciliación entre demandas productivas y reproductivas. Las posiciones identificadas son: 1)

13 Véase Jelin y Feijoó, 1980.

aceptación del trabajo y de la conciliación por parte de las mujeres; 2) aceptación "pragmática" del trabajo femenino –incomodidad frente a la conciliación–, y 3) oposición al trabajo de las mujeres –percepción de familia y trabajo como esferas irreconciliables–.

## 1. Aceptación del trabajo y de la conciliación por parte de las mujeres

Hay un grupo de hombres –en especial aquellos que cuentan con mejores credenciales educativas– que aceptan la inserción femenina en el mundo del trabajo remunerado. Esta aceptación se sustenta en la valoración de una fuente adicional de ingresos para el hogar, o en la defensa del derecho de las mujeres a trabajar, en especial cuando él trabajo de ellas antecede al contrato conyugal. Lo interesante en este grupo es que aparece igualmente naturalizado el hecho de que sea ella quien ajuste sus horarios y condiciones de trabajo para el cuidado de los hijos/as y la familia. Así, surge una y otra vez la referencia a la responsabilidad doméstica de las mujeres en su formato ahistórico y esencializado, en donde el ingreso de las mujeres en el trabajo remunerado requiere ser equilibrado con "sus" responsabilidades domésticas.

Al igual que en la legislación laboral, pareciera que en las representaciones de este grupo de hombres resulta más sencillo considerar la igualdad como un principio aplicable, o deseable, en el ámbito estrictamente laboral, que desarrollar una mirada integral del mundo público y el privado como esferas que requieren de una reestructuración de responsabilidades para la efectiva conquista de la igualdad[14].

## 2. Aceptación "pragmática" del trabajo femenino, incomodidad frente a la conciliación

Otros hombres evidencian posiciones más conflictivas frente al trabajo de las mujeres que las citadas en el ítem anterior. Sus relatos reflejan la tensión que surge cuando no se logra equilibrar dos mandatos de peso en sus representaciones: 1) el modelo tradicional de división sexual del trabajo y 2) la

14 Para la observación del modo en que el "principio de igualdad" se encuentra presente en las legislaciones analizadas, véase Pautassi, Faur, Gherardi, ob. cit.

necesidad de que los recursos aportados sean suficientes para el mantenimiento de la familia. Así, emergen discursos en los que ciertos hombres sostienen que preferirían que la mujer no trabaje –para que pueda dedicarse plenamente a las actividades del hogar– pero lo aceptan –porque la situación económica hace necesario contar con un ingreso adicional–. En estos casos, se percibe un importante costo subjetivo para los hombres, que perciben cierto déficit de autoridad por no lograr aportar los recursos necesarios para el desenvolvimiento del hogar. La tensión entre imaginarios de provisión y de división sexual del trabajo en cánones tradicionales, en ocasiones se resuelve visualizando al trabajo femenino como un "aporte momentáneo" que podría ser modificado, en caso que el contexto permitiera rearmar el modelo de provisión tradicional, centrado en la figura masculina.

## 3. Oposición al trabajo de las mujeres, percepción de familia y trabajo como esferas irreconciliables

El extremo de la incomodidad frente al trabajo de las mujeres, se percibe entre aquellos hombres que se oponen explícitamente a la incorporación de mujeres en la esfera laboral, al no avizorar posibilidades de "conciliación" entre el trabajo remunerado de las mujeres y sus responsabilidades familiares. Este tipo de discurso se encuentra sobre todo en algunos de los hombres pertenecientes a los sectores más desaventajados socialmente, quienes, por otra parte, son los que cuentan con menor cantidad de dispositivos de conciliación. En efecto, las mujeres de sectores populares suelen emplearse en el sector informal de la economía, con mayor frecuencia en el servicio doméstico y rara vez disponen de los beneficios vinculados con la seguridad social. Por otro lado, los ingresos de estos hogares suelen ser insuficientes para contratar servicios de cuidado infantil en el mercado y son escasos los países que en Latinoamérica disponen de servicios estatales que ofrezcan esta posibilidad como parte de las políticas públicas de corte universal (Martínez y Camacho, 2005).

Asimismo, las representaciones masculinas que surgen en esta dirección, parten del sostenimiento simbólico de un modelo dicotómico, en el cual si las mujeres trabajan, es a los hombres a quienes les correspondería de forma exclusiva la atención de los hijos y de la casa. El trabajo de ellas pondría en duda tanto el lugar del hombre como proveedor, como el bienestar de sus

hijos/as, quienes, en el imaginario de estos hombres, dejarían de contar con su madre. Con este telón de fondo, su propia imagen se percibe "feminizada", lo que no resulta nada atractivo en tanto interpela uno de los pilares centrales de la construcción social e individual de la virilidad, y con ello, su jerarquización diferencial. La ecuación se cierra entonces oponiéndose al trabajo de las mujeres.

**Los hombres frente al trabajo doméstico y la conciliación**

En síntesis, si para las mujeres la salida laboral ha traído aparejada la necesidad de compatibilizar sus responsabilidades en las esferas productiva y reproductiva, y las instituciones sociales han dado cuenta de este requerimiento a través, por ejemplo, de la legislación laboral, ¿qué sucedió en las representaciones masculinas frente a su propia participación en la esfera doméstica? ¿La estructuración de nuevas formas de provisión, compartida en buena medida con las mujeres, interpeló de algún modo su lugar en este espacio?

En general, las investigaciones que han analizado las transformaciones en la división sexual del trabajo en el interior de los hogares, han mostrado que las imágenes acerca de quiénes deben realizar el trabajo no remunerado han cambiado más aceleradamente que las prácticas efectivas. Y a su vez, que las creencias acerca de los papeles apropiados para hombres y mujeres en el mundo del trabajo se han modificado en mayor medida que las imágenes relacionadas con la esfera doméstica (Coltrane, 2000; Wainerman, 2003b). Es decir, en todos los casos, aun cuando se flexibilizan los consensos sociales acerca de la participación económica femenina, el hecho de verlas como las responsables de las tareas del hogar y la crianza parece ser el núcleo duro de la transformación de relaciones sociales de género.

De tal modo, y si partimos de que la noción de *conciliar* supone la existencia previa de una tensión o colisión "entre partes desavenidas"[15], se comprende el hecho que, en las representaciones que exhiben los hombres al pensarse a sí mismos, no exista ningún antagonismo entre familia y trabajo que requiera ser conciliado. Particularmente, porque no suele percibirse como responsabilidad propia (ni compartida en términos paritarios) el trabajo que

15 Según el Diccionario de la Real Academia Española (www.rae.es): "Conciliar: 1. tr. Componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí. ( ... )".

debe realizarse en el interior de los hogares. Antes bien, cuando los hombres participan en la esfera doméstica, continúa presente la idea de estar "colaborando" con sus mujeres, bien sea para cubrir las necesidades propias de la domesticidad en los momentos en que "ella no está" o bien cuando ellos mismos "tienen tiempo". Aunque en efecto se presenta un leve incremento en la carga de tiempo que dedican los hombres a las tareas paternales y domésticas, también resulta evidente que esta dedicación sigue siendo muy inferior a la de las mujeres (Araya, 2003; Aguirre, Sainz y Carrasco, 2005).

Ahora bien, una importante alteración de estas imágenes se produce cuando el hombre se encuentra desocupado y es la mujer quien mantiene el hogar. En este caso la participación en las tareas de crianza y las actividades domésticas termina representándose casi como un deber. Aunque vuelve a aparecer con relieve la lógica que indicaría que se está desarrollando un papel ajeno a su inscripción de género, esto se justifica por el hecho de estar él mismo desocupado, indicando indirectamente que si se reestructurase el sistema de provisión, también podrá reestructurarse el de la reproducción.

El contexto de desocupación inscribe un giro peculiar en las representaciones de algunos hombres acerca del cuidado de los hijos/as y el desarrollo de actividades domésticas. De alguna manera, no da cuenta de una conciliación de responsabilidades, pues precisamente lo que se ha alterado ha sido la dimensión de productividad masculina, sino de un posible reemplazo de las mujeres en la realización de actividades que quedaron vacantes, con su salida al mercado de trabajo. El modelo dicotómico –uno/a trabaja, otro/a realiza las actividades domésticas y de cuidado– sigue estando presente en el imaginario de muchos de estos hombres, pero permite cierta mutación en la asignación de responsabilidades, en la medida en que ellos no estén aportando ingresos monetarios.

## III. Formular políticas conciliatorias que vinculen a los hombres

Los argumentos presentados evidencian que el "contínuum productivo-reproductivo" aparece como un supuesto de las políticas públicas y de las representaciones sociales examinadas, al centrar la mirada casi solo en la vida

de las mujeres, mientras se desdibuja mucho más en el caso de los hombres. La contra-cara de esto es que las imágenes sobre los hombres como sujetos con responsabilidades de "provisión" pero no de "cuidado familiar" atraviesan tanto la regulación del trabajo como las subjetividades contemporáneas.

Vale decir: si las partes desavenidas en el litigio que busca generar modos de conciliación son las familias y el trabajo, el *sujeto* de dicha conciliación sigue siendo un sujeto femenino. No aparece tal "desavenencia" en el caso de los hombres, lo que se explica en parte, por el vasto entramado de instituciones y representaciones colectivas que facilitan para ellos una posición en el sistema de relaciones sociales de género que carga con un mandato escueto en relación con el cuidado de los miembros de sus familias. Mandato escasamente alterado pese a las agudas transformaciones en el esquema de provisión de recursos para el hogar.

Así definida –por convicción o por omisión– la conciliación entre familia y trabajo se topará con dificultades excesivas para las mujeres trabajadoras quienes, como indican las encuestas de uso del tiempo, desarrollan ahora una mayor carga total de trabajo que los hombres (al considerar el trabajo productivo y el reproductivo). Esta situación ubica a las mujeres frente a un alto grado de exigencia en cada uno de estos ámbitos y, a la vez, frente a la necesidad de lidiar con el equilibrio entre ambos, frecuentemente renunciando a ampliar sus perspectivas de participación en el mercado laboral o en la vida política, la calidad de las comidas o el cuidado de la casa, y reduciendo su espacio personal para el descanso o la recreación.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que para lograr una efectiva conciliación entre familia y trabajo, y que sus efectos colaterales no continúen perpetuando los privilegios masculinos ni la sobrecarga femenina, se requiere de un nuevo "contrato sexual" que incluya, pero a la vez supere, la definición de políticas laborales y de conciliación propiamente dicha, para el cual se requiere también revisar las políticas culturales, educativas y comunicacionales. Este tipo de contrato debería incorporar a los hombres no sólo como parte del problema, sino en especial como parte co-responsable en la búsqueda de un nuevo equilibrio.

La vinculación en el plano cultural e institucional de las nociones de *virilidad* y de *cuidado* parece un tema impostergable para el logro de la igualdad de género en las estrategias de conciliación de los ámbitos productivo y re-

productivo. El modo en el que los sujetos representan sus responsabilidades en las esferas analizadas, resulta central desde el punto de vista de las condiciones de posibilidad de democratización de las familias; de organización de sistemas de "doble provisión y doble cuidado"; y de socialización de futuras generaciones, en el marco de una moralidad que responda a principios de justicia que no impliquen la subordinación de las mujeres. Es también elocuente en cuanto a la viabilidad de que los actores asuman la transformación de las relaciones sociales de género. En el caso de los hombres, por ejemplo, que hagan uso de las licencias para padres, en tanto éstas existan; que luchen por tenerlas, en caso de que no existan; y que participen más activamente en la estructuración de una nueva matriz de cuidado societal. Si el camino relacionado con cambios institucionales es largo y sinuoso, el que se orienta a alterar el andamiaje cultural puede ser aún más complejo, pero no por ello, menos determinante en el éxito de las políticas de conciliación, y, en definitiva, en la construcción de un nuevo "contrato sexual".

## Bibliografía

AGUIRRE, Rosario, Cristina García y Cristina Carrasco, 2005, *El tiempo, los pos. Una vara de desigualdad,* Santiago de Chile, Cepal, Unidad Mujer y Desarrollo.

ARAYA, María José, 2003, *Un acercamiento a las encuestas sobre el uso del orientación de género,* Santiago Cepal - Unidad Mujer y Desarrollo.

ARIZA, Marina y Orlandina de Oliveira, 2003, "Acerca de las familias y los hogares: estructura y dinámica", en: Catalina Wainerlllan (comp.), *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones,* Buenos Aires, Unicef / Fondo de Cultura Económica.

BIRGIN, Haydée, 2003, "Darle poder a la ley: herramientas de acción ciudadana y acceso a la justicia", en: Eleonor Faur y Alicia Lamas (comps.), *Derechos universales, realidades particulares. Reflexiones y herramienws para la concreción de los derechos de mujeres, niños y niñas,* Buenos Aires, Unicef.

CEPAL, 2004a, *Caminos hacia la equidad de Género en América Latina y el Caribe,* 9a Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, Cepal.

———, 2004b, *Panorama Social de América Latina,* Santiago de Chile, Cepal.
CODIFICACIÓN DEL Código del Trabajo - Ecuador.
CÓDIGO DEL Trabajo - Chile
CÓDIGO DEL Trabajo - El Salvador
COLTRANE, Scott, 2000, "Research on Household Labor: Modeling and Measuring the Social Emeddedness of Routine Family Work", en: *Journal of Marriage and the Family,* No. 62, November.
CREIGHTON, Colin, 1999, "The rise and decline of the male breadwinner family in Britain", en: *Cambridge Journal of Economics, Va\. 23, No. 5, Special Issue on the Family,* September, Oxford University Press.
CROMPTON, Rosemary, 1999, "The Decline of the Male Breadwinner: Explanations and Interpretations", en: Rosemary Crompton (ed.), *Restructuring Gender Relations and Employment. The Decline of the Male Breadwinner,* Nueva York, Oxford University Press.
DI MARCO Graciela, 2005, "Las familias", en *Democratización de las familias,* Unicef.
ELLINGSAETER Anne Lisse, 1999, "Dual Breadwinners between State and Market", en: Rosemary Croptom (ed), *Restructuring Gender Relations and Employment. The Decline of the Male Breadwinner,* Nueva York, Oxford University Press.
ESPING-ANDERSEN, Gosta, 1996, "Welfare States without Work: the Impasse of Labour Shedding and Familialism in Continental European Social Policy", en: Gosta Esping-Andersen (ed), *Welfare States in Transition. Nacional Adaptation in Global Economies,* Londres, UNRISD / Sage Publications.
———, 2002, "A new gender contract", en: Gosta Esping-Andersen, *et ál., Why we need a new welfare state,* Nueva York, Oxford University Press.
FAUR, Eleonor, 2004, *Masculinidades y desarrollo social. Las relaciones de género desde la perspectiva de los hombres,* Santafé de Bogotá, UNICEF / Arango Editores.
FAUR, Eleonor y Natalia Gherardi, 2005, "El derecho al trabajo y la ocupación de las mujeres", en: Equipo, Latinoamericano de Justicia y Género, *Informe sobre Género y Derechos Humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina,* Buenos Aires, Biblos.

FOLBRE, Nancy, 1994, *Who pays for the kids? Gender and the Structures of constraint,* Londres y Nueva York, Routledge.

FULLER, Norma, 2001, "No uno sino muchos rostros. Identidad masculina en el Perú urbano", en: Mara Viveros, josé Olavarría y Norma Fuller, *Hombres e identidades de género. Investigaciones desde América Latina,* Bogotá, CES – Universidad Nacional de Colombia.

JELIN, Elizabeth y María del Carmen Feijóo, 1980, *Trabajo y familia en el ciclo de vida femenino: el caso de los sectores populares de Buenos Aires,* Buenos Aires, CEDES, Vol. 3, No. 8/9,

MARTÍNEZ, Juliana y Rosalía Camacho, 2005, "¿Agua y aceite? Conciliación entre mundos productivo y reproductivo en América Latina", Informe de consultoría para GTZ/UNFPA, mimeo.

OLAVARRÍA, José, 2001, "Invisibilidad y poder. Hombrees de Santiago de Chile", en: Mara Viveros, José Olavarría y Norma Fuller, *Hombres e identidades de género. Investigaciones desde América Latina,* Bogotá, CES-Universidad Nacional de Colombia.

PAUTASSI, Laura, Eleonor Faur y Natalia Gherardi, 2004, *Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad,* Santiago de Chile, Cepal, Unidad Mujer y Desarrollo.

SAINSBURY, Diane, 1999, "Gender and Social-Democratic Welfare Status", en: D. Sainsbury (ed.), *Gender and welfare state regimes,* Nueva York, Oxford University Press.

VALDÉS, Teresa y José Olavarría, 1997, "Introducción", en: Teresa Valdés y José Olavarría (eds.), *Masculinidad/es. Poder crisis,* Santiago de Chile, Isis-Internacional / Flacso.

VENEZUELA, María Elena, 2004, *Mujeres: Pobreza y Mercado de Trabajo, Argentina y Paraguay,* Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo.

VIVEROS VIGOYA, Mara, 2001, "Masculinidades. Diversidades regionales y cambios generacionales en Colombia", en: Mara Viveros, José Olavarría y Norma Fuller, *Hombres e identidades de género. estigaciones desde América Latina,* Bogotá, CES-Universidad Nacional de Colombia.

WAINERMAN, Catalina, 2003a, "Familia y Trabajo. La reestructuración de las fronteras de género", en: Catalina Wainerman (comp.), *Familia y trabajo recreando relaciones de género,* Buenos Aires, Unicef/ Fondo de Cultura Económica.

———, 2003b, “Padres y maridos. Los hombres en la familia”, en: Catalina Wainerman (comp.), *Familia, Trabajo y Género. Un mundo de nuevas relaciones,* Buenos Aires, Unicef/ Fondo de Cultura Económica.

III

# 5

# Derecho internacional de los derechos humanos

# La Carta Magna de todas las mujeres*

Alda Facio

**Sumario**

Introducción. **I.** Amplía la responsabilidad estatal. **II.** Obliga a los estados a adoptar medidas concretas para eliminar la discriminación contra las mujeres. **III.** Permite medidas transitorias de "acción afirmativa" o medidas correctivas. **IV.** Reconocer papel de la cultura y tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres. **V.** Define la discriminación y establece un concepto de igualdad sustantiva. **VI.** Fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos. **VII.** El Comité de la CEDAW. **VIII.** El protocolo opcional de la CEDAW.

## Introducción

Por iniciativa de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) de la ONU, endosada por la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, celebrada en México en 1976, se inició la elaboración de una convención orientada a eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres. Ese trabajo utilizó como base la Declaración que con el

* Alda Facio, "La Carta Magna de todas las mujeres", en Pontificia Universidad Católica del Ecuador, *Memorias de la Primera Promoción del Diplomado Superior en Derechos Humanos y Democracia,* Quito, PUCE, 2003, pp. 91-109.

mismo objeto había proclamado la Asamblea General de la ONU en 1967, en la que se buscó juntar todas las normas referidas a las esferas que se habían venido estudiando desde la creación de la CSW, en 1946.

El 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) fue adoptada después de cuatro años de trabajos de la CSW y de la Tercera Comisión[1] de la Asamblea General, mediante la Resolución 34/180 de la Asamblea General[2]. El17 de julio, en una ceremonia especial realizada durante la Conferencia Mundial en Copenhague, fue suscrita por 64 estados. La ratificación fue rapidísima y la CEDAW entró en vigor e1 3 de septiembre de 1981, después de que 20 estados habían ratificado[3].

La CEDAW reúne en un único instrumento legal, internacional, de derechos humanos, las disposiciones de instrumentos anteriores de la ONU relativas a la discriminación contra la mujer. Se dice que es la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres porque es el primer instrumento internacional que incluye todos los derechos humanos de las mujeres explícita o implícitamente al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo. Si bien es cierto que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación por razones de sexo y garantizan la igualdad de todos los seres humanos, esto no ha sido suficiente para garantizarle a las mujeres la protección de sus derechos por parte de estos otros instrumentos y sus mecanismos de protección y monitoreo.

Esto se debe a que los otros instrumentos prohíben que se haga discriminación en el goce de los derechos que establecen, pero la forma como establecen los derechos humanos es androcéntrica. Es decir, los derechos que se establecen en esos instrumentos son pensados desde las necesidades de los hombres mientras que en la CEDAW, se toman en cuenta las necesidades de las mujeres. Y, si bien es cierto que no están explicitados todos los derechos humanos que nece-

1 La tercera comisión de la Asamblea General es la que se encarga de los asuntos sociales, humanitarios y culturales.

2 Aída González, coordinadora, *Los Derechos de la Mujer y los Niños,* edición conmemorativa, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1999, p. 11.

3 Art. 27 de la CEDAW: 1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.

sitamos las mujeres, sí están implícitos todos, como se dijo anteriormente, al estar prohibida la discriminación en todas las esferas de la vida[4].

En otras palabras, los otros instrumentos internacionales que garantizan igualdad, no discriminación o no distinción por motivos relacionados con el sexo, no crean derechos para la mujer que sean específicos para nuestra realidad cotidiana sino que nos ofrecen la posibilidad de ejercer, en igualdad de condiciones con los hombres, derechos reconocidos para ellos. Cierto que muchos de estos derechos son inherentes a la condición humana y por ende, necesarios para nosotras también, pero hay derechos que solo necesitamos las mujeres, ya sea por nuestra condición sexual, de género o precisamente debido a la histórica desigualdad de poder entre los sexos.

Es así que la CEDAW es el primer instrumento internacional de derechos humanos que toma como punto de partida esa histórica desigualdad y por ende, aunque todavía no se hablaba de género o perspectiva de género en el momento en que fue discutida, sí se puede decir que es un instrumento con perspectiva de género. Este instrumento es importante y necesario por muchísimas razones pero en mi opinión se puede decir que hayal menos seis que la ponen en la categoría de única:

## I. Amplía la responsabilidad estatal

Precisamente porque tiene una perspectiva de género, es el primer instrumento internacional que amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales u organizaciones no gubernamentales[5]. Esto es muy importante porque sabemos que la discriminación contra las mujeres y la violación a nuestros derechos humanos no solo se da en la esfera estatal.

Por supuesto que las mujeres también sufrimos violaciones a nuestros derechos humanos por acciones directas del Estado y sin embargo, tam-

4 El art. 1 prohíbe la discriminación en "las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

5 El art. 2, inc. e) establece que los estados están obligados a "tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas".

bién aquí ha sido difícil que se acepte la responsabilidad estatal. Por ejemplo, funcionarios públicos utilizan la violencia sexual para obtener privilegios y militares la usan para ganar batallas y hasta hace muy poco, estos actos eran considerados actos individuales no imputables al Estado. Pero, de acuerdo al concepto de responsabilidad estatal que establece la CEDAW, esos actos, aunque sean considerados individuales, son imputables al Estado porque éste, al ratificar la CEDAW, está obligado a garantizar que esos actos no sucedan, al menos no en forma sistemática o sistémica.

Talvez más importante aún para los tiempos que corren es que la noción de responsabilidad estatal que establece la CEDAW podrá servir de precedente para ampliar la responsabilidad a otros entes tan o más poderosos que los estados. Esto cobra especial importancia en un mundo privatizado, globalizado en donde los gobiernos y los estados de Derecho están en vías de extinción.

## II. Obliga a los estados a adoptar medidas concretas para eliminar la discriminación contra las mujeres

Según el art. 2 de la CEDAW, los estados que la ratifiquen no solo deben condenar toda forma de discriminación basada en el sexo o género, sino que tienen que tomar medidas concretas para lograrlo tales como consagrar la igualdad en sus constituciones políticas; abolir las leyes, costumbres y prácticas que redunden en discriminación contra las mujeres; establecer protecciones jurídicas contra la discriminación; etc.

Como era imposible que la CEDAW contuviera explícitamente todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en todas las esferas, a través de los años, el Comité de la CEDAW ha especificado en sus comentarios finales yen sus Recomendaciones Generales qué medidas específicas se deben tomar para los casos que se le van presentando a través de los informes que rinden los estados. Por ejemplo, en su Recomendación General No. 21, el comité amplía las medidas concretas que deben tomar los estados en relación al matrimonio y las relaciones familiares al establecer, inter alia, que las leyes o costumbres que no tratan los bienes acu-

mulados durante una relación similar al matrimonio como tratan a la propiedad conyugal, deben derogarse[6].

Es entonces por medio de las recomendaciones que se le da solución a un problema concreto como la desigualdad entre el trato legislativo a la propiedad conyugal y la propiedad en las uniones de hecho. Aunque el tema no es tratado específicamente en el arto 16 de la CEDAW, a la luz de los arts. 1 y 2, se entiende que este artículo 16, obliga al Estado no solo a tomar medidas para lograr la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a sus derechos durante el matrimonio y después de su disolución, sino a garantizarle esos mismos derechos a las mujeres que viven en uniones de hecho.

## III. Permite medidas transitorias de "accion afirmativa" o lo que yo prefiero llamar medidas correctivas

Para poder alcanzar las metas de la CEDAW y debido al reconocimiento de la histórica desigualdad de poder y en el goce de los derechos humanos entre hombres y mujeres, y al hecho de que el tratar a hombres y mujeres exactamente igual no ha redundado en la eliminación de la discriminación, el art. 4 de la CEDAW establece que los estados pueden tomar medidas correctivas que aceleren el logro de la igualdad entre los sexos sin que éstas sean interpretadas como discriminatorias para los hombres.

La lógica detrás de las medidas correctivas en la CEDAW es que el carácter sistémico de la discriminación contra las mujeres hace que sea imposible su eliminación sin medidas correctivas. Porque, una histórica y sistémica distribución desigual de beneficios y poder, requiere una asignación desigual de determinados instrumentos. Para la CEDAW, el objetivo final de las medidas correctivas es generar una sociedad en la cual las mujeres reciban igual respeto, gocen de sus derechos humanos en igualdad con los hombres en todas las esferas yen la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. Por eso son transitorias y deben ser eliminadas en el momento en que se haya logrado una igualdad real entre hombres y mujeres. Para lograr esta sociedad igualitaria es necesario que se comprenda que el punto de partida

6 Recomendación General 21 (13o. período de sesiones).

es asimétrico. Es decir, que hombres y mujeres no empiezan con las mismas oportunidades por causas socialmente construidas y que por ende, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales. El no tomar en cuenta que nuestras sociedades son jerárquicas y en la cuales quienes tienen más poder son tomados como modelo de lo humano, asegura que aquella gente que difiere del modelo va a ser tratada en forma deficitaria[7]. Y, si sabemos que el modelo de lo humano en nuestras sociedades ha sido el varón, entenderemos que las mujeres somos tratadas en forma deficitaria cuando se nos trata en forma aparentemente neutral. Es por ello que la CEDAW reconoce la necesidad de acciones afirmativas o medidas correctivas.

## IV. Reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres y obliga a los estados a eliminar los estereotipos en los roles de hombres y mujeres

La CEDAW reconoce el importante papel que juega la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole, en la restricción de los derechos de las mujeres. Por consiguiente, prevé que los estados deben adoptar medidas apropiadas para eliminar los estereotipos y prácticas atingentes a los papeles de hombres y mujeres, que surgen de un concepto de inferioridad o superioridad de un sexo respecto del otro.

También establece que el Estado debe garantizar que la educación familiar imparta la creencia en la necesidad de compartir equitativamente las funciones en la crianza de los y las hijas, y que en todos los casos, padres y madres deberían regirse por el interés de los y las hijas.

Todo lo anterior quiere decir que el Estado debe tomar medidas para eliminar los estereotipos y las concepciones de inferioridad de las mujeres en todas las esferas y si no lo hace, es responsable de las discriminaciones que puedan surgir contra las mujeres por estos estereotipos y concepciones.

7 Ver Marcela Rodríguez, "Igualdad, Democracia y Acciones Positivas", en Facio y Fries, eds., *Género y Derecho,* Chile, Ediciones Lom, 1999.

## V. Define la discriminación y establece un concepto de igualdad sustantiva

Todo el contenido de la CEDAW gira alrededor de dos conceptos: la igualdad entre los sexos y la no discriminación contra las mujeres en todas sus formas. Dicho de otra manera, su meta es la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres para lograr la igualdad entre los sexos en todas las esferas.

El art. 1 define lo que se debe entender por discriminación:

> A los efectos de la presente convención, la expresión "discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta definición es importantísima por las siguientes razones:

- Es una definición legal que pasa a ser parte de la normativa nacional cuando el Estado ratifica la convención. Esto quiere decir que los jueces y otros funcionarios que administran justicia no pueden crear su propia definición.
- Establece que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que nos alerta sobre la variedad de los comportamientos discriminatorios que se nos pueden presentar a veces hasta en forma de "derechos" o "protección".
- Determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga "por objeto" o "por resultado" la violación de los derechos humanos de las mujeres. Esto quiere decir que se sancionan no solo aquellos actos que tienen la intención de discriminar tales como las leyes que establecen que las mujeres casadas no pueden tener propiedades, etc. sino que también se sancionan los actos que sin tener la intención de discriminar, terminan discriminándonos como las leyes que "protegen" prohibiéndole solo a

las mujeres la realización de trabajos peligrosos, nocturno, etc. Quiere decir, además, que se prohíbe no solo el acto discriminatorio consumado sino también la tentativa de discriminar.

- Precisa que el acto discriminatorio puede tener distintos grados, ya que puede ser parcial "menoscabar" o puede ser total "anular". Así la CEDAW no solo sanciona la negación total de un derecho sino que también el que se nos nieguen ciertos aspectos de un derecho. Como por ejemplo, que las mujeres puedan ser nacionales de un país pero no pasar la nacionalidad a sus hijos/as.
- También precisa que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio. La primera etapa se refiere al momento de crear las leyes que establecen derechos. La segunda a las necesidades que se satisfacen con ese derecho y la tercera, al aspecto activo del derecho, lo que implica que debe haber algún mecanismo donde la titular puede denunciar la violación a su derecho y lograr el resarcimiento por la misma. Esto quiere decir que la CEDAW obliga al Estado: 1. a reconocer los derechos de las mujeres; 2. a proveer las condiciones materiales y espirituales para que podamos gozarlos; y, 3. a crear los mecanismos para que podamos denunciar su violación y lograr un resarcimiento.
- Define la discriminación como un acto viola torio del principio de igualdad y a la mujer como sujeto jurídico equivalente al hombre en dignidad humana, estableciendo una concepción de igualdad no androcéntrica sino basada en la protección de los derechos humanos de las mujeres.
- Prohíbe la discriminación en todas las esferas. La última frase del artículo "o en cualquier otra esfera" claramente incluye la esfera privada o familiar donde se producen tantas de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres.
- Precisa que la discriminación se prohíbe "independientemente del estado civil de la mujer" para hacer énfasis en que la convención pretende eliminar todas las discriminaciones que se dan contra las mujeres, incluyendo las que se dan en el matrimonio.

La CEDAW, al pretender eliminar la discriminación de jure y de facto, pretende lograr no solo la igualdad de jure, sino la igualdad de facto o igual-

dad real o sustantiva. El objetivo es la transformación social, el cambio social que va más allá del cambio legislativo, aunque lo incluye. Es más, la igualdad de jure se concibe solo como un medio para lograr la realización práctica del principio de igualdad. Es importante notar que tampoco la igualdad de jure se concibe como un tratamiento exacto por parte de la legislación a hombres y mujeres. Se trata de una igualdad basada en el goce y el ejercicio de los derechos humanos que por lo tanto, permite trato distinto, aún por parte de la ley, cuando la situación es distinta.

Por otro lado, si una lee la convención a la luz de las Estrategias de Nairobi[8], puede entender que además, la igualdad que busca la CEDAW no se circunscribe solamente a lograrla entre los sexos sino que es una igualdad que solo podrá alcanzarse eliminando otras desigualdades sociales: "Es por esto que la solución al problema de la discriminación contra la mujer, tiene que buscar las causas y promover los" cambios de las estructuras sociales y económicas que hagan posible la plena igualdad de la mujer y su libre acceso a todas las formas de desarrollo como agente activa y beneficiaria, sin discriminación de ningún tipo"[9]. Esto quiere decir que el Estado está obligado a garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de todas las mujeres lo que implica que debe tomar medidas especiales para con ciertos grupos de mujeres más desaventajados.

En sus "comentarios finales" así como en las Recomendaciones Generales, el Comité de la CEDAW ha ido profundizando y ampliando el significado de la igualdad entre los sexos para incluir a sectores o grupos de mujeres que viven una triple discriminación. Así por ejemplo, en sus comentarios finales al tercer informe periódico de Venezuela, el Comité le insistió a este país que para lograr la igualdad de todas las mujeres, tenía que fortalecer sus programas de eliminación de la pobreza ya que ésta afecta más severamente a una gran mayoría de mujeres[10].

8 En su momento las Estrategias de Nairobi fueron entendidas como el plan de acción para implementar la CEDAW aunque ahora se habla más de la Plataforma de Beijing.

9 Pár. 53 de las Estrategias.

10 Ver CEDAW /C/1997/L.1/ Add.6.

## VI. Fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos

Otro logro de esta convención es que es un ejemplo concreto de la indivisibilidad de los derechos humanos, principio que se afirma a menudo en abstracto pero que raramente se expresa en concreto. En el discurso de derechos humanos se afirma que todos los derechos son indivisibles e interdependientes. Se destaca que la promoción y el disfrute de ciertas libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales. Sin embargo, la realidad es que se le ha dado mayor importancia a los derechos civiles y políticos que a los económicos, sociales y culturales y a los individuales que a los colectivos.

En la CEDAW, aparecen con igual importancia todos los derechos al establecer en un solo instrumento derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos, así como derechos colectivos de sectores de mujeres y el derecho al desarrollo. Es más, se ha dicho que la CEDAW, además de un documento legal es una guía para el desarrollo porque sugiere un programa de acción que, de cumplirse, llevaría a los estados y a la sociedad en general a un plano de desarrollo superior[11]. Esta idea la encontramos en el Preámbulo cuando justifica la igualdad de los sexos como una necesidad social e indispensable para el desarrollo.

La CEDAW es un instrumento poderoso para la promoción de los derechos humanos de las mujeres. Esta convención, vista a la luz de las Recomendaciones Generales del Comité, las Estrategias de Nairobi, los Programas o Plataformas de Acción de Viena, Cairo, Beijing y Durban y algunas resoluciones del ECOSOC y recomendaciones de otros comités de Derechos Humanos, ha demostrado ser un instrumento eficaz para quienes estamos tratando de crear un marco internacional de derechos humanos de las mujeres. Al mismo tiempo, la CEDAW es débil en cuanto a que es el tratado con mayor cantidad de reservas sustantivas planteadas por los países.

Algunas de esas reservas afectan aspectos medulares de los conceptos de igualdad entre los sexos y discriminación contra las mujeres que son la base

11 Ver Marsha Freeman, "Women, Deve!opment and Justice, Using the Intemational Convention on Women's Rights", en Joanna Kerr, ed., *Ours by Right,* Canada, The North South Institute, 1993.

misma de la CEDAW. Hay reservas que despojan a las mujeres del país reservante de las garantías de igualdad estipuladas en la CEDAW. Hay otras reservas que preservan las facultades de los Estados Parte para continuar con la discriminación en determinadas esferas. Lo más frecuente es que estas reservas sean en la esfera de la familia, que es precisamente donde se dan más violaciones a los derechos de las mujeres.

El Comité de la CEDAW ha expresado en múltiples ocasiones su preocupación frente a la cantidad y amplitud de las reservas pero, aunque ciertos estados han retirado algunas de las suyas, todavía siguen vigentes otras que son incompatibles con el objetivo mismo de la convención. El problema es que la CEDAW, aunque expresamente dice en su art. 28 inc. 2 que "no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente convención" no contiene ningún mecanismo para rechazarlas en caso de que un Estado ratificante las formule. En mi opinión, el Secretario General debería rechazar este tipo de reservas pero ese no ha sido el caso.

## VI. El Comité de la CEDAW

Como sucede en los otros cinco instrumentos principales de derechos humanos del sistema de derechos humanos de la ONU,[12] el art. 17 de la CEDAW, establece un comité integrado por 23 expertas/os, que elige la Conferencia de Estados Parte cada dos años a título personal. Esto quiere decir que las y los expertos no son representantes del gobierno del país del cual son nacionales, sino personas que son expertas en los temas de la convención.

De conformidad con el art. 18, los Estados Parte deben informar al Comité acerca de sus actividades para alcanzar las metas de la convención. Al año de ratificada, el Estado debe presentar su informe inicial y luego debe presentar informes periódicos cada cuatro años.

El Comité examina tales informes en períodos de sesiones que en los primeros años celebraba una vez al año, con duración de 10 días, según lo dis-

12 Los otros cinco instrumentos son: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención Internacional contra la Tortura, y la Convención sobre los Derechos de la Niñez.

pone el art. 20, y presenta, a su vez, un informe anual a la Asamblea General, por conducto del ECOSOC, sobre el desarrollo de sus trabajos. Después, a propuesta del mismo Comité, la Conferencia de los Estados Parte recomendó a la Asamblea General que aprobara una enmienda al art. 20 por la que se autorizará la celebración de un mayor número de períodos de sesiones, según se requiera. En ese contexto, a partir de 1993, la Asamblea General autorizó provisionalmente al Comité a reunirse por tres semanas cada año y desde 1997, la propia Asamblea General amplió su autorización para que se celebren dos períodos de sesiones anuales, de tres semanas cada uno, con el objeto de que el Comité pueda reducir el número de informes no examinados que se han acumulado por falta de tiempo para su estudio.

El Comité ha aprobado una guía y varias directrices para ayudar a los estados en la preparación de esos informes. Según éstas, se pretende que el informe inicial sea una descripción detallada e integral de la situación de las mujeres en ese país al momento de presentación del documento. Su propósito es proporcionar un elemento de referencia respecto del cual puedan medirse los adelantos posteriores. Los informes periódicos subsiguientes tienen el propósito de actualizar el informe previo, detallar acontecimientos significativos que se hayan producido en los últimos cuatro años, señalar las tendencias fundamentales e individualizar los obstáculos que se oponen a la cabal aplicación de la CEDAW.

Los informes iniciales son presentados por un/a representante del país quien puede efectuar una presentación suplementaria que no está en el informe que meses antes ha mandado el Gobierno. Los y las miembras del Comité pueden pedirle que aclare o amplíe cualquier cuestión relativa al informe o la presentación misma. Generalmente la o el representante regresan a los días para contestar las preguntas o dar más información que han solicitado a su Gobierno.

A partir de 1990, los informes periódicos son examinados por un grupo de trabajo del comité compuesto por cinco miembras/os. El grupo de trabajo prepara preguntas para orientar al Comité cuando examine el informe. Esas preguntas son enviadas de antemano al Gobierno para que las responda cuando presenta su informe periódico.

El proceso de presentación de informes es público y cada año se nota un mayor interés por estas sesiones por parte de las ONG, tanto internacionales como las que llegan de los países que presentan su informe. El comité ha or-

ganizado su trabajo a fin de maximizar al máximo la información sobre el país. Así ha invitado a los organismos especializados de la ONU a presentar informes para su consideración. Es así que todos los años UNIFEM, UNICEF, PNUD, UNESCO, FAO, OIT, FNUAP, etc. presentan informes ya sea acerca de su tema con respecto a las mujeres en el mundo, o acerca del país que presenta su informe.

Hace unos años, el Comité decidió invitar a las ONG a proporcionarle información general y específica sobre la situación de los países cuyos informes se examinan, tanto en sesiones informales, como mediante informes que preparan las ONG nacionales con la ayuda de organizaciones internacionales como IWRAW-Asia Pacific, IWRAW, Amnesty International, Human Rights Watch, etc.

El análisis de los informes ha permitido al Comité desarrollar lo que él mismo ha llamado "un diálogo constructivo" con las y los representantes de los estados, a través de las preguntas y comentarios que las y los expertos miembros del Comité plantean. El examen por el comité de los informes nacionales no tiene el propósito de ser un proceso de enfrentamiento o acusatorio. Se hacen grandes esfuerzos por entablar un diálogo y por eso el Comité nunca acusa a un Estado de haber violado la CEDAW sino que le señala las deficiencias en una sesión de preguntas y respuestas.

Al finalizar las sesiones públicas, el comité revisa la información recibida en respuesta a sus preguntas al Estado Parte, así como la proporcionada por los representantes de ese gobierno durante el diálogo público, en una sesión privada en la que decide cuáles son los comentarios y observaciones finales que habrá de presentar al Estado, mismas que se incluyen en su informe anual a la Asamblea General.

Del análisis de la información que resulta de las sesiones y los distintos informes, el comité emite sus Recomendaciones Generales. Hasta la fecha, estas Recomendaciones Generales no se han referido a estados determinados sino que son dirigidas a todos los Estados Parte para indicarles qué medidas concretas pueden tomar para cumplir con sus obligaciones con arreglo a la Convención.

Las primeras Recomendaciones Generales emitidas por el Comité de la CEDAW son breves y de índole general pero en su décimo período de sesiones, el Comité decidió que iba a formular recomendaciones sobre determinados artículos de la convención o sobre temas que no estaban cu-

biertos explícitamente por la misma. Fue así como en 1992, el Comité abordó el tema de la violencia contra la mujer en su Recomendación General No. 19, en la que define esta violencia como forma de discriminación contra la mujer y por lo tanto, prohibida por la CEDAW. Otras recomendaciones generales muy importantes vinieron después. En 1994, elaboró la Recomendación General No. 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, en 1997, la Recomendación General No. 23, sobre la vida política y pública y en 1999, la Recomendación General No. 24, sobre la mujer y la salud.

## VIII. El Protocolo opcional de la CEDAW

En 1991,10 años después de que entrara en vigor la CEDAW, como parte de las recomendaciones de una reunión de expertas convocada por la División para el Adelanto de la Mujer de la ONU, se pidió al Secretario General que examinara la posibilidad de crear un mecanismo que permitiera a las víctimas de las violaciones a la CEDAW enviar comunicaciones al Comité de la CEDAW. Derecho que ya tenían las víctimas de violaciones a la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* o las víctimas de violaciones a derechos civiles o políticos o de tortura en el sistema de Derechos Humanos de la ONU. Así se inició un largo camino hacia la creación de un instrumento formal, separado de la CEDAW, que introduciría un procedimiento de recepción de comunicaciones y, posiblemente también, un procedimiento de investigación de conformidad con las normas de la misma CEDAW.

Hay que recordar que en ese camino hubo una gran movilización de mujeres hacia yen las Conferencias de Viena y Cairo y que en las dos, los gobiernos acordaron pedirle a la Asamblea General de la ONU que iniciara la negociación de un tal mecanismo. Fue así que en julio de 1995, el ECOSOC resolvió que ese mecanismo podría estar contenido en un protocolo facultativo u opcional a la CEDAW. Beijing reiteró el llamado a apoyar un protocolo y ya para 1996, se iniciaron las negociaciones en un grupo de trabajo que sesionó hasta su aprobación por la CSW en 1999 para ser abierto a la firma ese mismo año, el 10 de diciembre. El 22 de diciembre del 2000,

el Protocolo Facultativo entró en vigor al haber transcurrido tres meses desde la décima ratificación como lo exige su mismo artículo 16[13].

Ahora bien, para qué se necesitaba este protocolo facultativo si más de 160 países habían ratificado la CEDAW para ese entonces con lo que quedaba legalmente establecida la obligación de eliminar la discriminación basada en el sexo/género por parte de todos esos estados. Hay varias razones:

1. Los mecanismos internacionales existentes para la implementación de la CEDAW eran inadecuados o insuficientes.
2. Aunque todos los otros instrumentos de Derechos Humanos de la ONU prohíben la discriminación basada en el sexo y por ende las víctimas de este tipo de discriminación podrían enviar sus comunicaciones a los comités que sí tienen la posibilidad de recibirlas, éstos no tienen la experticia necesaria para realmente entender casos individuales o violaciones extensivas sobre derechos humanos de las mujeres. Es decir antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, no había la posibilidad de una revisión de casos de este tipo por un órgano especializado independiente que incorpore en el análisis el enfoque de género y la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres.
3. Un Protocolo Facultativo promovería una implementación más efectiva de la CEDAW a través de la ampliación de su interpretación y de la aplicación práctica de la Convención.
4. El Protocolo permitiría la reparación en casos de comunicaciones individuales. La existencia de recursos internacionales es particularmente significativa para las mujeres porque en general, las leyes nacionales no protegen a las mujeres de violaciones de derechos básicos, corno la discriminación de género en el mercado de trabajo o en la legislación de familia.
5. El Protocolo Facultativo podría crear una mayor conciencia pública sobre las garantías internacionales a los derechos humanos de las mujeres,

13 Art. 16. 1. El presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión. 2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este Protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o adhesión.

así como una mayor atención a la CEDAW por parte de personas, grupos y organizaciones no gubernamentales de mujeres.

6. El Protocolo contribuiría a la integración de los derechos humanos de las mujeres en los programas de derechos humanos de las Naciones Unidas al crear una doctrina sobre éstos. Otros organismos de derechos humanos de la ONU, podrían inspirarse en el Protocolo Facultativo de la CEDAW, para realizar un análisis más profundo de la naturaleza y el ámbito de los aspectos específicos de la discriminación de género.
7. Un Protocolo Facultativo colocaría a la CEDAW en condiciones de igualdad con otros tratados internacionales que tienen procedimientos de comunicaciones.

Como vemos, fueron muchas las razones que llevaron a la adopción del Protocolo Facultativo y son éstas mismas razones las que deberían llevar a una ratificación universal de este importante instrumento.

Ahora bien, si son tantas las razones que justifican un Protocolo Facultativo y si ya casi todos los estados se obligaron moralmente a ratificarlo al haber adoptado las Plataformas de Acción de Viena, Cairo y Beijing, así como el mismo Protocolo, por qué hay resistencia a ratificarlo en algunos países. Para entender esta resistencia, hay que recordar que la misma reivindicación especifica de una Convención como la CEDAW durante muchos años se consideró innecesaria pues se asumió que con declarar la igualdad entre hombres y mujeres se lograría eliminar prácticas de discriminación y violencia de género históricas ejercidas sistemáticamente contra las mujeres en razón de su género. Fue después de muchas movilizaciones y muchas negociaciones que se logró que se entendiera que la garantía de igualdad y no discriminación no crean derechos para la mujer que sean específicos para la realidad cotidiana de ésta aunque sí ofrecen a las mujeres la oportunidad de ejercer, en igualdad de condiciones con los hombres, derechos reconocidos universalmente, inherentes a la condición humana que compartimos hombres y mujeres. Debido a que las mujeres vivimos situaciones en las que podemos ser tratadas exactamente como se trata a los hombres pero también tenemos necesidades específicas tanto por nuestra condición sexual como por las estructuras de género que nos discriminan, era necesario una convención que no solo garantizara la igualdad y prohibiera la discriminación,

sino que reconociera derechos y delineara medidas concretas para lograrlo. Una vez que se entendió esto, los estados miembros de la ONU adoptaron la CEDAW y con el tiempo, 168 la ratificarían.

Sin embargo, a pesar de que la CEDAW ya tiene más de 20 años de vida, todavía la diversidad y amplitud de la discriminación contra las mujeres no es universalmente entendida. Muchos/as siguen creyendo que con promulgar la igualdad formal y eliminar las leyes explícitamente sexistas se cumple con la CEDAW. El Protocolo Facultativo ayudará a que se entiendan mejor las múltiples formas que toma la discriminación y que esto solo beneficios podrá traer tanto a los estados, como a la Sociedad Civil en su conjunto.

El que se haya necesitado un Protocolo Facultativo no niega que sí hubo logros importantes antes de su adopción. La CEDAW ha sido ratificada por todos los estados de América Latina y en todos ha sido parcialmente implementada lo que ha significado un avance especialmente a nivel simbólico. Pensemos si no en la derogación de tantas leyes que nos discriminaban explícitamente y el silencio que existía en torno a la violencia contra nosotras. Sin embargo, ante estos logros surgen inevitablemente preguntas sobre qué hacer para que estos avances se reviertan en transformaciones concretas en la vida de las mujeres. Es decir, en transformaciones que por un lado permitan pasar de la declaración de principios a la aprobación de mecanismos que garanticen el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los gobiernos, y por el otro, fomenten, en amplios sectores de la sociedad civil, la conciencia de que estas reivindicaciones por el disfrute de los derechos humanos de las mujeres compete a la sociedad en su conjunto.

Como ya se dijo, el Protocolo entró en vigencia el 22 de diciembre del 2000, después de su ratificación por el décimo Estado Parte a la Convención.

Al ratificar el Protocolo Opcional, un Estado reconoce la competencia del Comité de la CEDAW para recibir y analizar demandas de grupos o de personas individuales dentro de su jurisdicción. Es importante saber que este protocolo no contempla ningún derecho nuevo, es decir, no está reconociendo derechos que no están contemplados en la CEDAW. Algunas personas mal intencionadas han lanzado el rumor de que el protocolo es un instrumento que reconoce los derechos sexuales y reproductivos para asustar a aquellas personas que creen que estos derechos se reducen a permitir el aborto indiscriminado y legalizar la homosexualidad. Esto no es cierto. Esos

derechos ya están reconocidos en otros instrumentos, incluyendo la CEDAW. El Protocolo Facultativo lo que hace es establecer dos procedimientos para que el Comité pueda ayudar a los estados a cumplir con la obligación que asumieron al ratificar la CEDAW.

Los dos procedimientos contenidos en el protocolo son:

1. Un procedimiento de comunicación que permite a mujeres individuales o a grupos de mujeres, someter al Comité, demandas de violaciones a derechos protegidos por la Convención. El Protocolo establece que para admitir comunicaciones individuales a análisis por el Comité, se debe llenar un cierto número de requisitos, incluyendo el que se hayan agotado los recursos internos.
2. El Protocolo también crea un procedimiento de investigación que le permite al Comité analizar situaciones de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de las mujeres. En cualquier caso, los estados deben ser parte de la Convención y del Protocolo. El Protocolo incluye una cláusula que permite a los estados declarar, cuando ratifican o acceden, que no aceptan el proceso de investigación. El artículo 17 del Protocolo explícitamente dispone que no se permite introducir reservas a sus términos.

En conclusión, con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, la CEDAW se convirtió realmente en nuestra CARTA MAGNA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES. Ahora nuestra carta no solo reconoce y protege todos nuestros derechos, sino que también los garantiza.

# Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus derechos humanos en el Sistema Interamericano

Cecilia Medina

**Sumario**

Introducción. **I.** Los problemas que enfrenta la mujer en América Latina. **II.** El Sistema Interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos. **2.1.** Normas sustantivas. **2.2.** Los órganos de supervisión y sus funciones. **III.** Breve evaluación del sistema. **IV.** Cómo utilizar las normas internacionales: algunos ejemplos. **V.** Algunos propósitos para el futuro. **VI.** Una anotación final.

## Introducción

Antes de entrar en materia, considero útil aclarar mi posición acerca de algunos puntos. Primero, he modificado en forma consciente el título de mi capítulo y me he abstenido de utilizar la expresión "derechos de la mujer". Mi punto de partida es que los derechos humanos son aquellos que cada ser humano tiene por el solo mérito de ser humano; por lo tanto, no parece ló-

* Cecilia Medina, "Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, en Rebeca Cook, *Derechos Humanos de la Mujer,* PROFAMILIA, Colombia, 1997, pp. 254-278.

gico utilizar una expresión que sugiera la idea de que algunos seres humanos, las mujeres, tienen derechos diferentes a los demás seres humanos, los hombres. Una primera consecuencia de esta posición es que encuentro en la existencia de los derechos humanos la justificación moral para luchar en favor de las mujeres. No puedo pensar en otra razón que me autorice a interceder por el mejoramiento de la condición de la mujer en la vida. En consecuencia, mi enfoque es que la lucha por la mujer forma parte de la lucha general para lograr el respeto por la dignidad de todos los seres humanos, y es de estos últimos de donde esa lucha obtiene la fuerza y la legitimidad necesarias que, en última instancia, garantizarán su éxito.

Una segunda consecuencia de este enfoque es que, con el fin de justificar el goce de los derechos por parte de la mujer, no trato de sugerir que algunas características inherentes a las mujeres son mejores que las de los hombres para el funcionamiento adecuado de la sociedad, o de argumentar que las mujeres tienen un nivel moral más alto o un intelecto superior al de los hombres y que cuando prestan sus servicios en posiciones de liderazgo dentro de la sociedad, ello redunda en una mejor vida comunitaria. Desde mi punto de vista, las mujeres no tienen que "ganarse" los derechos humanos; deben ser estimuladas y no disuadidas para lograr posiciones de liderazgo en la sociedad y tener su justa cuota de poder, educación, recursos financieros, etc., sólo por el hecho de ser seres humanos y la discriminación con base en cualquier premisa no puede ser tolerada por el derecho internacional. Independientemente de lo anterior, en la lucha por mejorar la situación de cualquier sector de la sociedad, que haya sido postergada en términos de derechos humanos, es legítimo y útil crear nuevas formulaciones para los derechos humanos existentes y adelantar acciones tendientes a combatir violaciones específicas a los derechos humanos, aun si éstas pueden ser subsumidas por las normas generales. De esta forma, las mujeres podrán adquirir instrumentos útiles para lograr la finalidad que persiguen, especialmente la no discriminación en cuanto al goce de los derechos humanos. Por lo tanto, en este momento de la historia, se percibe la necesidad de un derecho internacional de derechos humanos más fuerte, especialmente para las mujeres, y es una necesidad sentida que las mujeres deben lograr este objetivo.

Esta aseveración puede parecer redundante, pero aún provoca controversia. Sin ir más lejos, las mujeres no han gozado realmente de sus derechos

humanos y, quizás influidas por este hecho, algunos sectores de los movimientos femeninos cuestionan la validez o la utilidad de acudir a los derechos humanos para proseguir su lucha[1]. A este respecto, y como un segundo punto, creo útil explicitar brevemente mi percepción del derecho internacional sobre derechos humanos, con el fin de explicar por qué estimo erróneo considerar el cuerpo de la ley como el campo principal en el que debe plantearse la lucha para mejorar la cuota de la mujer en la sociedad y, sobre todo, la equidad en cuanto a su tratamiento. Usualmente las sociedades tratan de incluir en sus disposiciones legales los valores que les son caros y concibo el derecho internacional sobre derechos humanos como una respuesta de la comunidad a la violación o a la amenaza, siempre presente, de la dignidad de los seres humanos en todo el mundo. Por lo tanto, considero que los catálogos sobre derechos humanos son determinados históricamente y contienen lo que en cierto momento de la historia aparece como una amenaza de este núcleo que es la dignidad humana. El carácter histórico del catálogo hace que el derecho internacional sobre derechos humanos sea esencialmente evolutivo: por una parte, nuevos grupos de individuos pueden tener acceso a la categoría de seres humanos a los ojos de la comunidad (lo cual, finalmente, los negros y las mujeres están logrando); por otra parte, la comunidad puede percibir nuevas amenazas o más bajos umbrales de tolerancia hacia intromisiones u omisiones del Estado con relación a la dignidad humana. Un perfecto ejemplo es el desarrollo del concepto de intimidad a través de la interpretación progresiva del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos[2].

Por lo anterior, la situación negativa de la mujer frente el derecho internacional sobre derechos humanos –ampliamente imputable a la ausencia de participación de la mujer en su creación o interpretación– sólo puede ser contrarrestada si la mujer comienza a utilizar consistentemente la legislación internacional sobre derechos humanos para su propio beneficio. Esto parece más indicado si se considera que el derecho internacional sobre derechos hu-

1 Ver la descripción de Hilary Charlesworth de las críticas feministas a los derechos, "¿Qué son los 'derechos humanos internacionales de la mujer'?". Capítulo 3 de este libro.

2 Ver Peter van Dijk y Godefridus J.H. van Hoof. Theory and Practice of the European Convention of Human Rights, (Teoría y práctica de la Convención Europea de Derechos Humanos) 2d. ed. (Dordrecht: Kluwer, 1990), 368-97, 530-31.

manos ha sido creado y desarrollado en varias instancias, no solamente en los foros intergubernamentales, y por varios actores, que van desde las organizaciones no gubernamentales (ONG), pasando por las cortes y los parlamentos nacionales, y por los individuos. Estos actores se influencian recíprocamente y el contenido y la aplicación del derecho internacional sobre derechos humanos es el resultado de una síntesis de todas estas actividades. Al involucrarse en la creación y el funcionamiento del derecho internacional sobre derechos humanos, las mujeres pueden lograr este objetivo.

Un último punto que debo aclarar es que parto de la premisa de que la finalidad del derecho de los derechos humanos es garantizar que los individuos ejerzar sus derechos humanos a cabalidad y no tengan que acudir constantemente a recursos judiciales. A causa de la naturaleza de los derechos humanos, esto puede lograrse mejor a nivel nacional. Por lo tanto, comprendo que el objetivo último del derecho internacional sobre derechos humanos es fortalecer el derecho nacional tanto como sea posible, ya que el derecho internacional por sí mismo debe constituirse en un instrumento subsidiario para reconocer y proteger los derechos humanos y en el principal instrumento para apoyar y legitimar los cambios necesarios a nivel nacional.

En este capítulo trabajaré desde la perspectiva del derecho internacional sobre derechos humanos, distinguiendo cuatro áreas en las cuales este derecho opera. La primera es la fijación de normas, es decir, la creación de normas legales que establecer el catálogo de derechos humanos que los Estados deben promover y proteger. La segunda es la promoción, entendida como el esfuerzo por desarrollar la conciencia de la comunidad internacional acerca de la existencia de las normas y adelantar campañas para su aceptación. La tercera es la implementación de los derechos a nivel nacional, un área en la cual el derecho internacional tiene el papel de obligar o persuadir a los Estados para que tomen las medidas necesarias con el fin de que los derechos humanos sean disfrutados por todos. La cuarta es la protección, gracias a la cual el derecho internacional otorga a los órganos internacionales la competencia de investigar y, eventualmente, condenar y ordenar la compensación de la violación de los derechos humanos.

Intento, primero, tan sólo señalar los problemas que las mujeres enfrentan en el área de los derechos humanos, bien sea de *jure* o *de facto,* y la im-

portancia del contexto político, social y económico para la solución de estos problemas[3]. No pretendo dar una lista exhaustiva de los problemas ni referirme a las diferencias que existen entre los países del continente, ni sustentar mi percepción con referencias a datos estadísticos. Segundo, me propongo describir las principales características del sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos, seleccionando aquellas que considero adecuadas para coadyuvar a la situación particular de la mujer. Tercero, a la luz de lo que precede, me propongo ofrecer algunos ejemplos de lo que las mujeres pueden hacer dentro del sistema tal como está planteado actualmente. Cuarto, indicaré algunas acciones que, en mi opinión, deben adelantarse para lograr los objetivos perseguidos por las mujeres.

Soy consciente, y creo que es importante que el lector también lo sea, de que la lucha por el goce real de los derechos humanos por parte de la mujer es multidimensional y heterogénea y, por lo tanto, mi contribución se refiere únicamente a una de las muchas formas que puede tomar la lucha con el objeto de lograr sus fines[4].

## I. Los problemas que enfrenta la mujer en América Latina

La posición de la mujer en América Latina no constituye una excepción. Las estadísticas demuestran en general, las mismas debilidades de otras partes del mundo. La posición de la mujer en la sociedad se refleja claramente en el orden legal de sus países, en los cuales aún es posible encontrar disposiciones discriminatorias, aunque la mayoría de los Estados han ratificado los tratados internacionales que establecen la obligación de eliminar, entre otras cosas, la discriminación legal. La situación mejora a un ritmo muy lento[5], y aún es posible encontrar disposiciones discriminatorias en

3 Aunque el sistema interamericano opera para la totalidad del continente Americano, incluyendo a los Estados Unidos, Canadá y las Islas del Caribe, en este documento me refiero a los problemas de la mujer en América Latina.

4 Ver en este aspecto V. Vargas Valente, "Movimiento de mujeres en América Latina: un reto para el análisis y para la acción", "Revista Paraguaya de Sociología, 77 (1990): 53-69. Este Artículo fue publicado en inglés en la "Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe" (1990).

5 En Chile, por ejemplo, hay una propuesta de ley con el fin de disminuir la subordinación de las mujeres casadas frente a sus esposos. Costa Rica, Honduras y Nicaragua han modificado los aspectos

la legislación civil, especialmente en lo que respecta a las mujeres casadas y su capacidad para administrar la propiedad conyugal o aun sus propios bienes, o en la legislación penal, donde las diferencias entre hombres y mujeres o entre mujeres "honestas" o "puras" y mujeres "deshonestas" constituyen una flagrante discriminación[6]. Por ejemplo, un sólo acto sexual de una mujer casada con un hombre que no sea su esposo, constituye un delito penal llamado adulterio, mientras que los hombres casados sólo pueden ser castigados por concubinato, es decir, si sostienen relaciones con otra mujer durante un cierto período de tiempo. La penalización por violación no depende de la gravedad de la ofensa sino de las calidades de la víctima, ya que la. legislación distingue entre mujeres casadas y solteras (la pena es mayor si la víctima es casada), "honestas" y "no honestas" (naturalmente la pena es mayor si la víctima es "honesta"). Debe recordarse que en casi todos los países latinoamericanos el aborto es un delito, aun en casos de violación.

Si bien es cierto que en algunos países la discriminación legal ha disminuido, la mujer continúa siendo tratada –en casa, en el trabajo, en la escuela y en la vida social– como subordinada y sigue comportándose como subordinada, agregando a la discriminación legal la de facto[7]. Si observamos la participación política, aunque la mujer comenzó a adquirir derechos políticos a finales de la tercera década[8] del presente siglo y ahora goza de estos derechos en toda América, el porcentaje de mujeres en cargos públicos es mínimo. En

más discriminatorios de su ley civil. Ver Ana Isabel García. "Situación general de la mujer en Centro América y Panamá" en Las juezas en Centro América y Panamá: un enfoque ampliado con los casos de Chile y Estados Unidos, ed. T. Rivera Bustamante (San José, Costa Rica: Center for the Administration of Justice, Florida International University. 1991). 15-40.

6 Ver Cecilia Medina, "Women's Rights as Human Rights: Latin American Countries and the Organization of American States", in Women, Feminist Identity and Society in the 1980s, (Mujer, identidad feminista y Sociedad en los 80) ed. Myriam Díaz-Diocaretz e Iris M. Zavala (AmsterdamlPhiladelphia: John Benjamins, 1985), 63-79.

7 Ver James Russel!, "Reproductive Health: The United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women as a Catalyst for Change in Colombia", (Salud reproductiva: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como catalizador para el cambio en Colombia), U. Toronto Fac. L. Rev. 49(2) (1991): 106-46. Ver también Medina, "Women's Rights" (Derechos de la Mujer), nota 6.

8 En Chile, por ejemplo, las mujeres obtuvieron el derecho al voto para elecciones municipales en 1931, y el derecho al voto para elecciones del congreso presidenciales en 1949. Ver FLACSO, Mujeres Latinoamericanas en cifras: Avances de Investigación: Chile, Documento VI. Situación Jurídica

Chile, por ejemplo, hay más mujeres registradas para votar que hombres (51.5% contra 48.5%) y casi todas las mujeres registradas votan[9]; sin embargo, escasamente encontramos una Ministra en el Gabinete (Asuntos de la Mujer), 3 Subsecretarias, ninguna gobernadora y 63 alcaldesas, de 325; en el Congreso hay 7 mujeres de 120 representantes, y 3 senadoras de 47; en la rama judicial no hay mujeres en la Corte Suprema y únicamente hay 25 de 120 en las Cortes de Apelación, a pesar del hecho de que las mujeres constituyen el 43.6% del poder judicial[10]. En América Central y Panamá la representación de las mujeres no es mayor[11].

En cuanto a la situación económica, la enorme brecha entre ricos y pobres afecta particularmente a la mujer. Aunque ha habido algún progreso, la mujer, que constituye la mitad o más de la población de cada Estado del continente americano, tan sólo representa un tercio de la población económicamente activa y es significativamente más pobre que el hombre. Ocupa cargos menos calificados, tiene dificultad para acceder a posiciones más altas, obtiene inferior remuneración que el hombre y enfrenta mayor riesgo de perder su empleo[12]. El bajo nivel de educación constituye una desventaja significativa para contrarrestar esta situación. En ciertos países de América Latina, como Nicaragua, Guatemala y Honduras, la tasa de analfabetismo de la mujer se sitúa entre 25% y 40%[13].

La integridad personal de la mujer se ve a menudo expuesta a la violencia hogareña. El problema de la violencia doméstica tan sólo ha empezado a ser reconocido; no solamente las cifras sirven de ejemplo, sino también la forma como

de la Mujer (Santiago: FLACSO, 1991),3. En los países de América Central el derecho al voto fue otorgado en los años 50. Ver García, "Situación general", nota 5 en la pág. 34.

9 En el referéndum que tuvo lugar en 1988 con el fin de decidir si el General Pinochet continuaba en el cargo, el 97.7% de las mujeres registradas votaron. Un porcentaje similar votó en las elecciones presidenciales que siguieron en 1989. Ver UNICEF/SERNAM, Perfil de la mujer, argumentos para un cambio (Santiago: UNlCEF, 1991). Ver también García, "Situación general", nota 5 en las págs.22-27.

10 Nancy de la Fuente, "Situación y desempeño de la jueza en Chile" en Las Juezas, ed. Bustamante, nota 5, 125-40 en la pág. 130.

11 La proporción de mujeres en los órganos legislativos de toda América Latina y de las Islas del Caribe es de 10%, en la rama a nivel ministerial es 4%. Ver Ana Cecilia Escalante Las mujeres y los procesos de toma de decisiones en Centroamérica y Panamá", Las Juezas, ed. Bustamante, nota 5 en la pág.49.

12 García, "Situación General", nota 5 en las págS.22-27; y UNlCEF/SERNAM, Perfil de la Mujer; nota 9.

13 García, "Situación General", nota 5 en la pág.27.

la ley y la sociedad reaccionan ante la misma[14]. La libertad personal de la mujer está severamente restringida. Por ejemplo, un estudio efectuado para toda América Central sugiere que el 50% (Costa Rica) y el 85% (El Salvador) de las mujeres que viven con un hombre, casadas o no casadas, no desean tener más de dos o tres hijos; sin embargo el acceso a los anticonceptivos es, como asunto de política, extremadamente difícil. Como resultado, las tasas de fertilidad en esos países entre 1985 y 1990 fueron las siguientes: Honduras, Guatemala y Nicaragua, alrededor de seis hijos; El Salvador, alrededor de cinco hijos[15].

El asunto de la subordinación de la mujer es un problema de poder, hondamente enraizado en la cultura de América Latina. Para poner fin a la subordinación, es necesario modificar la cultura. Esta no es una labor fácil y exige un conocimiento profundo del contexto político, social, económico y racial de América Latina. De otra forma, las estrategias para mejorar la situación no serán efectivas. Dos factores que deben ser considerados son el aún imperante "Marianismo" en la cultura de América Latina, que es el complemento del "machismo", y la manera como se formó la población del continente. En un estudio muy interesante, tres autores analizan la influencia del "mestizaje" en la identidad del hombre y la mujer latinoamericanos. Sugieren que la mezcla de los hombres europeos con las mujeres indígenas, resultado de la violencia y dentro del contexto de la guerra, así como la combinación de las creencias religiosas indígenas (donde la mujer representaba la dadora de vida, el mundo), con el Catolicismo Europeo y su veneración por la Virgen María, colocaron a la mujer frente a un doble compromiso. Por una parte, la mujer encuentra su justificación en la maternidad; por la otra, se identifica a sí misma con la Virgen María, y por lo tanto, lucha por ser tan pura y abnegada como "Ella" lo fue[16].

14 Para Chile ver Gloria Guerra. Muestreo sobre violencia doméstica en postas y comisarías de la Comuna de Santiago (SERNAM, Documentos de Trabajo, Santiago, Diciembre 1990), Para Brasil, ver Human Rights Watch/Americas Watch, Criminal lnjustice: Violence Against Women in Brazil (Injusticia penal: violencia contra la mujer en Brasil), (New York: Human Rights Watch, 1991). Para Colombia, ver Profamilia, La violencia y los derechos humanos de la mujer; (Bogotá: Printex Impresores Uda., 1992).

15 Ver García. "Situación General", nota 5 en las págs.21 y 33.

16 Ver Sonia Montecino, Mariluz Dussuel, y Angélica Wilson, "Identidad femenina y modelo mariano en Chile", en Mundo de Mujer: continuidad y cambio, Centro de Estudios de la Mujer (Santiago: Ediciones CEM, 1988),501-22.

En lo referente a la esfera política, en muchos países latinoamericanos la democracia aún no se ha implantado y tanto los hombres como las mujeres viven en un contexto de autoritarismo que no es el vehículo apropiado para lograr la igualdad. La represión o la subordinación son hechos de la vida diaria con los que muchas deben convivir. La polarización política también es un factor restrictivo: la ideología de derecha considera a la mujer como madre y esposa; la izquierda pregona la igualdad y considera que la subordinación de la mujer se debe al capitalismo pero se niega a luchar por la liberación de la mujer so pretexto de que esto debilitaría la lucha para cambiar a la sociedad como un todo[17]. Las mujeres progresistas no han tenido éxito o no han logrado encontrar argumentos válidos para contrarrestar este hecho. Como resultado, hay sectores significativos de mujeres latinoamericanas progresistas que no tienen una reacción positiva frente al "feminismo"[18]. No se describen a sí mismas como "feministas", aun cuando se comporten como tales. Parece que muchas mujeres temen al término puesto que tiene connotaciones radicales para la cultura que han compartido por tan largo tiempo; en este sentido, al declararse a sí mismas "feministas", creen estar empeñadas en una guerra abierta contra sus familias y las relaciones sociales.

Más aún, en América Latina el movimiento feminista tiende a ser percibido negativamente como "petit bourgeois"; aunque los movimientos femeninos de clase media y baja persigan los mismos cambios culturales que las feministas, no son asimilados al feminismo sino a lo que se llama "movimientos populares"[19]. Una posible explicación es que el feminismo ha sido promovido especialmente por mujeres intelectuales y de las clases media alta y alta, es decir, por quienes tienen acceso a los adelantos del "primer mundo"

17 Medina, "Women's Rights as Human Rights" (Derechos de la mujer como derechos humanos), nota 6 en las págs. 63-65.

18 Ver Nancy de la Fuente, "Situación y desempeño de la Jueza en Chile", en Las juezas, ed. Bustamante, nota 5 en la pág. 137. Ver también Valente, "Movimiento", nota 4 en las págs.53-69.

19 Ver Valente "Movimiento", nota 4 en la pág.56. Ver también Actas del V Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe, San Bernardo, Argentina, Noviembre 1990, en las págS.35-36, donde el movimiento feminista reconoce la diferencia entre éste y los movimientos de mujeres y admite la necesidad de reconocer que el primero es tan sólo una parte de los muchos movimientos que luchan para mejorar la condición de la mujer, especificando que es mucho más importante emprender acciones en áreas especificas dentro del movimiento de la mujer, utilizando un enfoque feminista que afirmar sus acciones como "feministas".

y tratan el tema del progreso de la mujer desde una perspectiva individualista que demanda actitudes por parte de la mujer, que las mujeres pertenecientes a los estratos más pobres no están en condición psicológica, mental o física de adoptar puesto que la lucha por la supervivencia demanda todo su esfuerzo. La importancia del contexto en el cual vive la mujer fue explicitada por Haydee Birgin, quien se cuestiona acerca de la posibilidad de implantar los postulados del feminismo en medio de la muy severa crisis en Argentina[20]. Sus reflexiones se basan en el libro de Ludolfo Paramio "La libertad, la igualdad y el derecho a la infelicidad"[21], en donde plantea que las mujeres trabajadoras no calificadas y que por tanto no tienen ninguna ventaja para competir en el mercado laboral, pueden verse enfrentadas con un dilema si se ven urgidas a trabajar fuera del hogar. Se les dice que si permanecen en el hogar serán esclavas de sus esposos, pero si trabajan fuera del hogar muchas veces llevan una vida más dura y no necesariamente logran mejores condiciones de vida. Si se les da a escoger entre el diablo y el fondo del mar azul, Paramio cree que es probable que las mujeres prefieran enfrentar al demonio y negar la evidencia de su infelicidad o de su opresión[22]. Reflexiones como éstas, tomadas de la realidad de la mayoría de las mujeres latinoamericanas, permiten una cuidadosa consideración del contexto que rodea a la mujer antes de decidir cualquier acción. En sociedades como las de América Latina, que se caracterizan por una fuerte brecha entre clases, éste es un punto importante que debe ser tomado en cuenta cuando hay que decidir cómo, dónde y cuándo actuar.

20 Haydee Birgin, "Repensando nuestras categorias de análisis", en Argentina: Varones y mujeres en crisis, ed. Virginia Haurie, Blanca Ibarlucía, y Norma Sanchís (Buenos Aires: Edición Lola Moras, Ediciones Imago Mundi, 1990),28-36.

21 Citado en Birgin, "Repensando", nota 20 en la pág.31.

22 Citado en Birgin, "Repensando", nota 20 en la pág.31.

## II. El Sistema Interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos

### 2.1. Normas sustantivas

El sistema interamericano[23] para la promoción y protección de los derechos humanos opera para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)[24]. Veinticinco de ellos[25] son evaluados frente al catálogo de derechos humanos aprobado por la Convención Americana de Derechos Humanos[26], que son vigilados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante la Comisión) que actúa como órgano de la Convención y, si se cumplen ciertas condiciones, también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[27] (de aquí en adelante la Corte), otro órgano de la Convención. Los restantes Estados miembros de la OEA son evaluados frente a las normas estipuladas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre[28], y vigilados por la Comisión In-

23 En este documento solamente me ocuparé de los órganos cuyas funciones son promover y proteger los derechos humanos en general. Al hacer esta escogencia no quiero proyectar la impresión de que el órgano interamericano especifico para los problema de la mujer, la Comision Interamericana de la Mujer es obsoleto, sino que creo que las Posibilidades de que los órganos generales disponen en favor de la mujer no son bien conocidas entre ellas.

24 Los Estados miembros Son Argentina, Barbados, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela (todos ellos tambien hacen parte de la Convención Americana de Derechos Humanos); y Antigua y Barbados, Bahamas, Belice, Brasil, Canadá, Dominica, Guyana, Sant Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Grenadinas y los Estados Unidos (no hacen parte de la Convención Americana). Aunque la OEA considera a Cuba como un Estado miembro, excluye este país puesto que el gobierno de Cuba ha sido expulsado de la organización y, por lo tanto, Cuba no puede operar dentro del sistema, lo que hace que los esfuerzos por parte del sistema para hacer el seguimiento de la situación de derechos humanos en ese país sean infructuosos.

25 Ver Apéndice A.

26 La Convención Americana de Derechos Humanos fue aprobada en la Conferencia Especializada que tuvo lugar en San José de Cosa Rica en 1969. Entró en vigor el 17de julio de 1978. Texto reproducido en OEA, Documentos básicos relativos a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA, 1988, en las págs.25-55.

27 Convención Americana, art. 62.

28 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en Bogotá, Colombia, en 1948, como un conjunto no obligatorio de normas sobre derechos humanos. Actual-

teramericana de Derechos Humanos, esta vez actuando como órgano de la Carta de la OEA.

Tanto la Declaración Americana (a pesar de su título y preámbulo) como la Convención Americana, consagran como principio fundamental la no discriminación, entre otros factores, con base en el sexo. El Artículo II de la Declaración estipula que:

> Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Todos los demás derechos son reconocidos para "cualquier ser humano" o para "cualquier persona", con excepción del Artículo VII, que reconoce el derecho a la protección, el cuidado y la ayuda especial para los niños y para las mujeres durante el embarazo y el período de lactancia. La Convención Americana, a su vez, estipula en su Artículo 1:

> 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social.
> 2. Para los efectos de esta Convención, "persona" es todo ser humano.

La Declaración incluye no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos sociales, económicos y culturales[29]. La Convención

mente, sin embargo, es casi imposible sostener que la Declaración no es fuente de obligaciones legales para los Estados miembros de la OEA. Ver a este respecto P. Nikken, La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo (Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Civitas S.A., 1987), 284-308. Texto de la Declaración en Basic Documents, nota 26 en las págs. 17-24.

29 Ver arts. VII (derecho a la protección para las madres y los niños), XI (derecho a la preservación de la salud y el bienestar), XII (derecho a la educación), XIII (derecho a los beneficios de la cultura), XIV (derecho al trabajo y a una justa remuneración), XV (derecho al tiempo libre y al uso del mismo) y XVI (derecho a la seguridad social).

Americana incluye únicamente derechos civiles y políticos. Con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, el Artículo 26 estipula que los Estados miembros

> se comprometen a adoptar medidas ... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires ...

El 17 de noviembre de 1988 se aprobó en San Salvador un Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Protocolo de San Salvador) dentro del marco de la OEA, el cual se encuentra abierto para firma y ratificación[30].

Además de estos tratados de alcance general, existe también el Protocolo a la Convención Americana sobre la Abolición de la Pena de Muerte, aprobado en Paraguay el 8 de junio de 1990[31], y la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura, aprobada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985[32]. Específicamente para la mujer existen las Convenciones Interamericanas sobre la Concesión de Derechos Políticos y sobre Derechos de Civiles de la Mujer, aprobadas durante la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos que se llevó a cabo en Bogotá, Colombia, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948[33].

Una norma que también debe ser mencionada es el Artículo 29 de la Convención Americana, que brinda el marco para que los Estados interpreten la Convención:

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

30 Hasta ahora, 15 Estados han firmado el Protocolo, pero solamente Surinam lo ha ratificado.

31 Este Protocolo ha sido firmado por seis Estados y ratificado por uno, Panamá.

32 La Convención ha sido firmada por veinte Estados y ratificada por once Estados, y entró en vigencia el 28 de febrero de 1987.

33 De conformidad con la Res. AG/RES.1128 (XXI-0/91), la Comisión Interamericana de la Mujer redactó un proyecto de Convención Interamericana contra la Violencia Doméstica que fue aprobado por la Asamblea General de la OEA el 9 de Junio de 1994 en Belem do Pará (Brasil).

a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno;

d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

### 2.2. Los órganos de supervisión y sus funciones

El Sistema Interamericano posee dos órganos para vigilar el cumplimiento por parte de los Estados del Derecho Internacional de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte).

#### (a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión[34], órgano compuesto por siete expertos independientes, ejerce actividades relacionadas con los Estados miembros de la OEA y que no son parte de la Convención, de acuerdo con las facultades de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, así como actividades relacionadas con los Estados parte de la Convención Americana, de acuerdo con las facultades de dicha Convención. Estos últimos Estados también están sujetos a la supervisión de la Comisión bajo la autoridad de la Carta en aquellos aspectos que no están incluidos en la Convención[35].

34 Un profundo análisis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede hallarse en Cecilia Medina, The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System (La batalla por los derechos humanos: violaciones flagrantes y sistemáticas y el sistema interamericano), (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988), cap. 4 en las págs.67-92, cap. 6 en las págs. 113-59.

35 Ver Cecilia Medina, "Procedures in the Inter-American System for the Promotion and Protection of Human Rights: An overview", (Procedimientos en el sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos: panorama general), SIM, Newsletter 6(2) en las págs.83-102.

La Comisión tiene múltiples funciones. El Artículo 41 de la Convención establece, entre otras funciones y facultades:

- Desarrollar la conciencia sobre la importancia de los derechos humanos entre los pueblos de América
- Prestar servicios de asesoría a los Estados Miembros de la OEA en el campo de los derechos humanos
- Hacer recomendaciones a los Estados para la adopción de medidas progresistas en favor de los derechos humanos; y
- Investigar y opinar acerca de las denuncias por violaciones de derechos humanos.

Más aún, a través de su práctica, la Comisión ha dado un espectro más amplio a sus facultades ya que ha jugado un papel importante en el campo de los buenos oficios y de la mediación[36]. Por lo tanto, la Comisión ejerce labores promocionales y de protección.

Como resultado de su función promocional, la Comisión prepara estudios e informes, asesora a los Estados, desempeña un modesto papel educativo organizando seminarios y conferencias y ejecuta actividades cuasi legislativas al redactar convenciones sobre derechos humanos[37]. Tal como se especificó anteriormente, esta función la presta a todos los Estados Miembros de la OEA.

En ejercicio de su función protectora, la Comisión ha diseñado dos procedimientos. El primero consiste en examinar las denuncias relativas a casos específicos de violación de derechos humanos. Este procedimiento puede ser activado por cualquier persona, grupos de personas, entidades no gubernamentales legalmente reconocidas por uno o más Estados Miembros de la OEA (Artículo 44 de la Convención), o por un Estado, si se cumplen las condiciones estipuladas en el Artículo 45 de la misma. Las regulaciones de la Comisión establecen normas diferentes para tratar las denuncias contra los Estados partes de la Convención y contra aquellos que no forman parte de la misma[38]. Finalmente, de conformidad con el Artículo 26(2) de dichas regulaciones, la Comisión puede estudiar un caso por su propia iniciativa.

36 Ver a este respecto, Medina, Battle, nota 34 en las págs. 139-43.

37 Ver a este respecto, Medina, Battle, nota 34 en las págs. 122-26

38 Ver para el primero, arto 31 a 50, y para el segundo, arto 51 al 53 de las Regulaciones.

El segundo procedimiento está diseñado para examinar la situación general de los derechos humanos en determinado país. Aunque no siempre es así, la Comisión usualmente pone en marcha este segundo procedimiento cuando el Estado está comprometido en violaciones de derechos humanos flagrantes y sistemáticas. Más aún, algunas veces la Comisión hace un escrutinio de los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de este procedimiento, según las facultades que le otorga la Declaración Americana[39].

Ampliando sus facultades frente a otros órganos de derechos humanos y como un asunto rutinario, la Comisión Interamericana vigila la conducta de los Estados no sólo en lo que toca a las obligaciones internacionales establecidas en la Convención Americana o en la Declaración Americana, sino también todas aquellas obligaciones en el campo de los derechos humanos[40]. La Comisión es competente para supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer u otros tratados internacionales en favor de los derechos humanos de la mujer.

El procedimiento para procesar los informes sobre casos específicos de violación de derechos humanos termina con un concepto de la Comisión, y el caso puede pasar a la Corte si se cumplen determinadas condiciones. Antes de que la Corte se ocupe de un caso es necesario, primero, que el procedimiento ante la Comisión haya finalizado; segundo, que la Comisión o un Estado parte someta el caso a la Corte; y tercero, que los Estados partes del caso reconozcan o hayan reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte[41]. El procedimiento para examinar la situación general de los derechos humanos en un país, usualmente termina con un "informe del país", que casi siempre es publicado y analizado en el foro público de la Asamblea General de la OEA.

Para cumplir con su función protectora, la Comisión cuenta con varios mecanismos legales para investigar la conducta de los Estados respecto a los derechos humanos. Puede solicitar información al Estado, utilizar informes

39 Ver a este respecto, Medina, Battle, nota 34 en la pág. 125.

40 Ver Medina, Battle, nota 34 en las págs. 126-27, 154.

41 Ver artículos 61 y 62 de la Convención. Esto significa que únicamente los casos contra los Estados partes de la Convención pueden llegar a la Corte. A diciembre de 1991, catorce Estados habían reconocido la jurisdicción de la Corte: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

como fuente de información, llevar a cabo audiencias y practicar observaciones locales. Una vez que la situación es investigada o, en algunas ocasiones, mientras la situación está siendo investigada, la Comisión puede emprender acciones tales como hacer recomendaciones, ofrecer sus buenos oficios o su mediación y utilizar publicidad.

Por último, parece necesario mencionar el hecho de que, puesto que la Comisión ha operado durante casi veinte años con base en sus propias regulaciones, sus normas de procedimiento son muy flexibles y se adaptan a cualquier situación de derechos humanos en un continente en donde muchas veces la norma legal no prevalece.

### (b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Constituida por siete miembros, "juristas de la más alta solvencia moral y reconocida competencia en el campo de los derechos humanos", la Corte ejerce dos tipos de jurisdicción: contenciosa y consultiva. La Corte puede ejercer la primera únicamente en lo que respecta a los Estados partes de dicha Convención, mientras que puede ejercer la segunda a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA o, dentro de su esfera de competencia, de cualquiera de los órganos de la OEA mencionados en el Capítulo 10 de la Carta de la OEA[42].

La jurisdicción consultiva faculta a la Corte para interpretar el Artículo 64(1) de la Convención Americana u "otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos". La Corte Interamericana interpretó la expresión "otros tratados" en el Artículo 64(1) estipulando que:

> la Corte puede ejercer la jurisdicción consultiva, en general, con respecto a cualquier disposición que trate de la protección a los derechos humanos estipulada en cualquier tratado internacional, aplicable en los Estados Ameri-

42 Estos órganos son la Asamblea General, la Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, los tres Consejos, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Secretariado General, las Conferencias Especializadas y las Organizaciones Especializadas. Estas últimas son, entre otras, la Organización Panamericana de Salud, el Instituto Interamericano del Niño y la Comisión Interamericana de la Mujer.

> canos, independientemente de que sea bilateral o multilateral, cualquiera que sea el objeto principal de dicho tratado, bien sea o no que los Estados no miembros del Sistema Interamericano sean o tengan derecho a formar parte del mismo[43].

También permite a la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la organización, dar su concepto en cuanto a la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas con las obligaciones internacionales de dicho Estado en el campo de los derechos humanos. La Corte ha interpretado la expresión "legislación interna" como aquella que incluye "toda la legislación nacional y las normas legales de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones de la constitución nacional", así como también las propuestas legislativas que aún no han sido aprobadas como leyes[44].

La Corte ha presentado doce opiniones consultivas, de las cuales una está directamente relacionada con la discriminación con base en el sexo[45]. La opinión consultiva No. 4 fue solicitada por Costa Rica, de conformidad con el Artículo 64(2) de la Convención Americana, con el fin de obtener un concepto acerca de la compatibilidad de la enmienda constitucional sobre naturalización que estaba siendo discutida en el Congreso. La Corte opinó que la modificación propuesta en el Artículo 14.4 de la ley, que establece condiciones preferenciales para la naturalización de los cónyuges de los hombres frente a los de las mujeres, constituía discriminación incompatible con los Artículos 17.4 y 24 de la Convención Americana.

La jurisdicción contenciosa faculta a la Corte para transar controversias acerca de la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana. Los casos pueden ser presentados ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por los Estados. Un caso puede terminar con una decisión según la cual la Corte puede "determinar que a la

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Otros Tratados", sujeto a la jurisdicción consultiva de la Corte: art. 64, Convención Americana de Derechos Humanos. Opinión consultiva, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Ser. A. No. 1, primera conclusión, en la pág.43.

44 Convención Americana, arto 64. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Modificaciones propuestas a las disposiciones de naturalización de la Constitución de Costa Rica, Opinión consultiva, OC- 4/84 del 19 de enero de 1984, Ser. A No. 4, parágrafo 14 en la pág. 87 y prágrafo 28 en la pág. 92.

45 Modificaciones propuestas, nota 44.

parte lesionada se le garantice el goce de su derecho a la libertad que le fue violado" y que "las consecuencias de la medida o de la situación que constituye la violación de dicho derecho o libertad sean compensadas y se pague una indemnización justa a la parte lesionada" (Artículo 63). El Artículo 68 estipula que "los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes"; establece además que cuando el fallo incluye indemnización por daños, éste puede ser ejecutado en el país respectivo.

Hasta el momento, ocho casos han sido presentados ante la Corte; tres de ellos culminaron en fallo de la Corte, uno está próximo a ser fallado debido a que el Estado aceptó su responsabilidad, y cuatro más se encuentran pendientes. Los primeros tres casos versaban sobre desapariciones y fueron presentados contra Honduras. En dos de ellos[46] la Corte encontró violación por parte de Honduras del derecho a la vida (Artículo 4), del derecho a un trato humanitario (Artículo 5) y del derecho a la libertad personal (Artículo 7) de la Convención Americana. En el tercero, el caso Fairén Garbi[47], la Corte no ha podido establecer con certeza que la víctima haya desaparecido dentro del territorio de Honduras y por lo tanto no encuentra que la responsabilidad de dicho Estado haya sido probada.

Hay dos casos contra Surinam que afectan los derechos consagrados en los Artículos 4 y 7. En uno de ellos la Corte obtuvo la confesión de responsabilidad por parte de Surinam y dejó pendiente la decisión sobre reparación[48]. Los últimos tres casos pendientes son contra Perú y tienen que ver con violaciones de los derechos consagrados en los Artículos 4,5 y 7, más el derecho al debido preceso (Artículo 8), el derecho a la propiedad (Artículo 21) y el derecho a la protección judicial (Artículo 25), con respecto a varios ciudadanos peruanos residentes en Ayacucho.

46 Velásquez Rodriguez, (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Fallo del 29 de julio de 1988, Ser. C. No. 4), y Godinez Cruz (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Fallo del 20 de enero de 1989, Ser. C No. 5).

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fallo del 15 de marzo de 1989, Ser. C. No. 6.

48 Aloeboetoe et al. v. Surinam, Fallo del 4 de diciembre de 1991, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991, OEA/Ser.LlV/I/I.25, doc. 7, 15 de enero de 1992, Original: Español en las págs. 58-64.

## III. Breve evaluación del sistema

### (a) Fijación de normas

En cuanto a la fijación de normas, la legislación sobre derechos humanos nos proporciona básicamente los medios para luchar contra la violación privada o pública de los derechos humanos de la mujer. La base es, ciertamente, el principio de no discriminación estipulado en los Artículos 1, 17, 24 y 27 de la Convención Americana y en el Artículo 2 de la Declaración Americana. Desde mi punto de vista, la no discriminación con base en el sexo –así como con base en raza o religión– es no solamente otro derecho humano sino es un principio fundamental, que subyace en el derecho de los derechos humanos en general y el derecho interamericano de derechos humanos en particular, en la medida en que negarlos sería negar la existencia misma de este derecho. Esta condición se refleja en la Convención Americana de Derechos Humanos, que impide a los Estados partes suspenderla aun en tiempos de emergencia[49]. Ello me lleva a concluir que las reservas a la Convención Americana pueden afectar derechos específicos pero no el principio general de no discriminación con base en el sexo; de otra manera, serían incompatibles con el objeto y la finalidad de la Convención, y por lo tanto una infracción a la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados, que rige la creación de reservas a la Convención Americana[50].

Los Estados que son medidos frente a la Declaración Americana también están obligados a respetar el principio, postulado en su Artículo 2 y en la formulación de los derechos que están reconocidos para "todo ser humano" o para "toda persona". Una interpretación diferente implicaría excluir a las mujeres y a otros individuos de la categoría de "ser humano" y sería difícil encontrar actualmente a alguien que sostuviera dicho argumento.

Puede argumentarse que hay una diferencia significativa en el tratamiento, por parte del derecho internacional, de la discriminación racial frente a la discriminación sexual, con desventaja para esta última. Es cierto que actualmente parece haber un consenso en cuanto a que el principio de no discriminación

49 Ver Convención Americana, arts. 1, 27.

50 Ver Convención Americana, Art. 75.

con base en la raza se ha convertido en *jus cogens,* mientras que no puede decirse lo mismo acerca de la no discriminación con base en el sexo. Sin embargo, si se analizan los elementos del *jus cogens,* no es posible encontrar ninguna razón lógica para diferenciar entre discriminación racial y sexual. A esta conclusión se ha llegado, por lo visto, a partir de los prejuicios que han permeado el razonamiento jurídico y no de una lectura imparcial de la ley. Aunque crítica en cuanto a la existencia del jus cogens, ésta parece ser la posición de Brownlie, quien coloca el principio de discriminación racial entre los ejemplos menos controversiales de la clase, agregando en una nota de pie de página:

> El principio de no discriminación religiosa debe estar en la misma situación del principio bastante descuidado de la no discriminación en cuanto al sexo[51].

Para regresar a lo que dije en la introducción, el sistema podría mejorar en cuanto a la fijación de normas mediante una cuidadosa revisión de las normas internacionales con el fin de (I) hallar la mejor formulación posible para evitar su mala interpretación en detrimento de las mujeres, y (II) especificar en forma detallada las obligaciones internacionales de los Estados con el fin de permitir a las mujeres el goce pleno de los derechos humanos, por ejemplo, incluyendo una formulación legal internacional para la violación de los derechos perpetrada contra la mujer como asunto rutinario.

### (b) Promoción, implementación y protección

La promoción de los derechos humanos de la mujer no se ha dado a nivel del órgano general de derechos humanos, es decir de la Comisión Interame-

51 Ver Ian Brownlie, PrincipIes of Public International Law (Principios de Derecho Público Internaciona)j, 3d. ed. (Oxford: Clarendon Press, 1979), 513. Ver también Warwick McKean, EqualitYand Discrimination under International Law (Igualdad y discriminación en el derecho internacional), (Oxford: Clarendon Press, 1985), 264-84. Finalmente, ver La Modificación Americana a la Ley de Relaciones Exteriores: "Freedom from gender discrimination as state policy, in many matters, may already be a principle of customary international law" (la no discriminación de género como políica de Estado, en muchos asuntos, puede ya ser un principio de derecho consuetudinario internacional, (citado en Anne F. Bayefsky. "The PrincipIe of Equality or Non-Discrimination in International Law" (El principio de igualdad o de no discriminación en el derecho internacional), Hum. Rts. L.J. II(1990): 1-34(22J)).

ricana de Derechos Humanos. En general, la Comisión no ha desempeñado adecuadamente su función promocional, pero la promoción está casi totalmente ausente en cuanto al disfrute de los derechos humanos por parte de la mujer. Lo mismo puede decirse con relación a la labor de persuadir a los Estados para que incluyan el principio de no discriminación con base en el sexo dentro del marco legal nacional, lo cual no ha sido intentado por la Comisión. Es cierto que hay un órgano especializado para adelantar esta labor, la Comisión Interamericana de la Mujer, pero esto no sería obstáculo para que la Comisión hiciera su parte, especialmente por que cuenta con la ventaja de un profundo conocimiento de la situación general de los derechos humanos en los territorios de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

La labor de proteger los derechos humanos de la mujer es –a diferencia de los otros dos mencionados anteriormente– estrictamente asunto de la Comisión y de la Corte y tampoco se ha llevado a cabo. La Comisión no ha investigado situaciones discriminatorias obvias que afectan a la mujer ni ha declarado que por permitir la existencia de estas situaciones los Estados están violando el derecho Interamericano de derechos humanos. La Corte no puede utilizar sus facultades a menos que se le solicite hacerlo y por lo tanto no es sorprendente que no haya tenido hasta el presente un caso contencioso sobre discriminación contra la mujer. Por lo tanto, la Comisión ha omitido ejercer sus facultades con relación a la protección de los derechos humanos de la mujer y la Corte no ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca de los asuntos de la mujer.

### Hacia una garantía más efectiva del goce de los derechos humanos por parte de la mujer en el Sistema Interamericano

En mi opinión, el fracaso de los órganos Interamericanos de supervisión en enfrentar la violación de los derechos humanos de la mujer no es a menudo resultado de una carencia de disposiciones legales, sino más bien de su reticencia para aplicarlos y del hecho de que las mujeres no acuden a los mismos. Para cambiar esta situación, las mujeres deben efectuar un esfuerzo consistente.

Parece esencial que las mujeres empiecen a apropiarse de los órganos internacionales; para lograrlo, deben ser conscientes de que el derecho inter-

nacional de derechos humanos existe, que los Estados han contraído obligaciones internacionales en este campo y que hay órganos con la facultad de hacerle seguimiento al comportamiento de los Estados con respecto al tema de los derechos humanos. Posteriormente, tienen que comenzar a utilizar el sistema llevando sus problemas ante los órganos de supervisión y logrando que éstos eliminen sus sesgos, con el fin de persuadir a quienes aplican la ley de que se desprendan de sus prejuicios y apliquen la norma en todas aquellas situaciones que encuadran dentro de la misma, sin tener en cuenta prácticas pasadas. Más aún, debieran mostrar un mayor interés en controlar la pertenencia a dichos órganos, aplicando presiones para que las mujeres con una "conciencia de género" sean elegidas para los cargos. Debe también ponerse especial atención al seguimiento del desempeño de los miembros de los órganos internacionales con el fin de que asuman su responsabilidad y tratar a toda costa de evitar su reelección.

Los órganos internacionales de por sí tienen una responsabilidad significativa a este respecto. Parece increíble que aunque son nuestros, muchas mujeres ni siquiera conocen su existencia. Es deber de dichos órganos desarrollar mecanismos para llegar a quienes son los principales sujetos de las facultades de protección y difundir su labor de tal manera que pueda iniciarse una dinámica positiva que los relacione con los individuos a los cuales se supone que deben servir.

## IV. Cómo utilizar las normas internacionales: algunos ejemplos

### (a) Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

*Comunicaciones individuales.* El principio general de no discriminación y las disposiciones específicas relativas a la discriminación sexual son suficientes para cuestionar las disposiciones legales locales que discriminen contra la mujer, tales como la incapacidad jurídica, la exclusión de la administración de la propiedad marital, la exclusión de la representación legal de los hijos o de otros individuos. Esto podría lograrse mediante una denuncia enviada a la Comisión Interamericana que eventualmente podría remitirse a la Corte.

Se ha argumentado que el principio de no discriminación en el derecho internacional de derechos humanos no protege a la mujer contra la discriminación de facto. En mi opinión esto no es así. El Artículo 1 de la Convención Americana establece que "los Estados partes tienen la obligación de respetar y garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos en la Convención". El Artículo 2 estipula que los Estados partes deben aprobar aquellas medidas legislativas *o de otro tipo* "que sean necesarias para lograr que dichos derechos o libertades sean efectivos". Las obligaciones estatales que se desprenden de la Convención Americana, incluyen, por lo tanto no sólo el compromiso por parte del Estado respectivo de no violar los derechos humanos, sino también una acción positiva para garantizar el "pleno y total ejercicio" de estos derechos.

La Corte Interamericana desarrolló estas disposiciones legales en su primer fallo[52]. El caso en controversia fue la desaparición del señor Velásquez Rodriguez en el territorio de Honduras y la eventual responsabilidad del Estado por este delito. El caso se basó, primero, en tratar de probar que durante un cierto periodo de tiempo muchos individuos que compartían ciertas caracteristicas, tales como ideas políticas, desaparecieron en Honduras bajo circunstancias similares y, segundo, en probar que Velásquez Rodriguez desapareció durante el mismo periodo y en circunstancias similares. Aunque el caso versaba sobre una desaparición, la importancia del fallo de la Corte con relación a violaciones no estatales amerita relatar algunas de las afirmaciones contenidas en el mismo. El Artículo 1.1, parágrafo 166 del fallo, dice que:

> La segunda obligación de los Estados partes es "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos... Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de reorganizar el aparato gubernamental y, en general, toda la estructura a través de la cual se ejerce el Poder público, de tal forma que pueda garantizar jurídicamente el libre y pleno goce de los derechos humanos. En consecuencia... los Estados deben evitar, investigar y castigar cualquier violación de los derechos reconocidos por la Convención.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodriguez, Fallo del 29 de julio de 1988. Ser. C. No. 4, parágrafos 169-73.

El parágrafo 167 continúa:

> La obligación de garantizar... no se satisface por el solo hecho de aprobar un sistema legal para cumplir con esta obligación, sino que requiere también que el gobierno actúe en forma tal que garantice efectivamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Finalmente, acerca de la responsabilidad del Estado, el parágrafo 172 estipula:

> Por lo tanto, en principio, cualquier violación de los derechos... resultante de un acto de autoridad pública o de personas que utilizan su posición de autoridad, es imputable al Estado. Sin embargo, esto no define todas las circunstancias en las cuales un Estado se ve obligado a evitar, investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos, ni todos los casos en los cuales el Estado pueda ser encontrado responsable por infracción de dichos derechos. Un acto ilegal que viole los derechos humanos y que inicialmente no sea directamente imputable al Estado (por ejemplo, debido a un acto de una persona privada o debido a que la persona responsable no ha sido identificada), puede llevar a la responsabilidad internacional del Estado, no en virtud del acto mismo, sino por causa de la falta de diligencia para evitar la violación o responder a la misma, tal como lo exige la Convención.

No parece haber un argumento válido para impedir la aplicación de las consideraciones de la Corte en el caso Velásquez a situaciones tales, como por ejemplo, la violencia doméstica contra la mujer o la discriminación de facto en la ley laboral, si pudiera probarse que existe una práctica consuetudinaria que no castiga la violencia doméstica o que el Estado no hace esfuerzos suficientes para evitar el fenómeno. Seria importante poner a prueba la capacidad de la Corte para ser consistente e iniciar una denuncia individual ante la Comisión Interamericana con la solicitud especial de que sea remitida a la Corte una vez haya finalizado el procedimiento ante la Comisión.

*Informes del país e informes anuales.* Con el fin de efectuar la labor de seguimiento en cuanto al cumplimiento general del principio de no discriminación por parte de los Estados, la Comisión Interamericana tiene la facultad de examinar la situación de los derechos humanos de la mujer en un Estado

específico. Esta es una función protectora y, en este sentido, es de exclusiva responsabilidad de la Comisión. Hasta el momento, los informes de los países jamás han mencionado un caso de discriminación legal contra la mujer y tal vez no es realista esperar que la Comisión lo haga por su propia iniciativa (aunque en el pasado ha habido mujeres miembros dentro de la Comisión). Las asociaciones nacionales de mujeres pueden ponerse en contacto con la Comisión y suministrarle la información pertinente acerca de la situación de los derechos humanos de la mujer en cualquier Estado en el cual la Comisión esté adelantando una investigación. Pueden también solicitar a la Comisión, por ejemplo, que inicie una investigación general seguida por un informe del país sobre el problema de la violencia doméstica, teniendo en cuenta especialmente que el precedente *Velásquez* podría ser utilizado para identificar este tipo de situaciones como "violaciones de los derechos humanos evidentes y sistemáticas". En el derecho internacional de derechos humanos vigente, la expresión "violaciones de los derechos humanos evidentes y sistemáticas ", que demanda la acción internacional, es identificada como tal cuando el derecho a la vida o el derecho a no sufrir torturas, o el derecho a no estar sometido a arresto prolongado y arbitrario, es violado masiva y sistemáticamente[53].

No debemos olvidar que la Comisión tiene la facultad de hacer recomendaciones a los Estados para que aprueben medidas progresivas en favor de los derechos humanos, y debe señalarse que no ha sido tímida en el ejercicio de esta facultad. En su informe anual de 1979-1980, por ejemplo, la Comisión recomendó al gobierno de El Salvador aprobar las siguientes medidas:

(a) dar pasos efectivos y reales para desarmar a los individuos y para preve nir el ingreso de armas provenientes del exterior;
(b) adelantar una campaña masiva contra la violencia en las escuelas y en los medios de comunicación;
(c) reiniciar un diálogo con todos los sectores de la sociedad salvadoreña, sin excepción alguna, incluyendo, por lo tanto, a las fuerzas disidentes

53 Ver Medina, Battle, nota 34 en las págs.7-19. Para el uso del concepto con relación a la mujer, ver Celina Romany, " La responsabilidad del Estado se hace privada: una critica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el derecho internacional de los derechos humanos, Capitulo 4 de este libro.

de la izquierda y de la derecha, con el fin de restablecer las condiciones que hagan posible a corto plazo realizar elecciones que revelen el verdadero deseo de la población y legitimen al gobierno que resulte victorioso en dicha contienda. Para lograr este fin se requiere una nueva ley electoral y la reorganización del Consejo Electoral Central[54].

Si no hay informes pendientes del país, sería posible que la Comisión ejerciera sus funciones de supervisión mediante su informe anual, puesto que informa una vez al año, incluyendo, entre otras cosas, "aquellas áreas en las cuales es necesario tomar medidas para un respeto total de los derechos humanos estipulados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos". La Comisión trata tópicos variados de interés general en esa sección de sus informes anuales, tales como la situación de los indígenas (aunque existe un Instituto Indígena Interamericano), la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de los menores y la independencia de la rama judicial[55].

Utilizando estos mismos procedimientos, la Comisión Interamericana podría iniciar el seguimiento de la situación de facto de las mujeres en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión ha hecho un ingente esfuerzo en este sentido[56], y nada le impide agregar el género como una categoría de su análisis. Más aún, aplicando el precedente de *Broeks vs. Holanda* (en donde el Comité de Derechos Humanos, un órgano del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declaró que Holanda había violado el Artículo 26 del Pacto cuando otorgó beneficios de desempleo desiguales a las mujeres casadas en comparación con aquellos de los hombres casados al estipular que, aunque el derecho a la seguridad social no estaba cubierto por el Pacto una vez que un Estado establece la seguridad social, debe suministrar beneficios en forma igualitaria)[57], e invocando el Artículo

54 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.50 Doc. 13 Rev. 1,2 octubre de 1980, original: español en la pág. 147. Para un examen más profundo de las facultades de la Comisión y particularmente de las recomendaciones, ver Medina, Battle, nota 34 en las págs. 135-38.

55 Ver como ejemplo Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991,(OEA/Ser.L/V/II.81 rev. 1, Doc. 6, 14 de febrero de 1992), Capitulo 6, en las págs. 282-321.

56 Ver nota 39.

57 Comunicación 172/1984, 42 U.N. GAOR Supp. No. 40. U.N. Doc. A/42/40 (1987).

24 de la Convención Americana –similar al Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– cualesquiera diferencias legales establecidas sobre la base de sexo en el goce de los derechos sociales, económicos o culturales podrían ser cuestionadas en un procedimiento tendiente a denunciar las violaciones a los derechos civiles y políticos establecidos en el Artículo 44 y los Artículos siguientes de la Convención.

*Cooperación entre la Comisión y la Comisión Interamericana de la Mujer.* La Comisión Interamericana de la Mujer, cuyo mandato es identificar los problemas de derechos humanos de la mujer y promover el avance del derecho internacional sobre derechos humanos en esta área, podría también aportar su cuota para proteger los derechos humanos cooperando estrechamente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta última puede iniciar casos por cuenta propia, o puede a hacerlo por la intervención de la Comisión de la Mujer, que informa siempre que se detecten violaciones masivas en un país. Parece obvia la importancia que puede tener para la promoción de los derechos humanos de la mujer una fuerte participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al hacer un escrutinio de la situación de la mujer en este campo.

### (b) Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Jurisdicción consultiva de la Corte.* Otra Posibilidad para utilizar el sistema sería el cabildeo a nivel gubernamental o legislativo, con el fin de persuadir al Estado de presentar una solicitud formal de una opinión consultiva de la Corte acerca de la compatibilidad de las disposiciones legales con las obligaciones internacionales de dicho Estado en el campo de los derechos humanos. Debemos recordar que la Corte puede examinar las disposiciones legales internas a la luz de otras obligaciones de derechos humanos en el campo internacional, tales como las que han sido establecidas en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

La Comisión Interamericana de la Mujer está también facultada para consultar a la Corte con relación a la interpretación de las disposiciones estipuladas en cualquier tratado que contenga normas de derechos humanos que comprometan legalmente a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Sin embargo, no puede perderse de vista el hecho

de que la Comisión está constituida por representantes del gobierno y por lo tanto no puede esperarse que sea muy efectiva si ello significa exponer a los Estados miembros de la OEA a lo que podría llamarse adecuadamente "la movilización de la vergüenza". No obstante utilizando el precedente de la solicitud de una opinión consultiva sobre las restricciones a la pena de muerte[58], donde la Corte aceptó dar su opinión frente a un asunto que estaba siendo discutido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de la Mujer podría utilizar las disposiciones legales de varios Estados para que la Corte aclarara, por ejemplo, el significado del Artículo 11.(2) relativo a la intimidad, el Artículo 17.(4) relativo a la igualdad en el matrimonio, o el Artículo 24 relativo a la igual protección frente a la ley. Una opinión favorable de la Corte acerca de la posición de la mujer con relación a estos artículos, sería un respaldo oportuno a los esfuerzos de la mujer para modificar el derecho nacional.

## V. Algunos propósitos para el futuro

### (a) Primer Propósito: la investigación

Latinoamérica enfrenta una carencia de recursos financieros para investigación, particularmente si sus resultados no son evidentes a corto plazo. Por lo tanto, es necesario promover la cooperación entre los organismos internacionales y los investigadores locales. Creo que las organizaciones nacionales de mujeres deben trabajar en estrecho contacto con la Comisión Interamericana de la Mujer con el fin de establecer un vasto plan de investigación en aspectos identificados como importantes por las mujeres mismas. Estas investigaciones, adelantadas en forma similar en diferentes países, podrían facilitar una acción más fructífera. La lucha para mejorar la posición de la mujer en la sociedad ha llegado a un punto tal que ni el diletantismo ni la investigación sesgada pueden hacer aportes positivos. Algunas áreas de posible investigación se sugieren posteriormente.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Restricciones a la pena de muerte, arts. 4(2), 4(4), Convención Americana de Derechos Humanos, Opinión consultiva, OC-3/83 de septiembre 8 de 1983, Ser. A, No. 3.

Al inicio de este capítulo dije que la falta del goce de los derechos humanos por parte de la mujer es un problema de cultura. Es importante tomar en cuenta que la cultura es compartida por hombres y mujeres y que hay un número significativo de mujeres que se oponen al cambio. Muchos investigadores señalan el hecho de que las mujeres sienten desprecio por el "feminismo" y que tienen muy poca "conciencia de género". Otros dicen que las mujeres tienen una actitud conservadora y se ven a sí mismas como depositarias del *status quo*[59]. Estoy de acuerdo con la afirmación de Susana Bianchi, de que la "cultura dominante/masculina" no es impuesta a una "masa inerte conformada por la mitad de la humanidad, sino a sujetos que aceptan la hegemonía y encuentran en ella algo útil para sus propios fines"[60]. Si aceptamos esto, creo que debemos olvidar las expresiones declaratorias y las opiniones voluntariosas para dedicarnos a la labor de investigar cuál es el sentimiento femenino que impide a las mujeres tratar de cambiar una cultura que las coloca en una posición subordinada, con el fin de poder disipar sus temores o su reticencia. En este proceso, debemos proceder con una mente abierta y sin preconcepciones, revisando cuidadosamente los postulados del feminismo para descubrir las adaptaciones que deben efectuarse para llegar al fin último, que es mejorar la posición de la mujer en la vida.

En esta misma línea de pensamiento, creo que debemos investigar y debatir con las mujeres implicadas acerca de las formas de enfrentar el período de transición inherente a cualquier cambio notable de la sociedad, antes de que llegue el momento en que hombres y mujeres compartan por igual el cuidado de los hijos, y de que la sociedad se organice en forma tal que reconozca que el cuidado de la familia es responsabilidad de todos los miembros de la comunidad (estoy pensando aquí en la organización del trabajo en términos de empleos de tiempo parcial para los padres, guarderías en fábricas y oficinas y cosas por el estilo), habrá de transcurrir un largo periodo durante el cual las mujeres tendrán que asumir solas toda la carga. Si no somos capaces de diseñar soluciones para el período de transición, existe el riesgo de que las mujeres permanezcan reacias al

59 Ver de la Fuente, "Situación y desempeño", en Las Juezas, ed. Bustamante, nota 5 en las págs. 137-38. Ver M. del Rocío Carro et al. "Las Administradoras de justicia en Costa Rica", en Las Juezas, ed. Bustamante, 143-66 en las págs. 164-66.

60 Susana Biachi, "Femenino/masculino o acerca de la cultura como campo de tensión", en Argentina, ed. Hauzie, Irbalucía y Sanchís, nota 20, 13-23 en la pág. 19.

cambio. Las mujeres latinoamericanas aceptarán con dificultad su propia emancipación si la perciben como un logro que va en contra de sus hijos.

Otra área que requiere investigación es el alcance de la subordinación de la mujer al hombre en las sociedades latinoamericanas y las diferentes formas que toma dicha subordinación. Esta es una labor que no ha sido totalmente desarrollada en el continente. Al respecto, un importante tema de investigación es la reacción del aparato público frente a la discriminación Contra la mujer, incluyendo las normas legales, la actitud de la justicia y la actitud de la administración.

También se requiere que la investigación encuentre apoyo –fuera de la justificación ética y la existencia de un derecho internacional que prohíba la discriminación– para demostrar que la igualdad efectiva tiene sus ventajas. Un campo muy importante es el desarrollo. En esta casi frenética carrera hacia la modernización, la incorporación de mujeres preparadas, imaginativas y librepensadoras es una necesidad inaplazable. No puede concebirse que un país llegue muy lejos si la mitad de su población trata de mantener a la otra mitad en una situación de parálisis, bien sea porque no está intelectualmente preparada, o bien porque no puede tomar sus propias decisiones sin consultar o solicitar la aprobación de otros. Asumamos que se puede demostrar con datos estadísticos y argumentar que con el fin de incorporar a la mujer es necesario, primero, educarla y, segundo, ofrecerle la compensación que merece, que no tiene por qué consistir en un trabajo aburrido ni pobremente remunerado, ni dos tiempos completos (trabajo fuera y dentro del hogar). Estoy segura de que los políticos, los empresarios y demás estamentos verían con claridad y cederían más rápidamente frente a las demandas de la mujer.

Por razones similares, seria útil poder demostrar que la forma como la sociedad ha sido manejada hasta ahora puede mejorar si se encuentran nuevos enfoques para resolver los conflictos, enfoques que los individuos en una posición subordinada han optado como un instrumento necesario para su propio progreso.

### (b) Publicidad y cabildeo

La investigación debe llevar a una acción posterior. Un objetivo primordial de la lucha de la mujer es el cambio de la cultura que comparte la sociedad

en general. Para ello es esencial la presentación de la situación real de la mujer, lo cual puede lograrse con una amplia difusión de la investigación. La investigación también debe convertirse en una base firme para el cabildeo con el fin de lograr cambios en la legislación. En este sentido debe utilizarse en conjunción con todo lo que el derecho internacional sobre derechos humanos ofrece: normas internacionales, precedentes de órganos de derechos humanos internacionales que interpretan y aplican el derecho internacional de derechos humanos y los recursos internacionales. La legitimidad de los derechos humanos hoy en día es tal, que los gobiernos y los legisladores se verán en serios problemas si intentan detener los cambios necesarios para armonizar la ley nacional con la legislación internacional de derechos humanos. Las modificaciones a la legislación nacional podrían introducirse más fácilmente y el derecho serviría entonces para impulsar el cambio cultural.

### (c) Educación en derechos humanos

La investigación ayudaría a promover el segundo tipo de propósito necesario para mejorar la posición de la mujer en la sociedad: educación en derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede jugar un papel decisivo para este fin. Su mandato incluye desarrollar una conciencia de los derechos humanos entre los pueblos de América, y las mujeres deben sacar provecho y solicitar a la Comisión que responda por su poca actividad en este aspecto.

Las mujeres y los hombres deben recibir educación en derechos humanos[61]. Es relativamente realista asumir que un buen número de personas estarían dispuestas al cambio si pudieran comprender las implicaciones de sus acciones y declaraciones. Los seres humanos son proclives a repetir palabras y actitudes discriminatorias en forma automática y por ende, hacerlos conscientes de las connotaciones negativas que esta repetición tiene para los derechos humanos podría promover un cambio. También es relativamente viable asumir que si un grupo significativo cambia, quienes no cambian tendrán dificultades para continuar como antes. Es claro que si una mayoría sustancial de mujeres cambia, habremos recorrido más de la mitad del camino hacia el éxito.

61 Miguel Murnis, "El feminismo: tarea conjunta de varones y mujeres", en Argentina, ed. Hauzie, Irbalucía y Sanchís, nota 20, 317-40.

La educación en derechos humanos exige un conocimiento muy preciso de las características de quienes recibirán la instrucción. El tema de los derechos humanos toca aspectos íntimos de nuestra individualidad y, por tanto, hay que esperar un rechazo natural por parte del estudiante para abrirse a nuevas formas de enfocar la vida, rechazo que puede ser más fácilmente contrarrestado si se utilizan el lenguaje y los ejemplos adecuados con el fin de transmitir el mensaje. Yo recomendaría muy particularmente la preparación de entrenadores locales, quienes posteriormente desempeñarían la misma labor en sus propios países. Son ellos quienes habrán desarrollado la necesaria sensibilidad para evitar situaciones embarazosas que pueden conducir a que los estudiantes modifiquen su intención real de escuchar y tratar de comprender y sentir. Esta es una labor que requiere tiempo, paciencia y buen juicio, sopena de que los resultados logrados sean precisamente los opuestos a los deseados.

Los grupos para este tipo de educación deben ser seleccionados con miras a aumentar el efecto multiplicador. Evidentemente la comunidad legal debe ser educada en los derechos humanos; los abogados y los jueces tienen que estudiar el derecho internacional de derechos humanos y su desarrollo en otros continentes. Los maestros en la escuela primaria y secundaria son un objetivo inevitable, al igual que los periodistas. La educación informal a nivel de la comunidad también debe iniciarse una secuencia de cursos, unos solamente para mujeres, otros solamente para hombres, y algunos mixtos, puede ser una idea digna de consideración.

Para llegar a todos los grupos objetivo, pero particularmente a aquellos a nivel de la comunidad, debe estudiarse cuidadosamente la metodología adecuada para la enseñanza de los derechos humanos; la metodología es vital para lograr modificar rezagos culturales, y a menudo determina la diferencia entre fracaso y éxito. El lugar y la ocasión en que se enseñen los derechos humanos son especialmente importantes para llegar a los individuos. Con relación a las mujeres, sería interesante explorar la posibilidad de impartir la enseñanza de los derechos humanos no en una clase sino como parte de las actividades que las mujeres deben desempeñar diariamente. En varias regiones de América Latina parece evidente que un gran número de mujeres tiende a militar en "movimientos populares" cuyo propósito primario no es el progreso de la mujer en términos feministas ortodoxos sino la solución de

problemas de supervivencia y de bienestar mínimo, como obtener el sustento, un techo y servicios médicos, o capacitación para adquirir las habilidades necesarias con el fin de hallar empleo. Ejemplos concretos, extractados de las actividades de estos movimientos, servirán para explicar los derechos humanos, desarrollar la "conciencia de género" entre las mujeres, hacerlas comprender que las habilidades que utilizan en el marco limitado de su grupo son las mismas que pueden utilizar fuera del grupo y que, ante todo, no existe una brecha entre el mundo privado y el público y que el conquistar uno facilita la conquista del otro.

## VI. Una anotación final

Al inicio del presente capítulo expresé mi convicción de que el objetivo último del derecho sobre derechos humanos es reforzar el derecho nacional tanto como sea posible, dejando el derecho internacional como un instrumento subsidiario para reconocer y proteger los derechos humanos. Luego analicé las posibilidades ofrecidas por el sistema interamericano, tal como existe, para el logro de este objetivo. Es necesario ser conscientes de que éstas son tan sólo posibilidades. Para convertirlas en certezas es necesario superar varios obstáculos entre los cuales uno de los más importantes es el cultural, puesto que en cuanto a la mujer, la comunidad internacional no es ostensiblemente más progresista que las comunidades nacionales. Esto no debe disuadirnos para tratar de lograr cambios en la interpretación. La experiencia en el campo de los derechos humanos demuestra que el camino está sembrado de abrojos, pero que con tesón e ingenio pueden ser minimizados y, quizás, eliminados.

# Violencia y jurisprudencia internacional*

Roxana Arroyo y Lola Valladares

**Sumario**

**I.** Jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en materia de violencia sexual. **II.** Jurisprudencia del Tribunal Internacional para Ruanda en materia de violencia sexual. **III.** Jurisprudencia e informes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **IV.** Jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

## I. Jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en materia de violencia sexual

Los Tribunales de Nuremberg y Tokio conformados para el juzgamiento por crímenes contra la humanidad durante la II Guerra Mundial constituyeron el inicio de la aplicación del principio de responsabilidad penal individual, sin embargo no hicieron pronunciamientos sobre violencia sexual.

La jurista norteamericana, Rhonda Copelon es enfática al decir que "los dos Tribunales Militares Internacionales posteriores a la II Guerra Mundial fallaron en juzgar adecuadamente la violación y la violencia sexual (...) A

* Roxana Arroyo y Lola Valladares, Violencia y jurisprudencia internacional, en *http://www.humanas.cl/publicaciones.asp*

pesar de haber sido establecida como un crimen contra la humanidad en el Consejo Jurídico Local de los Aliados Nº10, directrices bajo las cuales fueron juzgados los criminales de guerra Nazis, la violación no constituyó un cargo imputado. En el Tribunal para el Lejano Oriente, las pruebas presentadas sobre las violaciones sexuales fueron parte de las evidencias de los crímenes de lesa humanidad contra Japón, pero el Tribunal ignoró el secuestro de más de doscientas mil adolescentes y mujeres jóvenes de origen no-japonés de los territorios ocupados por japoneses y su traslado a las llamadas "estaciones de solaz", lo que hoy entendemos como campos de violación. Eufemizadas como "comfort women", estaban destinadas a seguir a las tropas a los campos de batalla y fueron sujetos de violaciones repetidas y utilizadas como servicio doméstico para las tropas japonesas"[1].

Más recientemente, los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (1993)[2] y Ruanda (1994)[3] desarrollaron una amplísima jurispru-

1 COPELON, Rhonda: Crímenes de Género como Crímenes de Guerra: Integrando los Crímenes contra las Mujeres en el Derecho Penal Internacional. McGill Law Journal, 2000. Traducción: Lorena Fries

2 Yugoslavia surgió como un Estado al final de la Segunda Guerra Mundial. Luego de la muerte del Mariscal Tito en 1980, quien logró consolidar la unión de los territorios de Eslovenia, Croacia, Bosnia Hersegovina, Montenegro, Serbia, Macedonia y las provincias autónomas de Kosovo y Vojvodina, se presentaron antiguas discrepancias étnicas y religiosas entre las distintas repúblicas. El conflicto se agudizó por problemas económicos debidos a la caída del muro de Berlín en 1989 y la posterior disolución del Pacto de Varsovia. A ello se suman las pugnas étnicas internas que derivan en un proceso de escisión del territorio yugoslavo, iniciado con la declaración de independencia por parte de Croacia y Eslovenia, el 25 de junio de 1991. El conflicto se agravó en marzo de 1992, cuando los ciudadanos de Bosnia-Herzegoviana se pronunciaron en un referéndum a favor de su independencia de la República Federal. Esta posición no fue aceptada por el denominado "Parlamento del Pueblo servio" (constituido por los bosnios de la etnia servia), que proclama a su vez la independencia de la "República Servia de Bosnia-Herzegoviana" y propone unirse con todos los servios de la antigua Yugoslavia para crear la "Gran Patria Servia", viejo ideal de este grupo étnico-religioso.

Con este mismo propósito, los servios (que para abril de 1992 ya habían constituido una nueva República Federal de Yugoslavia, integrada por los territorios de Servia y Montenegro), iniciaron un proceso de *purificación étnica,* que incluyó ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas de personas, torturas, tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias, violaciones sistemáticas, embarazos y prostitución forzadas de mujeres, etc. Para finales de 1992, habían alrededor de 50,000 muertos y 2 millones de desplazados y refugiados, al mismo tiempo que Servia ocupaba el 70% del territorio yugoslavo.

3 En Ruanda, entre el 6 de abril y mediados de julio de 1994, se calcula que fueron asesinadas entre

dencia respecto del juzgamiento de los crímenes de guerra y contra la humanidad, habiendo realizado una importante contribución al desarrollo del Derecho Internacional en este campo, especialmente en lo que se refiere a los crímenes relacionados con violencia sexual. El Estatuto de Roma recogió muchos de esos avances y los incluyó entre los elementos de los crímenes. A partir de la constitución de los Tribunales de la antigua Yugoslavia y Ruanda, y la posterior aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se establecen las bases de un sistema penal internacional con órganos jurisdiccionales encargados de investigar y determinar la responsabilidad penal individual por la comisión de graves crímenes contra los Derechos Humanos[4].

Los Tribunales de la antigua Yugoslavia y Ruanda fueron creados por Naciones Unidas, de acuerdo a procedimientos del Derecho Internacional Público, en virtud de una decisión del Consejo de Seguridad de la ONU. Ambos Tribunales tenían competencia para juzgar a individuos y determinar la responsabilidad individual de los responsables del genocidio y de otras violaciones graves del Derecho Internacional humanitario, que tuvieron lugar en la Ex-Yugoslavia y Rwanda, entre el 1 de enero de 1991 y el 25 de mayo de 1993[5]; y el 1 de enero al 31 de diciembre de 1994[6], respectivamente.

500.000 y 1.000.000 de personas. Las principales víctimas pertenecían a la minoría tutsi y hutus moderados, mientras que los extremistas hutus eran los que violaban masivamente los Derechos Humanos en todo el país en forma planificada, organizada y sistemática, mediante una operación que comenzó pocas horas después de que el 6 de abril de 1994, el avión presidencial fuese atacado y Juvénal Habyarimana, Presidente de la República de Ruanda y Cyprien Ntyamira, Presidente de la República de Burundi murieran.

En un intento por detener el genocidio y derrocar al Gobierno provisional, el Frente Patriótico Ruandés, movimiento insurgente dirigido principalmente por Tutsis, combatió contra las fuerzas militares ruandesas y las milicias conocidas como "Interahamwe" e "Impuzamugambi". Hacia el final de la guerra, a mediados de julio de 1994, había más de 2 millones de ruandeses en los campamentos del antiguo Zaire oriental, Tanzania y Burundi. Muchos miles se convirtieron en desplazados internos en el territorio de Ruanda. El Frente Patriótico Ruandés logró controlar la capital el 4 de julio, detuvo el genocidio e instauró un nuevo Gobierno, el cual procedió a detener y encarcelar a los presuntos responsables de actos de genocidio u otras graves violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional humanitario. Sin embargo, el sistema de administración de justicia ruandés se había vuelto completamente ineficaz y el 80% de su personal, incluidos los jueces y los magistrados, habían sido asesinados.

4 En *www.cajpe.org.pe/guia/s43/htm*

5 *www.un.org/icty*

6 *www.icrc.org*

Los Tribunales de Ruanda y la ex Yugoslavia han hecho aportes sustantivos a la tipificación de la violencia sexual, conforme se verá en los extractos de sentencias que se presentan a continuación.

### 1.1. Caso Tadic

Dusco Tadic, es un serbio-bosnio residente en la República de Bosnia y Herzegovina, miembro de las fuerzas serbo-bosnias que actuaban en el municipio de Prijedor. Fue acusado y declarado culpable por el Tribunal el 7 de mayo de 1997, por la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia, en el distrito de Prijedor noroeste de ese país, en 1992.

Tadic no fue condenado por cometer directamente un acto de agresión sexual, sino por su participación en una amplia campaña de terror, generalizada y sistemática, que consistió en golpizas, torturas, agresiones sexuales y otros abusos físicos y psicológicos contra la población no serbia de la región de Prijedor[7].

La sentencia afirma categóricamente que *"la violación y el abuso sexual pueden considerarse como parte de una campaña generalizada o sistemática de terror contra la población civil. No es necesario probar que la violación misma fuera generalizada o sistemática sino que la violación constituía uno o tal vez muchos tipos de crímenes, cuyo espectro se cometía de forma generalizada o sistemática e incluía una campaña de terror por parte del agresor"* [8].

El documento inculpatorio original en el caso Tadic acusaba a éste de haber violado a una mujer detenida, la testigo F. Cuando el juicio se hallaba próximo, la testigo F se retiró y se negó a declarar . La negativa de la testigo F a participar obligó al Fiscal a enmendar el acta de acusación y a retirar los cargos de violación contra Tadic. Así pues, el Tribunal pasó a considerar el marco, más amplio, en que operaba Tadic, un entorno caracterizado en parte por una violencia sexual brutal[9].

7 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. 23 de enero de 2001.

8 Fiscal c. Tadic, acta de acusación, párrafo2.6

9 Algunos observadores dijeron que la testigo se había retirado porque tenía demasiado miedo de declarar, y muchos consideraron su comportamiento como una prueba de que el Tribunal no brindaba

### 1.2. Caso Celebici

En 1992, Zejnil Delalic estaba a cargo de la coordinación de las fuerzas militares croatas y musulmanas en una zona de Bosnia conocida como Konjic; también comandó el Primer Grupo Táctico de las fuerzas musulmanas de Bosnia. Sus responsabilidades incluían el ejercicio de autoridad sobre el campo de concentración de Celebici para prisioneros serbios, en el que se cometieron terribles crímenes. Entre las acusaciones estaban las de homicidios de prisioneros, tortura, agresiones sexuales, condiciones inhumanas y confinamiento ilícito con nombre y apellido, atribuidos a órdenes directas de Delalic.

Los encausados fueron Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo. El primero fue declarado inocente y puesto en libertad. Los tres últimos fueron declarados culpables de diversas violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y de violaciones de las leyes y usos de la guerra. Mucic fue declarado culpable de once cargos, en su condición de mando superior por comisión implícita de asesinatos, torturas, actos que causan graves padecimientos o daños y actos inhumanos, por su participación directa en el confinamiento ilícito de civiles en condiciones inhumanas[10].

Hazim Delic fue condenado a 20 años de privación de libertad por crímenes cometidos en el campo de Celebici, pese a que el Fiscal pidió la pena de cadena perpetua. El Fiscal ha recurrido tanto la sentencia como el fallo contra Delic. Mucic, Delic y Landzo también han apelado contra sus condenas.

La Sala de Primera Instancia consideró que Hazim Delic era responsable de haber instaurado en el campo de concentración de Celebici "una atmósfera de terror creada por el asesinato y el abuso de los detenidos, y las condiciones inhumanas de vida pautadas por la insuficiencia de comida, agua, cuidados médicos, y por dormitorios y baños inadecuados. Esto causó en los

suficiente protección a los testigos, en particular a las mujeres supervivientes de agresiones sexuales. Kelly Askin, "Sexual Violence in ICTY and ICTR Indictments and Decisions: The Current Status of Prosecutions Based on Gender-Based Crimes Before the ICTY and ICTR: Developments in the Protection of Women in International Humanitarian Law", American Journal of International Law.

10 Informe anual del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Párrafo 21. En *www.un.org.spanish/aboutun/organs/ga/54/ictyugo*

detenidos severos daños físicos y psicológicos". Junto a los delitos contra la humanidad, ambos acusados enfrentan cargos comunes como el robo, ya que además de torturar y asesinar se quedaban con el dinero y los relojes de los detenidos.

El 16 de noviembre de 1998 el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia dictó su primer fallo condenatorio de un criminal de guerra bosnio por delitos de agresión sexual, entre otros crímenes de guerra. El Tribunal dictaminó que Hazim Delic, un Bosnio, comandante adjunto del campo de detención de Celebici, era culpable de violar y agredir sexualmente a dos mujeres serbio-bosnias que estaban presas en el campo, en 1992, y lo declaró culpable, entre otras cosas, de una grave violación (tortura) y crímenes de guerra (tortura) por las violaciones[11]. El Tribunal resolvió también que Zdravko Mucic, un comandante del campo bosnio-croata tenía responsabilidad por ordenar los abusos cometidos contra detenidos en el campo de Celebici, como asesinatos, tortura, agresiones sexuales, golpes y otras formas de trato cruel e inhumano.

La sentencia confirma que la violación y la agresión sexual pueden ser actos de tortura[12]; el Tribunal subrayó que un objetivo prohibido de la tortura es *"por discriminación de cualquier clase, inclusive la discriminación por razones de género"* [13]. Además el Tribunal encontró al comandante del campo responsable de las agresiones sexuales cometidas por sus subordinados; el Tribunal adoptó la amplia y progresista definición de violación expresada por el Tribunal del caso Akayesu e hizo hincapié en que la violación y la agresión sexual producían no sólo un daño físico sino también un daño psicológico.

La Sala de Primera Instancia que falló este caso comprobó que no existe en el Derecho Internacional una definición comúnmente aceptada del término "violación" y reconoció que, si bien "...en ciertas jurisdicciones nacionales la violación se ha definido como el coito sin consentimiento", de hecho existen diferentes definiciones de las variantes de que puede constar un acto de esta naturaleza. Concluyó diciendo que "...no ve motivo alguno para apartarse de las conclusiones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el

11 El Fiscal c. Blaskic No. IT-95-14. Sentencia de 3 de marzo de 2000.

12 Este fallo es reconocido por ser la primera vez en la que se reconoce la violación como tortura.

13 El Fiscal c. Delalic y otros No. IT 96-21-a 16 de noviembre de 1997.

caso Akayesu (se verá más adelante), y por consiguiente considera la violación como la invasión física de carácter sexual cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas..."[14].

El auto de procesamiento imputa a los acusados diversas formas de maltrato en contra de personas detenidas en el campo de prisioneros de Celebici. Estos maltratos, sin resultado de muerte, se definen como constitutivos de los delitos de tortura (infracción grave de las Convenciones de Ginebra penada en el Artículo 2 Letra b del Estatuto y violación de las leyes o costumbres de la guerra penada en el Artículo 3 del Estatuto, según lo dispuesto en el Artículo 3 Nº 1 Letra a de las Convenciones de Ginebra); de violación como forma de tortura (infracción grave de las Convenciones de Ginebra penada en el Artículo 2 Letra b del Estatuto y violación de las leyes o costumbres de la guerra penada en el Artículo 3 del Estatuto, según lo dispuesto en el Artículo 3 Nº 1 Letra a de las Convenciones de Ginebra); de infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud (infracción grave de las Convenciones de Ginebra penada en el Artículo 2 Letra c del Estatuto); de tratos inhumanos (infracción grave de las Convenciones de Ginebra penada en el Artículo 2 Letra b del Estatuto); y de tratos crueles (violación de las leyes o costumbres de la guerra penada en el Artículo 3 del Estatuto según lo dispuesto en el Artículo 3 Nº 1 Letra a de las Convenciones de Ginebra) (párrafo 440).

(...) La Sala de Primera Instancia considera la violación de cualquier persona como un acto repudiable que atenta contra la esencia misma de la integridad física y la dignidad humana. La condena y sanción de los actos de violación son tanto más urgentes cuando los comete o instiga un agente del estado o terceros con su beneplácito o consentimiento. La violación causa enormes daños y sufrimientos, tanto físicos como psicológicos. El daño psicológico que sufre una persona violada puede además verse exacerbado por factores sociales y culturales y puede llegar a ser especialmente agudo y perdurable. Cuesta imaginar que una violación cometida o instigada por un agente del estado o por terceros con su beneplácito o consentimiento no constituya, de alguna forma, un acto de castigo, coacción, discriminación o

14 Dictamen del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia del 16 de noviembre de 1998. Párrafo 479. En Fries, Lorena; Herrera, Ana Lucía y Maira, Gloria: Manual "La Corte Penal Internacional y la Justicia de Género: un desafío para la acción". La Morada. Santiago de Chile, 2003. Pág. 23.

intimidación. A juicio de la Sala, ello es inherente a situaciones de conflicto armado (párrafo 495).

En consecuencia, la violación y otras formas de violencia sexual que cumplan con los criterios anteriormente señalados constituirán el delito de tortura, al igual que cualesquiera otros actos que cumplan con los mismos criterios (párrafo 496).

En lo que hace a la prohibición de la *tortura,* en el caso del campo de detención de Celibici[15] se señaló que en el Derecho Internacional general ésta ha adquirido el carácter de norma de jus cogens, considerando que se configura a través de acciones u omisiones que causen graves dolores o sufrimientos físicos o mentales; –ello, y sin que la lista de motivos pudiese considerarse exhaustiva–, con el objeto de obtener información o una confesión, castigar a la víctima por un acto que ella o un tercero hayan cometido o sean sospechados de haber cometido, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o sobre un tercero, o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo, cuando tales dolores o sufrimientos se inflijan por un oficial público o por una persona que actúe en ejercicio de prerrogativas del poder público, o con su consentimiento o su aquiescencia. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia puntualizó que a su juicio la participación de un oficial público o de personas que actúen en el ejercicio de capacidades oficiales incluye, también, a oficiales de una parte en el conflicto que no sea un Estado.

### 1.3. Caso Furundzija

Según la acusación enmendada hecha contra Anto Furundzija se determina que el imputado era comandante local de una unidad especial de la policía militar del Consejo de Croacia (HVO), destinado en Vitez, llamada "los bromistas".

El 10 de diciembre de 1998, fue declarado culpable, de tortura como coautor de la violación de una mujer musulmana bosnia durante el interrogatorio y de complicidad en la violación[16].

15 The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al., Case N° IT-96-21, Judgement, 16-XI- 1998.

16 El Fiscal c. Furundzija, caso No. IT-95-17/1-T, sentencia del 10 de diciembre de 1998.

Este caso fue el primero que se juzgó exclusivamente por delitos de violencia sexual en un Tribunal internacional, y aporta algunas contribuciones progresistas a la jurisprudencia de la violación como crimen de guerra. El Tribunal confirmó, entre otras cosas, el carácter de crimen de guerra de la violación, en particular en virtud del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra relativos a los conflictos armados que no sean de índole internacional[17]; aceptó la definición de violación del caso Akayesu.

La Sala de Primera Instancia cataloga como violación el delito sexual de introducir forzosamente el órgano sexual masculino en la boca. Mantiene que la introducción forzosa del órgano sexual masculino en la boca constituye un atentado humillante y degradante contra la dignidad humana. La esencia del conjunto del Derecho Internacional humanitario y del derecho de los Derechos Humanos consiste en proteger la dignidad humana de toda persona, sin distinción de género. El principio general del respeto por la dignidad humana constituye el sustento básico y, de hecho, la razón de ser misma del Derecho Internacional Humanitario y del derecho de los Derechos Humanos. Dicho principio tiene el sentido de proteger al ser humano de atentados en contra de su dignidad personal, sean éstos cometidos por medio de una agresión delictiva en contra de la integridad física o a través de humillar o ultrajar el honor, el amor propio o el bienestar mental de una persona[18].

Más aún, la Sala es de la opinión de que no se contrapone de manera alguna al principio general de *nullum crimen sine lege* el imputar a un acusado el delito de violación a raíz de un acto de sexo oral forzoso, especialmente cuando en ciertas jurisdicciones nacionales, incluyendo la suya propia, el único delito que le sería imputable respecto de tales actos es el delito sexual. No se trata de penalizar hechos que no eran punibles al momento de ser cometidos, puesto que el sexo oral forzoso es un delito por donde se le quiera mirar, y de hecho un delito extremadamente grave. En efecto, debido a la naturaleza de la competencia de este Tribunal Internacional, el sexo oral forzoso en los casos sometidos a proceso es invariablemente un delito sexual, con el agravante de haber sido cometido en tiempos de guerra contra civiles inermes; por ende no se trata de un simple delito

17 *Idem*. Párrafos 165 a 171.

18 *Idem* párrafo 183.

sexual sino de un delito sexual constitutivo de crimen de guerra o de delito de lesa humanidad[19].

En consecuencia, si a un acusado que ha sido declarado culpable de violación a raíz de un acto de sexo oral forzoso se le sentencia sobre la base material del acto de sexo oral forzoso –y se le sentencie conforme a las prácticas en efecto en la ex-Yugoslavia por este tipo de delitos, según lo previsto en el Artículo 24 del Estatuto y Regla 101 de las Reglas– se desprende que dicho acusado no se verá adversamente afectado por haberse catalogado el acto de sexo oral forzoso como violación y no como simple delito sexual. Su única queja bajo estas circunstancias sería que un violador enfrenta un estigma social mayor que alguien que ha cometido abusos sexuales.

No obstante, se deben tener presentes las observaciones anteriores en el sentido de que el acto de sexo oral forzoso puede ser igualmente humillante y traumático para la víctima que la penetración vaginal o anal. Por ende, la noción de que ser sentenciado por haber cometido una penetración vaginal o anal forzosa conlleva un estigma mayor que ser sentenciado por haber cometido una penetración oral forzosa, es producto de actitudes cuestionables. Más aún, cualquier inquietud en este sentido queda más que compensada por el principio fundamental de proteger la dignidad humana, principio que favorece ampliar la definición del delito de violación.

(...) 186. Según se señala anteriormente, las normas internacionales de procedimiento penal sancionan no sólo la violación sino todos los delitos sexuales, incluso cuando no media penetración. Según parece, la prohibición abarca todos los abusos graves de tipo sexual cometidos contra la integridad física y moral de la persona por medios coercitivos, de amenaza de uso de la fuerza o de actos intimidatorios, de forma que resulta degradante y humillante para la dignidad de la víctima. Puesto que ambos tipos de hechos están penados en el Derecho Internacional, la distinción entre ellos es más bien de relevancia para fines de determinación de la sentencia[20].

Además la Sala afirmó que una de las condiciones de la tortura en los conflictos armados era que, por lo menos, una de las personas asociadas a la

19 *Idem.* Párrafo 184.

20 Dictamen del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia del 12 de diciembre de 1998. En Fries, Lorena; Herrera, Ana Lucía y Maira, Gloria: Manual "La Corte Penal Internacional y la Justicia de Género: un desafío para la acción". La Morada. Santiago de Chile, 2003. Pág. 22.

sesión de tortura fuera un responsable oficial o actuara como órgano de "cualquier otra entidad investida de poder", lo que permitiría considerar posibles torturadores a determinados agentes, entre ellos los paramilitares y otras tropas "irregulares" que violaron y agredieron sexualmente a las mujeres en la guerra de la ex Yugoslavia con la aprobación y el apoyo tácitos de diversos militares[21].

Respecto a la tortura, si bien se comparte la interpretación dada en el caso Celebici, se puntualizó que la prohibición de cometer tortura, tanto en el Derecho Internacional convencional como en el consuetudinario aplicable en los conflictos armados, se dirige a los individuos por lo que este crimen genera responsabilidad penal individual, independientemente de la posición oficial que detente quien lo cometa, y que los actos de tortura son punibles sea como serias violaciones al Derecho Internacional humanitario, graves violaciones de los Convenios de Ginebra, crímenes de lesa humanidad, o genocidio.

En cuanto a los elementos del crimen, el Tribunal precisó la necesidad de la intención de cometer tortura y el hecho de que las acciones u omisiones que la configuren estén vinculadas con un conflicto armado. En razón del carácter de *ius cogens* de esta norma, en esta sentencia se puso de relieve que a juicio del Tribunal su prohibición genera para los Estados obligaciones erga omnes; es decir, obligaciones frente a todos los miembros de la comunidad internacional por lo que todos ellos tienen el derecho de reclamar su cumplimiento. Así, en opinión del Tribunal, normas internas tales como leyes de amnistía podrían engendrar la responsabilidad internacional del Estado o podrían ser la base de una acción civil por daños ante un Tribunal extranjero. Más aun, la responsabilidad penal individual por la tortura no se ve afectada por ninguna norma interna, confiriendo jurisdicción penal universal a todos los Estados[22].

Lamentablemente, el Tribunal adoptó también algunas decisiones de procedimiento que causan inquietud. En un fallo controvertido el Tribunal pidió, bajo pena de sanción, que se le entregara documentación de un centro de terapia de mujeres de Bosnia sobre el trato psicológico que la testigo A había recibido después de ser objeto de violaciones. Luego de un examen a

21 *Idem*. Párrafo 162.

22 The Prosecutor v. Anto Furundzija, Case N° IT-95-17/1-T, Judgement, 10-XII-1998.

puerta cerrada para determinar su pertinencia y decidir si debía comunicarse a las partes, el Tribunal resolvió que se diera a conocer a la defensa y al Fiscal la documentación sobre la terapia[23].

Si bien Furundzija fue condenado y su condena ratificada tras la apelación, las decisiones de procedimiento adoptadas por el Tribunal, relacionadas con la revelación del expediente sobre terapia personal de la testigo A, deben ser motivo de preocupación, en particular por los posibles efectos negativos que pudieran tener en otras mujeres que decidan cooperar con el Tribunal[24].

### 1.4. Caso Foca

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia es el primer organismo de ese nivel que juzgó y sancionó un caso de esclavitud sexual, en el llamado "caso Foca", que sirvió como un antecedente para la tipificación de esta conducta en el Estatuto de Roma.

Entre abril de 1992 y febrero de 1993, durante el conflicto armado entre bosnios-servios no musulmanes y bosnio-musulmanes en el área de Foca. La población civil no serbia fue asesinada, violada y victima de violaciones a sus Derechos Humanos. La campaña de "limpieza étnica" estuvo dirigida especialmente contra las mujeres musulmanas no serbias, quienes permanecieron detenidas en apartamentos, moteles, un polideportivo e incluso en un colegio secundario, formaban parte de un extenso plan de limpieza étnica. Las mujeres fueron separadas de los hombres, tras lo cual se inició un régimen brutal de violaciones en grupo, esclavitud sexual y torturas[25].

Entre las personas que atestiguaron contra los acusados estuvo una mujer conocida como testigo AS. Tenía 20 años de edad cuando Radomir Kovac la

23 *Idem.* Párrafo 26.

24 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. 23 de enero de 2001. Párrafo 30.

25 Según Avril McDonald, experta del Instituto de Derecho Internacional Asser no se trataba de violaciones al azar, sino de un intento sistemático de aterrorizar a la población musulmana para que abandonara la ciudad de Foca. El plan consistía en aterrorizar en suficiente grado a las mujeres, con el fin de que los demás civiles musulmanes abandonaran la ciudad. Los Fiscales dicen que esta estrategia funcionó y que hoy en día ya no quedan casi musulmanes en Foca. En: *http://www.rnw.nl/informarn/html/act010222_tpicasofoca.html*

llevó a un apartamento en Foca. Según la acusación, Kovac la mantuvo prisionera por 4 meses. Durante ese período, la víctima fue violada y maltratada por Kovac y otro hombre. Además, fue obligada a cocinar y hacer limpieza para los soldados que visitaban el apartamento. Junto con ella se encontraban otras mujeres en la vivienda, entre ellas una niña de tan solo 12 años. Una noche, todas fueron obligadas a desnudarse y a bailar sobre una mesa, mientras Kovac las observaba. Finalmente, Kovac entrego la mujer y otras dos compañeras de destino a dos soldados montenegrinos. Posteriormente, ella se enteró de que habían sido vendidas por unos 220 dólares y una carga de detergentes.

Los tres soldados acusados Dragoljub Kunarac, comandante del Ejército serbo-bosnio; Radomir Kovac, Zoran Vukovic, un presunto dirigente paramilitar, tomaron parte activa en el ataque sistemático.

El 22 de febrero del 2001, el Tribunal para la ex-Yugoslavia emitió la sentencia condenando a los tres serbios por su participación en el rapto, tráfico, tortura, violación y esclavitud de mujeres y niñas desde los 12 años, a penas de 28, 20 y 12 años de prisión, respectivamente, por haber instaurado un sistema de violaciones en Foca entre junio de 1992 y febrero de 1993[26].

Según la sentencia del caso Foca, emitida el 22 de febrero del 2001 y confirmada el 12 de junio de 2002 por el Tribunal de Apelaciones, se establece que "las formas de penetración sexual forzada infringidas sobre las mujeres con el propósito de interrogar, castigar o ejercer coerción constituyen tortura que el acceso sexual a las mujeres ejercido como el derecho de propiedad constituye una forma de esclavitud bajo los crímenes de lesa humanidad"[27].

Siguiendo esa línea jurisprudencial, ese mismo Tribunal, encontró culpables a Kunarac, Kovac y Vukovic por los crímenes de tortura y violación,

26 En: *http://www.rnw.nl/informarn/html/act010222_tpicasofoca.html*

Para Mabel González: " este es un veredicto que marca un hito, ya que sienta jurisprudencia en el Derecho Internacional y significa que los crímenes sexuales cometidos contra las mujeres durante los conflictos armados no se considerarán más, como hasta ahora, un "daño colateral" dentro de los horrores de la guerra, un crimen privado del que nadie se hace responsable, sino que los perpetradores de tales acciones saben que podrán ser llevados ante la justicia." *http://www.lainsignia.org/2001/febrero/der_023.htm*

27 Viseur-Seller, Patricia: Gender-Based Persecution, United Nations, Expert Group Meeting on Gender-based Persecution, Toronto, Canada 9-12 Nov, 1997. EGM/GBP/1977.3. 6 de noviembre de 1997.

tipificados como crímenes contra las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales y los de tortura, violación y esclavitud, tipificados como crímenes de lesa humanidad. (Viseur-Sellers, 1997).

La Sala de Apelaciones confirmó la sentencia de la Sala de Juicio, fundamentada en las siguientes consideraciones:

Con relación a la **esclavitud,** la Sala de Juicio consideró que la principal característica en este caso fue su ejercicio a través de la explotación sexual de las mujeres y niñas. Todos los controles ejercidos sirvieron a ese propósito. Es decir, las repetidas violaciones de la integridad sexual de las víctimas, a través de la violación y otras formas de violencia sexual, fueron algunos de los ejercicios más obvios de los poderes derivados del derecho de propiedad[28]. Según la Sala de Apelaciones, para determinar una forma de esclavitud deben tomarse en cuenta los factores o indicios de esclavitud, tales como el "control del movimiento de alguien, el control del ambiente físico, el control psicológico, las medidas tomadas para prevenir el escape, la fuerza, la amenaza, la coerción, la duración, la afirmación de exclusividad, la sujeción al tratamiento cruel y al abuso, el control de la sexualidad y el trabajo forzado"[29].

Con relación al **consentimiento en la esclavitud,** la Sala de Apelaciones aceptó que la falta de consentimiento no era un elemento del crimen que el Fiscal debía probar, porque la esclavitud se basa en el ejercicio del derecho de propiedad y consideraron que en tales circunstancias, era imposible expresar el consentimiento, por lo que era suficiente presumir la ausencia de tal[30].

Respecto a la violación la Sala de Apelaciones concluyó que el *actus reus* de este crimen, bajo el Derecho Internacional está constituido por la penetración sexual, aunque sea leve, de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier objeto utilizado por el perpetrador, o la boca de la víctima por el pene del perpetrador, cuando la penetración sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima. El consentimiento para este propósito deber ser dado voluntariamente como resultado de la libre voluntad de la víctima, valorado claro está en dicho contexto. Y agregó que el *mens rea* es la

28 Sentencia Sala de Juicio. Párrafo 554. En OBANDO, Ana Elena: La Corte Penal Internacional: posibilidades para las mujeres. http://www.whrnet.org/docs/tema-corte_internacional.html

29 Sentencia Sala de Apelaciones. Párrafo 119.

30 *Idem.* Párrafo 120.

intención para efectuar la penetración sexual así como el conocimiento, que puede ocurrir sin el consentimiento de la víctima[31].

Los apelantes alegaron que la "resistencia de la víctima debía ser real durante todo la duración del acto sexual, porque de otra forma se podía concluir que ella había consentido", sin embargo, la Sala de Apelaciones afirmó que la violación a la autonomía sexual debe ser sancionada y que la fuerza, amenaza o coerción anula el consentimiento[32].

Sobre este mismo tema, la Sala de Juicio ya había establecido que la persona es violada siempre que sea sometida a un acto que no ha consentido libremente o del cual no ha participado voluntariamente. En la práctica, la ausencia de un consentimiento dado libremente o de una participación voluntaria, podría estar evidenciada por la presencia de varios factores como la fuerza, la amenaza de fuerza, o la ventaja sobre una persona que es incapaz de resistir[33].

La Sala de Apelaciones indicó además que "la fuerza o amenaza es evidencia clara del no-consentimiento, pero que la fuerza no era un elemento *per sé* de la violación, sino que hay otros factores, además de la fuerza, que pueden considerarse como circunstancias coercitivas: la violación en detención por ejemplo[34].

En cuanto a  la tortura, la Sala de Apelaciones consideró que está constituida por un acto o una omisión que da lugar a dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, pero no existen otros requisitos específicos que permitan una clasificación exhaustiva o una enumeración de los actos que podrían constituir tortura[35]. Previamente la Sala de juicio había desechado el argumento de los apelantes que plantearon que el sufrimiento debía ser visible, porque consideraron que algunos actos establecen *per sé* el sufrimiento de las víctimas, y la violación es uno de ellos. La Sala fue mas allá y tuvo por probado el sufrimiento aún sin un certificado médico, estableciendo que la violencia sexual daba lugar a dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales. Es decir, una vez que se prueba la violación, se tiene por probado

31 *Idem.* Párrafo 127.

32 *Idem.* Párrafos 125 y 126.

33 Sentencia Sala de Juicio: párrafo 387.

34 Sentencia Sala de Apelaciones: párrafo 127.

35 *Idem.* Párrafo 129.

el sufrimiento o dolor severo de la tortura, porque la violación lleva implícito dicho dolor o sufrimiento[36].

### 1.5. Caso Cesic

Ranko Cesic tenía en su contra varios cargos, entre los cuales figura el de "asalto sexual" de dos musulmanes detenidos. El acusado admitió que aproximadamente el 11 de mayo de 1992, el forzó intencionalmente a dos hermanos musulmanes detenidos en el campo Luka a realizar sexo oral entre ellos, en presencia de otros soldados que los miraban y se burlaban[37]. Además les ordenó que no les dejaran ir, ni interrumpir el acto hasta que el regresara. El Tribunal consideró que este acto es una violación sexual, que cabe entre los crímenes de lesa humanidad. También se trata de un acto humillante y degradante, contrario al derecho humanitario, que atenta contra el integridad física y moral de las víctimas.

Para el Tribunal, la determinación de la gravedad del crimen debe tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, así como el grado de participación del acusado en el crimen, el número de víctimas, el impacto que el hecho ha causado en los familiares y amigos de las víctimas. En este caso se consideró como un crimen grave, pues el hecho de que se haya obligado a dos hermanos a cometer este acto es humillante y degradante, que por supuesto afectó a la familia de estas dos víctimas, por la actitud inhumana que se evidencian en el comportamiento del acusado; lo que es definido como una circunstancia que agrava la falta.

El Tribunal señala que *"la violación cometida en presencia de otras personas exacerba la humillación de las víctimas."* Agrega, que si bien el trato humillante o degradante no es un elemento constitutivo del crimen de violación sexual, lo es del crimen de trato inhumano y degradante, que es una violación al derecho humanitario. Sin embargo, en este contexto de la violación, la humillación y degradación es inherente al acto, por lo que agrava el delito cometido[38].

36 Sentencia de la Sala de Juicio, párrafo 205. En: *http://www.rnw.nl/informarn/html/act010222_tpicasofoca.html*

37 Case IT 95-10/1-s. Prosecutor v. Ranko Cesik. Sentencing Judgment. Trial Chamber I. 11 march 2004. Páerafos 13, 14, 36, 39, 52.

38 *Idem.* Párrafo 53.

### 1.6. Caso Nikolic[39]

Dragan Nikolic tenía una posición de poder en el campo de detenidos de Susica. Se le acusa de cometer varios crímenes contra la humanidad; entre ellos:

- El acusado perseguía a musulmanes y otros detenidos no serbios sometiéndoles a asesinatos, violaciones y torturas; además participó en la creación y mantenimiento de una atmósfera de terror en el campo de detenidos de Susica;
- Ayuda e instigación a la comisión de violación sexual contra mujeres detenidas en el campo de Susica. Aproximadamente entre junio y septiembre de 1992, fueron objeto de violaciones sexuales, y tratos degradantes mediante abuso físico y verbal. Nikolic propiciaba las condiciones para que las mujeres sean sometidas a violaciones y otros abusos sexuales como masturbación forzada. Estos actos fueron cometidos por guardias del campo de detenidos, fuerzas especiales, soldados locales y otros hombres. Algunas testigas señalan que de haber resistido, habrían sido aniquiladas y que todas las mujeres agonizaban todos los días pensando que a la noche serían conducidas fuera de sus celdas para ser violadas.

En este caso, el acusado fue encontrado culpable del crimen de lesa humanidad de violación, asesinato y tortura, y condenado a 23 años de prisión.

## II. Jurisprudencia del Tribunal Internacional para Ruanda en materia de violencia sexual

### 2.1. Caso Akayesu

Jean Paul Akayesu se desempeñó como bourgo maestre en la comuna de Taba, prefectura de Gitarama, territorio de Rwanda, entre abril de 1993 y junio de 1994. En esa calidad, Akayesu tenía bajo su responsabilidad las fun-

39 Case No. IT-94-2-S. Trial Chamber II, sentencing judgmente. 18 Decembre 2003.

ciones ejecutivas y del mantenimiento del orden público dentro de su comuna, tenía control exclusivo sobre la policía comunal; era responsable de la ejecución de las leyes y de la administración de la justicia, es decir la autoridad más importante de la comuna.

Entre el 7 abril y finales de junio de 1994, en la comuna de Taba, territorio regentado por Akayesu, al menos 2000 Tutsis fueron asesinados. Al haber sido tan masivos los asesinatos en este territorio, obviamente, él debió conocer de ellos; pero nunca procuró prevenir la matanza de Tutsis en la comuna o solicitó la ayuda de autoridades regionales o nacionales para calmar la violencia.

En estas circunstancias muchas de las mujeres fueron además víctimas de violencia sexual cometidas generalmente por más de un asaltante. Estos actos de violencia sexual estaban acompañados generalmente por amenazas explícitas de muerte o de daño corporal. Las mujeres civiles desplazadas vivieron en un contexto de miedo constante y su salud física y psicológica se deterioraron como resultado de la violencia física, psicológica y sexual.

Akayesu sabía que estos actos estaban cometiéndose, ocasionalmente estaba presente durante su comisión, los facilitó y aún los animó. El Tribunal Penal para Ruanda llegó a la conclusión de que la ayuda no ha de traducirse necesariamente en un hecho físico sino que basta para configurarla el mero soporte moral a quien comete el crimen, o alentarlo para que lo realice, siempre que tal soporte o aliento produzca un efecto sustancial sobre quien está llevando a cabo el acto[40].

A Jean-Paul Akayesu se le acusó de genocidio, de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, de haber tenido conocimiento de la comisión de actos de violencia sexual y haberlos facilitado, permitiendo que se cometieran en los locales de la comuna. También se acusó a Akayesu de hallarse presente en la comisión de delitos de violencia sexual, dando así pábulo a tales delitos[41].

Durante el juicio, varias mujeres Tutsis testificaron haber sido víctimas de violaciones colectivas y reiteradas por parte de las milicias en los locales de la comuna de Taba o en sus inmediaciones, incluso en presencia de Akayesu. Mencionaron haber visto que grupos de hombres violaban y asesinaban

40 Le Procureur v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-IX-1998.

41 Acta de acusación enmendada contra Akayesu, párrafo 10A.

a mujeres frente a Akayesu;. En una de estas ocasiones habría dicho a los autores de estos actos: "no me pregunten más a qué sabe una mujer tutsi". Tanto las víctimas, como los testigos narraron otros actos de violencia sexual como la violación pública, la violación con objetos tales como machetes y palos, la esclavitud sexual, la desnudez forzada y la violación de niñas[42].

La sentencia dictada en este caso presenta grandes innovaciones y avances en materia de violencia sexual, que además fueron retomados por el Tribunal para la ex Yugoslavia y por, supuesto, para la determinación de los elementos del crimen de violación en el Estatuto de Roma. Entre los aspectos más relevantes de este fallo se pueden señalar:

El Tribunal que juzgó a *Akayesu* contribuyó significativamente a la actual evolución de la jurisprudencia sobre la violación como crimen de guerra al hacer una definición expresa y amplia por la que se equiparaba claramente la violación a otros crímenes de lesa humanidad. En la definición asumida en la causa contra Akayesu la violación se reconceptualiza como atentado a la seguridad de la persona de la mujer de que se trate y se desecha el concepto abstracto de virtud y honra de toda la familia o aldea[43].

La Sala definió a la violación como: *"una invasión física de carácter sexual cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas"* [44].

El Tribunal definió también a la **violencia sexual,** como cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona bajo circunstancias coercitivas. La violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos en que no media penetración o incluso contacto físico, como la desnudez forzada.

En el fallo se dice claramente que la Sala considera que la violación constituye una forma de agresión y que los elementos fundamentales del delito de violación no pueden reducirse a la descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo[45]. Así, el incidente descrito por la Testigo KK en el cual el acu-

42 El Fiscal c. Akayesu, conclusiones de la acusación, vol. I, 29 de abril de 1998, párafo 165. En *www.cajpe.org.pe/rij/bases/MECANISM/10447*

43 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. 23 de enero de 2001. Párrafo 38.

44 Sentencia en la causa contra akayesu, párrafos 596 a 598.

45 Acta de acusación enmendada contra Akayesu, párrafo 10A.

sado ordenó desvestir a una estudiante y obligarla a hacer gimnasia desnuda en el patio público de la oficina comunal, en frente de una multitud, constituye violencia sexual[46].

El Tribunal determina que, en situaciones de conflicto armado no es necesario que las circunstancias coercitivas se manifiesten por medio de un acto de fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de compulsión que hacen presa del miedo o la desesperación también constituyen coerción, la que a su vez puede ser inherente a ciertas circunstancias, tales como los conflictos armados o la presencia de fuerzas militares Interahawe entre las refugiadas Tutsi en la oficina comunal[47].

Estas definiciones de la violación y de los actos de agresión sexual asumidas en la caso Akayesu también fueron adoptadas por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en causas como Celebici y Furundzija, anteriormente citadas.

Varios testimonios oídos durante el juicio contra Akayesu demostraron que había una intención de "limpiar" el territorio Ruandés del grupo Tutsi en su totalidad, puesto que incluso mataron a los bebés recién nacidos y a las mujeres embarazadas, incluyendo las del origen del Hutu, considerando que los fetos en sus matrices fueron engendrados por los hombres de Tutsi. Hay que considerar el hecho de que en una sociedad patrilineal como la Rwandesa, los nacidos pertenecen al grupo de origen del padre..

Los testigos OO, PP y KK coinciden en sus testimonios haber conocido que entre los Hutus se decía que si a un hombre del Tutsi embarazó a una mujer Hutu, ésta tendría que ser encontrada para hacer que el feto sea abortado.

En el fallo del Tribunal dictado el 2 de septiembre de 1998, se reconoce por primera vez que los delitos de violencia sexual cometidos en la comuna de Taba y en toda Rwanda constituyeron actos de genocidio. La Sala de Juicio señaló que cuando la violación es utilizada como un método para destruir a un grupo étnico, causándole serios daños corporales o mentales a sus miembros, constituye genocidio. Asimismo señaló que la violación podía ser utilizada como una forma de prevenir nacimientos dentro de un grupo,

46 Sentencia en la causa contra akayesu, párrafo 688.

47 Dictamen del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia del 12 de diciembre de 1998. En Fries, Lorena; Herrera, Ana Lucía y Maira, Gloria: Manual "La Corte Penal Internacional y la Justicia de Género: un desafío para la acción". La Morada. Santiago de Chile, 2003. Pág. 22.

especialmente en sociedades donde la etnia es determinada por la identidad del padre, violar a las mujeres para embarazarlas impediría que tengan un bebé dentro de su propio grupo[48]. Añade: *"La violación y los actos de violencia sexual... constituyen genocidio, lo mismo que cualquier otro acto, si se cometen con el propósito específico de destruir, en todo o en parte, a un grupo determinado al que se toma como objetivo... La violencia sexual fue parte integrante del proceso de destrucción que tuvo por objetivo específico a las mujeres Tutsis y que contribuyó específicamente a su destrucción y a la destrucción del grupo Tutsi en su conjunto"* [49].

El Tribunal expresó además que en este caso, la "violencia sexual era un paso en el proceso de la destrucción del grupo Tutsi, destrucción de su espíritu, de la voluntad de vivir y de la vida en sí misma"[50].

El Tribunal determinó que las medidas previstas para prevenir nacimientos dentro del grupo pueden ser físicas y también mentales. Por ejemplo, la violación puede ser una medida prevista para prevenir nacimientos cuando la persona violada rechaza posteriormente procrear, de la misma manera que los miembros de un grupo puedan ser conducidos, con amenazas o trauma, a no procrear[51].

Según la sentencia pronunciada en 1998 por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, cuando la violación se utiliza como método de destrucción de un grupo protegido, causando lesiones físicas o mentales graves a sus miembros, esa práctica constituye genocidio. Asimismo, la Sala explicó que la violación podía ser utilizada para impedir los nacimientos en el seno de un grupo. Por ejemplo, en las sociedades donde la pertenencia a un grupo está determinada por la identidad del padre, violar a una mujer para dejarla embarazada de un hijo que no pertenezca a su grupo, es una medida que tiene por objeto impedir los nacimientos dentro del grupo de la madre, por lo que constituye genocidio[52].

48 Juicio TIPR.Caso No. TIPR-96-4-7. En *www. ictr.org*

49 Sentencia en el caso Akayesu del 2 de septiembre de 19980, párrafo 31.

50 The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, cit., párr 732.

51 *Idem.* Párrafo 508.

52 Dictamen del Tribunal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998. En Fries, Lorena; Herrera, Ana Lucía y Maira, Gloria: Manual "La Corte Penal Internacional y la Justicia de Género: un desafío para la acción". La Morada. Santiago de Chile, 2003. Pág. 23.

Se destacó también que la violación y la violencia sexual son actos constitutivos de genocidio, además de ser una forma de tortura y un crimen de guerra. Amplió la definición de violación al concebirla como *"una invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas";* es decir que no se limita a la penetraciónde la vagina por el pene u otro objeto, como en general sucede en muchas de nuestras legislaciones latinoamericanas.

En los párrafos 505 a 508 y 516 de su sentencia, la Sala analiza los elementos del genocidio en relación con la violación sexual, así:

> 505. La Sala mantiene que la frase "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial" debe interpretarse como incluyente de métodos de destrucción por los cuales el acusado no mata en el acto a los integrantes del grupo, pero a través de los cuales, en definitiva, busca su destrucción física."
>
> 506. Para los efectos de interpretar el Artículo 2 Nº 2 Letra c) del Estatuto, la Sala es de la opinión de que los medios para "someter intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial" se cuentan, entre otros, someter a un grupo de personas a una dieta de subsistencia, expulsarlas sistemáticamente de sus hogares y reducir los servicios médicos básicos a menos del mínimo necesario.
>
> Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo (Párrafo d):
>
> 507. Para los efectos de interpretar el Artículo 2 Nº 2 Letra d) del Estatuto, la Sala mantiene que se debe entender que entre los medios para impedir nacimientos en el seno del grupo se cuentan la mutilación sexual, la práctica de la esterilización, el control forzoso de la natalidad, la separación de los sexos y la prohibición del matrimonio.
>
> 508. La Sala constata además que las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo pueden ser físicas, pero también mentales. Por ejemplo, la violación puede constituir una medida destinada a impedir nacimientos cuando la mujer violada se niega posteriormente a procrear, de la misma forma en que los integrantes de un grupo pueden ser obligados a no procrear por medio de amenazas o traumas.

La Sala de primera instancia declaró a *Akayesu culpable del delito de genocidio y resolvió que "más allá de toda duda razonable, el acusado tenía motivos para saber y, de hecho sabía, de la comisión de actos de violencia sexual en los locales de la comuna o en sus inmediaciones y que de dichas dependencias se trasladaba a las mujeres para violarlas. No hay prueba ninguna de que el acusado adoptara medidas para evitar los actos de violencia sexual. De hecho, la hay de que el acusado ordenó, indujo, ayudó de otras maneras y aprobó la comisión de actos de violencia sexual"* [53].

En el caso *Akayesu,* al igual que en del de *elebi i* la violación se identificó específicamente como un acto de tortura cuando es perpetrado por o a instigación de un funcionario público. Al igual que la tortura, la violación se utiliza para intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar, controlar o destruir a una persona. Al igual que la tortura, la violación es un atentado contra la dignidad de la persona, y de hecho se constituye en tortura cuando la comete o instiga un agente del estado o terceros con su beneplácito o consentimiento; y de hecho se constituye en tortura cuando la comete o la instiga un agente del estado o terceros con su beneplácito o consentimiento[54].

### 2.2. Caso Musema[55]

El 27 de enero de 2000, el Tribunal de Rwanda determinó que Alfred Musema, director de la fábrica de té de Gisovu, había atentado personalmente contra personas Tutsis e incitado a sus empleados a agredirlos durante los violentos ataques de abril y mayo de 1994.

También se determinó que Musema había violado a una joven Tutsi llamada Nyiramusugi mientras la sujetaban otros cuatro hombres[56], luego de lo cual se marchó, mientras los otros cuatro seguían violándola hasta que la dieron por muerta. El Tribunal sostuvo que Musema era personalmente res-

53 *Idem.* Párrafo 52.

54 ICTY, Prosecutor v. Anton Furundzija, sentencia 10.12.98. Párr. 163, confirmada por Consejo de Apelaciones el 21.07.2000.

55 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. 23 de enero de 2001. Párrafo 39.

56 El Fiscal c. Musema, sentencia ICTR-96-13-I de 27 de enero de 2000, párrafo 907.

ponsable del acto de violación cometido por él mismo y culpable de complicidad en la perpetración de la violación por los demás.

En este caso, al igual que en Akayesu, el Tribunal señaló que los asesinatos y otros actos de agresión física y de daño mental graves, incluida la violación y otras formas de violencia sexual, eran constitutivos de genocidio. Afirmó que la violación y los actos de violencia sexual formaban parte integrante del plan trazado para destruir al grupo Tutsi. Con esos actos se tomaba por blanco a las mujeres Tutsis en particular y de manera específica se contribuía a su destrucción y, por tanto, a la del grupo Tutsi como tal[57]. Es significativo que el Tribunal llegara también a la conclusión de que el acusado sabía de la agresión generalizada y sistemática que se perpetraba contra la población civil. La Sala consideró que la violación de Nyiramusugi por parte del acusado se inscribía en esa agresión generalizada y formaba parte de ella, por lo que declaró a Musema culpable de crimen de lesa humanidad de violación[58] y fue condenado a cadena perpetua.

## III. Jurisprudencia e informes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En esta jurisdicción también se han emitido pronunciamientos importantes relacionados con violencia sexual. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la violación como tortura en varios casos. En el período comprendido entre los años 1991 y 2000 se identificaron 14 casos ante la Comisión Interamericana relacionados con derechos sexuales y reproductivos; de estos 14 casos admitidos y/o fallados por la Comisión, seis involucran el uso de la violencia sexual como tortura por parte del Estado. Además la Corte se ha pronunciado estableciendo la responsabilidad de los Estados en casos de esterilización forzada y violencia intra familiar.

57 *Idem*. Párrafo 933.

58 *Idem*. Párrafo 966.

### 3.1. Caso Raquel Martín de Mejía v. Perú[59]

Fernando Mejía Egocheaga y su esposa Raquel Martín vivían en Oxapampa, Departamento de Pasco; él era abogado, periodista y activista político. Raquel Martín de Mejía era maestra y ocupaba el cargo de directora de la escuela de discapacitados de Oxampampa.

En junio de 1989, varios soldados fueron asesinados por Sendero Luminoso en Posuzo, un pueblo cercano a Oxapampa. Días después, aproximadamente 100 efectivos militares pertenecientes al "Batallón Nueve de Diciembre", con sede en Huancayo, llegaron a Oxapampa en helicóptero con el objeto de conducir operaciones de contrainsurgencia en la región.

La noche del 15 de junio de 1989, un grupo de personas, cuyas caras estaban cubiertas con pasamontañas, portando ametralladoras irrumpieron en la casa de los Mejía y reclamaron ver a Fernando Mejía Egocheaga. Cuando él abrió la puerta, seis individuos vistiendo uniformes militares entraron, uno de ellos lo golpeó con su arma. Luego, quien estaba a cargo del operativo ordenó que se lo subiera a una camioneta amarilla de propiedad del Gobierno. Los hechos descritos fueron presenciados por su esposa, Raquel Martín.

Esa misma noche, aproximadamente 15 minutos después un grupo de entre seis y diez efectivos militares con sus rostros cubiertos con pasamontañas negros se presentaron nuevamente en el domicilio de los Mejía. Uno de ellos, quien había estado al mando del operativo, ingresó a la casa, con el objeto de solicitar a Raquel Martín los documentos de identidad de su esposo. Mientras los buscaba, la siguió al cuarto y le dijo que ella también estaba considerada como subversiva. Luego le mostró una lista conteniendo varios nombres e indicó que estas personas eran miembros del Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA). Cuando Raquel Martín se acercó para leerla, el individuo tapó la lista y sólo le permitió ver dos nombres: el de Fernando Mejía y el de Aladino Melgarejo. Ella trató de explicarle que ni ella ni su esposo pertenecían a movimiento subversivo alguno. Mientras tanto este sujeto se rociaba con sus perfumes y finalmente la violó.

59 INFORME Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 5/96. CASO 10.970 v. PERÚ. 1º de marzo de 1996.

Acto seguido, la condujo fuera de su casa para que viera al hombre que había denunciado a su esposo. Este yacía boca abajo en la parte de atrás de la misma camioneta pick-up que había sido utilizada para secuestrar a Fernando Mejía. Finalmente, el individuo que cometió el acto de violación sexual, subió a la camioneta y se marchó. Aproximadamente 20 minutos después, la misma persona regresó a la casa de los Mejía, aparentemente con la intención de comunicar a Raquel que posiblemente su esposo sería trasladado en helicóptero a la capital del Perú, Lima al día siguiente. Luego la arrastró al cuarto y nuevamente la violó. Raquel Martín pasó el resto de la noche bajo un estado de terror, temiendo por el regreso del violador y por la seguridad y la vida de su esposo.

A la mañana siguiente, Raquel Martín fue al Departamento de Policía de Oxapampa para denunciar la desaparición de su marido. El Cabo Carbajal le informó que no podía interponer una denuncia por persona desaparecida hasta que no transcurran cuatro días. El Jefe del Departamento le sugirió que solicitara información en las oficinas de la Policía Republicana. Los oficiales pertenecientes a dicha fuerza le dijeron que fuera a la Biblioteca Municipal donde los miembros del "Batallón Nueve de Diciembre" estaban acantonados desde su arribo a Oxapampa días atrás.

Luego de una búsqueda intensa y de concurrir a varias instancias públicas y privadas, el 18 de junio por la mañana, Raquel Martín se enteró que el cadáver del Profesor Melgarejo había sido encontrado en la margen del Río Santa Clara y que otro cadáver semi-enterrado yacía junto a él. En compañía del juez suplente y el secretario del Tribunal a cargo de la causa, se dirigió al lugar señalado y descubrió junto al cadáver decapitado de Aladino Melgarejo, el de su esposo, Fernando Mejía; que mostraba signos claros de tortura, heridas punzantes en piernas y brazos y una herida abierta en el cráneo, aparentemente causada por la bala de un arma. Los resultados de la autopsia confirmaron que Fernando Mejía había sido severamente torturado, que había muerto a causa de un balazo en la cabeza y que la muerte se había producido entre 48 y 72 horas antes.

A esos actos siguió una larga cadena de encubrimiento e impunidad respecto del asesinato de su cónyuge. En tres oportunidades, entre el 28 y 30 de junio de 1989, Raquel Martín recibió llamadas telefónicas anónimas en las que se la amenazaba de muerte si continuaba con la investigación del ho-

micidio de su esposo. Temiendo por su seguridad, en agosto de 1989, Raquel Mejía abandonó su país dirigiéndose primero a Estados Unidos y luego a Suecia donde obtuvo asilo político.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que en la violación sexual de la cual había sido víctima Raquel Martín de Mejía, se habían cumplido los tres elementos constitutitos de la tortura establecidos por la Comisión Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

1) Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales. Al respecto la Comisión considera que la violación es abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia
2) Cometido con un propósito: Raquel Martín fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla
3) Acto perpetrado por un funcionario público o un particular actuando a instigación de aquel. Según se ha concluido, el responsable de las violaciones de Raquel Martín es un miembro de las fuerzas de seguridad.

Se reconoce expresamente los sufrimientos físicos y psicológicos causados por la violación, sus consecuencias a corto y largo plazo para la víctima y los obstáculos que se les presentan a las víctimas para denunciar el acto y que el mismo sea debidamente sancionado. La Comisión concluye que este acto viola el derecho a la integridad personal consagrado en el Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho a que se respete su honor y se le reconozca dignidad consagrado en el Art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además, la Comisión caracterizó al abuso sexual en general como "un ultraje deliberado contra la dignidad de la mujer".

En relación a los reclamos considerados admisibles, la Comisión concluyó:

> a. El Estado Peruano es responsable de la violación del derecho a la integridad personal (artículo 5) y del derecho a la protección de la honra y la dignidad (artículo 11) de Raquel Mejía, así como de la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de estos derechos consagrados en la Convención (artículo 1.1);

b. El Estado Peruano es responsable de la violación del derecho a un recurso efectivo (artículo 25), del derecho a un debido proceso (artículo 8) y de la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de estos derechos consagrados por la Convención (artículo 1.1);

La Comisión en consideración al análisis de los hechos y del derecho realizado acordó:

1. Declarar que el Estado peruano es responsable de la violación del derecho a la integridad personal, del derecho a la protección de la honra y la dignidad, del derecho a un recurso efectivo y al debido proceso legal que garantizan, respectivamente, los artículos 5, 11, 25 y 8 de la Convención Americana, así como de la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de esos derechos de acuerdo con el artículo 1.1 de la misma Convención.

2. Recomendar al Estado peruano que realice una exhaustiva, rápida e imparcial investigación de los hechos que motivaron el secuestro, tortura y posterior homicidio de Fernando Mejía, a los efectos de identificar a los responsables y, en su caso, de imponerles las sanciones correspondientes.

3. Recomendar al Estado peruano que efectúe una exhaustiva, rápida e imparcial investigación de los abusos sexuales de los que fue víctima Raquel Mejía, a fin de identificar a sus perpetradores a efecto de que se les impongan las sanciones pertinentes, y proceda a pagar una justa indemnización a la parte lesionada.

4. Recomendar al Estado peruano que desista del proceso penal promovido contra Raquel Mejía por la presunta comisión del delito de terrorismo por cuanto el mismo no ha garantizado su derecho a un proceso justo.

### 3.2. Caso Dianna Ortiz v. Guatemala[60]

El 18 de abril de 1990, la Comisión abrió el caso No. 10.526, basándose en las declaraciones presentadas por la peticionaria Dianna Ortiz, una mujer monja quien denuncio haber sido secuestrada y torturada por agentes del Gobierno de Guatemala.

60 Dianna Ortiz v. Guatemala, Caso 10.526, Informe No. 31/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L /V/II.95 Doc. 7 rev. en 332 (1997). INFORME Nº 31/96,CASO 10.526, GUATEMALA,16 de octubre de 1996.

Diana Ortiz fue secuestrada de los jardines de la Posada de Belén en la ciudad de Antigua, el 2 de noviembre de 1989. Luego del secuestro, la Hermana Ortiz fue conducida en un automóvil de la policía con los ojos vendados, hasta un edificio con aspecto de depósito. Ahí la condujeron a un cuarto y la sentaron en una silla. Luego de algunos momentos dos hombres entraron y la Hermana Ortiz reconoció las voces del policía y del primer hombre que la había capturado.

Los hombres le quitaron algunas de sus ropas y comenzaron a tocarla. El hombre que la había abordado por primera vez, dijo: "Dejemos eso para después, primero tenemos que terminar los negocios". Le dijo que iban a participar en un juego. Que si contestaba de manera satisfactoria para ellos, la dejarían fumar; en cambio, la quemarían con un cigarrillo si sus respuestas no eran de su gusto.

Los hombres le preguntaron su nombre, dónde vivía, en qué trabajaba, y si conocía elementos subversivos. Después de cada pregunta, independientemente de su contestación, la quemaban con un cigarrillo. Le hicieron las mismas preguntas en forma repetida y la quemaron una y otra vez. En cierto momento detuvieron el interrogatorio y le quitaron la venda de los ojos. Le mostraron algunas fotografías de ella tomadas en distintas partes del país y otras de personas indígenas. Insistieron que la Hermana Ortiz era una mujer indígena que aparecía en una fotografía y los indígenas eran elementos subversivos.

Uno de los hombres volvió a colocar la venda a la Hermana Ortiz y alguien la golpeó en la cara con tanta fuerza que cayó al piso. Dos de los hombres la alzaron hasta sentarla y le quitaron el resto de sus ropas. Según sus declaraciones, los hombres la violaron varias veces. Le dijeron que dejarían de hacerlo si ella les decía los nombres de las personas que aparecían en las fotografías y de sus contactos. La Hermana Ortiz se desmayó.

Cuando recuperó el conocimiento, comprobó que la habían atado de las muñecas a un sostén por encima de su cabeza. Le pareció que estaba en un patio. El policía uniformado le volvió a hacer preguntas sobre las personas que aparecían en las fotografías y la violó. Entonces ella sintió que varias personas movían una loza pesada en el piso. La bajaron a un foso lleno de cuerpos y de ratas y volvió a desmayarse. Cuando despertó estaba en el suelo y los hombres habían comenzado a violarla nuevamente.

Más tarde la Hermana Ortiz fue trasladada de nuevo al cuarto, donde se reanudó el interrogatorio. Sus secuestradores la sujetaron contra el piso y la volvieron a violar. Entonces, alguien dijo: "Alejandro, ven y diviértete". El hombre que acababa de entrar al cuarto contestó con una imprecación en inglés y después comenzó a hablar en español y les dijo a los hombres que la Hermana Ortiz era una ciudadana americana y que la debían dejar en paz. Les anunció que la prensa ya había publicado el caso. Ordenó a los hombres que salieran del cuarto y ayudó a la Hermana Ortiz a vestirse.

"Alejandro" llevó a la Hermana Ortiz fuera del edificio y salió con ella en automóvil de un garaje anexo. Mientras salían, le pidió disculpas varias veces y le dijo que todo había sido un error, que la habían confundido con otra persona. Aunque "Alejandro" continuó hablando en español, entendía lo que la Hermana Ortiz le decía en inglés, y hablaba el español con un acento norteamericano, por lo que ella afirma que el hombre era estadounidense.

Cuando el auto en que iban la Hermana Ortiz y "Alejandro" se detuvo por el tráfico, ella se dio cuenta que estaban en la Ciudad de Guatemala. Saltó del auto y huyó. Corrió hasta que una mujer ofreció llevarla a su casa. Se quedó allí durante varias horas, después logró contactar con miembros de su comunidad religiosa que fueron a buscarla y luego viajó a los Estados Unidos.

En este caso la Comisión consideró que existía una alta probabilidad de que la Hermana Ortiz haya sido violada durante el tiempo en que estuvo detenida. Las declaraciones de la Hermana Ortiz contienen evidencia importante que indica que la violación ocurrió y la violación guardaría relación con la evidencia física que muestra que fue brutalmente torturada, pero establece que no se encuentra en condiciones de afirmar con suficiente certeza la alegación de la violación. Sin embargo, la Comisión ha concluido que la Hermana Ortiz fue objeto de tortura; cualquier violencia sexual o abuso que hubiera ocurrido formaría parte de la tortura.

La Comisión determinó que agentes del Gobierno fueron responsables de las violaciones de derechos de la Hermana Ortiz, quienes actuaban al amparo de su capacidad oficial. Esta conclusión se basa en evidencia que consta en el expediente que indica que un policía uniformado participó en las acciones contra la Hermana Ortiz, y que la Hermana Ortiz fue detenida en una instalación militar. El secuestro y la tortura de la Hermana Ortiz corres-

ponden a una pauta de actividades cometidas por el Gobierno de Guatemala en violación a los Derechos Humanos.

Estableció además que el trato inhumano que sufrió la Hermana Ortiz en manos de agentes del Gobierno corresponde a esta definición de tortura.

Los agentes del Gobierno infligieron sufrimiento físico y mental a Dianna Ortiz, presumiblemente para castigarla e intimidarla por su participación en ciertas actividades y por su asociación con ciertas personas y grupos. La tortura aplicada a Dianna Ortiz se asemeja mucho a la descripción de métodos utilizados para "anular la personalidad de la víctima". La Hermana Ortiz fue secuestrada de un retiro religioso, separada de su vida de trabajadora religiosa y escondida en un centro de detención en el cual fue torturada. La Hermana Ortiz ha manifestado que la tortura fue una experiencia que destruyó su personalidad y ha explicado que sus consecuencias mentales y sociales le han impedido participar en las actividades cotidianas y reanudar su vida normal.

La comisión concluyó que el Estado de Guatemala es responsable por violaciones de los Derechos Humanos de Dianna Ortiz a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a gozar de protección para la honra y la dignidad, a la libertad de conciencia y de religión, a la libertad de asociación y a la protección judicial, todos consagrados en los artículos 5, 7, 8, 11, 12, 16 y 25 de la Convención Americana y ha omitido cumplir con la obligación establecida en el artículo 1.

La Comisión recomendó al Estado de Guatemala realizar una investigación rápida, imparcial, y efectiva de los hechos denunciados, a los efectos de hacer constar de manera detallada en un relato oficial, debidamente aceptado, los detalles de las circunstancias en que ocurrieron los delitos contra la Hermana Ortiz y la responsabilidad por las violaciones cometidas; tomar las medidas necesarias para someter a un procedimiento judicial competente a las personas responsables de las violaciones en la causa actual; y, reparar las consecuencias de la violación de los derechos enunciados, incluido el pago de una compensación adecuada y justa por los daños causados a la Hermana Ortiz.

### 3.3. Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. México[61]

El 4 de junio de 1994 un grupo de militares detuvo en el estado de Chiapas, México, a las hermanas Ana, Beatriz, y Celia González Pérez y su madre Delia Pérez de González para interrogarlas. Las mantuvo privadas de su libertad durante dos horas.

Los peticionarios alegan que durante ese tiempo las tres hermanas fueron separadas de su madre, golpeadas y violadas en reiteradas ocasiones por los militares. El 30 de junio de 1994 se presentó la denuncia al Ministerio Público Federal (Procuraduría General de la República o "PGR") con base en un examen médico ginecológico. La denuncia fue corroborada ante dicha institución por la declaración de Ana y Beatriz, las dos hermanas mayores. El expediente fue trasladado a la Procuraduría General de Justicia Militar ("PGJM") en septiembre de 1994. Esta instancia archivó el expediente ante la falta de comparecencia de las hermanas a declarar nuevamente y someterse a pericias ginecológicas. Los peticionarios sostienen que el Estado faltó en sus obligaciones de investigar los hechos denunciados, castigar a los responsables y reparar las violaciones.

La Comisión determinó que: "La violación sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra integrantes de la población civil constituye en todos los casos una grave violación de los Derechos Humanos protegidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana, así como de normas de Derecho Internacional Humanitario. Recuerda además que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer garantiza a toda mujer el derecho a una vida libre de violencia"[62].

Añade: "En el Derecho Internacional, bajo determinadas circunstancias, la violación constituye además tortura. La CIDH así lo ha afirmado en el caso de una mujer que fue vejada y hostigada por su presunta participación en un grupo armado disidente. La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las

61 INFORME Nº53/01, CASO 11.565, ANA, BEATRIZ Y CELIA GONZÁLEZ PÉREZ v. MÉXICO.4 de abril de 2001. En http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Mexico11.565.htm

62 *Idem*. Párr. 45 y ss.

víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto."

La Comisión también reconoce la gravedad de los hechos pues una de las mujeres violadas era menor de edad Además, la violación se produjo mientras las tres mujeres estaban detenidas ilegítimamente, pocos meses después de la rebelión armada del Ejercito Zapatista de Liberación Nacional, en medio de un cuadro de hostigamiento a los pobladores considerados "zapatistas" en la zona de influencia de dicho grupo armado disidente.

La CIDH señala que: Ana, Beatriz y Celia González Pérez fueron sometidas sexualmente contra su voluntad en el marco de un interrogatorio ilegal, llevado a cabo por militares en una zona de conflicto armado, en el cual se las acusaba de colaborar con el Ejercito Zapatista de Liberación Nacional. La Comisión Interamericana, en el contexto del presente caso y del análisis precedente, también tiene por ciertas las amenazas de muerte y de nuevas torturas que profirieron los agresores al dejarlas en libertad, ya que fueron denunciadas y nunca investigadas con arreglo al debido proceso en México. Por la manera en que las atacaron, las acusaciones que les hicieron, y las graves amenazas, es razonable sostener además que los militares quisieron humillar y castigar a las mujeres por su presunta vinculación a los rebeldes.

La Comisión Interamericana considera que los abusos contra la integridad física, psíquica y moral de las tres hermanas Tzeltales cometidos por los agentes del Estado mexicano constituyen tortura y configuran una violación de la vida privada de las cuatro mujeres y de su familia y un ataque ilegal a su honra o reputación, que las llevó a huir de su comunidad en medio del temor, la vergüenza y humillación.

Según la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos, en ciertas circunstancias, la angustia y el sufrimiento impuestos a los familiares directos de las víctimas de violaciones graves de Derechos Humanos configuran adicionalmente una violación del derecho a la integridad personal de aquellos. En el presente caso, la CIDH estima que el trato que se dio a la madre de las victimas, Delia Pérez de González, quien tuvo que asistir impotente a la vejación de sus tres hijas por integrantes de las fuerzas armadas mexicanas y

luego compartir con ellas el ostracismo de su comunidad, constituye una humillación y degradación violatoria del derecho a la integridad personal que le garantiza la Convención Americana.

La Comisión concluyó que el Estado mexicano violó en perjuicio de la señora Delia Pérez de González y de sus hijas Ana, Beatriz y Celia González Pérez los siguientes derechos consagrados en la Convención Americana: derecho a la libertad personal (artículo 7); a la integridad personal y a la protección de la honra y de la dignidad (artículos 5 y 11); garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25). Respecto de Celia González Pérez, el articulo 19 de la Declaración de los Derechos del Niño y todos los artículos relacionados con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1(1) de dicho instrumento internacional. La CIDH establece igualmente que el Estado mexicano es responsable por la violación del artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Las cuatro víctimas de este caso eran integrantes de la etnia Tzeltal en México. Al referirse a la situación general de los Derechos Humanos en dicho país, la CIDH recordó al Estado mexicano su obligación de respetar las culturas indígenas, y en particular se refirió al impacto sufrido por tales comunidades en el estado de Chiapas. En el presente caso, la Comisión Interamericana destacó que el dolor y la humillación que sufrieron las mujeres se agrava por su condición indígena. En primer lugar, por el desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes; y además, por el repudio de su propia comunidad como consecuencia de los hechos aquí establecidos.

La Comisión hizo las siguientes recomendaciones al Estado Mexicano: investigar de manera completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción penal ordinaria mexicana para determinar la responsabilidad de todos los autores de las violaciones de Derechos Humanos en perjuicio de Ana, Beatriz y Celia González Pérez y Delia Pérez de González; y, reparar adecuadamente a las víctimas nombradas por las violaciones de los Derechos Humanos.

### 3.4. Caso María Mamérita Mestanza v. Perú sobre esterilización forzada

En el Perú, se denunció que en el marco del "Programa de Salud Reproductiva Planificación Familiar 1996-2000" llevado a cabo por el Ministerio de

Salud, se presentaron casos de mujeres afectadas por intervenciones quirúrgicas dirigidas a la anticoncepción. Se trata de esterilizaciones quirúrgicas que no contaban con el consentimiento informado de las usuarias. Las víctimas sufrieron presión sistemática por parte de las autoridades de salud, quienes realizaban visitas casa por casa en localidades urbano marginales y rurales, coaccionando y condicionando la toma de decisión libre e informada de las usuarias. Igualmente, existen pruebas abrumadoras sobre la fijación de cuotas de esterilización por parte de las autoridades de salud. La existencia de tales cuotas ha propiciado violaciones a los Derechos Humanos afectando particular y desproporcionadamente a las mujeres más pobres y las que viven en zonas rurales"[63]. Muchas de estas mujeres fueron obligadas por sus parejas que previamente habían sido coaccionadas por personal de salud.

La Defensoría del Pueblo informó que entre 1996 y 1998 se produjeron 217.446 esterilizaciones femeninas[64]. El Comité Latino Americano de Defensa de los Derechos de la Mujer, CLADEM, logró documentar 243 casos sobre violaciones de Derechos Humanos en la aplicación de la anticoncepción quirúrgica en Perú[65].

En junio de 1999, CLADEM Perú presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por un caso de anticoncepción quirúrgica forzosa (AQV) seguida de fallecimiento de la víctima llamada María Mamérita Mestanza Chávez. La denuncia se presenta debido a faltas en el debido proceso judicial peruano.

La demanda se interpone a favor de la señora María Mamérita Mestanza, mujer campesina de aproximadamente 33 años de edad y madre de 7 hijos. Desde 1996 recibió presiones del personal del Centro de Salud del Distrito de La Encañada para que se esterilizara.

Ella y su compañero Jacinto Salazar Suárez sufrieron, distintas formas de hostigamiento. El personal de salud amenazaba con denunciarles ante la policía. Les dijeron que el gobierno había dictado una ley por la cual la persona que tuviera más de cinco hijos debería pagar una multa y serían llevadas a la cárcel.

63 Derechos sexuales y reproductivos en el Perú: un reporte sombra". Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas. Nueva York, 1998. Pág. 11.

64 "La Aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica y los Derechos Reproductivos II". Defensoría del Pueblo, Series Defensoriales, Informe N° 27.

65 *http://www.cladem.com/espanol/regionales/litigio_internacional/cas3.asp*

Finalmente, bajo coacción la señora Mestanza accedió a que le practicaran una operación de ligadura de trompas. El procedimiento quirúrgico fue realizado el 27 de marzo de 1998 en el Hospital Regional de Cajamarca, sin haberse efectuado previamente ningún examen médico. La señora Mestanza fue dada de alta al día siguiente, 28 de marzo de 1998, aún cuando presentaba vómitos e intensos dolores de cabeza. Durante los días siguientes el señor Jacinto Salazar informó varias veces al personal del Centro de Salud de La Encañada del estado de salud de la señora Mestanza, quien iba empeorando cada día. El personal del Centro de Salud decía que estos eran los efectos post operatorios de la anestesia.

El 5 de abril de 1998, la señora Mestanza falleció en su casa. En el certificado de defunción se deja sentado que la muerte de la señora Mestanza se había producido debido a una "sepsis" como causa directa y bloqueo tubárico bilateral como causa antecedente. Días después, un médico del Centro de Salud ofreció una suma de dinero al señor Jacinto Salazar con el fin de "dar por terminado el problema".

El 15 de abril de 1998 el señor Jacinto Salazar, denunció ante la Fiscal Provisional Mixta de Baños del Inca, a Martín Ormeño Gutiérrez, Jefe del Centro de Salud de La Encañada, en relación con la muerte de la señora Mestanza. Se le acusa por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud de la victima, en la figura de homicidio culposo.

El 15 de mayo de 1998 la Fiscal Provincial formalizó denuncia penal contra el señor Ormeño Gutiérrez y otras personas, ante la Jueza Provincial de la localidad, quien el 4 de junio de 1998 declaró que no había lugar a la apertura de instrucción. Tal decisión fue confirmada el 1° de julio de 1998 por la Sala Especializada en lo Penal, en virtud de lo cual, el 16 de diciembre de 1998, la Fiscal Provincial ordenó el archivo definitivo del caso.

Una vez agotados los recursos internos, la demanda fue presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la medida en que el Estado Peruano es signatario de las mas importantes Convenciones de Derechos Humanos El 3 de octubre del 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de Washington, D.C, declaró admisible la demanda y dispuso que se continuara con el proceso.

El 26 de Agosto de 2003, se firmó un acuerdo de solución amistosa, en el cual el Estado peruano reconoció su responsabilidad por las violaciones

de los Derechos Humanos de Mamérita Mestanza y se comprometió a adoptar medidas de reparación material y moral por el daño sufrido; impulsar una exhaustiva investigación, tendiente a la sanción de los responsables en el fuero común; adoptar medidas de prevención para evitar que se repitan hechos similares en el futuro; y pagar a la familia de Mamérita Mestanza la suma de U.S. $ 109,000, como indemnización por el daño causado.

### 3.5. Caso Maria da Penha Maia Fernandes[66]: responsabilidad del Estado en la violencia intrafamiliar

El 20 de agosto de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por la señora Maria da Penha Maia Fernández. En calidad de peticionarios, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité Latino Americano de Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) demandan a la República Federativa de Brasil. El Estado Brasileño es acusado de no haber tomado medidas adecuadas en un caso de violencia domestica contra la señora Maria da Penha Maia Fernández de profesión farmacéutica.

Los hechos de violencia fueron perpetrados en el domicilio de la victima en la ciudad de Fortaleza, Estado de Ceará, por Marco Antônio Heredia Viveiros en perjuicio de su entonces esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante años de su convivencia matrimonial. En el proceso, se registra una tentativa de homicidio y nuevas agresiones en mayo y junio de1983. Maria da Penha, como producto de esas agresiones tuvo que ser sometida a innumerables operaciones. Como resultado, sufre de paraplejia irreversible desde el año 1983.

Se denuncia la tolerancia estatal por no haber tomado, por más de quince años, medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas. Se denuncia la violación de los siguientes artículos: 1(1) (Obligación de Respetar los Derechos; 8 (Garantías Judiciales); 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos II y XVIII de la Declaración Americana

66 INFORME N° 54/01: CASO 12.051 MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES BRASIL 16 de abril de 2001. En *http://www.cidh.org/annualrep/2000sp(Capitulo////Fondo/Brasil12.051.htm*

de los Derechos y Deberes del Hombre ("la Declaración"). También se denuncia la violación de los artículos 3, 4(a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g); 5 y 7 de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

Según los peticionarios, el señor Heredia Viveiros tenía un temperamento agresivo y violento, agredía a su esposa y a sus tres hijas durante su relación matrimonial, situación que llegó a ser insoportable como suele suceder en los casos de violencia doméstica, la Sra. María da Penha Maia Fernandes no se atrevía a tomar la iniciativa de separarse por temor de sufrir nuevas agresiones.

El señor Heredia Viveros, trató de encubrir las agresiones denunciándolas como una tentativa de robo por parte de ladrones que se habrían fugado. Dos semanas después de que la señora Fernandes regresó del hospital y estando en recuperación por la agresión homicida del 29 de mayo de 1983, sufrió un segundo atentado contra su vida por parte del señor Heredia Viveiros, quien habría tratado de electrocutarla mientras ella se bañaba. En este punto decidió la victima separarse judicialmente de él.

Aseguran que el señor Heredia Viveiros actuó premeditadamente, ya que semanas antes de la agresión intentó convencer a su esposa de hacer un seguro de vida a favor de él, y cinco días antes de agredirla trató de obligarla a firmar un documento en donde vendía el automóvil, propiedad de ella, sin que constara el nombre del comprador. Indican que la señora Fernandes posteriormente se enteró de que el señor Viveiros poseía un historial delictivo, que era bígamo y tenía un hijo en Colombia, datos que él le había ocultado.

Añaden que debido a la paraplejia resultante, la víctima debe ser sometida a múltiples tratamientos físicos de recuperación, además de experimentar un severo estado de dependencia que la hace requerir de la ayuda constante de enfermeros para movilizarse. Estos gastos permanentes en medicamentos y fisioterapeutas son costosos y la señora Maria da Penha no recibe ayuda financiera por parte de su ex-esposo. Tampoco él cumple con los pagos alimentarios prescritos en el juicio de separación.

Durante el proceso penal se ha comprobado que el señor Heredia Viveiros es el responsable del atentado contra la Sra. Maria da Penha. Sobre esta base, el Ministerio Público presentó su denuncia contra el Sr. Heredia

Viveros el 28 de septiembre de 1984, como Acción Penal Pública ante la 1a. *Vara de Juri* de Fortaleza, Estado de Ceara.

Los peticionarios señalan que a pesar de la contundencia de la acusación y pruebas, el caso tardó ocho años en llegar a decisión de *Juri.* El 4 de mayo de 1991 dictó sentencia condenatoria en contra del señor Viveiros, aplicándole por su grado de culpabilidad en la agresión y tentativa de homicidio, quince años de prisión reducidos a diez años por no constar condenas anteriores.

Ese mismo día, 4 de mayo de 1991, la defensa presentó un recurso de apelación contra la decisión del *Juri.* Este recurso, según el artículo 479 del Código Procesal Penal brasileño, era extemporáneo, pues sólo podía ser formulado durante la tramitación del juicio mas no con posterioridad. Transcurrieron otros tres años hasta que recién el 4 de mayo de 1995, el Tribunal de Alzada falló sobre la apelación. En ese fallo aceptó el alegato presentado extemporáneamente y basándose en el argumento de la defensa de que hubo vicios en la formulación de preguntas al jurado anuló la decisión del *Juri.*

Dos años después de la anulación de la condena dictada por el primer *Juri,* el 15 de marzo de 1996 se llevó a cabo un segundo juicio por *Juri* en el que el señor Viveiros fue condenado a diez años y seis meses de prisión. Pero nuevamente el Tribunal aceptó una segunda apelación de la defensa, en que se alegaba que el reo fue juzgado ignorando las pruebas de autos. Desde el 22 de abril de 1997, el proceso se encuentra esperando la decisión del recurso en segunda instancia ante el Tribunal de Justicia del Estado de Ceará y hasta la fecha de la presentación de la petición ante la Comisión, la apelación no se había resuelto.

A la fecha de la petición, la justicia brasileña había tardado más de quince años sin llegar a condena definitiva contra el ex-esposo de la señora Fernandes, en libertad por todo ese tiempo a pesar de la gravedad de la acusación y las numerosas pruebas en su contra. De esta manera, el Poder Judicial de Ceará y el Estado brasileño han actuado de manera ineficiente omitiendo conducir el proceso judicial de manera rápida y eficaz. Además, la prescripción punitiva en este caso ocurre al cumplirse los 20 años del hecho, fecha que se está acercando. Se trata entonces, de un claro caso de impunidad por denegación de justicia, en la medida en que la acción del Estado brasileño debía haber tenido por objetivo principal la reparación de las violaciones sufridas por Maria de la Penha, garantizándole un proceso justo en un plazo razonable.

Los peticionarios sostienen que esta denuncia no representa una situación aislada en Brasil. El caso llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es ejemplo de un patrón de impunidad en los casos de violencia doméstica contra mujeres en ese país. La mayoría de las denuncias no llegan a convertirse en procesos criminales y de los pocos que llegan a proceso, sólo en una minoría se condena a los perpetradores.

El Estado demandado, no ha tomado medidas efectivas de prevención y sanción legal contra la violencia doméstica en Brasil a pesar de su obligación internacional de prevenirla y sancionarla y erradicarla. El Estado de Brasil, según sus compromisos internacionales debería actuar preventivamente para disminuir el índice de violencia doméstica, además de investigar, procesar y castigar a los agresores dentro de un plazo considerado como razonable conforme a las obligaciones asumidas internacionalmente en la protección de los Derechos Humanos. En el caso de la señora Fernandes, el Gobierno brasileño debería haber procedido teniendo como objetivo principal la reparación de las violaciones sufridas y garantizarle un proceso justo contra el agresor dentro de un plazo razonable.

Los peticionarios consideran que en su demanda esta ampliamente demostrado el hecho de que los recursos internos no han sido efectivos para reparar las violaciones a los Derechos Humanos sufridas por Maria da Penha Maia Fernandes;

Luego de considerar que esta petición era admisible, el 19 de octubre de 1998, la Comisión trasladó la petición al Estado y le solicitó información al respecto. El Estado Brasileño, no se pronunció, por lo que el 2 de agosto de 1999, los peticionarios solicitaron la aplicación del artículo 42 del Reglamento de la Comisión con el propósito de que se presuman verdaderos los hechos relatados en la denuncia, en vista de que habían pasado más de 250 días desde el traslado de la petición a Brasil y éste no había presentado sus observaciones en el presente caso.

Derecho a la protección judicial: En el presente caso no se ha llegado a producir una sentencia definitiva por los Tribunales brasileños después de diecisiete años, y ese retardo está acercando la posibilidad de impunidad definitiva por prescripción, con la consiguiente imposibilidad de resarcimiento que de todas maneras sería tardía. La Comisión considera que las decisiones judiciales internas en este caso presentan una ineficacia, negligencia u omi-

sión por parte de las autoridades judiciales brasileñas y una demora injustificada en el juzgamiento de un acusado e impiden y ponen en definitivo riesgo la posibilidad de penar al acusado e indemnizar a la víctima por la posible prescripción del delito. Demuestran que el Estado no ha sido capaz de organizar su estructura para garantizar esos derechos. Todo ello es una violación independiente de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1(1) de la misma, y los correspondientes de la Declaración.

Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará: La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los Tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.

Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

En este caso emblemático de muchos otros, la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima establece una muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica. El artículo 7 de la Convención de Belem do Pará parece ser una lista de los compromisos que el Estado brasileño no ha cumplido aún en cuanto a este tipo de casos.

Por lo expuesto, la Comisión considera que en este caso se dan las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y existe responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento del Estado a sus deberes establecidos en los artículos 7(b), (d), (e) (f) y (g) de esa Convención, en relación a los derechos por ella protegidos, entre ellos, a una vida libre de violencia (artículo 3), a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los Tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículos 4(a), (b), (c ) (d), (e), (f) y (g)).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera al Estado de Brasil las siguientes conclusiones: que tiene competencia para conocer de este caso, que Brasil es responsable de la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, que el Estado ha tomado algunas medidas destinadas a reducir el alcance de la violencia doméstica y la tolerancia estatal de la misma, aunque dichas medidas no han aún conseguido reducir significativamente el patrón de tolerancia estatal, en particular a raíz de la inefectividad de la acción policial y judicial en el Brasil, respecto a la violencia contra la mujer.

### 3.6. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: reporte de Situación de Derechos Humanos de Haití (1995)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Reporte de Situación de Derechos Humanos de Haití[67], publicado en 1995, determinó como formas de "'tortura sexual' los golpes en los senos y estómago, frecuentemente dirigidos contra mujeres embarazadas con el objetivo de provocar el aborto o afectar su capacidad reproductora, así como la introducción de objetos en la vagina". Consideró que "las violaciones sexuales constituyen, no solo un tratamiento inhumano que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, bajo el Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino además como una forma de tortura , según el Art. 5.2 del mismo instrumento". Señaló

67 Inter-American Commission of Human Rights. Report on the situation of Human Rights in Haiti. MRE/RES: 6:94.

además que "la utilización de las violaciones sexuales como arma de terror constituyen un crimen contra la humanidad bajo el Derecho Internacional Consuetudinario". La Comisión planteó la necesidad de reconocer la violencia sexual como una grave violación de los Derechos Humanos.

El Informe da cuenta de la compleja situación de violación a los derechos humanos que se registraba en Haiti. En general, los responsables pertenecían a las Fuerzas Armadas, quienes a su vez pertenecían a la Policía. Además la corrupción en el Sistema Judicial, no garantizaba acceso a la justicia. En este contexto de impunidad y uso de poder, las mujeres no denunciaron la violación a sus derechos humanos por miedo a las represalias, y por el estigma y la vergüenza que significa para las mujeres, ser víctimas de violencia sexual. Estas prácticas afectaron a mujeres de diferentes edades y condiciones, como consecuencia de sus actividades políticas o vínculos familiares o personales.

## IV. Jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha determinado que la violación sexual puede constituir tortura, así se pronunció en el **Caso Aydin vs. Turquía.**

Aydin era una joven de diecisiete años, vivía con sus padres en una aldea en Turquía suroriental, de la cual ella nunca había salido. En 1985 se presentaron serios disturbios en esa parte del país entre las fuerzas de la seguridad y los miembros del Partido separatista Kurdo. Turquía denunció que a causa de esta situación habían muerto más de 4.000 civiles aproximadamente y un número similar de miembros de las fuerzas de seguridad.

En junio de 1993, llegaron a la aldea de Aydin 29 Guardias y un Gendarme, cuatro de los cuales fueron a su hogar. Preguntaron a su familia sobre visitas recientes en las casas de los representantes de los separatistas. La familia fue amenazada, insultada, su padre y cuñada fueron llevados a la plaza de la aldea junto con otros aldeanos que también habían sido sacados por la fuerza de sus hogares. El padre y la cuñada de Aydin fueron llevados a la jefatura de la gendarmería de la ciudad vecina.

Cuando Aydin fue a reclamar por sus familiares, unos guardias la llevaron a un cuarto, la desnudaron y la pusieron en un neumático de carro y le hicieron girar. Luego le golpearon, le lanzaron agua fría a alta presión, le volvieron a vestir y con los ojos vendados fue conducida a un cuarto de interrogatorios, donde un individuo vestido de militar le arrancó las ropas y la violó. Ella tenía severos dolores y estaba cubierta de sangre. Entonces le ordenaron vestirse y fue conducida nuevamente al cuarto de interrogatorios, donde fue golpeada por alrededor de una hora. Le advirtieron que no divulgara lo que él militar le había hecho.

Cerca del 2 de julio Aydin, su padre y cuñada fueron llevados por las Fuerzas de la Seguridad a las montañas y se les preguntó sobre la localización de los separatistas. Posteriormente fueron dejados en libertad por separado y Aydin se las arregló para volver a su aldea.

El 8 de julio Aydin, su padre y cuñada fueron a la oficina del Fiscal a presentar quejas por la forma como habían sido tratados durante la detención. Aydin alegó haber sido torturada, golpeada y violada. Su padre y cuñada denunciaron haber sido torturados. Los tres fueron enviados a un doctor, que no había tratado previamente casos de la violación. El Fiscal le solicitó establecer las marcas físicas de la violación y de lesión física. El médico indicó que el himen de Aydin presentaba desgarros y que había contusión extensa alrededor de los interiores de sus muslos, aunque no podía determinar cuando se habían producido los desgarros. Él también informó haber encontrado heridas en los cuerpos del padre de Aydin y su cuñada.

El Fiscal envió a Aydin a otro hospital para establecer si su himen había sido desgarrado y el lapso de tiempo transcurrido desde tal circunstancia. Un ginecólogo reportó que la desfloración se había producido hace más que una semana antes de su examen, pero no había comentario sobre la contusión en los muslos internos.

El 12 de agosto el Fiscal tomó otra declaración de Aydin, que para entonces estaba casada, y la refirió a otro hospital para que le hagan nuevos exámenes El informe de este último examen confirmó los resultados del segundo médico.

Mientras tanto, el Fiscal había consultado a las jefaturas de la gendarmería si Aydin, su padre y cuñada habían sido llevados en custodia allí y el comandante había contestado el 14 de julio que no tenían información. Luego hizo varias consultas adicionales, con el mismo resultado negativo.

La investigación continuó por algún tiempo sin mayores resultados. En mayo de 1995 otro Fiscal tomó una declaración del Comandante de la Gendarmería de la ciudad en 1993 quién admitió a la pérdida de la memoria como resultado de un accidente de camino pero indicó que él no tenía ningún recuerdo de ningún incidente de la violación o de la tortura y negó cualquier implicación[68].

Finalmente el caso llegó a conocimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos, la misma que en sentencia pronunciada en Estrasburgo el 25 de septiembre de 1997, sostuvo que la Sra. Aydin había sido sometida a torturas, violada y maltratada mientras estaba detenida por las fuerzas de seguridad turcas, en contra del artículo 3 del Convenio.

En ese caso, el Tribunal consideró que la violación de una detenida por un funcionario del Estado era una forma especialmente grave y aborrecible de malos tratos, de carácter tan grave como para constituir tortura. Además, el Tribunal sostuvo que las autoridades Turcas no habían llevado a cabo una investigación completa y eficaz de la denuncia de Aydin que no existían remedios eficaces para resolver su denuncia[69].

La Corte determinó que la violación puede constituir tortura y expresó: (...)La violación de una persona detenida por un agente del Estado debe considerarse como una forma especialmente grave y aberrante de tratamiento cruel, dada la facilidad con la cual el agresor puede explotar la vulnerabilidad y el debilitamiento de la resistencia de su víctima. Además, la violación deja profundas huellas psicológicas en la víctima que no pasan con el tiempo como otras formas de violencia física y mental."

La Corte concluyó que la acumulación de actos de violencia física y mental cometidos en contra de la recurrente, y el acto especialmente cruel de violación a que se vio sometida, son constitutivos del delito de tortura penado en el Artículo 3 de la Convención. Cabe señalar que la Corte habría llegado a igual conclusión sobre la base de cualquiera de las dos causales por separado"[70].

68 *http://www.worldlii.org/int/cases/IIHRL/1997/111.html.* Traducción de Lola Valladares.

69 *http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a193f67c546ae776c1256b730057a340?Opendocument*

70 Corte Europea de Derechos Humanos: Aydin v. Turquía. Sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 83, 86.

# IV

## Instrumentos internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas

# Declaración del Milenio*

**La Asamblea General**
**Aprueba la siguiente Declaración:**

## Declaración del Milenio

### I. Valores y principios

1 Nosotros, Jefes de Estado y de Gobierno, nos hemos reunido en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 6 al 8 de septiembre de 2000, en los albores de un nuevo milenio, para reafirmar nuestra fe en la Organización y su Carta como cimientos indispensables de un mundo más pacífico, más próspero y más justo.

2 Reconocemos que, además de las responsabilidades que todos tenemos respecto de nuestras sociedades, nos incumbe la responsabilidad colectiva de respetar y defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial. En nuestra calidad de dirigentes, tenemos, pues, un deber que cumplir respecto de todos los habitantes del

* Resolución aprobada en el marco del quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamble General de Naciones Unidas, 13 septiembre 2000.

planeta, en especial los más vulnerables y, en particular, los niños del mundo, a los que pertenece el futuro.

3 Reafirmamos nuestra adhesión a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, que han demostrado ser intemporales y universales. A decir verdad, su pertinencia y su capacidad como fuente de inspiración han ido en aumento conforme se han multiplicado los vínculos y se ha consolidado la interdependencia entre las naciones y los pueblos.

4 Estamos decididos a establecer una paz justa y duradera en todo el mundo, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta. Reafirmamos nuestra determinación de apoyar todos los esfuerzos encaminados a hacer respetar la igualdad soberana de todos los Estados, el respeto de su integridad territorial e independencia política; la solución de los conflictos por medios pacíficos y en consonancia con los principios de la justicia y del derecho internacional; el derecho de libre determinación de los pueblos que siguen sometidos a la dominación colonial y la ocupación extranjera; la no injerencia en los asuntos internos de los Estados; el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; el respeto de la igualdad de derechos de todos, sin distinciones por motivo de raza, sexo, idioma o religión, y la cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario.

5 Creemos que la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos. Reconocemos que los países en desarrollo y los países con economías en transición tienen dificultades especiales para hacer frente a este problema fundamental. Por eso, consideramos que solo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos para crear un futuro común, basado en nuestra común humanidad en toda su diversidad, se podrá lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa. Esos esfuerzos deberán incluir la adopción de políticas y medidas, a nivel mundial, que correspondan a las necesidades de los países en desarrollo y de las economías en transición y que se formulen y apliquen con la participación efectiva de esos países y esas economías.

6 Consideramos que determinados valores fundamentales son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI:

**La libertad.** Los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia. La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con gobiernos democráticos y participativos basados en la voluntad popular.

**La igualdad.** No debe negarse a ninguna persona ni a ninguna nación la posibilidad de beneficiarse del desarrollo. Debe garantizarse la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres.

**La solidaridad.** Los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados.

**La tolerancia.** Los seres humanos se deben respetar mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas. No se deben temer ni reprimir las diferencias dentro de las sociedades ni entre éstas; antes bien, deben apreciarse como preciados bienes de la humanidad. Se debe promover activamente una cultura de paz y diálogo entre todas las civilizaciones.

**El respeto de la naturaleza.** Es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible. Sólo así podremos conservar y transmitir a nuestros descendientes las inconmensurables riquezas que nos brinda la naturaleza. Es preciso modificar las actuales pautas insostenibles de producción y consumo en interés de nuestro bienestar futuro y en el de nuestros descendientes.

**Responsabilidad común.** La responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, lo mismo que en lo que hace a las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente. Por ser la organización más universal y más representativa de todo el mundo, las Naciones Unidas deben desempeñar un papel central a ese respecto.

7 Para plasmar en acciones estos valores comunes, hemos formulado una serie de objetivos clave a los que atribuimos especial importancia.

## II. La paz, la seguridad y el desarme

1 No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros pueblos del flagelo de la guerra –ya sea dentro de los Estados o entre éstos–, que, en el último decenio, ha cobrado más de cinco millones de vidas. También procuraremos eliminar los peligros que suponen las armas de destrucción en masa.

**9. Por todo lo anterior, decidimos:**

Consolidar el respeto del imperio de la ley en los asuntos internacionales y nacionales y, en particular, velar por que los Estados Miembros cumplan las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, en los litigios en que sean partes.

Aumentar la eficacia de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y de la seguridad, dotando a la Organización de los recursos y los instrumentos que necesitan en sus tareas de prevención de conflictos, resolución pacífica de controversias, mantenimiento de la paz, consolidación de la paz y reconstrucción después de los conflictos. En este sentido, tomamos nota del informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas[1], y pedimos a la Asamblea General que examine cuanto antes sus recomendaciones.

Fortalecerla cooperación entre las Naciones Unidas y las organizaciones regionales, de conformidad con las disposiciones del Capítulo VIII de la Carta.

Velar por que los Estados Partes apliquen los tratados sobre cuestiones tales como el control de armamentos y el desarme, el derecho internacional humanitario y el relativo a los derechos humanos, y pedir a todos los Estados

1 A/55/3056S/2000/809; véase *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, quincuagésimo quinto año,Suplemento de julio, agosto y septiembre de 2000,* documento S/2000/809.2 A/CONF.183/9.

que consideren la posibilidad de suscribir y ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Adoptar medidas concertadas contra el terrorismo internacional y adherirnos cuanto antes a todas las convenciones internacionales pertinentes.

Redoblar nuestros esfuerzos para poner en práctica nuestro compromiso de luchar contra el problema mundial de la droga.

Intensificar nuestra lucha contra la delincuencia transnacional en todas sus dimensiones, incluidos la trata y el contrabando de seres humanos y el blanqueo de dinero.

Reducir al mínimo las consecuencias negativas que las sanciones económicas impuestas por las Naciones Unidas pueden tener en las poblaciones inocentes, someter los regímenes de sanciones a exámenes periódicos y eliminar las consecuencias adversas de las sanciones sobre terceros.

Esforzarnos por eliminar las armas de destrucción en masa, en particular las armas nucleares, y mantener abiertas todas las opciones para alcanzar esa meta, incluida la posibilidad de convocar una conferencia internacional para determinar formas adecuadas de eliminar los peligros nucleares.

Adoptarmedidas concertadas para poner fin al tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras, en particular dando mayor transparencia a las transferencias de armas y respaldando medidas de desarme regional, teniendo en cuenta todas las recomendaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras.

Pedir a todos los Estados que consideren la posibilidad de adherirse a la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción[2], así como al Protocolo enmendado relativo a las minas de la Convención sobre armas convencionales[3].

**10. Instamos a los Estados Miembros a que observen la Tregua Olímpica,** individual y colectivamente, ahora y en el futuro, y a que respalden al Comité Olímpico Internacional en su labor de promover la paz y el entendimiento humano mediante el deporte y el ideal olímpico.

2 Véase CD/1478.

3 Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otrosartefactos [CCW/CONF.I/16 (Part I), anexo B].

## III. El desarrollo y la erradicación de la pobreza

1 No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños, de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema, a la que en la actualidad están sometidos más de 1.000 millones de seres humanos. Estamos empeñados en hacer realidad para todos ellos el derecho al desarrollo y a poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad.

2 Resolvemos, en consecuencia, crear en los planos nacional y mundial un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza.

3 El logro de esos objetivos depende, entre otras cosas, de la buena gestión de los asuntos públicos en cada país. Depende también de la buena gestión de los asuntos públicos en el plano internacional y de la transparencia de los sistemas financieros, monetarios y comerciales. Propugnamos un sistema comercial y financiero multilateral abierto, equitativo, basado en normas, previsible y no discriminatorio.

4 Nos preocupan los obstáculos a que se enfrentan los países en desarrollo para movilizar los recursos necesarios para financiar su desarrollo sostenible. Haremos, por consiguiente, todo cuanto esté a nuestro alcance para que tenga éxito la Reunión intergubernamental de alto nivel sobre la financiación del desarrollo que se celebrará en 2001.

5 Decidimos, asimismo, atender las necesidades especiales de los países menos adelantados. En este contexto, nos felicitamos de la convocación de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados, que se celebrará en mayo de 2001, y donde haremos todo lo posible por lograr resultados positivos. Pedimos a los países industrializados:

que adopten, preferiblemente antes de que se celebre esa Conferencia, una política de acceso libre de derechos y cupos respecto de virtualmente todas las exportaciones de los países menos adelantados;

que apliquen sin más demora el programa mejorado de alivio de la deuda de los países pobres muy endeudados y que convengan en cancelar todas las deudas bilaterales oficiales de esos países a cambio de que éstos demuestren su firme determinación de reducir la pobreza; y

que concedan una asistencia para el desarrollo más generosa, especialmente a los países que se están esforzando genuinamente por destinar sus recursos a reducir la pobreza.

1 Estamos decididos, asimismo, a abordar de manera global y eficaz los problemas de la deuda de los países de ingresos bajos y medios adoptando diversas medidas en los planos nacional e internacional para que su deuda sea sostenible a largo plazo.

2 Resolvemos asimismo atender las necesidades especiales de los pequeños Estados insulares en desarrollo poniendo en práctica rápida y cabalmente el Programa de Acción de Barbados[4] y las conclusiones a que llegó la Asamblea General en su vigésimo segundo período extraordinario de sesiones. Instamos a la comunidad internacional a que vele por que, cuando se prepare un índice de vulnerabilidad, se tengan en cuenta las necesidades especiales de los pequeños Estados insulares en desarrollo.

3 Reconocemos las necesidades y los problemas especiales de los países en desarrollo sin litoral, por lo que pedimos encarecidamente a los donantes bilaterales y multilaterales que aumenten su asistencia financiera y técnica a ese grupo de países para satisfacer sus necesidades especiales de desarrollo y ayudarlos a superar los obstáculos de su geografía, mejorando sus sistemas de transporte en tránsito.

**19. Decidimos, asimismo:**

Reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de habitantes del planeta cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día y el de las personas que padezcan hambre; igualmente, para esa misma fecha, reducir a la mitad el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable o que no puedan costearlo.

Velar por que, para ese mismo año, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria y por que tanto

4 Programa de Acción para el desarrollo sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo *[Informe de la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, Bridgetown (Barbados), 25 de abril a 6 de mayo de 1994* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.94.I.18 y corrección), cap. I, resolución 1, anexo II].

las niñas como los niños tengan igual acceso a todos los niveles de la enseñanza.

Haber reducido, para ese mismo año, la mortalidad materna en tres cuartas partes y la mortalidad de los niños menores de 5 años en dos terceras partes respecto de sus tasas actuales.

Para entonces, haber detenido y comenzado a reducir la propagación del VIH/SIDA, el flagelo del paludismo y otras enfermedades graves que afligen a la humanidad.

Prestar especial asistencia a los niños huérfanos por causa del VIH/SIDA.

Para el año 2020, haber mejorado considerablemente la vida de por lo menos 100 millones de habitantes de tugurios, como se propone en la iniciativa "Ciudades sin barrios de tugurios".

**20. Decidimos también:**

Promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer como medios eficaces de combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades y de estimular un desarrollo verdaderamente sostenible.

Elaborar y aplicar estrategias que proporcionen a los jóvenes de todo el mundo la posibilidad real de encontrar un trabajo digno y productivo.

Alentar a la industria farmacéutica a que aumente la disponibilidad de los medicamentos esenciales y los ponga al alcance de todas las personas de los países en desarrollo que los necesiten.

Establecer sólidas formas de colaboración con el sector privado y con las organizaciones de la sociedad civil en pro del desarrollo y de la erradicación de la pobreza.

Velar por que todos puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, conforme a las recomendaciones formuladas en la Declaración Ministerial 2000 del Consejo Económico y Social[5].

5 E/2000/L.9.

## IV. Protección de nuestro entorno común

1 No debemos escatimar esfuerzos por liberar a toda la humanidad, y ante todo a nuestros hijos y nietos, de la amenaza de vivir en un planeta irremediablemente dañado por las actividades del hombre, y cuyos recursos ya no alcancen para satisfacer sus necesidades.

2 Reafirmamos nuestro apoyo a los principios del desarrollo sostenible, incluidos los enunciados en el Programa 21[6], convenidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

**23. Decidimos, por consiguiente, adoptar una nueva ética de conservación y resguardo en todas nuestras actividades relacionadas con el medio ambiente y, como primer paso en ese sentido, convenimos en lo siguiente:**

Hacer todo lo posible por que el Protocolo de Kyoto entre en vigor, de ser posible antes del décimo aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el año 2002, e iniciar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

Intensificar nuestros esfuerzos colectivos en pro de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo.

Insistir en que se apliquen cabalmente el Convenio sobre la Diversidad Biológica[7] y la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, enparticular en África[8].

Poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos formulando estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local, que promuevan un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado.

6 *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia,* resolución 1, anexo II.

7 Véase Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (Centro de Actividades del Programa de Derecho e Instituciones Relacionados con el Medio Ambiente), junio de 1992.

8 A/49/84/Add.2, anexo, apéndice II.

Intensificar la cooperación con miras a reducir el número y los efectos de los desastres naturales y de los desastres provocados por el hombre.

Garantizar el libre acceso a la información sobre la secuencia del genoma humano.

## V. Derechos humanos, democracia y buen gobierno

1 No escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo.

**25. Decidimos, por tanto:**

Respetar y hacer valer plenamente la Declaración Universal de Derechos Humanos[9].

Esforzarnos por lograr la plena protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas en todos nuestros países.

Aumentar en todos nuestros países la capacidad de aplicar los principios y las prácticas de la democracia y del respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías.

Lucharcontra todas las formas de violencia contra la mujer y aplicar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[10].

Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades.

Trabajar aunadamente para lograr procesos políticos más igualitarios, en que puedan participar realmente todos los ciudadanos de nuestros países.

9 Resolución 217 A (III).

10 Resolución 34/180, anexo.

Garantizar la libertad de los medios de difusión para cumplir su indispensable función y el derecho del público a la información.

## VI. Protección de las personas vulnerables

**26. No escatimaremos esfuerzos para lograr que los niños y todas las poblaciones civiles que sufren de manera desproporcionada las consecuencias de los desastres naturales, el genocidio, los conflictos armados y otras situaciones de emergencia humanitaria reciban toda la asistencia y la protección que necesiten para reanudar cuanto antes una vida normal.**

**Decidimos, por consiguiente:**

Ampliar y reforzar la protección de los civiles en situaciones de emergencia complejas, de conformidad con el derecho internacional humanitario.

Fortalecer la cooperación internacional, incluso compartiendo la carga que recae en los países que reciben refugiados y coordinando la asistencia humanitaria prestada a esos países; y ayudar a todos los refugiados y personas desplazadas a regresar voluntariamente a sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad, y a reintegrarse sin tropiezos en sus respectivas sociedades.

Alentar la ratificación y la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño[11] y sus protocolos facultativos relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[12].

11 Resolución 44/25, anexo.

12 Resolución 54/263, anexos I y II.

## VII. Atención a las necesidades especiales de çfrica

**1 Apoyaremos la consolidación de la democracia en África y ayudaremos a los africanos en su lucha por conseguir una paz duradera, erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible, para que de esa forma África pueda integrarse en la economía mundial.**

**28. Decidimos, por tanto:**

Apoyar plenamente lasestructuras políticas e institucionales de las nuevas democracias de África.

Fomentar y mantener mecanismos regionales y subregionales de prevención de conflictos y promoción de la estabilidad política, y velar por que las operaciones de mantenimiento de la paz en ese continente reciban una corriente segura de recursos.

Adoptar medidas especiales para abordar los retos de erradicar la pobreza ylograr el desarrollo sostenible en África, tales como cancelar la deuda, mejorar el acceso a los mercados, aumentar la asistencia oficial para el desarrollo e incrementar las corrientes de inversión extranjera directa y de transferencia de tecnología.

Ayudar a África a aumentar su capacidad para hacer frente a la propagación de la pandemia del VIH/SIDA y otras enfermedades infecciosas.

## VIII. Fortalecimiento de las Naciones Unidas

**29. No escatimaremos esfuerzos por hacer de las Naciones Unidas un instrumento más eficaz en el logro de todas las prioridades que figuran a continuación: la lucha por el desarrollo de todos los pueblos del mundo; la lucha contra la pobreza, la ignorancia y las enfermedades; la lucha contra la injusticia; la lucha contra la violencia, el terror y el delito; y la lucha contra la degradación y la destrucción de nuestro planeta.**

**30. Decidimos, por consiguiente:**

Reafirmar el papel central que recae en la Asamblea General en su calidad de principal órgano de deliberación, adopción de políticas y representación de las Naciones Unidas, y capacitarla para que pueda desempeñar ese papel con eficacia.

Redoblar nuestros esfuerzos por reformar ampliamente el Consejo de Seguridad en todos sus aspectos.

Fortalecer más el Consejo Económico y Social, sobre la base de sus recientes logros, de manera que pueda desempeñar el papel que se le asigna en la Carta.

Fortalecer la Corte Internacional de Justicia a fin de que prevalezcan la justicia y el imperio del derecho en los asuntos internacionales.

Fomentar la coordinación y las consultas periódicas entre los órganos principales de las Naciones Unidas en el desempeño de sus funciones.

Velar por que la Organización cuente, de forma oportuna y previsible, con los recursos que necesita para cumplir sus mandatos.

Instar a la Secretaría a que, de conformidad con normas y procedimientos claros acordados por la Asamblea General, aproveche al máximo esos recursos en interés de todos los Estados Miembros, aplicando las mejores prácticas y tecnologías de gestión disponibles y prestando una atención especial a las tareas que reflejan las prioridades convenidas de los Estados Miembros.

Promover la adhesión a la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado[13].

Velar por que exista una mayor coherencia y una mejor cooperación en materia normativa entre las Naciones Unidas, sus organismos, las instituciones de Bretton Woods y la Organización Mundial del Comercio, así como otros órganos multilaterales, con miras a lograr criterios perfectamente coordinados en lo relativo a los problemas de la paz y el desarrollo.

Seguir fortaleciendo la cooperación entre las Naciones Unidas y los parlamentos nacionales por intermedio de su organización mundial, la Unión Interparlamentaria, en diversos ámbitos, a saber: la paz y seguridad, el desarrollo económico y social, el derecho internacional y los derechos humanos, la democracia y las cuestiones de género.

13 Resolución 49/59, anexo.

Ofrecer al sector privado, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general más oportunidades de contribuir al logro de las metas y los programas de la Organización.

1 Pedimos a la Asamblea General que examine periódicamente los progresos alcanzados en la aplicación de lo dispuesto en la presente Declaración, y al Secretario General que publique informes periódicos para que sean examinados por la Asamblea y sirvan de base para la adopción de medidas ulteriores.

2 Reafirmamos solemnemente, en este momento histórico, que las Naciones Unidas son el hogar común e indispensable de toda la familia humana, mediante el cual trataremos de hacer realidad nuestras aspiraciones universales de paz, cooperación y desarrollo. Por consiguiente, declaramos nuestro apoyo ilimitado a estos objetivos comunes y nuestra decisión de alcanzarlos.

8a. sesión plenaria 8 de septiembre de 2000

# Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*

**Los Estados Partes en la presente Convención,**

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo,

Considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

* Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1)

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones,

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad,

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades,

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer,

Subrayado que la eliminación del apartheid, de todas las formas de racismo, de discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer,

Afirmando que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas sociales y económicos, el desarme general y completo, en particular el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso social y el desarrollo y, en consecuencia, contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer,

Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz,

Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto,

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia,

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,

Han convenido en lo siguiente:

## Parte I

**Artículo 1**

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

**Artículo 2**

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilacio-

nes, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

**Artículo 3**

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

**Artículo 4**

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la pre-

sente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

**Artículo 5**

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

**Artículo 6**

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

## Parte II

**Artículo 7**

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
c) Participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

**Artículo 8**
Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.

**Artículo 9**
1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en ápatrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.
2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

## Parte III

**Artículo 10**
Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las

instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;

b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad;

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza;

d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;

e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres;

f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;

g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

**Artículo 11**

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

   a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

**Artículo 12**

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

**Artículo 13**

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho a prestaciones familiares;
b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero;
c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

**Artículo 14**

1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a

la mujer en las zonas rurales.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

   a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles;
   b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;
   c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;
   d) Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica;
   e) Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;
   f) Participar en todas las actividades comunitarias; g) Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento;
   h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

## Parte IV

**Artículo 15**

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para

el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

**Artículo 16**

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

## Parte V

Artículo 17

1. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (denominado en adelante el Comité) compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado Parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal; se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.
2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de un lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada uno de los Estados Partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales.
3. La elección inicial se celebrará seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos tres meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a presentar sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados Partes que las han designado, y la comunicará a los Estados Partes.

4. Los miembros del Comité serán elegidos en una reunión de los Estados Partes que será convocada por el Secretario General y se celebrará en la Sede de las Naciones Unidas. En esta reunión, para la cual formarán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.
5. Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. No obstante, el mandato de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección el Presidente del Comité designará por sorteo los nombres de esos nueve miembros.
6. La elección de los cinco miembros adicionales del Comité se celebrará de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo, después de que el trigésimo quinto Estado Parte haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella. El mandato de dos de los miembros adicionales elegidos en esta ocasión, cuyos nombres designará por sorteo el Presidente del Comité, expirará al cabo de dos años.
7. Para cubrir las vacantes imprevistas, el Estado Parte cuyo experto haya cesado en sus funciones como miembro del Comité designará entre sus nacionales a otro experto a reserva de la aprobación del Comité.
8. Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.
9. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente Convención.

**Artículo 18**

1. Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido:

a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate;
b) En lo sucesivo por lo menos cada cuatro años y, además, cuando el Comité lo solicite.

2. Se podrán indicar en los informes los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente Convención.

**Artículo 19**

1. El Comité aprobará su propio reglamento.
2. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

**Artículo 20**

1. El Comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten de conformidad con el artículo 18 de la presente Convención.
2. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro sitio conveniente que determine el Comité.

**Artículo 21**

1. El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá los informes del Comité a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información.

**Artículo 22**
Los organismos especializados tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que correspondan a la esfera de las actividades. El Comité podrá invitar a los organismos especializados a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las áreas que correspondan a la esfera de sus actividades.

## Parte VI

**Artículo 23**
Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de:

a) La legislación de un Estado Parte; o
b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

**Artículo 24**
Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

**Artículo 25**
1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.
2. Se designa al Secretario General de las Naciones Unidas depositario de la presente Convención.
3. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositaran en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados. La adhesión se efectuará depositando un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

**Artículo 26**

1. En cualquier momento, cualquiera de los Estados Partes podrá formular una solicitud de revisión de la presente Convención mediante comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.
2. La Asamblea General de las Naciones Unidas decidirá las medidas que, en caso necesario, hayan de adoptarse en lo que respecta a esa solicitud.

**Artículo 27**

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

**Artículo 28**

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.
3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a estos efectos dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

**Artículo 29**

1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter

la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado Parte, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los demás Estados Partes no estarán obligados por ese párrafo ante ningún Estado Parte que haya formulado esa reserva.
3. Todo Estado Parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

**Artículo 30**

La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman la presente Convención.

# Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las forma de discriminación contra la mujer*

**Los Estados Partes en el presente Protocolo,**

Observando que en la Carta de las Naciones Unidas se reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres,

Señalando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos Resolución 217 A (III). se proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades en ella proclamados sin distinción alguna, inclusive las basadas en el sexo,

Recordando que los Pactos internacionales de derechos humanos Resolución 2200 A (XXI), anexo. y otros instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación por motivos de sexo,

Recordando asimismo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer4 ("la Convención"), en la que los Estados Partes en ella condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer,

* Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

Reafirmando su decisión de asegurar a la mujer el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales y de adoptar medidas eficaces para evitar las violaciones de esos derechos y esas libertades,

Acuerdan lo siguiente:

**Artículo 1**
Todo Estado Parte en el presente Protocolo ("Estado Parte") reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ("el Comité") para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2.

**Artículo 2**
Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

**Artículo 3**
Las comunicaciones se presentarán por escrito y no podrán ser anónimas. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.

**Artículo 4**
1. El Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo.
2. El Comité declarará inadmisible toda comunicación que:

    a) Se refiera a una cuestión que ya ha sido examinada por el Comité o

ya ha sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;
b) Sea incompatible con las disposiciones de la Convención;
c) Sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada;
d) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación;
e) Los hechos objeto de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha.

**Artículo 5**

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre sus fundamentos, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.
2. Cuando el Comité ejerce sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, ello no implica juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

**Artículo 6**

1. A menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisible sin remisión al Estado Parte interesado, y siempre que la persona o personas interesadas consientan en que se revele su identidad a dicho Estado Parte, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo.
2. En un plazo de seis meses, ese Estado Parte presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado el Estado Parte, de haberlas.

**Artículo 7**

1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo a la luz de toda la información puesta a su disposición

por personas o grupos de personas, o en su nombre, y por el Estado Parte interesado, siempre que esa información sea transmitida a las partes interesadas.

2. El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo.
3. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, conjuntamente con sus recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas.
4. El Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité.
5. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte hubiera adoptado en respuesta a las opiniones o recomendaciones del Comité, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente más adelante el Estado Parte de conformidad con el artículo 18 de la Convención.

**Artículo 8**

1. Si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información.
2. Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a disposición suya, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.
3. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.

4. En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.
5. La investigación será de carácter confidencial y en todas sus etapas se solicitará la colaboración del Estado Parte.

**Artículo 9**

1. El Comité podra invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo al artículo 18 de la Convención pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo.
2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 4 del artículo 8, el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.

**Artículo 10**

1. Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9.
2. Todo Estado Parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al Secretario General.

**Artículo 11**

Cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que las personas que se hallen bajo su jurisdicción no sean objeto de malos tratos ni intimidación como consecuencia de cualquier comunicación con el Comité de conformidad con el presente Protocolo.

**Artículo 12**

El Comité incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al artículo 21 de la Convención, un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.

**Artículo 13**
Cada Estado Parte se compromete a dar a conocer ampliamente la Convención y el presente Protocolo y a darles publicidad, así como a facilitar el acceso a información acerca de las opiniones y recomendaciones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que guarden relación con ese Estado Parte.

**Artículo 14**
El Comité elaborará su propio reglamento, que aplicará en ejercicio de las funciones que le confiere el presente Protocolo.

**Artículo 15**
1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado la Convención, la haya ratificado o se haya adherido a ella.
2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

**Artículo 16**
1. El presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este Protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

**Artículo 17**
No se permitirá reserva alguna al presente Protocolo.

**Artículo 18**

1. Todo Estado Parte podrá proponer enmiendas al presente Protocolo y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará a los Estados Partes las enmiendas propuestas y les pedirá que notifiquen si desean que se convoque una conferencia de los Estados Partes para examinar las propuestas y sometarlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General la convocará bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda aprobada por la mayoría de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Protocolo, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.
3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

**Artículo 19**

1. Cualquier Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier comunicación presentada, con arreglo al artículo 2, o cualquier investigación iniciada, con arreglo al artículo 8, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

**Artículo 20**

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados:

a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones relativas al presente Protocolo;
b) La fecha en que entre en vigor el presente Protocolo y cualquier enmienda en virtud del artículo 18;

c) Cualquier denuncia recibida en virtud del artículo 19.

**Artículo 21**

1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados mencionados en el artículo 25 de la Convención.

# Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará"

**Los Estados partes de la presente Convención,**

RECONOCIENDO que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales;

AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;

RECORDANDO la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la

Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases;

CONVENCIDOS de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su
desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, y
CONVENCIDOS de que la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas,

HAN CONVENIDO en lo siguiente:

## CAPITULO I
## DEFINICION Y AMBITO DE APLICACION

**Artículo 1**
Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

**Artículo 2**
Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

## CAPITULO II
## DERECHOS PROTEGIDOS

**Artículo 3**
Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

**Artículo 4**
Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

a. el derecho a que se respete su vida;
b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
d. el derecho a no ser sometida a torturas;
e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
h. el derecho a libertad de asociación;
i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y
j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

**Artículo 5**
Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos

derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

**Artículo 6**
El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

## CAPITULO III
## DEBERES DE LOS ESTADOS

**Artículo** 7
Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
d. 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;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

**Artículo 8**
Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;
b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;
c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;
d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para

toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;

f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;

g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;

h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y

i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

**Artículo 9**

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

## CAPITULO IV
## MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTECCION

**Artículo 10**
Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

**Artículo 11**
Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención.

**Artículo 12**
Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

## CAPITULO V
## DISPOSICIONES GENERALES

**Artículo 13**
Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que pre-

vea iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

**Artículo 14**
Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema.

**Artículo 15**
La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

**Artículo 16**
La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

**Artículo 17**
La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

**Artículo 18**
Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que:

a. no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención;
b. no sean de carácter general y versen sobre una o más disposiciones específicas.

**Artículo 19**
Cualquier Estado Parte puede someter a la Asamblea General, por conducto de la Comisión Interamericana de Mujeres, una propuesta de emnienda a esta Convención.

Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados Partes hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

**Artículo 20**
Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

**Artículo 21**
La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique o adhiera a la Convención después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

**Artículo 22**
El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de los EstadosAmericanos de la entrada en vigor de la Convención.

**Artículo 23**
El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos presentará un informe anual a los Estados miembros de la Organización sobre el estado de esta Convención, inclusive sobre las firmas, depósitos de instru-

mentos de ratificación, adhesión o declaraciones, así como las reservas que hubieren presentado los Estados Partes y, en su caso, el informe sobre las mismas.

**Artículo 24**
La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla mediante el depósito de un instrumento con ese fin en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Un año después a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

**Artículo 25**
El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman el presente Convenio, que se llamará Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará".

HECHA EN LA CIUDAD DE BELEM DO PARA, BRASIL, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

## Nota biográfica de las autoras y autores

**María José Añón**
Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia (España). Autora de *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994), *Igualdad, diferencias y desigualdades* (Fontamara, México, 2001), *La universalidad de los derechos sociales: un desafío a la inmigración* (Tirant Lo Blanch, 2004), *Derechos, justicia y Estado Constitucional: un tributo a Miguel Miravet* (Tirant Lo Blanch, 2005).

**Roxana Arroyo**
Doctora en derechos humanos por la Universidad Carlos III (Madrid), Abogada y notaria por la Universidad de Costa Rica. Profesora invitada de FLACSO- Ecuador, profesroa de la Universidad Estatal a distancia en la Maestría en Estudios de Violencia Social y Familiar. Autora de *Justicia y violencia contra la mujer (ILANUD, 1999), Las normas sobre violencia contra la mujer y su aplicación. Un análisis comparado para América Latina* (Heredia, Universidad Nacional, 2002).

**Ramiro Avila Santamaría**
Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho por Columbia University (New York). Profesor de Constitucionalismo Contemporáneo, Teoría General de Derechos Humanos y Metodología de la Investigación Jurídica en la Universidad Andina Simón Bolívar, Profesor de Teoría y práctica de derechos humanos, Género y derecho, Derechos económicos, sociales y culturales, y Derecho internacional humanitario en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE.

**Elisabeth Badinter**
Filósofa feminista francesa, presidenta del Consejo de Seguridad Pública. Autora, entre otras obras, de *L'Amour en plus: histoire de l'amour maternel,* (1980 réimpr. 2010), *L'Un est l'autre* (1986), *Condorcet. Un intellectuel en politique* (junto con Robert Badinter, 1988), *XY, de l'identité masculine* (publicado en español: *XY la identidad masculina,* Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993), *Les Passions intellectuelles, tome 1, tome II et tome III* (1999, 2002 y 2008), *Fausse route : Réflexions sur 30 années de féminisme* (2003).

**Isabel Cristina Jaramillo**
Doctora en derecho por Harvard University y abogada por la Universidad de Los Andes. Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, miembro del Grupo de investigación Derecho y Género. Autora de *La jurisdicción especial indígena en Colombia* (junto con Esther Sánchez Botero, Procuraduría General de la Nación, 2000), *El hogar ¿espacio privado o público, Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre mujeres, El igualitarismo liberal de Dworkin* (junto con Daniel Bonilla).

**Miguel Carbonell**
Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Coordinador del Área de Derecho Constitucional del mismo Instituto. Autor de 19 libros y coordinador o compilador de otras 30 obras. Ha coordinado las obras colectivas más importantes de México en materia jurídica, tales como *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada* (5 tomos), *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (15 tomos), *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* (10 tomos), y *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones* (25 tomos).

**Margrit Eichler**
Ph.D en sociología por la Universidad de Duke. Enseña e investiga en University College – New College, Toronto, Canadá, sobre políticas de familia, tecnologías genéticas y reproductivas, y metodología feminista. Autora de *Feminist Utopias: Re-visioning Our Futures* (with June Larkin, Sheila M. Neysmith – Innana Publications, 2002), *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality* (Oxford University Press, 1997).

**Alda Facio**
Master en Derecho Internacional y Derecho Comparado por la Universidad e Nueva York. Jurista y escritora feminista. Directora del programa "Mujer, Justicia y Género" del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito, ILANUD. Autora de *Declaración Universal de Derechos Humanos. Textos y Comentarios Inusuales* (ILANUD, 2001), *Género y Derecho* (con Lorena Fries – La Morada, 1999), *Cuando el género suena cambios trae* (ILANUD, 1992).

**Eleonor Faur**
Socióloga por la Universidad de Buenos Aires, especialista en género y derechos humanos. Coordinadora del área de Derechos de las mujeres de las oficinas de UNICEF en Colombia (1995-1999) y Argentina (2000-2004). Docente e investigadora de de la Universidad Nacional General San Martín (Argentina). Autora de *Masculinidades y*

*desarrollo social. Las relaciones de género desde la perspectiva de los hombres* (Arango Editores y UNICEF, 2004).

**Linda McDowell**
Profesora de "Geografía Humana" y Directora del *International Graduate School* en la Universidad de Oxford. Autora de *Working bodies: Interactive service, unemploymenta and work* (2009), *Hard Labour: the forgotten voices of Latvian migrant 'volunteer' workers* (UCL Press, 2003), *Redundant Masculinities? Employment change and white working class youth* (Blackwell, 2003), *Gender, Identity and Place. Understanding feminist geographies* (Blackwell, 1999).

**Cecilia Medina**
Doctora en Derecho por la Universidad de Utrecht, Holanda. Actual presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesora de "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editora de *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos* (coeditora - Universidad Diego Portales, 1996), *Tratados y Derechos Esenciales. Introducción y selección de textos* (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994).

**Frances Olsen**
Doctora en Derecho por Harvard University. Profesora de Derecho en la Universidad de California-Los Angeles (UCLA) de "Teoría Legal feminista, disidencia y Derecho", Derecho de Familia y Daños, miembro de la Escuela de Teoría Legal Femnista. Autora de *Translation Issues in Language and Law* (edited by Frances Olsen, Dieter Stein and Alexander Lorz, Palgrave/Macmillan, 2009), *Law and Language: Theory and Society* (edited by Frances Olsen, Dieter Stein and Alexander Lorz, Düsseldorf University Press, 2008), *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks* (Dartmouth Publishing, NYU Press, 1995), *Feminist Legal Theory II: Positioning Feminist Theory Within the Law* (Dartmouth Publishing; NYU Press, 1995), *Cases and Materials on Family Law: Legal Concepts and Changing Human Relationships* (with Walter O. Weyrauch and Sanford N. Katz, West Publishing, 1994).

**Carole Pateman**
Doctora en Filosofía por la Universidad de Oxford. Enseña en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de California-Los Angeles (UCLA). Autora de *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory* (Polity Press, 1989), *The sexual contract (Polity Press, 1988), The problem of Political Obligation: a critical Analysis of Libertal Theory* (John Wiley and Son, 1979), *Participation and Democratic Theory* (Cambridge University Press, 1970).

**Tamar Pitch**
Profesora de Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino. Colabora en numerosas revistas, como *Democrazia e diritto y Dei diritti e delle pene,* y forma parte del consejo asesor de publicaciones tan prestigiosas como *Social and Legal Studies.* Autora de *Responsabilita limitate* (1989), *Donne in carcere, Un derecho para dos, la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad* (Trotta, 2003).

**Alicia Ruiz**
Actual Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Profesora Adjunta Regular de Teoría General y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Autora de *Idas y Vueltas por una Teoría Crítica del Derecho,* (Editores del Puerto, 2001), *El derecho en el género y el género en el derecho* (volumen colectivo - Biblos, 2000), *Identidad femenina y discurso jurídico* (compiladora – Biblos, 2000), *Materiales para una teoría crítica del derecho* (volumen colectivo - Abeledo-Perrot, 1991).

**Judith Salgado**
Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); Diplomada Superior en Ciencias Sociales, con mención en Derechos Humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador (FLACSO-E); Magíster en Estudios Latinoamericanos con mención en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos de la UASB-E y profesora de las materias Género y derechos humanos y Diversidad, equidad y derechos humanos en esta universidad. Docente de Derechos económicos, sociales y culturales y Teoría y práctica de los derechos humanos de la PUCE.

**Lola Marisol Valladares Tayupanta**
Doctora en Jurisprudencia y Abogada por la Universidad Central del Ecuador, Master en Ciencias Sociales con especialización en género por FLACSO Ecuador. Feminista. Ha trabajado en atención de víctimas de violencias de género, gestión de políticas públicas con enfoque de género y patrocinio de casos relacionados con violaciones de derechos humanos de las mujeres. Ha sido profesora de Género y Derechos Humanos y Género y Derecho Penal en FLACSO-Ecuador y la Universidad Andina Simón Bolívar. Coordinadora del Area de Gobernabilidad, Violencia y VIH del Fondo de desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM Región Andina)

**Joan Williams**
Profesora en la Universidad de California - Hastings College of the Law de "Teoría legal feminista". Autora de *Class Acts and Gender Works: Reshaping the Everyday and*

*Electoral Politics of Work and Family* (Harvard University Press, 2010), *Worklife Law's Guide to Family Responsibilities Discrimination* (with Cynthia Thomas Calvert - Center for Worklife Law, 2007), *Unbending Gender: Why Family and Work Conflict and What To Do About It* (Oxford University Press, 2000).

**Eugenio Raúl Zaffaroni**
Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Profesor titular de Derecho Penal y director del Departamento de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Criminología en la Facultad de Psicología en la misma Universidad. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Autor, entre otras obras, del *Manual de Derecho Penal: Parte General* (Ediar, 2006), *En busca de las penas perdidas* (Temis, 1990), *Criminología: aproximación desde el márgen* (Temis, 1998), *El enemigo en el derecho penal* (Ediar, 2006), *La estructura del delito* (Ediar, 2009).

Este Libro se terminó de
imprimir en diciembre de 2009
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador

## UNIDAD III: FEMINICIDIO

2) Jiménez Rodríguez, Nayibe Paola. Feminicidio/Femicidio: Una salida emergente de las mujeres frente a la violencia ejercida en contra de ellas. Artículo de investigación desarrollado en el "Grupo de Investigación en Derechos Humanos Antonio Nariño y Álvarez. Universidad Autónoma de Colombia – Universidad Pedagógica Nacional – Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

**Nayibe Paola Jiménez Rodríguez****

# Femicidio/Feminicidio: Una Salida Emergente de las Mujeres Frente a la Violencia Ejercida en Contra de Ellas*

## Femicide/feminicide: an emergent way out against women violence against them

## Femicídio/feminicídio: una saída emergente das mulheres frente à violência exercida contra elas

Revista LOGOS CIENCIA & TECNOLOGÍA ISSN 2145-549X,
Vol 3. No. 1, Junio – Diciembre, 2011, pp. 127-148

**Resumen**

El femicidio/feminicidio nace en el marco de la violencia extrema contra las mujeres, como concepto que la visibiliza, y se ha desarrollado con la fundamentación de las corrientes feministas posicionándolo políticamente a tal punto que obtuvo la sanción y protección de instrumentos internacionales; igualmente, en razón a la preocupación de los Estados por este fenómeno y sus repercusiones. Países latinoamericanos han desarrollado legislaciones internas en el campo penal para evitar estas conductas; sin embargo, Colombia no ha sido una de ellas, y actualmente, aunque ha implementado varias normas en pro de la protección de las mujeres, se encuentra en el debate y asimilación de dicho concepto.

**Palabras clave**

Femicidio, feminicidio, patriarcado, tipificación, violencia contra las mujeres.

**Abstract**

Femicide/femicide borns in the context of extreme violence against women as a concept that

**Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2011**
**Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2011**

* Artículo de Investigación desarrollado en el "Grupo de Investigación en Derechos Humanos Antonio Nariño y Álvarez", registro Colciencias COL0053849 (Categoría B - 2010), Universidad Autónoma de Colombia - Universidad Pedagógica Nacional - Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

** Abogada y Especialista en Derecho Público Universidad Autónoma de Colombia. Máster © en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá (España). Diplomado en Género, Justicia y Estrategias de Litigio. E-mail: napojiro@yahoo.es.

makes visible, and has been developed with the foundation of the feminist movements positioning them politically at the point which obtained the sanction and protection of international instruments, likewise in reason for the concern of the states for this phenomenon and its implications, Latin American countries have developed domestic legislations in the criminal field to avoid these behaviors, nonetheless Colombia has not been one of them and nowadays although it has implemented several standards in favor of the protection of women, it is in the debate and assimilation of the above mentioned concept.

**Key words**
Femicide, patriarchy, criminality, violence against women.

**Resumo**
O femicídio/feminicídio nasce como marco extremo da violência contra as mulheres, como um conceito que a torna visível e que se desenvolveu com a fundamentação das correntes feministas, posicionando-o politicamente a tal ponto que obteve a sanção e proteção de instrumentos internacionais, igualmente em razão à preocupação dos Estados por este fenômeno e suas repercussões. Países latinoamericanos desenvolveram legislações internas no campo penal que coíbem essas condutas, no entanto, a Colômbia não foi um desses e, atualmente, ainda que tenha implementado várias normas em prol das mulheres, ainda encontra-se em debate a assimilação do referido conceito.

**Palavras-Chave:**
Femicídio/feminicídio, patriarcado, tipificação, violência contra as mulheres.

## INTRODUCCIÓN

En el mundo entero la violencia y la discriminación contra la mujer se han venido naturalizando como un ejercicio que se origina en el poder desarrollado de las relaciones inequitativas entre mujeres y hombres, acciones que afectan la dignidad, la vida y la integridad de las mujeres en diversas formas, y que se nos hace creer que forman parte de la existencia de las mujeres.

A pesar de ello, la internacionalización de los derechos humanos ha venido impulsando la denuncia de estos hechos, ha obtenido la activación de procesos de reconocimiento de algunos sectores sociales –en especial de mujeres y de algunos Estados, de la violencia contra las mujeres–, ha tomado conciencia de que las mujeres no solo son violentadas cotidianamente, sino que mueren permanentemente por el hecho de serlo.

Esta reacción ha traído consigo que corrientes feministas debatan la situación y construyan un concepto que contempla la muerte de las mujeres por el hecho de serlo, así como la violencia extrema en contra de ellas, al que se le denominó femicidio/feminicidio.

## 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema de investigación recae en el análisis conceptual del fenómeno del femicidio/feminicidio, junto con su concientización y alcances globales en el ámbito internacional y nacional.

## 2. METODOLOGÍA

El tema se desarrolla a partir de la revisión de la literatura que se encuentra en español, aclarando que como se trata de un fenómeno mundial, buena parte de la literatura desarrollada está en inglés, y se realiza de esta manera, ya que la intención del texto recae en el análisis de elementos latinoamericanos que permitan la reflexión y discusión de una propuesta de tipificación del femicidio/feminicidio para Colombia.

### 2.1 Metodología cualitativa

El método empleado en la presente investigación se denomina investigación cualitativa, método que busca establecer cuáles son las ópticas que se han desarrollado sobre el tema para concebir y mirar las distintas realidades que lo componen, así como también comprender la lógica de los caminos que se han construido para producir, intencionada y metódicamente conocimiento, sobre ellas (Sandoval Casilimas, 1996, 27).

La investigación cualitativa estuvo integrada por cuatro procesos cognoscitivos: comprensión, síntesis, teorización y recontextualización (Ramírez Llerena, 2000, 319), y tiene como fundamento la comprensión del acto social que permite construir conocimiento sobre la realidad social "Esto es la estructura de motivaciones que tienen los sujetos, la meta que persiguen, el propósito que orienta su conducta, los valores, sentimientos, creencias que lo dirigen hacia un fin determinado", a través del proceso definido por Pierre Bourdieu, Jean-Claude Chamboredon y Jean-Claude Passeron como "El proceso interrelacionado que deconstruye teóricamente las nociones espontáneas y, simultáneamente, reconstruye la realidad en forma conceptual por la ciencia. Se trata de desprenderse y superar el saber inmediato, constituido por los sentidos, para poder llegar al conocimiento profundo, científico de la realidad" (Ibáñez, 1986, 21).

## 3. RESULTADOS

### 3.1 Denominación de la violencia en contra de las mujeres

Antiguamente se empleaba el término *uxoricidio* para referirse a las muertes de mujeres causadas por los esposos, que tenían como fundamento los celos, hechos que en algunas sociedades son vistos como asesinatos de menor importancia al considerar que esta reacción es la debida para el esposo en caso de adulterio.

Luego, con el tiempo y sin identificar sobre quién se ejerciera la violencia, se reemplazó con el nombre *conyugicidio* para referirse al crimen del cónyuge, fuese hombre o mujer, para concluir con el concepto de homicidio o muerte no natural de un hombre, término que incluía a las mujeres. Así, el asesinato de mujeres se fue invisibilizando para las estadísticas y políticas institucionales.

Ante este grave suceso y con urgente necesidad de poner en evidencia la muerte de mujeres por razones de su sexo, autoras feministas crearon una concreta categoría para denominar este hecho, utilizaron el vocablo *femicidio/feminicidio*

### 3.2 ¿Femicidio vs. Feminicidio?

El término femicidio se origina en el desarrollo de las teorías feministas, proveniente de las autoras Diana Russell y Jill Radford de su obra *Femicide. The Policies of Woman Killing,* al igual que de Mary Anne Warren en 1985 en su libro *Gendercide: The Implications of Sex Selection,* noción que posteriormente frente a los misteriosos homicidios en México de las mujeres de Juárez, Marcela Lagarde, feminista, antropóloga y diputada mexicana, creó la categoría de feminicidio como un concepto para denunciar la impunidad de estos delitos.

Femicidio fue el término utilizado para describir los hechos violentos cometidos en contra de las mujeres, empleado por primera vez en Bruselas en 1976 por la feminista Diana Russell al testimoniar ante el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, y luego utilizado por Mary Anne Warren en 1985 en su libro Gendercide: The Implications of Sex Selection. El femicidio recoge, en su concepto amplio, el asesinato de fetos femeninos (feticidio), niñas (infanticidio), adolescentes y mujeres por el solo hecho de serlo, es decir, por ser del sexo femenino.

Femicidio fue el término utilizado para describir los hechos violentos cometidos en contra de las mujeres, empleado por primera vez en Bruselas en 1976 por la feminista Diana Russell al testimoniar ante el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, y luego utilizado por Mary Anne Warren en 1985 en su libro *Gendercide: The Implications of Sex Selection.* El femicidio recoge, en su concepto amplio, el asesinato de fetos femeninos (feticidio), niñas (infanticidio), adolescentes y mujeres por el solo hecho de serlo, es decir, por ser del sexo femenino. El femicidio puede ser cometido tanto por hombres como por mujeres.

En 1992, Jill Radford y Diana Russell en su clásico texto *Femicide* describen que el femicidio es una

de las dimensiones "(...) más desgarradoras y sensitivas de la violencia masculina (...)" y se ubica en "(...) el extremo final del terror contra las mujeres, el cual incluye una gran variedad de abusos verbales y físicos, como la violación, la tortura, la esclavitud sexual, el incesto y el abuso sexual infantil extrafamiliar, al igual que la agresión psicológica (...)" (I informe regional: situación y análisis del femicidio en la región centroamericana 2006, 34).

Sin embargo, en América Latina, Marcela Lagarde prefirió feminicidio para denominar así el conjunto de delitos de lesa humanidad que contiene los crímenes, los secuestros y las desapariciones de niñas y mujeres en un cuadro de colapso institucional (Lagarde 2006, 281), en un cuadro de impunidad, y Julia Monárrez, igualmente refiriéndose a feminicidios, argumenta que "(...) el término debe aplicarse por la necesidad de hacer visibles a las mujeres, tanto desde la óptica de la palabra, como del crimen que se ha cometido en contra de ellas".

Vale aclarar que grandes autoras como Ana Carcedo y Montserrat Sagot (2000) reivindican el término femicidio, buscando relacionar los crímenes con la violencia sufrida por las mujeres en los diferentes ámbitos de su vida social, más que con la impunidad que los rodea.

Vale aclarar que grandes autoras como Ana Carcedo y Montserrat Sagot (2000) reivindican el término femicidio, buscando relacionar los crímenes con la violencia sufrida por las mujeres en los diferentes ámbitos de su vida social, más que con la impunidad que los rodea.

### *3.2.1 Conceptualización*

No existe consenso sobre el concepto del feminicidio/femicidio en la doctrina y en las diferentes corrientes del movimiento feminista; sin embargo, no puede negarse el progreso en la consolidación de su noción política.

Bajo las anteriores consideraciones se ha construido el término femicidio como un término jurídico, con connotaciones políticas para identificar y denunciar los asesinatos de las mujeres como resultado extremo de la violencia, asesinatos de mujeres por el hecho de serlo, que se producen tanto en el ámbito privado como en el público, ya que no solo se ejecutan en el terreno de victimarios conocidos, sino también desconocidos; es la violencia basada en la inequidad de sexos, entendida como aquella ejercida por los hombres hacia las mujeres en su deseo de adquirir poder, dominación o control.

Según Marcela Lagarde, el feminicidio sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales agresivas y hostiles que atentan contra la integridad, el desarrollo, la salud, las libertades y la vida de las mujeres, e implican según René Jiménez (2006) que las mujeres son utilizables, prescindibles, maltratables y desechables, ya que los femicidios tienen en común una infinita crueldad y un odio desmedido hacia ellas.

Rita Segato, por su parte (2006), explica que esta reacción de odio se desenlaza cuando la mujer ejerce autonomía sobre su cuerpo, o cuando accede a posiciones de autoridad o poder, bien sea en lo económico o en lo político, que tradicionalmente han sido ocupadas por hombres. Además, explica que son crímenes de poder cuya intencionalidad de matar o simplemente herir o hacer sufrir no define diferencias, por lo que a veces es un resultado no buscado deliberadamente por el agresor (Segato, 2006); de allí que el femicidio se caracterice como un crimen de odio.

La importancia de darles el nombre de feminicidio a los homicidios cometidos contra las mujeres radica en que el término desarticula los argumentos de que la violencia de sexo es un asunto personal o privado y muestra su carácter profundamente social y político, resultado de las relaciones estructurales de poder, dominación y privilegio entre los hombres y las mujeres en la sociedad (Carcedo y Sagot 2000, 10).

- **Tipos de femicidio**

Las autoras Radford y Russell han clasificado el femicidio en tres categorías:

a. Femicidio íntimo: hace referencia a los asesinatos cometidos por hombres con quienes la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia o afín.

b. Femicidio no íntimo: asesinato cometido por hombres con quienes la víctima no tenía relaciones íntimas, familiares, de convivencia o afines (por lo general, este comprende un ataque sexual previo), y

c. Femicidio por conexión: se refiere a mujeres que fueron asesinadas 'en línea de fuego' de un hombre tratando de matar a una mujer. Son casos de parientas, niñas y otras mujeres que intervinieron para evitar el hecho que fueron atrapadas en la acción del femicida (Radford y Russell, 1992 en Carcedo y Sagot, 2000, 10).

### 3.3 Fundamentación del femicidio desde la perspectiva feminista: origen

El femicidio no ha sido incluido en las leyes ni códigos penales en la mayoría de los países latinoamericanos, pues este es una noción que se utiliza propiamente en ámbitos feministas, políticos y académicos, y su estudio incluye a los agresores individuales, las estructuras estatales y estructuras jurídicas (Muralles, 2005).

Las corrientes feministas otorgan la responsabilidad de la ocurrencia de estos hechos (femicidios) al sistema denominado "*patriarcado*", ya que los asesinatos de mujeres constituyen un ejercicio de poder desde el poder mismo, cuya finalidad es la dominación, la imposición y la apropiación de los cuerpos de las mujeres; es una institución sostenida en el control del cuerpo y la capacidad punitiva sobre las mujeres, y con ello contribuyen a demostrar, de forma fehaciente, la dimensión política que expresan estos asesinatos de mujeres en un medio dominado por la cultura e institucionalidad patriarcal, que atribuye menos valor a la vida de las mujeres y propicia la subyacente justificación a los crímenes de que son objeto. (Cladem 2008, 105).

La ideología patriarcal se ha reproducido durante siglos por la educación, la religión y el Estado conjuntamente, y sigue siendo permanente en las percepciones y actitudes machistas que respaldan la discriminación y el menosprecio hacia las mujeres como mecanismo cultural para su control y opresión.

El feminicidio y la violencia que lo identifica expresa la desigualdad e inequidad del poder entre hombres y mujeres como una realidad que ha permanecido oculta durante siglos, vista como algo natural y que compone la violencia de sexo, viviendo en desigualdad de derechos y condiciones, considerando a las mujeres siempre de menor categoría que los hombres, pensando en que no están capacitadas para disponer de sus vidas, resaltando las diferencias apoyadas en los estereotipos de sexo y conservando las estructuras de dominio que se derivan de estos.

La ideología patriarcal se ha reproducido durante siglos por la educación, la religión y el Estado conjuntamente, y sigue siendo permanente en las percepciones y actitudes machistas que respaldan la discriminación y el menosprecio hacia las mujeres como mecanismo cultural para su control y opresión.

De esta forma, el poder patriarcal se mantiene y se perpetúa por medio de la violencia de sexo a que venimos haciendo referencia; la finalidad de aquel es conservar la autoridad y controlar al colectivo femenino con base en diversos mecanismos que nos son familiares, desde la división del trabajo y la doble jornada hasta la violencia física y la muerte (Mariana Berlanga, 2009).

Desde esta visión, el Estado es el ente que ha legitimado considerar la violencia contra las mujeres como un problema familiar privado respecto del cual el Estado no tiene ninguna responsabilidad, pues su rol primordial es tratar a mujeres y hombres bajo un supuesto principio de igualdad que opera sólo en la esfera pública y contempla las violaciones de derechos humanos de las mujeres en el contexto de la familia,

por fuera de su órbita de responsabilidad (Cladem, 2008. 102).

Finalmente el feminicidio constituye una guerra en contra de las mujeres que exige el inicio de relaciones menos desiguales, que exige el vínculo de redes de protección entre las mismas mujeres que permita constituir una alternativa de convivencia entre la sociedad y que evite repetir fenómenos de esta categoría.

### 3.4 Femicidio: conducta punitiva

Varios países latinoamericanos evidencian que si bien la condición en que viven las mujeres ha mejorado en los últimos treinta años, los estudios sobre violencia desarrollados desde el enfoque legal y de derechos establecen que aún subsisten la discriminación y exclusión, sobre todo a las mujeres que reúnen la condición de indígenas o afrodescendientes, pobres o extremadamente pobres, monolingües y que viven en las zonas rurales (Cladem 2008, 28). Estas afirmaciones están soportadas en importantes investigaciones psicosociales, como "Violencia en la relaciones de pareja: una búsqueda en la subjetividad de las mujeres", de Marisol Vega (1995), y "Yo actuaba como varón solamente", de Rafael León y Marga Stahr (1995), en el que se analiza el discurso de las personas presas por haber cometido violaciones sexuales.

Frente a esta realidad regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas" ha señalado como deber de los Estados la provisión de recursos judiciales para remediar las violaciones de derechos humanos denunciados (Cladem 2008, 26).

De la misma forma, para las diferentes organizaciones de mujeres, organismos internacionales e instituciones del Estado, la violencia contra las mujeres es una preocupación constante que genera diversidad de informes, encuestas, reportes de derechos humanos, diagnósticos cualitativos y cuantitativos, etc. (Cladem 2008, 233).

Frente a esta realidad regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas" ha señalado como deber de los Estados la provisión de recursos judiciales para remediar las violaciones de derechos humanos denunciados (Cladem 2008, 26), frente a lo cual una propuesta relevante sería incluir la conducta femicidio en la legislación penal, lo que nos asignaría la tarea de tipificar la conducta.

#### *3.4.1 Tipificación[1] del femicidio*

Si bien el concepto de feminicidio/femicidio se encuentra en proceso de construcción, es evidente la existencia de una base conceptual que permite su denuncia y la generación de propuestas, así que políticamente no hay duda de que se trata de homicidios o asesinatos en una sociedad patriarcal o machista que esconde el desprecio por las mujeres y que están sustentados en la necesidad de controlar sus vidas, especialmente su sexualidad; todo ello en el marco de un Estado que no cumple con su deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Cladem, 2008, 34).

Para iniciar, se hace necesario erradicar el término 'delito pasional' por ser un concepto misógino, puesto que esconde todo el sistema de dominación patriarcal y por lo tanto persigue el hecho de mantener a las mujeres subordinadas, dicho esto frente la 'romantización' por parte de los medios de comunicación sobre los casos de feminicidio/femicidio íntimo. Presentar esta violación de derechos humanos contra las mujeres como crímenes pasionales en los que los hombres asesinan a las mujeres por el 'inconmensurable amor' que les tienen produce dos perversos efectos: a) Trivializa los crímenes, que terminan justificándose y responsabilizando por esta comisión a las víctimas, banaliza los hechos y da percepciones como "la muerte de Andrea fue un crimen pasional producto de los celos"

[1] La tipificación o tipo penal hace referencia a la descripción de los actos que se consideran como delito y a los cuales se les asigna una pena o sanción.

o "el homicida actuó llevado por una pasión incontrolable", como comúnmente se muestran, y b) Se regresa a las antiguas eximentes de responsabilidad que existían (y existen) en algunos países de América Latina que exoneraban de responsabilidad penal al marido que sorprendía a su mujer en el delito de adulterio, supuestamente amparado por el impulso irresistible de recuperar el honor familiar (Antony, 2011, 12).

Sobre la tipificación del feminicidio como un delito autónomo, cabe señalar que es necesaria la creación de un espacio que permita el debate a nivel doctrinal, donde se tome en cuenta no solo la problemática del feminicidio, sino también los principios fundamentales de la doctrina penal relacionados con el poder punitivo en el contexto de un Estado democrático, donde la premisa señala que el control social mediante la norma penal debe ser la última herramienta ante el fracaso de otros medios sociales de control. Parece que tipificar esta figura como autónoma es una forma más de enfrentar estas conductas ilícitas.

Resulta fundamental llevar este debate al ámbito político, dado que los cambios normativos también tienen un soporte cultural. Desde la perspectiva crítica del Derecho se asume que la norma no es neutral, ya que consta de aspectos políticos en su elaboración. En este sentido resulta fundamental la sensibilización de los agentes políticos y de los operadores de justicia, para incluir la problemática del feminicidio en el sistema normativo nacional en armonía con la doctrina penal, tomando en cuenta el trasfondo cultural que subyace en estos crímenes (Cladem 2008, 213).

Como asevera la magíster Patsili Toledo, la efectividad de las leyes penales no existe más que en lo cultural y simbólico; el resto son las políticas públicas que deben implementarse. Las demandas más exigentes sobre tipificación del femicidio no generan más impunidad, solamente pretenden que sus sanciones se califiquen como homicidios agravados (Toledo, 2008).

De acuerdo al Derecho Penal y a ciertas proposiciones desde la Criminología Crítica, Zaffaroni nos alerta del peligro de producir leyes penales más severas, que estarían legitimando aún más el poder punitivo verticalizante, más allá de su valor simbólico. Zaffaroni justifica la utilización de esta herramienta jurídica solo en forma limitada y además prudente, como una estrategia más para deconstruir y neutralizar la jerarquización social discriminatoria (Zaffaroni, 2000, 36-37).

> Presentar esta violación de derechos humanos contra las mujeres como crímenes pasionales en los que los hombres asesinan a las mujeres por el 'inconmensurable amor' que les tienen produce dos perversos efectos.

Al respecto, se debe tener en cuenta que una legislación propuesta debe ir acorde con los estándares internacionales trazados por la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y por la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, y que previamente a introducirla se debe analizar si existe o no en la reglamentación penal vigente, qué circunstancias la delimitan y, por supuesto, debe respetar la proporcionalidad de las penas.

Un argumento más a favor de la penalización es que refuerza el cambio de las posturas patriarcales de algunos jueces y juezas, los obliga a fundamentar sus fallos sobre la descripción del delito, evita la argumentación con el uso de conceptos como 'la emoción incontrolable' o 'desborde de los sentidos' e impide que no se sancione adecuadamente la conducta punitiva o se utilicen atenuantes que invisibilizan la violencia extrema contra las mujeres.

Visibilizar el femicidio permite que se conozca la real magnitud de esta conducta ilícita, contribuye a abrir los espacios de repercusiones de los homicidios de mujeres cometidos no solo por parte de sus parejas o exparejas, sino los de aquellas que ejercen la prostitución, o son asesinadas después de haber sido violadas, o son

víctimas de otras conductas de violencia sexual (Antony 2011, 13).

Ahora bien, de mantener la figura del homicidio calificado, habría que ampliar los sujetos pasivos al conviviente o, mejor aún, a quien tenga "una relación análoga de afectividad", que cubriría un espectro más amplio respecto a situaciones como por ejemplo el conviviente que ha dejado el hogar común, o con quien se ha tenido hijos comunes, o ha mantenido o mantiene este tipo de relación. También debería cubrir otras víctimas como los ascendientes, descendientes o sujetos de notoria dependencia o situación de desamparo respecto de quien causó su muerte (Antony 2011, 13).

Se trata de considerar la mayor vulnerabilidad de factores como etnia, credo religioso, opinión pública, edad, opción sexual, existencia o no de relación de parentesco con la víctima, etc.

En el mismo orden de ideas, debería, en tal suposición, incorporar la atenuante para el autor/a del delito que se haya encontrado en notoria dependencia, grave desamparo o hubiere sido objeto de su parte de reiterada violencia intrafamiliar. Esta atenuante se aplicaría por razones de igualdad, pero beneficiaría mayoritariamente más a mujeres que a hombres (Proyecto Sernam, 2008).

No es fácil contestar la pregunta ni tomar alguna postura definitiva frente al femicidio, pero lo que sí es claro es que la sola creación de la ley no va a solucionar o mejorar mayormente los actos violentos contra la mujer si no se acompañan con políticas preventivas que privilegien la protección. También se necesita un sistema judicial sensibilizado y preparado desde la perspectiva de los sexos, pero sobre todo que funcione (Antony 2011, 13).

Esta concepción amplia del femicidio/feminicidio ayudaría a visibilizar una realidad que nos agobia y que ha permanecido oculta. Utilizar un término genérico no complicado recoge además la multiplicidad de las variables que pueden producirse buscando el criterio de protección. Se trata de considerar la mayor vulnerabilidad de factores como etnia, credo religioso, opinión pública, edad, opción sexual, existencia o no de relación de parentesco con la víctima, etc. Por otro lado, debemos evitar un tipo penal abierto que vulnere el principio de legalidad, por lo que requiere mayor especificidad en su redacción (Antony 2011, 15).

La tratadista Carcedo ha señalado como elementos para considerar en la definición del nuevo tipo los siguientes (Carcedo y Sagot, 2000):

Término preciso que delimite:

- No puede ser una definición taxativa cerrada a priori, siempre pueden surgir formas nuevas.
- La relación de pareja, familiar y el ataque sexual son contextos de femicidios en todas las sociedades.
- Para determinar si un homicidio de mujer es femicidio/feminicidio se requiere conocer quién lo comete, cómo lo hace y en qué contexto (no siempre se tiene toda la información, pero hay indicadores).
- Un criterio básico (no único): si el hecho de ser la víctima una mujer es necesario para que el asesinato se dé.
- Otro aspecto de especial consideración, desde Carcedo, es lo relacionado con la posibilidad de comisión de femicidios/feminicidios por parte del Estado.

### *3.4.2 Derecho comparado*

Algunos de los países que han reglamentado el femicidio hasta el momento son Chile, Costa Rica, Guatemala y El Salvador, diseñado cada uno teniendo en cuenta sus respectivas características, contextos y escenarios, lo cual hace que no haya uniformidad en las reglamentaciones.

**Costa Rica**

Costa Rica se considera junto con Guatemala como pionero en penalizar la violencia contra la

mujer. En su Ley 8589 del año 2007 contempla el femicidio como "quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho, declarada o no", y de acuerdo a la clasificación, tan solo conceptualiza el femicidio íntimo.

**Chile**

Chile recientemente con su Ley 20480 del 2010, que modifica el Código Penal, describe el concepto así: "El que mate a una persona con la que tiene o ha mantenido una relación de convivencia o vínculo matrimonial, o tiene un hijo en común, el delito tendrá el nombre de femicidio". Igualmente, regula la conducta bajo la clase de femicidio íntimo y no contempla homicidios de personas que mantienen o mantenían una relación de pareja con el autor del delito.

**Guatemala**

En razón a los frecuentes, reiterativos y múltiples hechos de violencia en contra de la mujer, la legislación guatemalteca, por medio del Decreto 22 del 2008, estableció como femicidio: "Quien en el marco de las relaciones de poder entre hombres y mujeres diera muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de las siguientes circunstancias:

• Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja e intimidad con la víctima.
• Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido, con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.
• Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
• Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
• En menosprecio del cuerpo de la víctima, para satisfacción de instintos sexuales o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
• Por misoginia"[2].

Contempla la legislación las categorías de femicidios íntimos, no íntimos y por conexión; deja afuera el femicidio cometido por agentes del Estado.

**El Salvador**

El Salvador aprueba en noviembre del 2002 la denominada "Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia", en la que sanciona como femicida a "Quien causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, considerando como circunstancias de odio o menosprecio las siguientes:

• Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima.
• Que el autor se hubiese aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.
• Que el autor se hubiera aprovechado de la superioridad que generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el sexo.
• Que previo a la muerte de la mujer, el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual.
• La muerte precedida de mutilación".

Igualmente, establece circunstancias agravantes del femicidio que pueden elevar la pena hasta cincuenta años. Y el suicidio feminicida por inducción o ayuda.

Como fue nombrado no es suficiente incorporar reformas legales solo en lo penal; se hacen necesarias reformas integrales de mandatos que expresen discriminación violatoria de la dignidad humana.

### *3.4.3 Políticas públicas adecuadas para prevenir los femicidios*

Las políticas públicas dirigidas a las mujeres deben contemplar la protección tanto en el ámbito

[2] Aversión u odio a las mujeres.

público como en el privado, y no pueden ser las mismas en todos los países y regiones, porque las circunstancias y contextos bajo los cuales se ejecutan los femicidios/feminicidios no tienen los mismos antecedentes ni el mismo desarrollo.

Toda política pública debe generarse con perspectiva de sexo, mucho más teniendo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres y el entorno discriminatorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la importancia de este enfoque al desarrollar la sentencia sobre el Campo Algodonero bajo los siguientes criterios: La perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, analizando los diferentes intereses entre hombres y mujeres, y sus respectivas realidades económicas, sociales y culturales, como también tomar en cuenta la diversidad y las diferencias entre los sexos, características que deben integrarse a la legislación, políticas y programas. La perspectiva de género es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad.

Toda política pública debe generarse con perspectiva de sexo, mucho más teniendo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres y el entorno discriminatorio.

Por último, las políticas públicas para prevenir los femicidios/feminicidios deben estar dirigidas a: a) Campañas de sensibilización y educación a toda la población; b) Capacitación y sensibilización de los operadores del sistema jurisdiccional (jueces, fiscales, defensores, policías, personal de salud, etc.), enfatizando en la no denegación de justicia y en las repercusiones de la impunidad; c) Decreto inmediato por los órganos jurisdiccionales que correspondan de las medidas de protección desde el inicio del procedimiento, privilegiando las situaciones de mayor riesgo; d) Establecer expresamente en la legislación sancionatoria que, en el evento de incumplimiento de las medidas de protección por parte de ofensor, se tipifique un nuevo delito como desacato con pena de reclusión; e)Tener una base de datos confiable y actualizada sobre el estado de tramitación de las medidas de protección, con el fin de darles seguimiento a su vigencia y cumplimiento; f) Disponer de un observatorio de la violencia contra las mujeres donde se vigile la situación de la violencia contra ellas; g) Contar con una legislación integral que proteja a las víctimas eventuales, ofrezca servicios de atención y ayuda, particularmente el asesoramiento legal en estos casos; h) Fortalecer las campañas que denuncien la educación sexista y discriminatoria contra las mujeres, para lograr los cambios culturales necesarios; e i) Fortalecer de los mecanismos de protección dirigidos a las mujeres (Antony 2011, 15).

### 3.5 Protección internacional

Los instrumentos internacionales referentes a la protección de la mujer contra la violencia son:

1. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967).

2. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1981).

3. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993).

4. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994).

5. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

6. En América Latina: Convención Interamericana para prevenir, castigar y erradicar la Violencia Contra la Mujer (1995); y

7. Resolución del Fondo de Población de Naciones Unidas, en la que se declara la violencia contra la mujer como una "Prioridad de Salud y Pública" (1999).

Además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, artículos 1 y 2; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969; y la Recomendación número 19 del Comité de Expertas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer de 1992.

Igualmente, con gran relevancia se encuentra la Comisión Interamericana de Mujeres, como un organismo especializado de carácter permanente que recientemente fue testigo de la adopción de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer y que contribuye a su cumplimiento (Carvajal 2010, 323).

Siguiendo el ámbito interamericano, la Convención Belém do Pará señala que la violencia contra la mujer es "Una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" reconociendo que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.

Por su parte, la CEDAW define que la discriminación contra la mujer "Incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada". La CEDAW también ha señalado que "La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre".

La Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer, de la ONU, ha aportado directrices sobre qué medidas deben tomar los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales en cuanto a prevención: 1) Ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; 2) Garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; 3) Existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; 4) Políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; 5) Sensibilización del sistema de justicia penal y de la policía en cuanto a cuestiones de sexos; 6) Accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; 7) Existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información; y 8) Reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer (Coomaraswamy, 1999, párr. 25).

Asimismo, según un informe del Secretario General de la ONU, es una buena práctica hacer que el entorno físico sea seguro para las mujeres, y se han utilizado auditorías comunitarias de seguridad para detectar los lugares peligrosos, examinar los temores de las mujeres y solicitar a las mujeres sus recomendaciones para mejorar su seguridad.

Asimismo, según un informe del Secretario General de la ONU, es una buena práctica hacer que el entorno físico sea seguro para las mujeres, y se han utilizado auditorías comunitarias de seguridad para detectar los lugares peligrosos, examinar los temores de las mujeres y solicitar a las mujeres sus recomendaciones para mejorar su seguridad. La prevención de la violencia contra la mujer debe ser un elemento explícito en la planificación urbana y rural y en el diseño de los edificios y residencias. Forman parte de la labor de prevención el mejoramiento de la seguridad del transporte público y los caminos que emplean las mujeres, por ejemplo, hacia las escuelas e instituciones educacionales, los pozos, los campos y las fábricas (Naciones Unidas, Asamblea General 2006, párr. 352).

En 1993, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas instó a los Estados

a proceder con la debida diligencia, a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares; lo mismo hizo la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer, de Beijing.

En el 2006, la Relatoría Especial sobre Violencia contra la Mujer, de la ONU, señaló que "Tomando como base la práctica y la *opinio juris* (…) se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer" (caso González y otras ('Campo Algodonero') vs. México, 2009, párr. 256).

Los mecanismos de protección consagrados por la Convención Belém do Pará tienen como antecedente la Convención Europea de Derechos Humanos o Convención de Roma del 4 de noviembre de 1950, redactada por la mayor parte de los países europeos con en el contexto del fascismo y de la Segunda Guerra Mundial, que llevó a sacar del ámbito meramente nacional la garantía de los derechos humanos.

En los años siguientes, el sistema europeo se generaliza. Así, en el ámbito universal, el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece también un mecanismo de denuncia individual de vulneración de Derechos Humanos ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; en nuestro continente se desarrolla el Sistema Interamericano, que se basa esencialmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, la cual concede a los individuos la posibilidad de denunciar atropellos por parte de los Estados ante una instancia regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual a su vez decide si acusa o no al Estado en cuestión ante la Corte Interamericana (Corte Constitucional, 1996).

Lo descrito explica que jurídicamente los derechos humanos son normas imperativas de derecho internacional o de *ius cogens,* que limitan la soberanía estatal, ya que los Estados no pueden transgredirlas, ni en el plano interno, ni en sus relaciones internacionales. Los problemas de derechos humanos y tratándose el caso de derechos de las mujeres han dejado de ser un asunto interno exclusivo de los Estados para constituir una preocupación de la comunidad internacional como tal, la cual ha buscado diseñar mecanismos globales de protección (Corte Constitucional, 1996).

### *3.5.1 Obligaciones de los estados*

De acuerdo a los instrumentos nombrados, surgen las obligaciones por parte de los Estados y la necesidad que tienen de adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva de este y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará (caso González y otras ('Campo Algodonero') vs. México, 2009, párr. 258).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido: El deber de prevención: Que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las

cometa. La obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado (caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, párr. 166) y la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.

La Convención Belém do Pará también obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar esa violencia.

Es de importancia nombrar aquí que desde 1992 la CEDAW estableció que "Los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas".

### *3.5.2 Sanciones a los estados por incumplimiento de las obligaciones*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "No toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará", artículo 1º de la Convención Belém do Pará (*caso Perozo y otros vs. Venezuela*, párr. 295). Sin embargo, esta convención, en su artículo 7º. b) define la violencia contra la mujer como "Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en el caso Opuz vs. Turquía que "La falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional". La Corte Europea consideró que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en los sexos, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres. Para llegar a esta conclusión el Tribunal aplicó el principio según el cual una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación. La Corte Europea constató que en el lugar donde vivía la peticionaria se presentaba el número más alto de víctimas de violencia doméstica, que las víctimas eran todas mujeres, que la mayoría de las víctimas eran del mismo origen y, además, que las mujeres víctimas enfrentaban problemas cuando denunciaban la violencia, como el hecho de que los policías no investigaban los hechos, sino que asumían que dicha violencia era un 'tema familiar' (case of Opuz v. Turkey, Judgment, 2009).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en el caso Opuz vs. Turquía que "La falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional".

La Corte, en el caso del Penal Castro Castro vs. Perú, señaló que las mujeres detenidas o arrestadas "No deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación", que "Deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas", que las mujeres embarazadas y en lactancia "Deben ser proveídas con condiciones especiales". Dicha discriminación incluye "La violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada", y que abarca "Actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad".

En el caso Maria Da Penha vs. Brasil (2000), presentado por una víctima de violencia doméstica, la Comisión Interamericana aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejer-

cer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas. La Comisión concluyó que dado que la violación forma parte de un "Patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado", no solo se violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes 273. (CIDH, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, párr. 56).

En el mismo sentido se ha pronunciado la CEDAW. Así, en el caso A. T. vs. Hungría (2005), determinó que el Estado no había cumplido las obligaciones establecidas en la Convención para prevenir la violencia contra la víctima y protegerla. En particular, señaló que "Preocupa especialmente que no se haya promulgado legislación específica que combata la violencia doméstica y el acoso sexual, y la inexistencia de órdenes judiciales de amparo o de abandono del hogar, o de albergues para la protección inmediata de las mujeres víctimas de violencia doméstica".

En el mismo sentido se ha pronunciado la CEDAW. Así, en el caso A. T. vs. Hungría (2005), determinó que el Estado no había cumplido las obligaciones establecidas en la Convención para prevenir la violencia contra la víctima y protegerla.

En similar sentido, en el caso Yildirim vs. Austria, en el cual la víctima fue asesinada por su esposo, la CEDAW encontró que el Estado había faltado a su deber de debida diligencia por no haberlo detenido.

### 3.6 Contexto Nacional: Colombia

La violencia contra la mujer se encuentra extendida y desarrollada en el mundo, hasta el punto que documentos de Naciones Unidas han mostrado que tanto en los países desarrollados como en aquellos en vía de desarrollo las mujeres siguen siendo víctimas de la violencia tanto en los ámbitos públicos y laborales como dentro del hogar. Por ejemplo, en Estados Unidos entre tres y cuatro millones de mujeres son golpeadas cada año, de suerte que la agresión contra la mujer representa el 25% de los delitos violentos en ese país. (Naciones Unidas 1991, 71-72).

En Colombia, las prácticas de violencia contra la mujer se encuentran tanto o más extendidas; sin embargo, de acuerdo al artículo 93 de la Carta Política, los derechos humanos deben ser interpretados en concordancia con los tratados y acuerdos internacionales que regulen el ejercicio de aquellos. Entre los compromisos internacionales ratificados por Colombia destinados a procurar la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, se destacan (Corte Constitucional, 2010):

1. CEDAW, aprobada mediante la Ley 51 de 1981.

2. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en Beijing (China), 1995.

3. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", aprobada mediante la Ley 248 de 1995.

4. Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada por el Consejo de Seguridad el 31 de octubre de 2000.

5. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado mediante la Ley 800 de 2003.

6. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobado mediante la Ley 984 de 2005.

7. Entre las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano relacionadas con la protección de la mujer, se encuentra la de inhibirse de ejercer violencia en contra de ellas a través de

sus agentes, como también garantizarles una vida libre de violencia en los espacios público y privado, adoptando medidas positivas en favor de las mujeres.

En este sentido, la CEDAW, en la Recomendación General número 19, numeral 7, estableció: "7. La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1º de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden:

a. El derecho a la vida;

b. El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;

c. El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno;

d. El derecho a la libertad y a la seguridad personal;

e. El derecho a igualdad ante la ley;

f. El derecho a igualdad en la familia;

g. El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental;

h. El derecho a condiciones de empleo justas y favorables".

La recomendación número 24 del mismo documento regula:

"24. A la luz de las observaciones anteriores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que

a) Los Estados Partes adopten medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo.

b) Los Estados Partes velen porque las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad. Debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención.

La realización eficaz de estos instrumentos internacionales depende de que cada Estado emplee políticas públicas e instrumentos internos que los desarrollen.

(...)

i) Se prevean procedimientos eficaces de denuncia y reparación, la indemnización inclusive.

(...)

k) Los Estados Partes establezcan o apoyen 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.

(...)

r) Entre las medidas necesarias para resolver el problema de la violencia en la familia figuren las siguientes: (...) iii) Servicios, entre ellos refugios, asesoramiento y programas de rehabilitación, para garantizar que las víctimas de violencia en la familia estén sanas y salvas".

La realización eficaz de estos instrumentos internacionales depende de que cada Estado emplee políticas públicas e instrumentos internos que los desarrollen.

La Constitución Política de 1991 trajo varios elementos útiles para reforzar el propósito de avan-

zar en el campo de protección a la mujer en las distintas áreas dentro de las cuales ella actúa. Los cambios en la estructura del Estado permitieron la aparición de la Defensoría del Pueblo, dentro de esta entidad fue creada la Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y la Mujer; así mismo, en la Procuraduría General de la Nación entró en funcionamiento la Procuraduría Delegada para la Infancia, la Adolescencia y la Familia. Como parte del Ministerio Público estas dependencias deben coordinar sus actuaciones para brindar protección integral a la mujer, teniendo en cuenta que ella es actor principal dentro de la sociedad, como también dentro de la familia (Corte Constitucional 2010, 25).

En la Rama Ejecutiva fue creada la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer como dependencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que cuenta con el Observatorio de Asuntos de Género (OAG), creado para investigar, documentar, sistematizar, analizar y hacer visible la situación de las mujeres y de la equidad de sexos en Colombia, con el objeto de formular recomendaciones en políticas, planes, programas y normas que contribuyan a la equidad de sexos en el país.

Además, después de 1991, con la nueva legislación, se fortaleció el compromiso del Estado en protección a la familia y a la mujer. A nivel nacional fueron efectivamente vinculados los sectores administrativos de justicia, salud y educación (Corte Constitucional 2010, 26).

Las entidades comprometidas fueron las siguientes: Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Policía Nacional, Instituto de Medicina Legal, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Ministerio de Cultura, Comisarías de Familia y jueces civiles municipales y de familia, entre otras autoridades.

La Constitución Política se ocupa directamente de proteger la integridad física y moral de la mujer, haciéndola titular de los derechos fundamentales, de manera especial en el artículo 43, que estipula que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades.

Además, el artículo 42 superior protege a la familia, con base en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre sus integrantes. Igualmente, la Constitución garantiza el trato diferencial y preferencial a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como ocurre en los casos de los niños, los jóvenes, los adultos mayores y las mujeres cabeza de familia.

Por su parte, el Legislador ha dedicado tiempo a la expedición de normas destinadas a prevenir y erradicar toda forma de violencia intrafamiliar, con especial protección para la mujer. Entre estas se encuentran:

1. Ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

2. Ley 360 de 1997, por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del Libro II del Decreto-Ley 100 de 1980 (Código Penal), relativo a los delitos contra la libertad y pudor sexuales, y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 (Código Procedimiento Penal) y se dictan otras disposiciones.

3. Ley 497 de 1999, establece la jurisdicción de jueces de paz como mecanismo alternativo a la solución de conflictos, entre ellos la violencia intrafamiliar.

4. Ley 575 de 2000, por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996, traslada la competencia en materia de violencia intrafamiliar de los jueces de familia a los comisarios de familia y a falta de estos a los Inspectores de Policía. Otorga asistencia a las víctimas de maltrato, consagra delitos contra la armonía y la unidad familiar (maltrato físico, psíquico o sexual).

5. Ley 640 de 2001, modifica las normas relativas a la conciliación. El capítulo VII se dedica a la conciliación extrajudicial de familia.

6. Ley 742 de 2002, aprueba el Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional, 1998), incluye delitos relacionados con violencia basada en la discriminación por sexos**.**

7. Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal.

8. Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

9. Ley 882 de 2004, aumenta la pena para el delito de violencia intrafamiliar.

10. Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

Ahora, los avances legislativos no pueden ir por un camino diferente a las decisiones judiciales nacionales, así que la Corte Constitucional ha establecido al respecto los mandatos constitucionales de protección de las mujeres frente a todo tipo de violencia y el derecho de seguridad personal.

### *3.6.1 Protección de la mujer frente a todo tipo de violencia*

Los preceptos constitucionales que obligan a las autoridades colombianas a prodigar protección a la mujer frente a la violencia y discriminación son (Corte Constitucional, 2010):

• Artículo 1º: establece que Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana.
• Artículo 2º: consagra como uno de los fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y dispone inequívocamente que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".
• Artículo 5º: dispone que el Estado "Reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona".
• Artículo 13: establece que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo", y obliga al Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, así como a adoptar "Medidas en favor de grupos discriminados o marginados".
• Artículo 22: consagra el derecho a la paz; y
• Artículo 43: dispone que "La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades", y que "La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación", lo que obliga al Estado a prestar especial protección a la maternidad y a las mujeres cabeza de familia.

### *3.6.2 La seguridad personal como derecho constitucional fundamental*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 3° que *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".*

La Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José, incorporada al ordenamiento colombiano mediante la Ley 16 de 1972, establece en su artículo 7°: *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (...)".*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, dispone en su artículo 9º: *"1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (...)".*

Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló:

El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución);

Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y

El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto sociopolítico y jurídico en el cual se vaya a aplicar.

Al pronunciarse sobre el contenido, ámbito de aplicación y límites del derecho a la seguridad personal en la Sentencia T-719 de 2003, fundamento jurídico, la Corte definió este derecho como aquel que tienen las personas a recibir protección frente a ciertos *tipos de riesgo* para su vida e integridad personal. Y al caracterizar los *tipos de riesgo* frente a los cuales protege tal derecho a la seguridad personal a fin de diferenciar su campo de aplicación de las órbitas de otros dos derechos fundamentales con los cuales está íntimamente relacionado, como la vida y la integridad personal.

Al pronunciarse sobre el contenido, ámbito de aplicación y límites del derecho a la seguridad personal en la Sentencia T-719 de 2003, fundamento jurídico, la Corte definió este derecho como aquel que tienen las personas a recibir protección frente a ciertos tipos de riesgo para su vida e integridad personal.

Concluye entonces la Corte que "Se tiene, en primer lugar, que dichos riesgos deben ser *extraordinarios.* Esto quiere decir que existe un nivel de riesgo *ordinario,* social y jurídicamente soportable, por estar implícito en la vida cotidiana dentro de cualquier sociedad. (…) Las personas no pueden exigir al Estado un nivel especial de protección frente a este tipo de riesgos elementales: soportarlos constituye una carga derivada de la condición misma de integrante de una comunidad de seres humanos que se impone a todos los miembros de la sociedad por igual.

"Ahora bien, en la medida en que la intensidad de dichos riesgos se incremente, es decir, cuando se tornen *extraordinarios* y reúnan las demás características señaladas en esta providencia, las personas tendrán derecho a solicitar la intervención protectiva de las autoridades para mitigarlos o evitar que se materialicen, cuando ello sea posible; tal intervención estatal podrá invocarse con distintos títulos, es decir, en virtud de distintos derechos fundamentales –la vida, la integridad personal o la seguridad personal–, dependiendo del nivel de intensidad del riesgo en cuestión y de sus características" (Corte Constitucional, 2010).

De tal manera que el derecho a la seguridad personal sí comprende un nivel de protección básico de las personas contra ciertos riesgos o peligros que, al responder a determinados atributos, "No resultan legítimos ni soportables dentro de la convivencia en sociedad, de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales; se trata de riesgos *extraordinarios* cuya imposición misma lesiona la igualdad en la que deben estar las personas frente a la carga de vivir en sociedad" (Corte Constitucional, 2010).

### *3.6.3 Ley 1257 de 2008: aproximación jurídica colombiana al concepto de femicidio/feminicidio*

Este panorama demuestra, sin lugar a dudas, que en Colombia se han expedido múltiples normas para la protección y garantía de los derechos de las mujeres víctimas de violencia y que han sido activadas vías administrativas, judiciales, civiles y penales, pero estas medidas evidencian también que no existe en Colombia una política criminal clara en lo relativo a los delitos que perjudican a las mujeres por su condición de sexo. También

evidencia que a pesar de la ratificación de tratados internacionales y de la implementación de mecanismos internos, el derecho de acceso efectivo de las mujeres a la justicia se dificulta desde la promulgación de cada norma sustancial (Corporación Humanas, 2008).

Actualmente, en Colombia, la única norma que trata de recoger en términos de feminicido (sin denominarlo así) la violencia extrema en contra de las mujeres es la Ley 1257 de 2008, que tiene por objeto la adopción de normas que permitan garantizar a todas las mujeres una vida libre de violencia –tanto en el ámbito público como en el privado–, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.

Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, laborales o económicas.

Y establece en su artículo 27, que se adiciona al artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código penal Colombiano), sobre homicidio en persona protegida, que la pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer. El artículo 28 dice: El numeral 4 del artículo 170 de la Ley 599 de 2000, sobre circunstancias de agravación punitiva, quedará así: "Si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre".

- Se rige la ley por los principios de

1. 1Igualdad real y efectiva**:** corresponde al Estado diseñar, implementar y evaluar políticas públicas para lograr el acceso de las mujeres a los servicios y el cumplimiento real de sus derechos.

2. Derechos humanos: los derechos de las mujeres son derechos humanos.

3. Principio de corresponsabilidad: la sociedad y la familia son responsables de respetar los derechos de las mujeres y de contribuir a la eliminación de la violencia contra ellas. El Estado es responsable de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres.

4. Integralidad: la atención a las mujeres víctimas de violencia comprenderá información, prevención, orientación, protección, sanción, reparación y estabilización.

5. Autonomía: el Estado reconoce y protege la independencia de las mujeres para tomar sus propias decisiones sin interferencias indebidas.

6. Coordinación: todas las entidades que tengan dentro de sus funciones la atención a las mujeres víctimas de violencia deberán ejercer acciones coordinadas y articuladas con el fin de brindarles una atención integral.

7. No discriminación: todas las mujeres, con independencia de sus circunstancias personales, sociales o económicas tales como edad, etnia, orientación sexual, procedencia rural o urbana, religión, entre otras, tendrán garantizados los derechos estableci-

dos en esta ley a través de una previsión de estándares mínimos en todo el territorio nacional.

8. Atención diferenciada**:** el Estado garantizará la atención a las necesidades y circunstancias específicas de colectivos de mujeres especialmente vulnerables o en riesgo, de tal manera que se asegure su acceso efectivo a los derechos consagrados en la presente ley.

• Se entiende como derechos de las mujeres los siguientes: además de otros derechos reconocidos en la ley o en tratados y convenios internacionales debidamente ratificados, las mujeres tienen derecho a una vida digna, a la integridad física, sexual y psicológica, a la intimidad, a no ser sometidas a tortura o a tratos crueles y degradantes, a la igualdad real y efectiva, a no ser sometidas a forma alguna de discriminación, a la libertad y autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la salud sexual y reproductiva y a la seguridad personal.
• Se establecen medidas a) *De sensibilización* y prevención, donde todas las autoridades encargadas de formular e implementar políticas públicas deberán reconocer las diferencias y desigualdades sociales y biológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social; b) *Educativas*, a cargo del Ministerio de Educación, que permitirán velar para que las instituciones educativas incorporen la formación en el respeto de los derechos, libertades, autonomía e igualdad entre hombres y mujeres como parte de la cátedra en Derechos Humanos; c) *En el ámbito laboral y en el de la salud*, implementadas por parte del Ministerio de la Protección Social, que promoverán el reconocimiento social y económico del trabajo de las mujeres e implementará mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial y elaborará o actualizará los protocolos y guías de actuación de las instituciones de salud y de su personal ante los casos de violencia contra las mujeres; d) De protección, con cargo a los entes jurisdiccionales, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al juez civil municipal o promiscuo municipal, quienes decretarán de forma inmediata una medida de protección que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión, o evite que esta se realice cuando fuere inminente.
• Las sanciones para quienes ejerzan violencia sobre las mujeres serán:
• La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar.
• La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar. integran el grupo familiar:
1. Los cónyuges o compañeros permanentes.

2. El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar.

3. Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos.

4. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

• La prohibición de acercarse a la víctima o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más.

## 4. Conclusiones

• La apuesta futura, como lo presentan Lía Cigarini y Luce Irigaray, está direccionada a desmontar la cultura patriarcal existente o a inaugurar otro orden simbólico desde los cuerpos de las mujeres.
• No existe unificación en el concepto de femicidio/feminicidio; sin embargo, corrientes feministas se encuentran en la construcción de la noción y han logrado posicionar políticamente el concepto.
• De acuerdo a la definición establecida por la ONU, el feminicidio es el asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de sexos que ocurre tanto en el ámbito privado como en el espacio público.
• Según Ana Carcedo, feminicidio hace referencia al homicidio de mujeres y femicidio es la forma extrema de la violencia contra las mujeres. Por su parte, Susi Pola ha establecido que femicidio y feminicidio es

una cuestión solo de léxico. Quien diga feminicidio va a preferir la definición del latín; quien diga femicidio estará traduciéndolo directamente del inglés.

• Femicidio es homólogo de homicidio y significa asesinato de mujeres; es el conjunto de formas de violencia que puede concluir en asesinatos e incluso en suicidios de mujeres, y feminicido denomina el conjunto de delitos de lesa humanidad que contiene los crímenes, los secuestros y las desapariciones de niñas y mujeres en un cuadro de colapso institucional.

• Claro sí está que el común denominador de feminicidio y femicidio es el carácter sexual: niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres.

• Independientemente de la decisión de tipificar o no el delito de feminicidio/femicidio, se ha constatado que el feminicidio íntimo es la modalidad más común en cada uno de los países estudiados, y que ninguno de ellos tiene en su legislación penal una figura fuerte para hacer frente a dichos crímenes.

• Es necesario establecer variables de registro que permitan identificar con claridad los casos de feminicidio/femicidio, para que se haga visible la reprochable conducta, y los Estados puedan crear políticas criminales adecuadas en función de la prevención de este delito.

• La tipificación del feminicidio necesita un debate que considere las características y contextos específicos para cada país, teniendo en cuenta las normas e instrumentos internacionales como la legislación interna, de tal manera que se respeten los mandatos constitucionales y los derechos de las mujeres, se concientice a los entes jurisdiccionales de la gravedad del asunto y sobre todo que permitan el acceso a la justicia sin dilaciones injustificadas que conlleven a la impunidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ANTONY, C. (2011). "Compartiendo criterios y opiniones sobre femicidio/feminicidio". En *Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del femicidio/feminicidio.* Perú: Cladem.

CARCEDO, A. y SAGOT, M. (2000). *Femicidio en Costa Rica 1990-1999.* San José.

CARVAJAL, S. C. (2010). "Derechos de la mujer en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En *Derechos de la mujer en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Bogotá: Ibáñez.

COOMARASWAMY, R. (1999). Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. *La violencia contra la mujer en la familia.* Naciones Unidas.

CEDAW, Recomendación general 19. *La Violencia contra la Mujer.*

_____. (2007). Comunicación No. 6/2005, Fatma Yildirim vs. Austria, 39° período de sesiones.

CORPORACIÓN HUMANAS-Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. (2008). *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio.* Bogotá: AECID.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú.

CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. (2010). *Sentencia C-776/10.*

_____. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. (2005). *Sentencia C-674/05.*

_____. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. (1996). *Sentencia C-408/96.*

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). Case of Opuz v. Turkey, Judgment of June 9th, 2009.

IBÁÑEZ, J. (1986). *Más allá de la sociología: el grupo de discusión.* Madrid: Siglo XXI.

LAGARDE, M. (1992). "El feminicidio, delito contra la humanidad". En *Feminicidio, justicia y derecho.* Editoras: Comisión Especial para Conocer y dar Seguimiento a las Investigaciones relacionadas con los Feminicidios o la Violencia ejercida por los Hombres contra las Mujeres en su Deseo de obtener Poder, Dominación o Control.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. (2006). *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer.* Informe del Secretario General, Sexagésimo primer período de sesiones.

_____. (1994). *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.* Resolución de la Asamblea General 48/104.

_____. (1995). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.* Beijing. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing aprobada en la 16ª sesión plenaria.

_____. (1991). *La mujer. Retos hasta el año 2000.*

RAMÍREZ, E. (2000). *La investigación sociojurídica.* Santa Fe de Bogotá D. C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

TOLEDO, P. *Tipificación del femicidio/feminicidio: hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho Penal frente a la violencia contra la mujer.* Cladem. (15 de julio), http://www.anuariocdh.uchile.cl; ccj.ufpb.br/nepgd/imagen/stories/pdf/tipitifación.pdf

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CHILE. (2008). *Incorporación de la perspectiva de género y delitos contra la vida humana independiente, propuesta de modificación al Código Penal Chileno.* Proyecto Sernam.

ZAFFARONI, E. R. (2000). "El discurso feminista y el poder punitivo". En *Las trampas del poder punitivo. El género en el Derecho Penal.* Buenos Aires: Editorial Biblos.

I Informe Regional: Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana. (2006).

## UNIDAD III: FEMINICIDIO

3) Larrauri, Elena. Género y Derecho Penal. Conferencia dictada en el marco del Seminario “Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas”, realizada los días 26 y 27 de setiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica.

# GENERO Y DERECHO PENAL

**Dra. Elena Larrauri***

En esta ocasión quisiera abordar el tema de si es posible analizar el derecho penal desde una perspectiva de género. Esto es, ¿aporta algo el analizar las normas penales con una mirada especial a como se trata a la mujer? ¿Se iluminan aspectos que de otro modo pasan desapercibidos?

La cuestión no es, o no es ya en el año 200l en España, la existencia de normas que discriminen a la mujer en el ámbito penal. Pienso que cuando menos en este ámbito se produce un tratamiento igualitario de la mujer. Sin embargo, más allá de cómo estén redactadas las normas, existe un segundo ámbito que intenta averiguar como estas son dotadas de contenido.

La expresión 'dotadas de contenido' pretende trascender el análisis de la aplicación del derecho penal. Es decir no se trata de afirmar que las normas penales son igualitarias pero los jueces las aplican de forma desigual, sin que me interesa resaltar la idea de que las normas son iguales pero están dotadas de un contenido desigual (McKinnon,1987), porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto. Por consiguiente, insisto, no se trata de que el juez realice una aplicación 'machista' de la norma, sino de que cuando el juez aplica la norma tal como está esta siendo interpretada esta norma no puede dejar de reproducir los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tenderá a discriminar a la mujer puesto que ni esta ha sido tomada en consideración cuando se elaboraban los requisitos ni el contexto en el cual la mujer requiere de la norma ha sido tomado en consideración. Espero que posteriormente con unos ejemplos sea más visible lo que intento explicar.

Una segunda idea que intentaré exponer es si el código penal parte de una determinada imagen de mujer (Sick,1991). Creo que ello es relevante porque si bien ha sido afirmación tradicional que el derecho penal refleja la idea de las mujeres que tiene la sociedad, hoy en día sabemos también que además de reflejar construye una determinada imagen, esto es refuerza una determinada visión de cómo son las

* Conferencia dictada en el marco del Seminario "Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas", realizado los días 26 y 27 de setiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica.

mujeres. Desde este punto de vista el código penal puede reforzar los estereotipos respecto de que son las mujeres y en este sentido contribuir a dificultar su superación. Además debe recordarse que una persona actúa en función de los significados. Por consiguiente transmitir una determinada imagen de mujer es regular, canalizar, de forma indirecta, el comportamiento que se observará hacia ellas. Porque refuerzan estereotipos y ello orienta los comportamientos es por lo que creo que vale la pena detenerse en analizar si en efecto el derecho penal transmite una determinada imagen de mujer.

Una tercera orientación que guía mi conferencia es resolver a la cuestión de si las normas tienen sexo. En un principio podría parecer que el sexo es totalmente indiferente para el derecho penal (García Amado,1992), que este no es tomado en consideración ni para agravar ni para atenuar las penas, y que absolutamente todas las normas están destinadas y elaboradas aplicando una perspectiva neutral. Sin embargo, creo que también los ejemplos permitirán ver cuan relevante es aun hoy la variable del sexo para entender determinadas normas del derecho penal.

## 1.- La imagen de la mujer.

Que el derecho penal partía de una determinada imagen de la mujer parece claro si uno piensa en la regulación de diversos delitos. Así por ejemplo la violación no estaba castigada en España si el sujeto activo era una mujer, hasta la reforma del código penal del año 1989 no se admite que el sujeto activo puede ser una mujer. Ello es debido a la concepción de la sexualidad de la mujer como una cosa pasiva y refuerza el estereotipo de que 'la mujer no viola'.

Es curioso observar la fuerza de este estereotipo pues a pesar de que el legislador reformó el artículo en el sentido de admitir un sujeto neutral, no obstante por medio de interpretaciones diversas del comportamiento castigado en el tipo penal numerosos autores siguen manteniendo la imposibilidad de que la mujer sea sujeto activo de determinadas modalidades[1].

Un segundo ejemplo puede ser la regulación del aborto honoris causa y del infanticidio honoris causa que estuvo vigente en España hasta la promulgación del nuevo código penal de 1995. La imagen de una mujer a la que se le permitía matar al feto y al recién nacido para salvar su honor indicaba la importancia que se creía tenía el honor para la mujer. Este honor era tan relevante que el legislador se permitía rebajar la pena en el caso de que estos delitos se realizaran para

[1] Véase por todos Muñoz Conde(1999:205-207).

salvarlo. Por el contrario, no había mención a la penuria económica, ni al abandono del padre como motivos que el legislador también podía considerar para rebajar la pena. La mujer debía ser honorable y el código penal lo reforzaba permitiéndole una rebaja de pena, pero sólo por este motivo.

Finalmente vale la pena recordar que en Alemania, además de numerosas regulaciones distintas para el hombre y para la mujer vigentes hasta la reforma de 1997, existía por ejemplo la posibilidad de castigar los comportamientos homosexuales masculinos entre menores de 18 años. La razón que se aludía para castigar solo la homosexualidad masculina era que en la mujer los comportamientos homosexuales no eran tan peligrosos ni numerosos puesto que la sexualidad de la mujer estaba dirigida a la procreación.

Como afirma Sick (1991), la autora alemana en la que me inspiró, una sexualidad pasiva, procreadora, honorable. Así son las mujeres para el código penal.

## 2.- El lenguaje del código penal.

En el derecho penal todas las normas se expresan por medio de la formula 'el que'. La necesidad de que el lenguaje admita a las mujeres, aun cuando sea por medio de la trabajosa formula el/a, puede parecer poco relevante pero debe recordarse que es un medio de mantener invisibles a las mujeres.

En la misma línea, el cómo se denominan determinados problemas puede ser indicativo de su valoración. Por ejemplo determinadas autoras advierten sobre lo improcedente de denominar a los malos tratos que sufren las mujeres en el ámbito domestico 'violencia domestica' puesto que esta designación neutral esconde quien pega a quien. Por otro lado permite poner en el mismo nivel todo tipo de violencia, sobre hijos, sobre ancianos, sobre hombres, olvidando que el problema social del cual se está discutiendo es que los hombres pegan a sus mujeres.

## 3.- El concepto de daño social.

Evidentemente no todos los problemas sociales deben ser criminalizados, esto es, ser tratados por medio del derecho penal. Pero también es cierto en mi opinión que en la actualidad el código penal juega el papel simbólico de señalar cuales son las conductas más

intolerables para la convivencia[2]. Precisamente por ello es lógico que la presión de las mujeres redunde en una incorporación de nuevos comportamientos lesivos al derecho penal pues ello refleja precisamente su incorporación al mundo público y su presión para conseguir transformar las definiciones incorporadas al código penal.

En efecto, el daño ha sido predominantemente definido desde una óptica masculina. Ello ha sido debido normalmente a que se ha partido de la doctrina de las dos esferas que entiende que el ámbito público es regulado por el derecho penal en tanto que el daño privado pertenece al ámbito de lo privado donde se afirmaba que el derecho penal era un instrumento demasiado severo, demasiado brusco, irreparable, como para intervenir. A pesar de que, en efecto, el derecho penal es un instrumento severo esta afirmación olvida que el matrimonio no es un remanso de paz, no es la esfera íntima, descanso del 'guerrero', sino una micro institución en que se producen numerosas fuentes de conflicto y negociación (los recursos, los hijos, el trabajo, el ocio) y en la que en ocasiones impera la ley del mas fuerte. Por ello a pesar de que no puede saludarse nunca alegremente la intervención del derecho penal, pues ello implica su ampliación, debe reconocerse que esta intervención pretende compensar a la parte que en esta ocasión no tiene poder que es la mujer.

La dificultad que ha tenido las mujeres por conseguir que lo que era por ellas definido un daño encontrara una homologación de su importancia por el resto de la sociedad es lo que explica que no haya sido hasta hace unos años que hayan entrado en el código penal los comportamientos de impago de pensiones y acoso sexual[3]. Y si bien, ciertamente los casos de malos tratos podían ser castigados, no por ello deja de ser cierto que su castigo era normativamente más difícil puesto que solo estaba previsto como una falta. Por consiguiente la afirmación de que ello es un grave problema es reciente.

Lo mismo sucede con nuevos daños que afectan a las mujeres y que aun deberán encontrar el reconocimiento expreso de tratarse de un grave daño social, me refiero por ejemplo a los supuestos de matrimonios forzados. Todo ello es indicativo de que en general los daños que han sufrido las mujeres han permanecido durante más tiempo invisibles para el código penal, el cual por el contrario sí ha criminalizado los daños, y no siempre de mayor relevancia, que sucedían en la vía pública.

[2] Ello puede comportar una contradicción pues se quiere recurrir al derecho penal y mantener al mismo tiempo el carácter de ultima ratio de este. Creo que una posible solución a este dilema es utilizar la prisión como pena ultima ratio. Esta idea más extensamente puede encontrarse en Cid-Larrauri (1997).

[3] Véase más amplio en Larrauri-Sanchez (2000).

Estos nuevos daños deberán ser primero conocidos, posteriormente cuando se adquiera conciencia de su gravedad se pretenderá su inclusión en tipos penales que no están pensados para hacer frente a los mismos y finalmente requerirán de una criminalización autónoma, como muestra de esta nueva conciencia social.

Este proceso puede verse ya en algunos ámbitos que afectan especialmente a mujeres inmigrantes como la ablación de clítoris. Curiosamente sin embargo, no puedo dejar de destacar como se empieza a reconocer que ello es un daño social, se pide en ocasiones su criminalización expresa pero sin embargo los legisladores permanecen pasivos respecto su inclusión como una de las causas que da derecho de asilo.

## 4.- La protección de la mujer.

Las penas están destinadas a ser aplicadas a personas y ninguna mención se realiza al género. Pero de nuevo solo una mirada sensitiva con el genero ha permitido incorporar penas específicas que la mujer requiere y someter a crítica a otras.

Entre las primeras incorporaciones merece destacarse la contenida en el artículo 57 del código penal español que permite a los jueces en determinados delitos imponer como pena accesoria la prohibición de comunicarse, residir o aproximarse a la víctima. Esta reforma realizada por LO 14/1999 de 9 de junio ha venido a tomar en consideración las exigencias de las mujeres víctimas de maltrato que exigían que la pena contemplase la protección de la víctima[4].

La introducción de las denominadas 'ordenes de alejamiento' conceden en efecto una protección a la mujer sin necesidad de que esta se vea obligada a aparecer ante sus hijos como la persona que ha enviado al padre a prisión. De todos modos, en España este objetivo sólo se cumple parcialmente puesto que el legislador continua con su habito de introducir penas alternativas como penas adicionales a la prisión, en vez de cómo sustitutos de esta[5].

La consideración de las específicas necesidades de la mujer explica probablemente también la introducción en la LECr (art.109) de una especial obligación de notificar a la víctima de aquellos actos procesales que pudieran afectarla.

[4] También se ha incorporado en la LECr como medida cautelar. Véase art.544 bis.
[5] Véase más amplio en Cid-Larrauri (1997).

Por otra parte, el análisis de las penas bajo una perspectiva de género es lo que quizás ha permitido al legislador introducir la exigencia de que el juez deberá tomar en consideración la repercusión que la multa pueda tener sobre la situación de la propia víctima (art.617.2 del código penal español).

En cualquier caso, si mi apreciación es correcta, lo que manifiesta esta reforma es la posibilidad de incorporar penas que permitan superar el recurso uniforme a la prisión y se diseñen pensando en a quien se quiere proteger.

**5.- Los parámetros por los que se interpretan las normas en el derecho penal.**

He afirmado al inicio de la exposición que numerosas normas penales están dotadas de contenido desde una perspectiva masculina. Existen repetidos ejemplos de ello pero en aras de no alargarnos excesivamente permítanme resumir sucintamente lo expuesto por la literatura feminista alemana y anglosajona:

La literatura que ha estudiado el tema de las mujeres maltratadas que matan a sus maridos ha puesto de relieve como estas mujeres no consiguen apenas beneficiarse de la eximente de legitima defensa. Ello es debido, entre otros motivos, al hecho de que para apreciar la legítima defensa se exige el requisito de la 'actualidad' de la agresión.

Esta exigencia, que no está contenida en el código penal (véase al respecto art. 20,4) es no obstante un requisito exigido siempre por la jurisprudencia. Hasta tal punto que cabe calificarlo de esencial para poder apreciar la eximente ya sea en su forma completa, eximiendo totalmente de pena, o incompleta, atenuando la pena del delito cometido.

Si este requisito se interpreta como que el ataque debe estarse produciendo este requisito es de difícil cumplimiento por parte de las mujeres puesto que en el supuesto de estarse el ataque produciendo lo habitual es que la mujer no pueda matar al contrincante y deba esperar que el ataque cese de algún modo. Si el requisito se interpreta como el que ataque sea inminente lo que sucede entonces es que el tribunal necesita considera el conocimiento específico de la mujer para poder apreciar que en efecto de acuerdo a sus experiencias previas la mujer podía pensar que el ataque era inminente.

Pero si la primera posibilidad choca con la exigencia de la actualidad en el ataque, la segunda, esto es, la incorporación de los conocimientos específicos, choca con la declarada jurisprudencia que entiende generalmente que en las causas de justificación no pueden interpretarse de acuerdo aun juicio individualizado debiendo respetarse el standard del 'hombre medio'[6].

Por una u otra vía parece claro que la exigencia de la actualidad del ataque impide considera la constelación de casos de las mujeres maltratadas que matan a sus maridos en esta eximente. Adicionalmente se es reacio a considerar estos supuestos 'justificados' debido a que se insiste en que la mujer dispone de otros medios. No obstante la afirmación de que la mujer dispone de otros medios se realiza muchas veces desde una perspectiva teórica, no situada en la posición en que se encuentra la mujer. La afirmación de que la mujer dispone de otros medios debe ser realizada en concreto y valorando siempre si estos otros medios eran adecuados y exigibles.

El requerimiento de unos requisitos pensados para otros contextos, agresión de hombre contra hombre, más la exigencia de unos requisitos o la interpretación de estos de forma diferenciada que en otras constelaciones, conducen a que la eximente de legitima defensa sea apenas discutida en estas constelaciones.

Ello comporta finalmente reducir el ámbito de defensa de la mujer la cual se ve reducida a la eximente de miedo insuperable la cual tampoco es de fácil aplicación[7] al serle también impuesta una serie de requisitos que impiden que la mujer pueda cumplirlos.

En efecto se exige un impacto psíquico que en caso de producirse en tamaña intensidad como la jurisprudencia requiere haría imposible la acción y precisamente si la mujer actúa, ello es tomado como muestra de que el miedo no era paralizante. Además el requerimiento de que la mujer haya recurrido a otras vías, las cuales como ya he manifestado se presumen en general existentes, accesibles y adecuadas imposibilita en la práctica la aplicación también de esta eximente.

Queda por ultimo la posibilidad de recurrir al trastorno mental transitorio pero ello es precisamente lo que las mujeres feministas critican que se solucione mediante el expediente individual lo que amaga un problema social, esto es, que ayudas da la sociedad a la

[6] Es cierto que se admite una cierta individualización pero esta no puede ser excesiva. Véase más amplio en Muñoz Conde ( 1990-1991) y Hassemer-Larrauri (1997).
[7] Véase más amplio en Varona (1995)

mujer maltratada que eviten que precisamente esta deba llegar a la muerte de su agresor.

En cualquier caso interesa reafirmar que las instituciones de la legitima defensa, el estado de necesidad o el miedo insuperable, no están siendo 'mal aplicadas' sino que precisamente el problema estriba, en mi opinión, en el hecho de haber configurado una institución sin considerar estos concretos contextos de malos tratos. La posibilidad de incluirlos tropieza hoy con la resistencia de una institución que está pensada y definida para abarcar otras situaciones pero que no obstante puede dar cabida en su seno también, a mi juicio, a estas problemáticas.

El segundo ejemplo que ha destacado la literatura, especialmente la alemana, feminista es el supuesto de la alevosía (véase art.138 y art.139). Esto es, la calificación como asesinato de la muerte del tirano domestico precisamente porque por los medios que debe utilizar la mujer estos se verán normalmente calificados de alevosos. Desde este punto de vista la muerte que realiza el marido de su mujer puede ser calificada como homicidio pero es prácticamente imposible que la muerte que la mujer sobre el marido sea calificada como homicidio pues esta deberá, casi por definición, aprovecharse de alguna situación en la cual este esté indefenso y su capacidad de defensa esté disminuida (véase art.22.1). En la misma situación el hombre puede matar de un modo o de otro y por tanto la calificación jurídica puede ser diversa, sin embargo la mujer se ve prácticamente siempre en la situación de matar de un modo alevoso. La aplicación de la alevosía sin considerar si la mujer tenia otra opción de matar es lo que en mi opinión puede ser discriminatorio.

Un tercer ejemplo de interpretación masculina lo constituye en opinión de Mackinnon (1987) el ámbito de los delitos sexuales. En opinión de esta autora interpretar que el acceso carnal es sinónimo de penetración es lo que ha permitido históricamente que no se considerase acceso la agresión por ejemplo con un objeto. Curiosamente como afirma Mackinnon evidentemente para la mujer la agresión era idéntica y la vejación también, esto no obstante si se interpretaba acceso como la exigencia de una penetración con pene, esto no podía ser catalogado como violación. Ello muestra que la violación se definía desde el punto de vista del agresor, no desde el punto de vista de la víctima. Prueba de ello es la especificación que realiza el artículo 179 del código penal español respecto de que la violación puede consistir en la introducción de objetos, a pesar de que desde el punto de vista de la víctima esta especificación era del todo punto innecesaria.

Existen otros ejemplos de cómo las normas son dotadas de contenido desde una interpretación masculina, así por ejemplo en el ámbito de normas genéricas como las circunstancias atenuantes y agravantes, la interpretación del dolo, y también en el ámbito de delitos específicos como el delito de lesiones o el delito de acoso sexual. De todos modos creo que estos ejemplos bastan para indicar lo que intentaba exponer al inicio. No se trata de un supuesto de mala interpretación sino de una interpretación correcta, pero de una interpretación 'correcta' de unas normas que fueron dotadas de contenido en un momento en el que el cincuenta por ciento de la población no contaba y por tanto tampoco contaban sus circunstancias. Es por ello necesario que estas normas se amplíen para considerar los novedosos contextos que la incorporación de este cincuenta por ciento ha permitido vislumbrar.

## 6.- El contenido de las penas.

Ya he advertido anteriormente como en efecto también las penas pueden ser analizadas desde una perspectiva de genero. Así podremos afirmar que existen penas que otorgan una mayor protección a la mujer como la que he destacado del artículo 57. Existen otras penas que entendemos pueden perjudicar a la mujer o son más difícilmente aplicables a ella y por tanto deberían ser redefinidas como la pena de multa. Debe observarse que la pena de multa ya ha sido rediseñada tomando en consideración la variable clase social, por ello hoy conocemos la institución de días multas, pues bien, un análisis de la aplicación de esta pena a las mujer podría indicar las dificultades en las que se ven para cumplirla e intentar una readaptación para facilitar su cumplimiento también por el colectivo de mujeres. Esto es, la aplicación de las penas alternativas a las mujeres debe tomar en consideración sus especificas condiciones y situaciones[8].

Lo mismo sucede cuando se analiza la pena de prisión. Empezando con el arresto de fin de semana se observa rápidamente que los razonamientos por los cuales esta pena fueron introducidos solo son aplicables a hombres productivos, se trata de que no interrumpa su jornada laboral. Si por el contrario se piensa en una mujer que esta al cuidado de la familia, el criterio de que interrumpe o no interrumpe se ve desdibujado. Se debe considerar que es lo que no debe interrumpir la mujer para adecuar una pena a sus circunstancias, normalmente familiares, especificas.

La especial situación de las mujeres ya es tomada en consideración en ocasiones por el legislador. Así sucede en el artículo 82.2. del reglamento penitenciario y en el art.179 del mismo reglamento

[8] Véase más amplio en Allen (1989).

penitenciario. En el primer caso se permite invertir el cumplimiento del tercer grado y posibilita que la mujer esté en el domicilio en horas nocturnas y en la prisión durante el día. En el segundo caso se permite la consideración del trabajo domestico como trabajo (curioso, por cierto que se tenga que especificar que el trabajo domestico es trabajo!) y con ello se facilita el acceso de la mujer al tercer grado penitenciario.

En estos dos casos, aun cuando creo que deben valorarse positivamente, sigue siendo de lamentar que el legislador actúe solo en función de estereotipos y no permita que estas excepciones operen en los supuestos en que el hombre esté al cuidado de los hijos.

No obstante a pesar de las dos excepciones del reglamento penitenciario reseñadas creo que es cierto lo desvelado por los originarios análisis que señalan que todo el sistema de penas está diseñado tomando en consideración a los hombres y las mujeres aparecen siempre como un apéndice. Por ejemplo la institución de la prisión, justificada fundamentalmente para contener a los hombres peligrosos, aparece escasamente necesaria para las mujeres. Es posible que esta institución hubiera podido ya ser sustituida por ejemplo por la existencia de pisos tutelados para las mujeres. Sólo el diseño de un sistema a remolque de los hombres permite mantener esta institución vetusta. Esta no encuentra justificación en sus actuales dimensiones tampoco para los hombres, pero desde luego aun menos para las mujeres, en los cuales no existe ni siquiera la 'alarma social', la 'peligrosidad' o alguno de los supuestos que normalmente se cree justifican esta especifica forma de castigo.

Espero haberles convencido de que un análisis del derecho penal, aplicando una perspectiva de género nos permite descubrir aspectos que de otra forma quedan oscurecidos. De este modo conocemos mejor la institución. No es por consiguiente sólo una estrategia feminista, sino un análisis que creo puede interesar a todos aquellos que quieren conocer más a fondo el sistema penal.

**BIBLIOGRAFIA**


ALLEN;H. "Fines for women: paradoxes and paradigms" en Carlen-Cook (eds) **Paying for Crime**. Philadelphia, Open University Press.

CID,J.-LARRAURI, E. (Coords) (1997) **Penas Alternativas a la prisión**. Barcelona, Bosch.

CID,J.-LARRAURI, E. (Coords) (2002) **Jueces Penales y Penas en España.** Valencia, Tirant lo Blanch.

GARCIA AMADO,J. (1992) "Tiene sexo las normas?" en **Anuario de Filosofía del Derecho**. Tomo IX, Madrid.

HASSEMER,W.-LARRAURI, E. (1997) **Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal**. Madrid, Tecnos.

LARRAURI, E. (Coord) (1994) **Mujeres, Derecho Penal y Criminología**. Madrid, Siglo XXI.

LARRAURI, E. -SANCHEZ,E. (2000) **El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral**.

LARRAURI, E. -VARONA,D. (1995) **Violencia doméstica y legítima defensa.** Barcelona, EUB.

MACKINNON,C. (1987) **Feminism Unmodified**. Cambridge, Harvard University Press.

MUÑOZ CONDE,F. (1999) **Derecho penal. Parte Especial**. Valencia, Tirant lo Blanch, Duodécima edición.

SICK, B. (1991) "Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht" en **ZStW** 103, Heft 1.

## UNIDAD III: FEMINICIDIO

.

4) Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género formulado por Naciones Unidas (ONU Mujeres).



# Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)

ONU MUJERES

Latinoamérica para poner FIN A LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES
Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE

Naciones Unidas Derechos Humanos
ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS
*Oficina para América Central*

ISBN 978-9962-5559-0-2

Esta publicación fue elaborada por la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) en el marco de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres.

El material contenido en el presente documento puede citarse o reproducirse libremente, a condición de que se mencione su procedencia y se envíe un ejemplar a la OACNUDH y ONU Mujeres.

Esta publicación está disponible en linea en www.oacnudh.org y www.onumujeres.org

Los conceptos y comentarios contenidos en la presente publicación reflejan los puntos de vista de sus autores y autoras y no necesariamente los de la OACNUDH o de ONU Mujeres.

**Dirección general**
Carmen Rosa Villa Quintana, Representante para América Central, OACNUDH

**Redacción**
Camilo Bernal Sarmiento, Abogado y Criminólogo de la Universidad Nacional de Colombia y de la Universidad de Barcelona, España
Miguel Lorente Acosta, Médico Forense, Profesor Titular de Medicina Legal de la Universidad de Granada, España
Françoise Roth, Asesora Regional de Género, OACNUDH
Margarita Zambrano, Consultora ONU Mujeres/OACNUDH

**Edición general**
Françoise Roth, Asesora Regional de Género, OACNUDH
Alejandro Valencia Villa, Profesor de derechos humanos, derecho humanitario y justicia transicional, Colombia

Diseño y diagramación: Diseños e Impresiones Jeicos, S.A., Panamá
Impresión: Diseños e Impresiones Jeicos, S.A., Panamá
Foto de la portada: ONU Mujeres México/Ina Riaskov

# Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)

ONU MUJERES

Latinoamérica para poner FIN A LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES
Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE

Naciones Unidas Derechos Humanos
ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS
*Oficina para América Central*

# Índice General

**ABREVIATURAS** . . . ix

**PRÓLOGO** . . . xi

**PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS** . . . xiii

**INTRODUCCIÓN** . . . 3

Objetivos del Modelo de Protocolo . . . 4

Presentación y alcances del Modelo de Protocolo . . . 5
- La investigación y sanción penal como mecanismos de prevención de la VCM . . . 5
- Unas directrices que se deben adaptar a las características de cada país . . . 5
- El derecho internacional como norma y estándar de interpretación . . . 5
- Los/as operadores/as del sistema de justicia y el Modelo de Protocolo . . . 5
- Los tipos penales a los cuales se dirige el Modelo de Protocolo . . . 6
- Los casos de aplicación del Modelo de Protocolo . . . 6

Complementariedad del Modelo de Protocolo con otros protocolos . . . 7

Estructura del Modelo de Protocolo . . . 7

**CAPÍTULO I.**
**LA DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS DE "FEMICIDIO" Y "FEMINICIDIO"** . . . 13

Las definiciones de los conceptos de "femicidio" y "feminicidio" . . . 13

Las condiciones estructurales de los femicidios / feminicidios . . . 14

Los tipos de femicidios : activos o directos y pasivos o indirectos . . . 14

Las modalidades delictivas . . . 15

**CAPÍTULO II.**
**EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE LA DEBIDA DILIGENCIA APLICADO A LOS CASOS DE FEMICIDIOS** . . . 21

Las obligaciones internacionales de los Estados frente a la violencia motivada por el género . . . 21

El estándar internacional de debida diligencia aplicado a la VCM . . . 22
- El deber de prevención . . . 23
  - La obligación del Estado de modificar, transformar y poner fin a la aplicación injustificada de estereotipos de género negativos . . . 23
- El deber de investigar y sancionar . . . 25
- El deber de garantizar una reparación justa y eficaz . . . 26

Los estándares internacionales aplicables para evaluar la idoneidad de las investigaciones penales . . . 27
La existencia de instancias judiciales independientes e imparciales . . . 27
La oportunidad y oficiosidad de la investigación . . . 27
La calidad de la investigación penal . . . 28
El recaudo y la protección efectiva de la prueba . . . 29
La participación efectiva de las víctimas y sus representantes . . . 29

**CAPÍTULO III.**
**EL ANÁLISIS DE GÉNERO Y DE LA INTERSECCIONALIDAD DE LAS DISCRIMINACIONES EN LA INVESTIGACIÓN PENAL DE LOS FEMICIDIOS** . . . 35

¿Cómo identificar un femicidio? . . . 35

¿Por qué identificar las razones de género en la investigación de la muerte violenta de las mujeres? . . . 36

¿Cómo identificar las razones de género?: el análisis de género como herramienta de análisis . . . 38
Un marco de interpretación : el modelo ecológico feminista . . . 40

La interseccionalidad de las discriminaciones en el análisis de los femicidios: la atención a las diferencias económicas, culturales, etarias y raciales . . . 43

¿Qué se debe investigar en los casos de femicidios? Contextos, escenarios, sujetos activos, sujetos pasivos, formas de violencia y manifestaciones de violencia anteriores o posteriores a los femicidios . . . 45

Las circunstancias y los contextos específicos . . . 49
Los elementos asociados a las características de las víctimas . . . 49
Las niñas o adolescentes . . . 49
Las mujeres adultas mayores . . . 50
Las mujeres con discapacidad . . . 50
Las mujeres indígenas . . . 50
Las personas transexuales o transgénero . . . 51
Las mujeres migrantes . . . 51
Los elementos asociados a determinados contextos . . . 52
Los femicidios en zonas o escenarios de conflicto armado . . . 52
Las desapariciones forzadas . . . 52

**CAPÍTULO IV.**
**EL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL DE LOS FEMICIDIOS** . . . 57

La noticia criminal y la actuación institucional . . . 57

Los actos urgentes y las diligencias previas . . . 58

El diseño de la investigación . . . 58
El plan o programa metodológico de investigación de los femicidios . . . 58
El componente fáctico . . . 60
El componente jurídico . . . 63
El componente probatorio . . . 64
Las líneas de investigación . . . 66
La consolidación del programa, la verificación de las hipótesis y las actuaciones procesales . . . 67

**CAPÍTULO V.**
**LOS SIGNOS E INDICIOS DE UN FEMICIDIO: LA ACTUACIÓN MÉDICO-FORENSE Y EL ANÁLISIS CRIMINAL** . . . 71

Los signos e indicios de femicidios en el ámbito de las relaciones de pareja y familiares . . . 72
Los signos e indicios de los femicidios íntimos en los hallazgos de la autopsia . . . 72
Los signos e indicios relacionados con la escena del crimen . . . 73
Los signos e indicios relacionados con las circunstancias que rodean a la comisión del femicidio íntimo . . . 74
Los signos e indicios relacionados con la situación anterior de la mujer víctima del femicidio íntimo . . . 74
Los signos e indicios asociados a los antecedentes de la relación y a la posible existencia de violencia de género . . . 74
Los signos e indicios asociados al impacto y consecuencias de la violencia de género sobre la salud de la mujer . . . 75
Los signos e indicios relacionados con el victimario del femicidio íntimo . . . 76
Los antecedentes asociados a los agresores de violencia de género que pueden llegar a cometer un femicidio íntimo . . . 77
Los antecedentes de la relación y la posible existencia de violencia de género . . . 77
La conducta y actitud seguida por el victimario de un femicidio en una relación de pareja o familiar tras los hechos . . . 77
Los elementos identificados como "factores de riesgo" asociados a los casos de femicidios íntimos . . . 78

Los signos e indicios de femicidio sexual . . . 80
Los signos e indicios de los femicidios sexuales en los hallazgos de la autopsia . . . 81
Los signos e indicios asociados a la escena del crimen femicida sexual . . . 83
Los signos e indicios relacionados con la situación anterior de la mujer víctima del femicidio sexual . . . 84
Los signos e indicios relacionados con el victimario del femicidio sexual . . . 85

Los signos e indicios de femicidio dentro del contexto de una estructura de grupo . . . 88

Los elementos asociados al tiempo transcurrido desde la comisión del femicidio y a los intentos de destrucción del cadáver . . . 89

La integración de los datos e información aportados por la documentación de los signos e indicios asociados al femicidio . . . 90

**CAPÍTULO VI.**
**LOS ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO** . . . 97

**CAPÍTULO VII.**
**LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS INDIRECTAS, LOS FAMILIARES Y LOS TESTIGOS EN LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO DEL FEMICIDIO** . . . 105

El Ministerio Público y su rol de garante de los derechos de las víctimas . . . 105

La víctima y la administración de justicia penal . . . 106

Los principios rectores para el trabajo con las víctimas indirectas y los familiares en casos de femicidios . . . 108

Asesoría y representación judicial gratuita . . . 108
Respeto por la dignidad humana y la diferencia . . . 108
Supresión de la victimización secundaria . . . 110

La participación en sentido amplio: información, asistencia, protección y reparación . . . 111
La información . . . 112
La asistencia . . . 112
La protección . . . 113
La reparación . . . 114

**CAPÍTULO VIII.**
**RECOMENDACIONES PARA LA APROPIACIÓN Y APLICACIÓN DEL MODELO DE PROTOCOLO** . . . 121

A los Estados en general . . . 121

A los Ministerios Públicos, Fiscalías y Poderes u Organismos judiciales . . . 123

A los medios de comunicación . . . 124

**BIBLIOGRAFÍA INDICATIVA** . . . 127

Libros y artículos . . . 127

Protocolos, guías y manuales consultados . . . 132

Informes de derechos humanos de interés . . . 134

**ANEXOS**

Anexo 1.
Análisis sintético de la tipificación de las muertes violentas de mujeres por razones de género en América Latina . . . 141
Opciones político-criminales de tipificación de la conducta feminicida . . . 141
Creación de un tipo penal autónomo de femicidio/feminicidio . . . 141
Inclusión de una circunstancia de agravación punitiva o agravante en el supuesto del homicidio simple . . . 142
Modificación del delito de parricidio . . . 142
Principales elementos de los tipos penales de femicidio/feminicidio . . . 143
Bienes jurídicos protegidos . . . 143
Lugar de comisión . . . 143
Sujeto activo . . . 143
Elementos del tipo . . . 143
Modalidades de comisión . . . 144
Punibilidad . . . 146
Circunstancias de agravación y otras sanciones o restricciones de derechos . . . 146

Anexo 2.
Elementos para incluir en una entrevista semi-estructurada para realizar a los entornos de la víctima sobre su situación antes del femicidio y la posible existencia de violencia de género . . . 161

Anexo 3.
Elementos a incluir en una entrevista semi-estructurada para realizar al victimario y sus entornos sobre la situación de la víctima antes del homicidio y la posible existencia de violencia de género . . . 167

Anexo 4.
Cuestionario semi-estructurado sobre la escena del crimen para utilizar ante testigos y con el victimario . . . 173

Anexo 5.
Lista de las personas que participaron en los procesos de consulta y revisión . . . 177

## TABLAS

Tabla 1. Ejemplo práctico de un abordaje interseccional de la violencia contra las mujeres. Análisis del lenguaje usado por testigos o víctimas . . . 44
Tabla 2. Circunstancias y contextos relacionados con las distintas formas de femicidios que pueden modificar los elementos de la investigación . . . 49
Tabla 3. Información preliminar para la elaboración del componente fáctico . . . 61
Tabla 4. Elementos para estructurar la actuación investigativa . . . 71
Tabla 5. Factores de riesgo asociados a los femicidios en el ámbito de las relaciones de pareja . . . 78
Tabla 6. Signos e indicios asociados a los femicidios íntimos . . . 79
Tabla 7. Referencias para identificar los signos e indicios asociados a un femicidio sexual durante la autopsia . . . 83
Tabla 8. Factores de riesgo asociados a los femicidios sexuales . . . 86
Tabla 9. Signos e indicios asociados a los femicidios sexuales . . . 87
Tabla 10. Posible estructura fáctica de la teoría del caso . . . 98
Tabla 11. Posible estructura jurídica de la teoría caso . . . 99
Tabla 12. Posible estructura probatoria de la teoría del caso . . . 101
Tabla 13. Roles de las víctimas dentro del proceso penal . . . 106
Tabla 14. Modalidades de comisión de los femicidios/feminicidios en América Latina . . . 145
Tabla 15. Tipificación del femicidio/feminicidio en Centroamérica (exceptuando Belice) . . . 147
Tabla 16. Tipificación de las muertes violentas de mujeres por razones de género en Suramérica . . . 151
Tabla 17. Tipificación del femicidio/feminicidio. Regulación de tipos penales agravados, circunstancias de agravación . . . 154
Tabla 18. Tipificación del femicidio/feminicidio. Regulación de delitos cometidos por funcionarios . . . 156

## GRÁFICOS

Gráfico 1. Objetivos estratégicos de la investigación de los femicidios . . . 37
Gráfico 2. La cultura como determinante del orden social . . . 39
Gráfico 3. La normalización de la violencia contra las mujeres . . . 40
Gráfico 4. Esferas de análisis del modelo ecológico feminista . . . 41
Gráfico 5. Recuerde: la importancia de incorporar una perspectiva de género en la investigación penal . . . 45
Gráfico 6. Algunas guías básicas sobre la investigación de los femicidios . . . 53
Gráfico 7. El programa metodológico de investigación . . . 59
Gráfico 8. En resumen: ¿dónde encontrar los signos e indicios asociados a un femicidio? . . . 92
Gráfico 9. Dimensiones analíticas de la teoría del caso . . . 97
Gráfico 10. Derechos de las víctimas a la participación en el sentido amplio . . . 107

# Abreviaturas

| | |
|---|---|
| ACUNS | Academic Council on the United Nations System |
| AIAMP | Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos |
| CADH | Convención Americana sobre Derechos Humanos |
| CEDAW | Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer |
| CIDH | Comisión Interamericana de Derechos Humanos |
| Comité CEDAW | Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer |
| COMJIB | Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos |
| COMMCA | Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica |
| Corte IDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| LGBTI | Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex |
| MESECVI | Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará |
| OACNUDH | Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos |
| OEA | Organización de los Estados Americanos |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |
| OMS | Organización Mundial de la Salud |
| ONG | Organización No Gubernamental |
| ONU Mujeres | Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres |
| OPS | Organización Panamericana de la Salud |
| UNODC | Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito |
| VCM | Violencia contra las mujeres |

# Prólogo

Me complace presentar el *Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, el cual representa una importante contribución para el abordaje judicial del fenómeno de la violencia letal contra las mujeres.

A nivel mundial, hay una mayor conciencia sobre las numerosas formas y manifestaciones de ese tipo de violencia, la complejidad de sus causas, el aumento preocupante de su prevalencia en algunos contextos, y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas, pero también para sus familias, la comunidad y la sociedad en su conjunto. Dediqué mi informe temático del 2012 a ese tema. En el destaqué que la muerte violenta de una mujer por motivos de género constituía el último acto en un continuum de violencia y que esas muertes habían "tomado proporciones alarmantes" en los últimos años[1]. *En su Estudio mundial sobre homicidios* del 2011, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) señaló que las muertes violentas de mujeres eran principalmente causadas por sus parejas íntimas o en el marco de sus relaciones familiares, y que las mujeres tenían más probabilidades de morir en el hogar que fuera de éste[2]. En el 2013, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo ratificó, indicando que, a nivel mundial, más del 38% de todas las muertes violentas de mujeres eran cometidas por un compañero íntimo, en comparación con el 6% de los homicidios de los hombres[3].

En años recientes, el análisis más preciso del fenómeno ha permitido resaltar la importancia de hacer la distinción entre estas muertes violentas y otros tipos de violencias letales, reconocer que estas muertes se producen tanto en el hogar como en la comunidad, ya sea a mano de agentes del Estado o de personas individuales, y tomar conciencia de la necesidad de encontrar una respuesta específica para enfrentar ese fenómeno. De manera fundamental, ha permitido hacer especial hincapié en la responsabilidad que tienen los Estados de actuar con la debida diligencia para hacer frente a todas las formas de violencia contra las mujeres. Numerosos países han adoptado legislaciones específicas, y han puesto en marcha planes de acción, políticas públicas y programas para prevenir y erradicar la violencia de género. Algunos de ellos - sobre todo en América Latina - han reformado sus códigos penales para incluir las muertes violentas de mujeres por razones de género como un crimen especial; han creado unidades especializadas en el seno de la policía o de la fiscalía; han establecido jurisdicciones especiales; y han instituido formaciones especializadas para los operadores y las operadoras de justicia. Todas estas medidas son pasos positivos que deben ser aplaudidos.

Sin embargo, en numerosos contextos la impunidad en esos casos sigue siendo la norma, lo que constituye una fuente de preocupación. Persisten algunos retos importantes para combatir la forma desigual y discriminatoria con la que los crímenes dirigidos contra las mujeres y las niñas son tratados por los sistemas de justicia. La falta de comprensión de la dimensión de género de estos crímenes y de su contexto, la insuficiente atención brindada a las quejas presentadas por las víctimas, las carencias en las investigaciones penales, el énfasis en los testimonios - más que en otros tipos de pruebas -, la errónea calificación jurídica de los delitos y el uso de circunstancias atenuantes para disminuir las penas son algunos de los muchos obstáculos a los cuales las víctimas y su familiares se enfrentan en sus esfuerzos para acceder a la justicia y obtener una respuesta efectiva de esta.

Ese Modelo de Protocolo es el resultado de la colaboración entre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) que se enmarca en la Campaña ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres del Secretario General. Responde a las necesidades y realidades de los países de América Latina y tiene por objetivo apoyar a las instituciones pertinentes con un instrumento práctico para abordar la investigación de las muertes violentas de las mujeres desde una perspectiva de género. El Protocolo tiene un enfoque multidisciplinario y refleja un esfuerzo didáctico para que las investigaciones y las persecuciones penales integren los factores individuales, institucionales y estructurales como elementos esenciales para entender de manera adecuada el crimen y brindar una respuesta apropiada.

El Modelo de Protocolo se basa en las normas y los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos. Responde al llamado realizado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de fortalecer la respuesta de los sistemas penales y adoptar medidas destinadas a apoyar la capacidad de los Estados para investigar, perseguir y sancionar las muertes violentas de mujeres por razones de género[4]. El Modelo de Protocolo fue acogido por varias entidades a nivel regional. El Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica (COMMCA) lo calificó como "un instrumento valioso" para orientar la acción de las entidades gubernamentales. La Conferencia de los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará y la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP) recomendaron su uso por las instituciones competentes.

La relevancia del Modelo de Protocolo reposa en el hecho que su finalidad es práctica, que su contenido responde a una demanda manifiesta de las instituciones nacionales, y que su proceso de elaboración fue participativo e involucró profesionales de los sistemas de justicia de toda América Latina. Es un ejemplo del trabajo mancomunado de las Naciones Unidas con instituciones y organizaciones nacionales y regionales, que permitió resaltar e incorporar sus conocimientos y experiencias en el desarrollo de una herramienta que contribuye a abordar y desafiar la falta de rendición de cuenta en materia de violencia letal contra las mujeres.

En última instancia, las leyes, las políticas, las directrices y los protocolos deben servir el propósito de cambiar la realidad en el terreno. Es mi esperanza que este Modelo de Protocolo se convierta en una herramienta útil y eficaz para combatir todas las formas de violencia contra las mujeres, incluidas las muertes violentas de mujeres por razones de género.



*Profesora Rashida Manjoo*
Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias

1. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, A/HRC/20/16, 15 mayo 2012, pár. 29.
2. UNODC, Estudio mundial sobre homicidios, 2011, p. 57-58.
3. OMS, Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud, versión integral en inglés p. 26.
4. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 68/191, Adopción de medidas contra el asesinato de mujeres y niñas por razones de género, 18 de diciembre de 2013, A/RES/68/191, párr. 6.

# Presentación y agradecimientos

*El Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)* es un instrumento práctico, destinado a ser aplicado por los funcionarios y las funcionarias responsables de llevar adelante la investigación y persecución penal de esos hechos. Su principal objetivo es proporcionar orientaciones y líneas de actuación para mejorar la práctica de los/as operadores/as de justicia, expertos/as forenses y cualquier personal especializado, ya sea que intervengan en la escena del crímen, en el laboratorio forense, en los interrogatorios a testigos y presuntos responsables, en el análisis del caso, en la formulación de la acusación o frente a los tribunales de justicia.

El contenido de este *Modelo de Protocolo* reposa no sólo sobre elementos teóricos - esenciales para entender la dimensión de género de las muertes violentas de mujeres - sino también sobre la experiencia y los aprendizajes de las personas que, día a día, participan en estos procesos.

Este texto es el resultado de un amplio proceso de consulta llevado a cabo con fiscales a cargo de las investigaciones, policías, forenses, personas que trabajan con los autores de estos crímenes, profesionales de diversas disciplinas, organizaciones que atienden a las víctimas (directas e indirectas) de violencia contra las mujeres, y jueces y juezas llamados/as a evaluar las pruebas, sancionar a los responsables de estos crímenes y decidir de la reparación de las víctimas.

La participación de un amplio espectro de profesionales de toda América Latina, República Dominicana y Europa ha sido esencial para identificar las necesidades reales, definir el contenido del texto y orientar su desarrollo. A lo largo de dos años de trabajo conjunto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) en el marco de la Campaña del Secretario General ÚNETE para poner fin a la Violencia contra las Mujeres, se realizaron siete sesiones de consulta tanto en el ámbito regional como nacional. Dichos encuentros internacionales, multidisciplinarios e inter-institucionales dieron lugar a discusiones técnicas muy enriquecedoras.

El texto fue también presentado en espacios políticos (como en la Reunión de los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará o en el marco del Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica y República Dominicana -COMMCA) y especializados (como en la Asamblea General de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos -AIAMP).

Nuestros agradecimientos van a todas las personas - fiscales, policías, forenses, jueces y juezas, defensores/as públicos/as, académicos/as e integrantes de mecanismos de la mujer, organizaciones de mujeres y LGBTI - que pusieron a nuestra disposición su conocimiento y experiencia para enriquecer el texto. Sin su contribución, este trabajo no hubiese sido posible. La lista es extensa para citar a todos y todas aquí, por ello la incluimos como anexo, esperando no haber olvidado a nadie y disculpándose si así fuere.

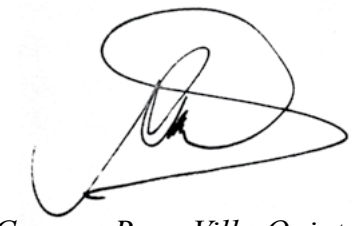
Nuestros reconocimientos van también a las personas que, con pasión y energia, nos ayudaron a organizar estos procesos de consulta. Agradecemos en particular a los equipos de las entidades estatales que coordinaron las reuniones en Costa Rica, Chile, Panamá y República Dominicana. El apoyo de las diferentes secciones de nuestras sedes y oficinas de terreno en América Latina, tanto de ONU Mujeres como de la OACNUDH, fue indispensable para alcanzar nuestro objetivo.

Este texto fue escrito por un equipo multidisciplinario; por ello, los distintos capítulos cambian de estilo pero nunca de enfoque: brindar guías y elementos para identificar las motivaciones de género detrás de las muertes violentas de mujeres.

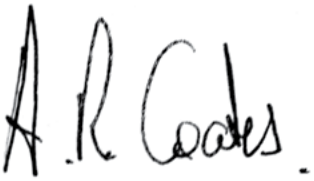
Agradecemos a Camilo Bernal Sarmiento, abogado y criminólogo de la Universidad Nacional de Colombia y de la Universidad de Barcelona, al Dr. Miguel Lorente Acosta, profesor titular de medicina legal de la Universidad de Granada, y a Françoise Roth, asesora regional de género de la OACNUDH, quienes, a partir de un texto inicial redactado por Margarita Zambrano, elaboraron el Modelo de Protocolo que hoy se presenta. Agradecemos también a Alejandro Valencia Villa por la edición del texto.

Hacemos un reconocimiento especial a los trabajos pioneros desarrollados en esta temática por expertas y expertos en la región, especialmente en México y en El Salvador. Sus iniciativas, que ONU Mujeres y OACNUDH tuvieron el privilegio de apoyar, abrieron el camino para que instancias judiciales de otros países consideren la relevancia de abordar la investigación y persecución penal desde la perspectiva de género.

El *Modelo de Protocolo* no está destinado a sustituir los manuales y protocolos de investigación existentes en la región. Por el contrario, la revisión meticulosa de dichos documentos nos ha permitido brindar elementos complementarios e incorporar una perspectiva de género en la investigación y persecución penal de los femicidios/feminicidios. Si bien el documento tiene una proyección regional, teniendo en cuenta las diversas características de los procedimientos penales de la región, deberá ser adaptado a las diferentes realidades nacionales. Esperamos que su contenido sirva de base para fortalecer el trabajo de todas las personas comprometidas en luchar contra la impunidad en los casos de muertes violentas de mujeres por razones de género.



*Carmen Rosa Villa Quintana*
Representante Regional
Oficina para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos



*Anna Coates*
Directora a.i. de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe
Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres

# INTRODUCCIÓN

**Objetivos del Modelo de Protocolo** . . . . . 4

**Presentación y alcances del Modelo de Protocolo** . . . . . 5
La investigación y sanción penal como mecanismos de prevención de la VCM . . . . . 5
Unas directrices que se deben adaptar a las características de cada país . . . . . 5
El derecho internacional como norma y estándar de interpretación . . . . . 5
Los/as operadores/as del sistema de justicia y el Modelo de Protocolo . . . . . 5
Los tipos penales a los cuales se dirige el Modelo de Protocolo . . . . . 6
Los casos de aplicación del Modelo de Protocolo . . . . . 6

**Complementariedad del Modelo de Protocolo con otros protocolos** . . . . . 7

**Estructura del Modelo de Protocolo** . . . . . 7

# Introducción

1. Las mujeres son objeto de múltiples formas de discriminación que violan los principios de igualdad de derechos y respeto de la dignidad humana. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (el Comité CEDAW) identificó la violencia basada en el género como una de las manifestaciones de la discriminación cuya causa principal es la desigualdad de género, esto es, las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres[5]. Constituye "una forma de discriminación que impide gravemente que [la mujer] goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre"[6].

**La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer definió la violencia contra la mujer (VCM) como:**

todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada[7].

2. Esta definición incluye hechos violentos dirigidos en contra de las mujeres por su pertenencia al sexo femenino, por razones de género, o que las afectan en forma desproporcionada.

3. La muerte violenta de las mujeres por razones de género, tipificada en algunos sistemas penales bajo la figura del "femicidio" o "feminicidio" y en otros como homicidio agravado (ver Anexo 1), constituye la forma más extrema de violencia contra la mujer. Ocurre en el ámbito familiar o en el espacio público y puede ser perpetrada por particulares o ejecutada o tolerada por agentes del Estado. Constituye una violación de varios derechos fundamentales de las mujeres, consagrados en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y sexual, y/o el derecho a la libertad personal.

La muerte violenta de las mujeres por razones de género constituye la forma más extrema de violencia contra la mujer.

4. Aunque sus manifestaciones ilustran diferentes interrelaciones entre normas y prácticas socioculturales, el femicidio[8] constituye un fenómeno global que ha alcanzado proporciones alarmantes en el mundo[9]. Sus víctimas son las mujeres en diversas etapas de desarrollo, condiciones y situaciones de vida. Los informes disponibles revelan que en las muertes violentas de las mujeres se presentan manifestaciones del ejercicio de una violencia desmedida previa, concomitante o posterior a la acción delictiva, que evidencia una brutalidad particular en contra del cuerpo de las mujeres. En muchas ocasiones la muerte se produce como el acto final de un continuum de violencia, en particular, en los casos de femicidio íntimo que son cometidos por el esposo, compañero permanente, novio, etc. Estos aspectos constituyen algunos de los elementos diferenciadores de dichas muertes con respecto a los homicidios comunes[10].

5. Con la finalidad de combatir la VCM, el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido un conjunto de normas y estándares que obliga a los Estados a tomar medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones sufridas. El deber de debida diligencia constituye un marco de referencia para analizar las acciones u omisiones de las entidades estatales responsables y evaluar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales (ver Capítulo II).

El deber de debida diligencia constituye un marco de referencia para analizar las acciones u omisiones de las entidades estatales responsables

6. El acceso a la justicia constituye un elemento central de esas obligaciones. El estándar de debida diligencia parte del supuesto de que los Estados deben contar con sistemas de justicia adecuados que aseguren a las mujeres víctimas de la violencia el acceso a los mecanismos de justicia penal y restaurativa.

7. El estudio del Secretario General de las Naciones Unidas *Poner fin a la violencia contra la mujer* de 2006 se refirió al efecto que tiene la impunidad sobre la vida de las mujeres así:

> La impunidad por la violencia contra la mujer agrava los efectos de dicha violencia como mecanismo de control de los hombres sobre las mujeres. Cuando el Estado no responsabiliza a los autores de actos de violencia y la sociedad tolera expresa o tácitamente a dicha violencia, la impunidad no sólo alienta nuevos abusos, sino que también transmite el mensaje de que la violencia masculina contra la mujer es aceptable o normal. El resultado de esa impunidad no consiste únicamente en la denegación de justicia a las distintas víctimas/sobrevivientes, sino también en el refuerzo de las relaciones de género reinantes y asimismo reproduce las desigualdades que afectan a las demás mujeres y niñas[11].

Varias instituciones internacionales han llamado la atención sobre las deficiencias e irregularidades que presentan muchas de las investigaciones y los procesos judiciales.

8. Varias instituciones internacionales han llamado la atención sobre las deficiencias e irregularidades que presentan muchas de las investigaciones y los procesos judiciales abiertos en casos de VCM, en particular en casos de muertes violentas. Subrayan *inter alia*:

- la utilización por los/as operadores/as judiciales de prejuicios, estereotipos y prácticas que impiden, entre otros factores, el ejercicio de los derechos a la justicia y a la reparación por parte de las mujeres víctimas de violencia[12];
- las demoras en la iniciación de las investigaciones[13];
- la lentitud de las investigaciones o la inactividad en los expedientes;
- las negligencias e irregularidades en la recolección y práctica de las pruebas y en la identificación de las víctimas[14] y de los responsables;
- la gestión de las investigaciones por parte de autoridades que no son competentes e imparciales;
- el énfasis exclusivo en la prueba física y testimonial;
- la escasa credibilidad conferida a las aseveraciones de las víctimas y sus familiares;
- el trato inadecuado de las víctimas y de sus familiares cuando procuran colaborar con la investigación de los hechos;
- la pérdida de información[15];
- el extravío de partes de los cuerpos de las víctimas bajo la custodia del Ministerio Público[16];
- la ausencia de análisis de las agresiones contra las mujeres como parte de un fenómeno global de violencia de género[17].

9. Frente a estas deficiencias, la jurisprudencia internacional ha insistido en que los Estados deben eliminar todos los obstáculos *de jure o de facto* que impidan la debida investigación de los hechos relacionados con las muertes violentas de mujeres y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales.

# Objetivos del Modelo de Protocolo

El Modelo de Protocolo ofrece directrices para el desarrollo de una investigación penal eficaz de las muertes violentas de mujeres por razones de género, de conformidad con las obligaciones internacionales suscritas por los Estados.

10. El *Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)* ofrece directrices para el desarrollo de una investigación penal eficaz de las muertes violentas de mujeres por razones de género, de conformidad con las obligaciones internacionales suscritas por los Estados.

11. De manera específica el Modelo de Protocolo pretende:

- **Proporcionar orientaciones generales y líneas de actuación para mejorar la práctica** de los/as operadores/as de justicia, expertos/as forenses y cualquier personal especializado[18] durante la investigación y el enjuiciamiento de las muertes violentas de mujeres por razones de género a fin de que se sancione a los responsables y se repare a las víctimas.

- **Promover la incorporación de la perspectiva de género** en la actuación de las instituciones a cargo de la investigación, sanción y reparación de las muertes violentas de mujeres, como son la policía, el ministerio público, la fiscalía, las instituciones forenses y otros organismos judiciales.

- **Brindar herramientas prácticas para garantizar los derechos de las víctimas, los/las sobrevivientes y sus familiares.** Estas herramientas toman en cuenta a los/as testigos, los/as peritos/as, las organizaciones, los/las querellantes y demás personas intervinientes en estos procesos.

# Presentación y alcances del Modelo de Protocolo

12. El Modelo de Protocolo ha sido elaborado desde una perspectiva integral, incorporando el conocimiento de múltiples disciplinas (derecho, sociología, medicina legal y criminalística), con la pretensión de servir de instrumento práctico para los/as operadores/as de justicia. Es el resultado del trabajo de varias entidades del sistema de las Naciones Unidas y de organismos e institucionales públicas de América Latina, así como de la academia, organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos de las mujeres, y demás activistas.

## La investigación y sanción penal como mecanismos de prevención de la VCM

13. La prevención de todas las formas de VCM es un aspecto de vital importancia de las políticas públicas estatales destinadas a romper con los abusos y maltratos que conducen a las muertes violentas de las mujeres. La rendición de cuentas de las personas victimarias ante la justicia constituye un mecanismo fundamental de prevención de la violencia contra las mujeres. Es por esta razón que el Modelo de Protocolo se focaliza en el proceso penal.

La rendición de cuentas de las personas victimarias ante la justicia constituye un mecanismo fundamental de prevención de la violencia contra las mujeres.

## Unas directrices que se deben adaptar a las características de cada país

14. El Modelo de Protocolo no pretende homogenizar ni estandarizar la investigación de estos graves crímenes. Las pautas de actuación que aquí se proponen no deben ser vistas como un modelo único o absoluto sino más bien flexible, que deben adaptarse al sistema jurídico, a las condiciones del entorno social, a las manifestaciones delictivas, y a la mayor o menor capacidad y fortaleza institucional del sistema de administración de justicia penal de cada país.

El Modelo de Protocolo no pretende homogenizar ni estandarizar la investigación de estos graves crímenes.

## El derecho internacional como norma y estándar de interpretación

15. Las directrices incluidas en el Modelo de Protocolo deberán ser interpretadas y adaptadas de acuerdo con las normas, principios y estándares del derecho internacional, la jurisprudencia y los marcos legales vigentes en los países de la región[19].

Las directrices incluidas en el Modelo de Protocolo deberán ser interpretadas con las normas del derecho internacional.

## Los/as operadores/as del sistema de justicia y el Modelo de Protocolo

16. Las directrices contenidas en este Modelo de Protocolo están dirigidas en primer término a los/as operadores/as de los sistemas de administración de justicia que intervienen en las tareas de investigación, juzgamiento y eventual sanción de las personas acusadas por estos delitos, como son los/as policías, los/as fiscales, los/as investigadores/as, los/as defensores/as, las partes civiles, los jueces y las juezas, los/as peritos/as y los/as especialistas en medicina y ciencias forenses. En los distintos capítulos del documento se incluyen recomendaciones específicas para estos/as funcionarios/as en relación con las distintas etapas del proceso penal.

17. Las recomendaciones y pautas de actuación del Modelo de Protocolo pueden también ser de utilidad para el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, las entidades del sistema de las Naciones Unidas, y otros/as expertos/as y profesionales de ciencias sociales, derecho y salud pública interesados/as en la prevención de la violencia contra la mujeres en la región, la asistencia a las víctimas y la judicialización de los femicidios.

## Los tipos penales a los cuales se dirige el Modelo de Protocolo

El Modelo de Protocolo es aplicable a la investigación de las muertes violentas de mujeres, independientemente de que la legislación nacional haya tipificado o no, de manera expresa, el delito de femicidio/feminicidio.

18. El Modelo de Protocolo es aplicable a la investigación de las muertes violentas de mujeres, independientemente de que la legislación nacional haya tipificado o no, de manera expresa, el delito de femicidio/feminicidio o haya incorporado una causal de agravación punitiva o de calificación del tipo penal de homicidio. Es aplicable a la investigación de las muertes violentas de mujeres motivadas por razones de género. Dado que las relaciones de género se configuran socialmente, la característica distintiva del femicidio reside en la influencia de condiciones socioculturales en las que ocurren este tipo de crímenes, por lo que deben ser interpretados en contextos más amplios que el individual.

19. Por otra parte, las directrices aquí contenidas pueden servir para orientar la investigación de otros homicidios, en especial los perpetrados en contra de personas con orientación sexual[20], identidad de género[21] o expresión de género[22] diversas, como es el caso de las personas *trans*[23] u homosexuales.

20. También puede ser de utilidad para la investigación de otras formas extremas de VCM, como las desapariciones forzadas, la trata de personas, la prostitución forzada, etc., en los que se evidencie que dichas manifestaciones de violencia contienen elementos de superioridad, discriminación u odio por la condición de género.

## Los casos de aplicación del Modelo de Protocolo

Se aconseja aplicar las directrices del Modelo de Protocolo de manera sistemática frente a todos los casos de muertes violentas de mujeres.

21. Se aconseja aplicar las directrices del Modelo de Protocolo de manera sistemática frente a todos los casos de muertes violentas de mujeres, puesto que detrás de cada muerte puede existir un femicidio, aunque al inicio no haya sospecha de criminalidad.

22. Por ejemplo, los casos de **suicidios de mujeres** deben ser investigados bajo las indicaciones de este Modelo de Protocolo por tres razones fundamentales. En primer lugar, muchos suicidios son consecuencia de la violencia previa que han sufrido las mujeres. En segundo término, los suicidios son una forma habitual de ocultar un homicidio por parte de su autor, presentando la muerte de la mujer como un suicidio o muerte accidental. Finalmente, pueden ser un argumento usado por las personas a cargo de la investigación criminal para no investigar el caso y archivarlo como suicidio[24].

23. En los casos de **muertes de mujeres aparentemente accidentales,** la prudencia exige aplicar el Modelo de Protocolo ante el más mínimo indicio o duda de que se pueda estar frente a una muerte violenta. En ningún caso su aplicación impide la investigación general de los hechos sino que, por el contrario, permite identificar los hechos y asociarlos a un eventual contexto femicida.

24. El Modelo de Protocolo puede ser aplicado en casos de muerte reciente así como en **casos de muerte más remota.** Cuando la investigación se inicia tiempo después de haberse cometido el femicidio, algunos de los signos e indicios no podrán ser identificados en el cuerpo de la víctima ni en los escenarios donde ella se encontraba, puesto que habrán desaparecido o habrán sido modificados. Lo importante es partir del supuesto que los elementos asociados a los femicidios pudieron haber estado presentes y que algunos de ellos pueden seguir estando presentes (ver Capítulo V).

# Complementariedad del Modelo de Protocolo con otros protocolos

El Modelo de Protocolo no desplaza ni sustituye otros instrumentos o estrategias de investigación criminal que se utilizan en la actualidad.

25. El Modelo de Protocolo no desplaza ni sustituye otros instrumentos o estrategias de investigación criminal que se utilizan en la actualidad. Esos importantes antecedentes deben ser tomados como referencias. El Modelo de Protocolo es compatible con dichos instrumentos y se presenta como un complemento de los códigos éticos profesionales y protocolos de actuación existentes, tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

26. Del mismo modo, las referencias que presenta el Modelo de Protocolo pueden y deben ser completadas o ampliadas con el uso de otros instrumentos, como estudios antropológicos, culturales o de otro tipo, que permitan profundizar en algunas aspectos del caso.

27. Entre algunas reglas de alcance universal se destaca el *Código de Conducta para funcionarios encargados de cumplir la ley* (1979)[25], dirigido a todos los agentes, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía. Es su deber respetar y proteger la dignidad humana, mantener y defender los derechos humanos de las personas y proteger el uso de la información que pueda referirse a la vida privada de las personas "[…] que sólo debe revelarse en cumplimiento del deber o para atender las necesidades de la justicia" (artículo 4). Los jueces y las juezas están llamados/as a asegurar la protección de los derechos de las personas. El principio 6 de los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura*[26] obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme al derecho, así como al respeto de los derechos de las partes. Igualmente, los fiscales tienen el deber ético de investigar y procesar los delitos cometidos contra las mujeres. Las *Directrices de las Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales*[27] señalan, en los artículos 10 a 16, las obligaciones que les competen en el procedimiento penal, entre las que se incluye la no discriminación por motivos de sexo (artículo 13).

28. Diversos manuales y protocolos de alcance universal, regional o nacional cuentan con disposiciones para el ejercicio de las funciones en el proceso investigativo. Entre ellos, se destaca el *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*[28] (Protocolo de Minnesota), así como el *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*[29] (Protocolo de Estambul). El primero establece estándares y técnicas para la investigación forense en el caso de ejecuciones extrajudiciales y, el segundo, en el caso de tortura. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (hoy Consejo de Derechos Humanos) y la Asamblea General de las Naciones Unidas han aprobado resoluciones que recomiendan la aplicación de estos protocolos forenses en las investigaciones de derechos humanos[30]. En la región se destacan múltiples protocolos y guías de actuación que dan lineamientos para la correcta investigación fiscal, policial o forense en materia de femicidios[31].

# Estructura del Modelo de Protocolo

29. El Protocolo cuenta con la siguiente estructura. El Capítulo I brinda algunas aclaraciones sobre los conceptos de "femicidios" y "feminicidios", haciendo énfasis en sus condiciones estructurales así como en sus diferentes tipologías y modalidades delictivas. El Capítulo II analiza el estándar internacional de debida diligencia aplicado a la violencia letal contra las mujeres. El Capítulo III presenta unas recomendaciones para llevar a cabo un análisis de género y de cruce de discriminaciones adecuado durante la investigación. El Capítulo IV ofrece pautas de actuación para el diseño del plan o programa metodológico de investigación de estos delitos. El Capítulo V se centra en la actuación médico forense y en el análisis criminal, con el objeto de aportar los elementos y las referencias necesarias para que los/as representantes del Ministerio Público Fiscal puedan identificar el contexto característico de un femicidio. El Capítulo VI presenta elementos para la consolidación

de las hipótesis y las líneas de investigación en la teoría del caso de la acusación. El Capítulo VII brinda recomendaciones para garantizar los derechos de las víctimas indirectas, los familiares y los testigos en la investigación y el juzgamiento de los femicidios. Para finalizar, en el Capítulo VIII, se formulan algunas recomendaciones para asegurar la apropiación y eficaz aplicación del Modelo de Protocolo.

30. En la bibliografía se incluye las referencias de los protocolos, las guías y los manuales que fueron consultados para la elaboración de este Modelo de Protocolo, así como algunos informes de derechos humanos que pueden ser de interés para los/as lectores/as.

31. Finalmente, se incluyen varios anexos. El anexo 1 presenta un análisis sintético de la tipificación de las muertes violentas de mujeres por razones de género en los sistemas legales de habla hispana de América Latina, incluyendo los textos normativos analizados. El anexo 2 ofrece un modelo de entrevista semiestructurada dirigida a los entornos de la víctima para conocer su situación antes del femicidio y la posible existencia de violencia de género. El anexo 3 reproduce la misma entrevista semi-estructurada dirigida al victimario y sus entornos, con el objeto de comprobar la existencia de violencia de género en la relación de pareja o interpersonal. El anexo 4 incorpora un modelo de cuestionario semi-estructurado para entrevistar al victimario y a posibles testigos, e identificar algunos de los elementos más significativos de la escena del crimen femicida.

# Notas

5 Comité CEDAW, Recomendación General No.19, La violencia contra la Mujer, Undécimo período de sesiones, 1992, UN Document HRI\GEN\I\ Rev. El Comité CEDAW es un mecanismo de derechos humanos establecido en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) para examinar los progresos realizados por los Estados Parte en la aplicación de sus disposiciones.

6 Ibid, párr. 84.

7 Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/104, artículo 1. La Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"), adoptada el 9 de junio de 1994 por la Organización de los Estados Americanos (OEA), define la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (artículo 1).

8 Aunque las expresiones "femicidios" o "feminicidios" tienen acepciones diferentes en las ciencias sociales, en el presente documento se utilizará el término "femicidio" para referirse a las muertes violentas de mujeres por razones de género, salvo cuando la diferenciación sea necesaria.

9 El informe "Global Burden of Armed Violence 2011: Lethal Encounters", elaborado por The Geneva Declaration on Armed Violence and Development Secretariat, señala que, entre los 25 países del mundo con tasas altas y muy altas de feminicidios, catorce de ellos se ubican en las Américas (cuatro en el Caribe, cuatro en Centroamérica y seis en Suramérica). Subraya también que, en términos generales, los porcentajes son más elevados en países caracterizados por altos niveles de violencia. Al respecto, ver Alvazzi del Frate, A. (2011).

10 Restrepo, J.A. & Tobón García, A. (2011), pág. 106.

11 Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer, A/61/122 Add.1, 6 de julio de 2006, párr. 368. Ver también: Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 164.

12 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2007), Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en Las Américas.

13 Comité CEDAW, Informe de México producido por el CEDAW bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 de enero de 2005; Amnistía Internacional (2003), México: Muertes intolerables, Diez años de desapariciones y asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua.

14 CIDH (2003), Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación.

15 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 150.

16 Ibid.

17 Ibid.

18 El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) señala como personal especializado a quienes administran justicia, los/as peritos/as y los/las forenses que recolectan las pruebas de la violencia y que realizan los peritajes psicológicos de las víctimas. MESECVI (2012), Segundo informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará, pág. 62. El MESECVI es una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente, fundamentada en un foro de intercambio y cooperación técnica entre los Estados Parte de la Convención y un Comité de Expertas, que analiza el impacto de la Convención en la región, sus logros en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, y los desafíos existentes en la implementación de políticas públicas en la materia.

19 Esta regla de interpretación asume que nada de lo dispuesto en el marco jurídico internacional puede entenderse como restricción o limitación de la legislación interna que prevea iguales o mayores protecciones y garantías a los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, en los términos del artículo 13 de la Convención de Belém do Pará.

20 La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Principios de Yogyakarta, Preámbulo, 2006, pág. 8.

21 La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Principios de Yogyakarta, Preámbulo, 2006, pág. 8.

22 El concepto de "expresión de género" ha sido definido como "la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado". "En el ámbito jurídico esta distinción tiene relevancia pues permite la protección de una persona con independencia de si su expresión de género corresponde con una particular identidad de género, o es únicamente percibida como tal". OEA (2013), Orientación sexual, identidad de género y expresión de género, pág. 14; CIDH (2013), Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes, pág. 5.

23 Ibid. Coincide con esta visión el Ministerio de Seguridad de la República Argentina (2013), pág. 11 y ss.

24 No se debe olvidar que las "razones de género" que llevan a los victimarios a acabar con la vida de las mujeres no son referencias individuales nacidas de la experiencia o psicobiografía de estos hombres, sino que son referencias comunes a la sociedad dado que algunos hombres las utilizan para elaborar una conducta criminal, pero que una gran parte de la sociedad utiliza para minimizar el uso de la violencia contra las mujeres y justificar sus resultados.

25 Naciones Unidas, Código de Conducta para funcionarios encargados de cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

26 Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

27 Directrices sobre la Función de los Fiscales aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

28 Protocolo de Minnesota (1991).

29 Protocolo de Estambul (1999).

30 Ver Asamblea General de las Naciones Unidas, Las personas desaparecidas, Resolución A/RES/59/189, aprobada el 20 de diciembre de 2004. También: Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Los derechos humanos y la ciencia forense, Resolución 2005/26 aprobada el 19 abril de 2005.

31 Los protocolos que sirvieron de insumo para la elaboración del presente Modelo de Protocolo pueden consultarse en la sección "Protocolos, guías y manuales consultados" de la bibliografía.

# Capítulo I.

## La definición de los conceptos de “femicidio” y “feminicidio”

**Las definiciones de los conceptos de “femicidio” y “feminicidio”** . . . . . 13

**Las condiciones estructurales de los femicidios / feminicidios** . . . . . 14

**Los tipos de femicidios : activos o directos y pasivos o indirectos** . . . . . 14

**Las modalidades delictivas** . . . . . 15

# Capítulo I.

# La definición de los conceptos de "femicidio" y "feminicidio"

## Las definiciones de los conceptos de "femicidio" y "feminicidio"

32. No existe una definición consensuada de los conceptos de "femicidio" y de "feminicidio". Su alcance, su contenido y sus implicaciones son todavía objeto de amplios debates tanto en las ciencias sociales como en la acción política y en los procesos legislativos nacionales. Sus acepciones varían según el enfoque desde el cual se examina y la disciplina que lo aborda.

33. ***El femicidio.*** El proceso de conceptualización del fenómeno de la muerte violenta de una mujer por ser mujer adquirió importancia en la década de 1970 cuando la expresión "femicidio" (o "femicide" en inglés) fue acuñada por Diana Russell[32]. Esta expresión surge como alternativa al término neutro de "homicidio" con el fin político de reconocer y visibilizar la discriminación, la opresión, la desigualdad y la violencia sistemática contra la mujer que, en su forma más extrema, culmina en la muerte[33]. De acuerdo con la definición de Russell, el femicidio se aplica a todas las formas de asesinato sexista, es decir, "los asesinatos realizados por varones motivados por un sentido de tener derecho a ello o superioridad sobre las mujeres, por placer o deseos sádicos hacía ellas, o por la suposición de propiedad sobre las mujeres"[34].

34. La definición ha variado de acuerdo con la propia transformación del fenómeno y con el debate de amplios grupos de activistas, académicas y defensoras de los derechos de las mujeres. En América Latina, la expresión "femicidio" ha sido definida de diferentes formas como: "el asesinato misógino de mujeres por los hombres"[35]; "el asesinato masivo de mujeres cometido por hombres desde su superioridad de grupo"[36]; o "la forma extrema de violencia de género, entendida como la violencia ejercida por hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación y control"[37]. Estas definiciones advierten acerca de la existencia de sistemas patriarcales más amplios de opresión de las mujeres[38].

35. ***El feminicidio.*** En desarrollo del concepto anterior, la investigadora mexicana Marcela Lagarde acuñó el término "feminicidio". Lo definió como el acto de matar a una mujer sólo por el hecho de su pertenencia al sexo femenino pero confirió a ese concepto un significado político con el propósito de denunciar la falta de respuesta del Estado en esos casos y el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de garantía, incluso el deber de investigar y de sancionar. Por esta razón, Lagarde considera que el feminicidio es un crimen de Estado. Se trata de "una fractura del Estado de derecho que favorece la impunidad"[39]. El concepto abarca el conjunto de hechos que caracterizan los crímenes y las desapariciones de niñas y mujeres en casos en que la respuesta de las autoridades sea la omisión, la inercia, el silencio o la inactivad para prevenir y erradicar esos delitos.

36. Por su parte, Julia Monárrez considera que "[e]l feminicidio comprende toda una progresión de actos violentos que van desde el maltrato emocional, psicológico, los golpes, los insultos, la tortura, la violación, la prostitución, el acoso sexual, el abuso infantil, el infanticidio de niñas, las mutilaciones genitales, la violencia doméstica, y toda política que derive en la muerte de las mujeres, tolerada por el Estado"[40].

37. Como se observa, estas definiciones contienen, en sentido amplio, todas las manifestaciones de violencia contra las mujeres y, en sentido estricto, aquellas muertes violentas de mujeres por razones de género que quedan en la impunidad[41], como consecuencia de la omisión de las autoridades estatales para prevenir y eliminar estos delitos. Estas omisiones deberían motivar el inicio de investigaciones disciplinarias y penales para establecer la responsabilidad de los agentes del Estado que no previnieron la ocurrencia de la muerte violenta de la mujer.

38. A pesar de esas diferencias conceptuales, los marcos normativos de la región utilizan indistintamente los términos "femicidio" y "feminicidio" para referirse a la muerte violenta de mujeres por razones de género[42], diferenciándolos del concepto neutral en términos de género de homicidio[43].

Definición del término "femicidio"

39. A los efectos del presente Modelo de Protocolo, **el término de femicidio se entiende como**:

la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión[44].

# Las condiciones estructurales de los femicidios/ feminicidios

El uso del concepto de femicidio permite visibilizar la expresión extrema de violencia resultante de la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres.

40. Independientemente de la terminología que se adopte, estas situaciones de VCM presentan características comunes: están fundadas "en una cultura de violencia y discriminación basada en el género"[45], que "tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres"[46]. No se trata de "casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades"[47]. El uso del concepto de femicidio/feminicidio y su diferencia con el homicidio permite visibilizar la expresión extrema de violencia resultante de la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres.

41. De acuerdo con la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias (en adelante, la Relatora Especial), la situación socioeconómica de los países donde se manifiestan con mayor intensidad los femicidios muestra la "persistente penetración de una cultura machista por la cual la desigualdad institucionalizada de género sirve de base a la discriminación de género y ayuda a legitimar la subordinación de las mujeres y el trato diferencial en el acceso a la justicia"[48].

42. En suma, los feminicidios son el reflejo de una cultura de odio y discriminación hacía las mujeres y un índice del fracaso del sistema de justicia penal para sancionar a los perpetradores de estos crímenes[49].

# Los tipos de femicidios : activos o directos y pasivos o indirectos

43. La Relatora Especial, recogiendo la experiencia internacional, clasifica las muertes violentas de mujeres por razones de género en dos categorías: (i) las activas o directas y (ii) las pasivas o indirectas[50].

44. **Los femicidios activos o directos** incluyen:

- las muertes de mujeres y niñas como resultado de violencia doméstica, ejercida por la pareja en el marco de una relación de intimidad o de convivencia;
- el asesinato misógino de las mujeres;
- las muertes de mujeres y niñas cometidas en nombre del “honor”;
- las muertes de mujeres y niñas relacionadas con situaciones de conflicto armado (como estrategia de guerra, opresión o conflicto étnico);
- las muertes de mujeres y niñas relacionadas con el pago de una dote;
- las muertes de mujeres relacionadas con la identidad de género y con la orientación sexual (femicidios lesbofóbicos);
- el infanticidio femenino y la selección de sexo basada en el género (feticidio); y
- las muertes de mujeres y niñas relacionadas con el origen étnico y la identidad indígena.

Los femicidios activos o directos

45. **Los femicidios pasivos o indirectos** incluyen:

- las muertes debidas a abortos inseguros y clandestinos;
- la mortalidad materna;
- las muertes por prácticas dañinas (por ejemplo, las ocasionadas por la mutilación genital femenina);
- las muertes vinculadas al tráfico de seres humanos, al tráfico de drogas, a la proliferación de armas pequeñas, al crimen organizado y a las actividades de las pandillas y bandas criminales;
- la muerte de las niñas o de las mujeres por negligencia, por privación de alimento o maltrato; y
- los actos u omisiones deliberadas por parte de funcionarios públicos o agentes del Estado.

Los femicidios pasivos o indirectos

46. Esta lista no es exhaustiva. Otras formas de muertes violentas de mujeres también pueden tener motivaciones de género.

# Las modalidades delictivas

47. En la experiencia latinoamericana se han identificado varias modalidades delictivas de muertes violentas de mujeres por razones de género. A continuación se presenta una clasificación y explicación de modalidades de femicidios:

***Íntimo.*** Es la muerte de una mujer cometida por un hombre con quien la víctima tenía o había tenido una relación o vínculo íntimo: marido, exmarido, compañero, novio, exnovio o amante, persona con quien se procreó un niño o una niña. Se incluye el supuesto del amigo que asesina a una mujer - amiga o conocida - que rechazó entablar una relación íntima (sentimental o sexual) con este.

***No íntimo.*** Es la muerte de una mujer cometida por un hombre desconocido con quien la víctima no tenía ningún tipo de relación. Por ejemplo, una agresión sexual que culmina en el asesinato de una mujer a manos de un extraño. También se considera el caso del vecino que mata a su vecina sin que existiera entre ambos algún tipo de relación o vínculo.

***Infantil.*** Es la muerte de una niña menor de 14 años de edad cometido por un hombre en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder que le otorga su situación adulta sobre la minoría de edad de la niña.

***Familiar.*** Es la muerte de una mujer en el contexto de una relación de parentesco entre la víctima y el victimario. El parentesco puede ser por consanguinidad, afinidad o adopción.

***Por conexión.*** Hace referencia al caso de la muerte de una mujer "en la línea de fuego" por parte de un hombre en el mismo lugar en el que mata o intenta matar a otra mujer. Puede tratarse de una amiga, una pariente de la víctima, madre, hija, o de una mujer extraña que se encontraba en el mismo escenario donde el victimario atacó a la víctima.

***Sexual sistémico[51].*** Es la muerte de mujeres que son previamente secuestradas, torturadas y/o violadas. Puede tener dos modalidades:

> ***Sexual sistémico desorganizado.*** La muerte de las mujeres está acompañada por el secuestro, la tortura y/o la violación. Se presume que los sujetos activos matan a la víctima en un período determinado de tiempo.
>
> ***Sexual sistémico organizado.*** Se presume que en estos casos los sujetos activos pueden actuar como una red organizada de feminicidas sexuales, con un método consciente y planificado en un largo e indeterminado período de tiempo.

***Por prostitución o por ocupaciones estigmatizadas.*** Es la muerte de una mujer que ejerce la prostitución y/u otra ocupación (como strippers, camareras, masajistas o bailarinas en locales nocturnos) cometida por uno o varios hombres. Incluye los casos en los que el victimario (o los victimarios) asesina a la mujer motivado por el odio y la misoginia que despierta en estos la condición de prostituta de la víctima. Esta modalidad evidencia la carga de estigmatización social y justificación del accionar delictivo por parte de los sujetos: "se lo merecía"; "ella se lo buscó por lo que hacía"; "era una mala mujer"; "su vida no valía nada".

***Por trata.*** Es la muerte de mujeres producida en una situación de trata de personas. Por "trata" se entiende la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, ya sean rapto, fraude, engaño, abuso de poder o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de la o las personas con fines de explotación. Esta explotación incluye, como mínimo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos[52].

***Por tráfico.*** Es la muerte de mujeres producida en una situación de tráfico de migrantes. Por "tráfico" se entiende la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

***Transfóbico.*** Es la muerte de una mujer transgénero o transexual[53] y en la que el victimario (o los victimarios) la mata por su condición o identidad de género transexual, por odio o rechazo de la misma.

***Lesbofóbico.*** Es la muerte de una mujer lesbiana en la que el victimario (o los victimarios) la mata por su orientación sexual, por el odio o rechazo de la misma.

***Racista.*** Es la muerte de una mujer por odio o rechazo hacia su origen étnico, racial, o sus rasgos fenotípicos.

***Por mutilación genital femenina.*** Es la muerte de una niña o mujer a consecuencia de la práctica de una mutilación genital[54].

# Notas

32 Diana Russell recuperó la expresión femicidio y la hizo pública en 1976, durante su presentación ante una organización denominada Tribunal de Crímenes contra la Mujer en Bruselas. Russell, D.E. & Van de Ven, N. (1982).
33 En 1992, Diana Russell y Jill Radford definieron el femicidio como "el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres". Radford, J. & Russell, D.E. (1992).
34 Russell, D. E. (2006), pág. 77 y 78.
35 Monárrez Fragoso, J., citada en Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, Situación y análisis del feminicidio en la Región Centroamericana, San José, Secretaria Técnica del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006, pág. 33.
36 Ibid.
37 Carcedo, A. & Sagot, M. (2000).
38 Manjoo, R. (2013), pág. 15 y ss; Toledo Vásquez, P. (2009), pág. 25 y ss.
39 Lagarde y de los Rios, M. (2006), pág. 20.
40 Monárrez Fragoso, J. (2005), pág. 43.
41 Morales Trujillo, H., Femicidio en Guatemala, ensayo en Fregoso, R.-L. (coord.) (2011), pág. 182.
42 En el marco de sus procesos legislativos, los países de la región han adoptado diferentes definiciones legales para sancionar los femicidios/feminicidios. No existe un tipo penal homogéneo en la región. Ver Anexo 1.
43 En la reunión de trabajo de la Red Feminista Latinoamericana y del Caribe por una vida sin violencia para las mujeres, llevada a cabo en Santiago de Chile en julio de 2006, se discutió el contenido de los términos, y se concluyó que ambos conceptos se refieren al mismo fenómeno delictivo. Sobre la utilización de los dos conceptos como sinónimos, ver: Chiarotti, S. (2011), pág. 74; Toledo Vásquez, P. (2009); Russell, D.E. (2013), pág. 19 y 20; Pola Z., M.J. (2009), pág. 74.
44 MESECVI, Declaración sobre el Femicidio, 15 de agosto de 2008, MESECVI/CEVI/DEC.1/08, punto 2.
45 Citado en Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 133.
46 CIDH, Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez (citando carta del Secretario de Gobierno de Chihuahua a la Relatora Especial de 11 de febrero de 2002).
47 Comité CEDAW, Informe de México producido por el Comité CEDAW bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, párr. 159.
48 Manjoo, R. (2013), pág. 15.
49 Ibid.
50 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, 23 de mayo de 2012, A/HRC/20/16, párr. 16 y ss. Otra variante reciente de esta clasificación fue desarrollada en la Declaración de Viena sobre el Femicidio, de noviembre de 2012, adoptada por los participantes en un simposium sobre femicidio, Academic Council on the United Nations System (ACUNS), 2013, pág. 2. Un análisis detallado de cada una de estas manifestaciones de feminicidio, con comparaciones entre las diferentes modalidades que se han presentado en varios países y continentes, puede verse en el mismo documento pág. 56 y ss.; o en Russell, D.E. & Radford, J. (2006).
51 Monárrez Fragoso, J. (2005).
52 Artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 55/25, A/RES/55/25, 15 noviembre de 2000.
53 El transgenerismo incluye el transexualismo y el travestismo. Es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignado a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamiento médico (Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays, Personas Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Algunas precisiones y términos relevantes, http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp).
54 Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la mutilación genital feminina comprende todos los procedimientos consistentes en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos, así como otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos. Ver Atencio, G. & Laporta, E. (2012).

# Capítulo II.

# El estándar internacional de la debida diligencia aplicado a los casos de femicidios

**Las obligaciones internacionales de los Estados frente a la violencia motivada por el género** ..... 21

**El estándar internacional de debida diligencia aplicado a la VCM** ..... 22
El deber de prevención ..... 23
La obligación del Estado de modificar, transformar y poner fin a la aplicación injustificada de estereotipos de género negativos ..... 23
El deber de investigar y sancionar ..... 25
El deber de garantizar una reparación justa y eficaz ..... 26

**Los estándares internacionales aplicables para evaluar la idoneidad de las investigaciones penales** ..... 26
La existencia de instancias judiciales independientes e imparciales ..... 27
La oportunidad y oficiosidad de la investigación ..... 27
La calidad de la investigación penal ..... 27
El recaudo y la protección efectiva de la prueba ..... 29
La participación efectiva de las víctimas y sus representantes ..... 29

# Capítulo II.

# El estándar internacional de la debida diligencia aplicado a los casos de femicidios

## Las obligaciones internacionales de los Estados frente a la violencia motivada por el género

48. El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado un conjunto de normas, estándares y principios para alcanzar la plena vigencia de los derechos de las mujeres. Se ha producido una evolución sustancial en este ámbito que partió de un objetivo limitado a la mera igualdad formal entre hombres y mujeres, y que ahora se concentra en el reconocimiento de la desigualdad y discriminación estructurales que afectan a las mujeres. Ese cambio tiene como consecuencia la revisión completa de las formas en que sus derechos son reconocidos, protegidos y aplicados[55].

49. Varios instrumentos internacionales, de carácter vinculante y de derecho blando *(soft law)*, abordan la problemática de la VCM y han servido de base para desarrollar una abundante jurisprudencia internacional en la materia. Dos textos deben ser particularmente resaltados:

- En el ámbito universal, **la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer**, adoptada en 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas[56];

- En el ámbito latino-americano, **la Convención de Belém do Pará**[57], de carácter vinculante para los Estados que la ratificaron.

50. Ambos instrumentos condenan todas las formas de VCM que tengan lugar dentro de la familia o unidad doméstica, en la comunidad, en cualquier otra relación interpersonal, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra. Mediante la Declaración y la Convención, los Estados se comprometen a instaurar y aplicar una serie de medidas destinadas a prevenir, erradicar, investigar, sancionar y reparar la violencia contra las mujeres, incluyendo el femicidio.

**Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará**

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de la violencia contra la mujer y velar por que las autoridades se comporten de conformidad con esta obligación;
b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
c) Incluir en su legislación interna, normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
d) 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;
e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias, que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
f) Establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

# El estándar internacional de debida diligencia aplicado a la VCM

51. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos han enfatizado el vínculo entre la discriminación de género, la VCM, el deber del Estado de actuar con la debida diligencia y la obligación de facilitar el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos[58].

52. El estándar internacional[59] de debida diligencia ha sido utilizado por las diferentes instancias internacionales para evaluar si un Estado ha cumplido con su obligación general de garantía frente a hechos que violan los derechos a la vida, integridad y libertad personal de las personas, en particular cuando resultan de actos imputables a particulares. Así lo subrayó la Corte IDH:

> un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención[60].

53. En materia de VCM, desde 1992, el Comité de la CEDAW estableció que los Estados podrían ser responsables por los actos privados de las personas "si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas"[61]. El estándar de debida diligencia fue luego integrado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer[62], en la Plataforma de Acción de Beijing[63], en la Convención de Belém do Pará (artículo 7, apartado b), así como en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, artículo 5).

54. Con base en la práctica internacional y la *opinio juris*[64], se puede concluir que "existe una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer"[65]. Dicha norma obliga los Estados a adoptar medidas holísticas y sostenibles para prevenir, proteger, sancionar y reparar actos de violencia contra la mujer[66]. Implica una responsabilidad tanto en el abordaje sistémico de la violencia, con la finalidad de encarar sus causas y consecuencias, como en el ámbito individual, la cual impone a los Estados establecer medidas efectivas de prevención, protección, sanción y reparación para cada caso de violencia[67].

Existe una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer.

# El deber de prevención

55. El deber de prevención se refleja en el ordenamiento jurídico de los Estados al reconocer y asegurar la vigencia de los derechos de las mujeres, así como garantizar el respeto efectivo de esos derechos. Abarca "todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales"[68].

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito.

56. El cumplimiento del deber de prevención no se limita a la adopción de un marco jurídico ni al establecimiento de recursos judiciales formales. Acarrea también el deber de "fortalecer la capacidad institucional de instancias judiciales […] para combatir el patrón de impunidad frente a casos de violencia contra las mujeres, a través de investigaciones criminales efectivas que tengan un seguimiento judicial apropiado, garantizando así una adecuada sanción y reparación"[69]. Implica también prever recursos judiciales accesibles, "sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria" para investigar, enjuiciar, sancionar y reparar las violaciones y prevenir la impunidad[70].

57. En casos de VCM, los Estados deben adoptar medidas integrales destinadas a prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva[71]. Aplicando la Convención de Belém do Pará, la Corte IDH definió "**un deber de protección estatal reforzado**"[72] en materia de violencia contra las mujeres, tomando en cuenta la situación estructural de subordinación, discriminación y violencia que deben enfrentar las mujeres en el continente. Dicho deber reforzado se basa en la doctrina del riesgo previsible y evitable, adoptado por el sistema europeo de protección de los derechos humanos, según el cual la imputación de la responsabilidad internacional del Estado está condicionada "por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo"[73].

58. El deber de prevención incluye la obligación de transformar los estereotipos de género.

## La obligación del Estado de modificar, transformar y poner fin a la aplicación injustificada de estereotipos de género negativos[74]

59. Como se ha señalado, existe un vínculo entre la discriminación, la VCM y el deber de debida diligencia. En ese contexto, la perpetuación de estereotipos de género nocivos[75] es identificada como uno de los factores determinantes de las discriminaciones y las violencias, como lo subraya el Comité de la CEDAW (ver recuadro). Sobre el particular también ha dicho la Corte IDH que "la creación y uso de estereotipos se convierten en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer"[76], situación que se agrava cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas de las autoridades estatales[77]. Se ha puesto en evidencia que la presencia de las nociones culturales construidas bajo la creencia de la inferioridad de las

mujeres, que suele atribuirse a sus diferencias biológicas y a su capacidad reproductiva, afecta de manera negativa la respuesta policial, fiscal y judicial de estos casos.

60. Los estereotipos de género pueden manifestarse en el marco normativo y en el funcionamiento de los sistemas judiciales, y ser perpetuados por agentes estatales de las diferentes esferas y niveles de la administración, así como por agentes privados[78].

61. En la administración de justicia, los mitos o las ideas preconcebidas y equivocadas en materia de género utilizados por los diferentes intervinientes en los procesos penales pueden afectar de manera seria el derecho de las mujeres de acceder a la justicia y de contar con un juicio imparcial.

**Comité CEDAW, Recomendación General No.19**

11. Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas, perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

En la administración de justicia, los mitos o las ideas preconcebidas y equivocadas en materia de género utilizados por los diferentes intervinientes en los procesos penales pueden afectar de manera seria el derecho de las mujeres de acceder a la justicia y de contar con un juicio imparcial.

62. El uso de ideas preconcebidas y de estereotipos puede influir en la concepción que se hace de una víctima o de un victimario. De manera general, B.E. Turvey[79] explica que se presentan dos tendencias frente a la víctima:

- La "**deificación[80] de la víctima**", que hace referencia a su idealización. La víctima pasa a ser valorada por algunas de sus circunstancias vitales, como por ejemplo ser joven, pertenecer a una familia de status elevado, estar estudiando en la universidad, ser solidaria, etc. Esta idealización puede descontextualizar el crimen y dificultar la investigación al alejarla de las circunstancias reales de su comisión.

- El "**envilecimiento de la víctima**"[81], que es lo contrario. Las características de la víctima hacen que sea considerada como propiciatoria o merecedora de lo ocurrido. Se piensa que determinados crímenes sólo les ocurren a ciertas personas que llevan modos de vida diferentes, que pertenecen a determinados grupos étnicos, que tienen ciertas creencias religiosas, que son de algunos grupos sociales, que tienen nivel económico bajo, que consumen drogas, que exteriorizan una orientación sexual distinta, etc.

63. Algo parecido se puede decir respecto a los sospechosos del delito, que son "deificados" o "envilecidos" con relación a sus características personales, pero también respecto al crimen que se le imputa y a la víctima de los hechos. Cuando el agresor es deificado y la víctima es envilecida, la investigación tiende a buscar argumentos para justificar el planteamiento del primero.

64. B.E. Turvey insiste en que esta situación viene definida por el "sentido subjetivo del investigador basado en su moral personal", e insiste en que este posicionamiento conduce a la "apatía en la investigación al pensar que ciertos crímenes que se producen sobre personas de esas características, no merecen ser investigados". El ser mujer constituye un factor que facilita que el significado de lo ocurrido se construya sobre estereotipos culturales generales, en lugar de centrarse en el contexto de lo ocurrido y en los resultados objetivos que arroje la investigación.

65. La jurisprudencia internacional ha llamado la atención sobre diferentes aspectos que reflejan la aplicación injustificada de estereotipos de género que en la administración de justicia afectan a las mujeres y a las niñas, entre otros:

- La creación y aplicación de normas inflexibles sobre lo que constituye violencia doméstica o violencia basada en el género[82], o lo que las mujeres y las niñas deberían ser;
- La determinación de la credibilidad de la víctima en función de ideas preconcebidas sobre la forma en que esta debería haber actuado antes de la violación, durante el acto y después del acto, debido a las circunstancias, a su carácter y a su personalidad[83];
- La presunción tácita de la responsabilidad de la víctima por lo que le sucedió, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor[84];
- El uso de referencias a estereotipos sobre la sexualidad masculina y femenina de la víctima o del perpetrador[85];
- La poca atención brindada al testimonio de las niñas[86];
- La interferencia en la vida privada de las mujeres cuando su vida sexual es tomada en cuenta para considerar el alcance de sus derechos y de su protección[87].

La jurisprudencia internacional ha llamado la atención sobre diferentes aspectos que reflejan la aplicación injustificada de estereotipos de género que en la administración de justicia afectan a las mujeres y a las niñas.

66. Por lo tanto, existe la obligación de los Estados de transformar los estereotipos de género y los patrones sociales y culturales que perpetúan estas situaciones de discriminación y violencia hacia las mujeres y las niñas[88].

67. En particular, varios artículos de la CEDAW crean para los Estados obligaciones explícitas de modificar y transformar los estereotipos de género y poner fin a la aplicación injustificada de estereotipos negativos de género[89]. El artículo 5 (a) de la CEDAW establece la obligación de "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". Dicha obligación es reforzada por el artículo 2(f) que exige que los Estados adopten "todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer". El Comité de la CEDAW identifica este deber como una de las tres obligaciones centrales para alcanzar una igualdad sustantiva[90].

Existe la obligación de los Estados de transformar los estereotipos de género y los patrones sociales y culturales.

## El deber de investigar y sancionar

68. El deber de investigar tiene dos finalidades: prevenir una futura repetición de los hechos[91] y proveer justicia en los casos individuales[92]. Constituye una obligación de medio y no de resultado[93]. Sobre la calidad que debe caracterizar la investigación, la Corte IDH recordó que "la investigación judicial permite esclarecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos que generan responsabilidad estatal, constituyendo un paso necesario para el reconocimiento de la verdad por parte de los familiares de las víctimas y la sociedad así como el castigo de los responsables y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de las violaciones a los derechos humanos"[94]. Esta obligación se extiende aun cuando los hechos sean atribuibles a particulares "pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público"[95].

El deber de investigar tiene dos finalidades: prevenir una futura repetición de los hechos y proveer justicia en los casos individuales.

69. El deber de investigar garantiza una respuesta adecuada del Estado frente a hechos de violencia y tiene "alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres"[96]. En la sentencia *Campo Algodonero*, la Corte IDH recomendó "usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos"[97]. La Relatora Especial añadió que la investigación tiene que ser realizada con una perspectiva de género y considerar la vulnerabilidad específica de la víctima[98].

La investigación tiene que ser realizada con una perspectiva de género.

70. La investigación debe ser imparcial, seria y exhaustiva, y debe permitir establecer la responsabilidad ya sea penal o disciplinaria de los agentes estatales en caso de que el debido proceso legal no haya sido garantizado[99]. Al respecto, la Corte IDH enfatizó que "la falta de debida

investigación y sanción de las irregularidades denunciadas propicia la reiteración en el uso de tales métodos por parte de los investigadores. Ello afecta la capacidad del Poder Judicial para identificar y perseguir a los responsables y lograr la sanción que corresponda, lo cual hace inefectivo el acceso a la justicia"[100]. El deber de investigar acarrea también el derecho de las víctimas a acceder a la información sobre el desarrollo de la investigación[101].

## El deber de garantizar una reparación justa y eficaz

71. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer así como la Convención de Belém do Pará establecen la obligación de los Estados de garantizar a las mujeres víctimas de la violencia un **acceso a los mecanismos de justicia y a una reparación justa y eficaz** por el daño que hayan sufrido.

Los Estados deben garantizar el acceso a la justicia y a una reparación justa y eficaz.

72. En la sentencia *Campo Algodonero*, la Corte IDH ordenó al Estado mexicano reparar a las víctimas con una serie de medidas, que incluyen la indemnización material, el resarcimiento simbólico y un amplio conjunto de garantías de no repetición. Estableció que las reparaciones deben ser abordadas con una perspectiva de género "tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres"[102]. Enfatizó la **vocación transformadora que las reparaciones con perspectiva de género deben tener, de tal forma que "tengan un efecto no sólo restitutivo sino correctivo"**[103] y estén orientadas a remediar la situación de violencia y discriminación estructural que ambientó el caso[104].

**La reparación tiene una dimensión transformadora**

"Las reparaciones a que tienen derecho las mujeres no pueden limitarse a devolverlas a la situación en que se encontraban antes del caso concreto de violencia, sino procurar un potencial transformador. Ello supone que deben aspirar, en lo posible, a subvertir, que no a apuntalar, las preexistentes modalidades de subordinación estructural general, jerarquías de sexos, marginación sistemática e inequidades estructurales que posiblemente sean la raíz misma de la violencia sufrida por las mujeres […]".

Informe Relatora Especial, A/HRC/14/22, 23 de abril de 2010, párr. 85

Las reparaciones deben tener una vocación transformadora y ser abordadas con una perspectiva de género.

73. La jurisprudencia internacional también ha hecho particular énfasis en la importancia de la **participación de las víctimas** en la determinación de las reparaciones. Se debe tomar en cuenta su cosmovisión, su perspectiva de la vida y su concepto de justicia[105].

# Los estándares internacionales aplicables para evaluar la idoneidad de las investigaciones penales

74. Varias instancias internacionales han establecido estándares para examinar la idoneidad de las investigaciones penales de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos.

## La existencia de instancias judiciales independientes e imparciales

75. La independencia funcional y material de las instancias llamadas a investigar, juzgar, sancionar y reparar un hecho delictivo es una condición imprescindible para garantizar la idoneidad de la investigación y el juzgamiento en materia penal. Las exigencias de la independencia e imparcialidad abarcan cada una de las etapas del proceso, incluyendo la recolección inicial de la prueba, la visita al lugar donde se encuentra el cuerpo de la víctima y todas las etapas posteriores[106]. En particular, es clave resguardar la investigación de la contaminación y la alteración de la prueba que puedan realizar los posibles perpetradores cuando ellos son agentes que tienen funciones de investigación como la policía militar, la policía civil, el ejército en ciertas zonas, la fiscalía o Ministerio Público, el personal penitenciario o cualquier otra entidad del Estado[107].

Las exigencias de la independencia e imparcialidad abarcan cada una de las etapas del proceso.

76. La imparcialidad exige que las actuaciones judiciales no se vean afectadas por prejuicios o nociones estereotipadas sobre las actitudes, características o roles de las víctimas o de las personas acusadas[108].

La imparcialidad exige que las actuaciones judiciales no se vean afectadas por prejuicios o nociones estereotipadas.

## La oportunidad y oficiosidad de la investigación

77. Una vez que se tiene conocimiento de un hecho delictivo como es la muerte violenta de una mujer, **las autoridades estatales tienen la obligación de iniciar "ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva** por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales"[109].

78. Este principio subraya la importancia de recaudar los elementos de prueba básicos en un tiempo razonable y por iniciativa propia. No iniciar de manera inmediata la investigación impide la realización de actos esenciales, como la oportuna preservación y recolección de la prueba o la identificación de testigos oculares[110]. La Corte IDH ha reiterado que "el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación […] para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatorio o ineficaz la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación"[111]. Si la investigación no se hace de manera oportuna, en ciertos casos, se puede convertir en ilusoria la posibilidad de la persecución penal.

El principio de oportunidad subraya la importancia de recaudar los elementos de prueba básicos en un tiempo razonable y por iniciativa propia.

79. "La valoración de la oficiosidad y oportunidad debe ser constante y se predica tanto de los actos urgentes como del desarrollo de un plan o programa metodológico de investigación"[112].

En los contextos donde existe un riesgo real e inmediato para la vida e integridad de las mujeres, surge un deber de debida diligencia estricta.

80. En contextos de VCM, la Corte IDH señala que deben existir procedimientos adecuados que conlleven a una investigación efectiva desde las primeras horas de la denuncia de una desaparición. Considera que, en los contextos donde existe un riesgo real e inmediato para la vida e integridad de las mujeres, surge **"un deber de debida diligencia estricta"** frente a las denuncias de desapariciones de mujeres que exige una actuación pronta e inmediata de la autoridades y la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. "Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido"[113].

## La calidad de la investigación penal

81. El deber de realizar una investigación inmediata, exhaustiva, eficaz, seria e imparcial ante hechos delictivos ha sido reiterado por la Corte IDH:

> El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa[114].

La investigación debe estar orientada a examinar todas las líneas de investigación posibles.

82. La importancia de la eficacia de la actividad judicial trasciende el caso particular: "la inefectividad judicial general crea un ambiente que facilita la violencia contra las mujeres, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar el caso"[115].

83. La investigación debe ser exhaustiva, esto es, debe agotar todos los medios legales disponibles y estar dirigida a la determinación de la verdad, la captura, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables. Como tal, la investigación debe estar orientada a examinar todas las líneas de investigación posibles**.** Como lo recuerda el Protocolo de Minnesota, la investigación debe permitir:

El deber de investigar efectivamente tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.

a. **Identificar a la víctima**;
b. **Recuperar y conservar los medios probatorios** relacionados con la muerte, y otras pruebas asociadas con la escena del crimen y el manejo del cadáver para ayudar a la identificación de los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales[116];
c. **Identificar todos los testigos posibles** y obtener declaraciones de ellos con respecto de la muerte;
d. **Determinar la causa, la forma, la ubicación y la hora de la muerte**, así como toda modalidad o práctica que pueda haber provocado la muerte;
e. **Distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio**. En el caso de muertes violentas de mujeres o de suicidio, el equipo investigador debe presumir que se trata de un femicidio;
f. **Identificar y aprehender a la persona o personas que hubieren participado en el delito**;
g. **Someter al perpetrador** o perpetradores sospechosos de haber cometido el delito a un tribunal competente establecido por la ley.

La investigación debe ser realizada por personas que gozan de independencia e imparcialidad, y conducida de manera transparente.

84. Cualquier carencia o defecto en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales implicará que no se cumpla con la obligación procesal de proteger el derecho a la vida[117]. La Corte IDH reconoció que el deber de investigar efectivamente "tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. […] [C]uando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial. El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género"[118].

85. Además, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha subrayado la necesidad de que la investigación (i) sea realizada por personas que gozan de independencia e imparcialidad; (ii) sea conducida de manera transparente y con suficiente publicidad para garantizar la rendición de cuentas, la confianza pública y el respeto al estado de derecho, así como protegerla de cualquier tipo de colusión e ilegalidad[119].

La investigación requiere contar con profesionales capaces de identificar los factores necesarios para conceptualizar e indagar sobre la existencia de violencia de género.

86. La investigación debe ser realizada por profesionales competentes, empleando los procedimientos apropiados[120] y utilizando de manera efectiva todos los recursos a su disposición y con el apoyo de personal técnico y administrativo idóneo[121]. El deber de investigar con seriedad las violencias contra las mujeres requiere contar con profesionales capaces de identificar los factores necesarios para conceptualizar e indagar sobre la existencia de violencia de género, conforme a los tratados y estándares internacionales[122]. Cuando las investigaciones "no son llevadas a cabo por autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género […] se registran retrasos y vacíos claves en las investigaciones, que afectan negativamente el futuro procesal del caso"[123].

87. Finalmente, la Corte IDH estima que "**ciertas líneas de investigación, cuando eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones**"[124].

## El recaudo y la protección efectiva de la prueba

88. El recaudo y la protección efectiva de la prueba deben permitir cumplir con la averiguación de la verdad procesal, objetivo de la investigación penal. La investigación debe ser propositiva para identificar o producir los medios de convicción y evitar que se pierdan elementos probatorios por el paso del tiempo, o se demore el esclarecimiento de la verdad, la consecución de justicia o las reparaciones. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que la investigación "no puede considerarse como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios"[125]. La investigación debe basarse en los elementos pertinentes que se derivan de la escena del crimen, del estudio del contexto o de aspectos vinculados con otros hechos criminales, y explorar todas las pistas que permitan dilucidar los móviles del hecho y la responsabilidad de los diferentes intervinientes[126].

La investigación no puede considerarse como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima.

89. La pérdida de los medios probatorios ya sea por alteración, destrucción, negligencia o falta de cuidado, genera presunciones de ilegalidad y puede acarrear la responsabilidad de las autoridades[127]. De la misma manera, no "ordenar, practicar o valorar pruebas que hubieran sido de mucha importancia para el debido esclarecimiento de los homicidios" puede implicar la responsabilidad del Estado[128].

La pérdida de los medios probatorios puede acarrear la responsabilidad de las autoridades.

## La participación efectiva de las víctimas y sus representantes

90. El derecho a interponer recursos comprende el acceso equitativo y efectivo de la víctima a la justicia y una reparación adecuada, efectiva y pronta por el daño sufrido.

91. La investigación criminal debe desarrollarse garantizando el respeto y la participación de los familiares o personas que conviven con la víctima en su condición de víctimas indirectas[129]. La Corte IDH reconoce el valor central de la participación de las víctimas en todas las etapas del proceso judicial dirigido a la investigación, el castigo de los responsables y en la determinación, aplicación, seguimiento y evaluación de los programas de reparaciones de los daños sufridos. "La intervención de la víctima no debe ser vista como un fin en sí mismo sino un medio para lograr mayores niveles de verdad y justicia"[130]. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos estima que la falta de participación de los familiares en la investigación penal es suficiente para implicar la responsabilidad internacional del Estado[131].

La participación de las víctimas tiene un valor central en todas las etapas del proceso judicial.

Las víctimas deben recibir de manera directa de las autoridades a cargo de las investigaciones toda la información correspondiente a la misma.

92. Permitir la actuación de los/as interesados/as tiene un mayor valor en casos afectando a las mujeres pues son quienes afrontan más dificultades para acceder a la justicia. En toda investigación es fundamental que los familiares y allegados/as de las víctimas reciban de manera directa de las autoridades a cargo de las investigaciones toda la información correspondiente al avance de las mismas, respetando su privacidad, seguridad y sus garantías judiciales[132].

93. Los niños, niñas y adolescentes, que sean parte de la familia inmediata de la víctima y que hayan estado presentes en el momento de la comisión del delito, o que hayan sufrido daños por haber intervenido para prestar asistencia a la víctima o por cualquier otra circunstancia, son considerados víctimas y tienen el derecho a una reparación integral. Además, tratándose de víctimas o testigos menores de dieciocho años, deben recibir una protección y atención especiales[133], tomando en cuenta la prevalencia del interés superior del niño[134].

# Notas

55 Toledo Vásquez, P. (2009).
56 Ver nota 7. Si bien la Declaración no fue adoptada como un documento internacional vinculante en sentido estricto, sus estándares y principios se han convertido en fuentes de derecho internacional consuetudinario.
57 Ver nota 7.
58 CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc.63, 9 de diciembre 2011, párr. 4.
59 Los estándares pueden ser vistos como una suerte de "instrumento de medición" con lo cual se puede evaluar si el Estado cumple con las obligaciones a las que se ha comprometido.
60 Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 172.
61 Comité CEDAW, Recomendación general No. 19, párr. 9; Id., Recomendación general No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5. La Relatora Especial declaró que también incluye la obligación de proteger a la mujer contra todo acto de violencia, y la obligación de proporcionar resarcimiento y reparación a las víctimas de la violencia contra la mujer (Informe, A/HRC/23/49, 14 mayo 2013, párr. 20).
62 Declaración, op.cit. nota 7, artículo 4 c).
63 Plataforma de Acción de Beijing, párr. 125, apartado b).
64 Para que se pueda establecer la existiencia de una costumbre internacional, dos elementos tienen que estar presentes: la práctica de los Estados y la opinio juris, es decir, la convicción que el Estado tiene de ser legalmente obligado a realizar esa práctica.
65 Informe de la Relatora Especial, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: Violencia contra la mujer. La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer, E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006, párr. 29.
66 Ibid., párr. 30; Informe de la Relatora Especial (2013), párr. 71.
67 Informe de la Relatora Especial (2013), párr. 20.
68 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 252.
69 Ibid. Ver también Comité CEDAW, Comunicación No.5/2005, Sahide Goeke vs. Austria, CEDAW/C/39/D/5/2005 (6 de agosto de 2007): un sistema de prevención debe "contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado Parte" (párr. 12.1.2). Comité CEDAW, Comunicación No.20/2008, Violeta Komova vs. Bulgaria, CEDAW/C/49/D/20/2008 (27 de septiembre de 2011): "es preciso que la voluntad política expresada en [la] legislación específica sea apoyada por todas las instancias del Estado, incluidos los tribunales" (párr. 9.4.).
70 CIDH (2011), párr. 5.
71 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 258.
72 Abramovich (2010), pág. 168. Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, párr. 282. Ver también Comité CEDAW, Sahide Goeke vs. Austria, párr. 12.1.4.
73 Abramovich (2010), pág. 173, citando Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, No.140, párr. 123.
74 Comité CEDAW, R.K.B. vs. Turquía, UN Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010 (13 abril 2012), párr. 8.8.
75 No existe una definición del concepto de "estereotipo de género" en los tratados internacionales de derechos humanos. Ha sido definido como una visión generalizada o una preconcepción referente a los atributos, las características o los roles que deben o deberían tener los hombres y las mujeres. La existencia de estereotipos responde a un proceso de simplificación de la realidad que nos rodea con el fin de comprender y aprehender nuestro mundo de manera más fácil. Son generalmente muy arraigados en las sociedades, aunque pueden modificarse con el tiempo. El problema surge cuando estos estereotipos implican consecuencias jurídicas o sociales que afectan parte de la población, resultan en la negación de un derecho o beneficio, imponen una carga o marginan a una persona o un grupo de personas. Cook, R.; Cusack, S. (2010), p. 9.
76 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 401.
77 Ibid.
78 Comité CEDAW, R.K.B. vs. Turquía, párr. 8.8.
79 Turvey, B. E. (1999).
80 Según la Real Academia Española, deificar a alguien es "ensalzar excesivamente" esa persona.
81 "Vilification" en inglés.
82 Comité CEDAW, V.K. vs. Bulgaria, UN Doc. CEDAW/C/49/D/20/2008 (27 sept 2011), párr. 9.11.
83 Comité CEDAW, Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, UN Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008 (22 sept 2010), párr. 8.5.
84 CIDH (2007), Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.
85 Comité CEDAW, Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, párr. 8.6.
86 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, UN Doc. CRC/C/GC/12 (20 de julio 2009), párr. 77.
87 Comité de Derechos Humanos, Recomendación General No. 28, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol I) (2000), párr. 20.
88 Ver Comité contra la Tortura, Observaciones Finales: España, UN Doc. CAT/C/ESP/CO/5 (9 de diciembre 2009), párr. 24; Id, Observaciones Finales: Albania, UN Doc. CAT/C/ALB/CO/2 (26 junio 2012), párr. 25; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, UN Doc. CRC/C/GC/12 (20 de julio 2009) y Observación General No. 13, UN. Doc. CRC/C/GC/13 (18 abril 2011). Ver también Comité CEDAW, Recomendación General No. 28, párr. 9.
89 Comité CEDAW, Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, párr. 8.4.
90 Comité CEDAW, Recomendación General No. 25, UN Doc. A/59/38 (2004), párr. 7. Ver Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006, artículo 8 (1) (b): "Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para […] luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida".
91 La CorteIDH recuerda también que la "impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos", Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 289.
92 Informe de la Relatora Especial (2013), párr. 73.
93 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 289.
94 Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de junio de 2005, Serie C No.124, párr. 153.
95 Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 31 de enero de 2006, Serie C No.140, párr. 111.
96 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 293; Informe Relatora Especial (2013), párr. 73.
97 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 455.
98 Informe Relatora Especial (2013), párr. 73.
99 Ibid.
100 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 346.

101 Informe de la Relatora Especial (2013), párr. 73.
102 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 450.
103 Ibid.
104 Ver también Informe de la Relatora Especial (2013), párr. 75.
105 CIDH (2011), Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, párr. 111: "En un proceso de determinación del contenido de reparaciones se debe tomar en cuenta estas diferencias culturales y valorarlas bajo el principio de igualdad; rompiendo con los prejuicios y estereotipos; especialmente aquellos que se dirigen en contra de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes".
106 Corte IDH, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de julio de 2007, Serie C No. 167, párr. 133.
107 Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párrs. 173 y 174.
108 Comité CEDAW, Karen Tayag Vertido Vs. Filipinas, párr. 8.9.
109 Corte IDH, Caso González y Otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párrs. 40 y 41.
110 Corte IDH, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 189.
111 Corte IDH, Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, Sentencia del 22 de septiembre de 2009, párr. 135
112 Corte IDH, Caso Carlos Antonio Luna López y otros Vs. Honduras, Peritaje de Michael Reed Hurtado, 30 de enero de 2013, pág. 9.
113 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 283.
114 Corte IDH, Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, 2009, párr. 123; Id., Caso Garibaldi Vs. Brasil, pág. 252, párr. 113; Id., Caso González y Otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 289.
115 CIDH (2011), Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, párr. 24.
116 Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 247.
117 Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr. 112; Id., Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, párr. 97; Id., Caso Garibaldi Vs. Brasil, párr. 23.
118 Corte IDH, Caso González y Otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 293.
119 ECHR, Case of Kolevi Vs. Bulgaria. Application No. 1108/02, Judgment, 5 November 2009, párrs. 191-194.
120 Corte IDH, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, 2006, Serie C No. 164, párr. 179; Id., Caso Baldeón García Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párr. 96; Id., Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, párr. 177; Id., Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 224.
121 Ver Protocolo de Minnesota (1991), Introducción y Anexo 1, punto 11.
122 Ver, en particular, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, artículo 14 i); CIDH (2007), Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, párrs. 298 y ss.
123 CIDH (2007), Acceso a la justicia par a las mujeres víctimas de violencia en las Américas, párr. 46.
124 Corte IDH, Caso González y Otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 366 citando Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11de mayo de 2007. Serie C No. 163, párrs. 156, 158 y 164.
125 Corte IDH, Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C. No. 171, párr. 62; Id., Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 166, párr. 121.
126 Corte IDH, Caso Carlos Antonio Luna López y otros Vs. Honduras. Peritaje de Michael Reed Hurtado. 30 de enero de 2013, pág. 12.
127 Ibid.
128 Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No.63, párr. 230.
129 Las víctimas indirectas son quienes resienten un daño en sus propios bienes o derechos como efecto, reflejo o consecuencia del que se inflige a la víctima directa. García Ramírez, S., Cuestiones ante la jurisdicción internacional, Cuadernos Procesales, México, Año V, Número 13, Septiembre de 2001, págs. 27-29; Id., La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos: Actualidad y perspectivas, en: García Ramírez, S., Estudios jurídicos, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2000. págs. 300 y ss.
130 Corte IDH, Caso Carlos Antonio Luna López y otros c. Honduras, peritaje de Michael Reed Hurtado, 30 de enero de 2013, p. 13.
131 Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire Seidova et autres c. Bulgarie, Requête No. 310/04, 18 novembre 2010.
132 Comité Internacional de la Cruz Roja (2003). Las personas desaparecidas y sus familiares. Observaciones y recomendaciones de la Conferencia Internacional de expertos, aprobadas por consenso el 21 de febrero de 2003 en la Conferencia Internacional de expertos gubernamentales y no gubernamentales. Ginebra, 19 al 21 de febrero de 2003.
133 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrs. 53, 54 y 60; Id. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 164; y Id., Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 133.
134 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrs. 56, 57 y 60; Id., Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 134.

# Capítulo III.

## El análisis de género y de la interseccionalidad de las discriminaciones en la investigación penal de los femicidios


**¿Cómo identificar un femicidio?** . . . . . 35

**¿Por qué identificar las razones de género en la investigación de la muerte violenta de las mujeres?** . . . . . 36

**¿Cómo identificar las razones de género?: el análisis de género como herramienta de análisis** . . . . . 38
Un marco de interpretación: el modelo ecológico feminista . . . . . 40

**La interseccionalidad de las discriminaciones en el análisis de los femicidios: la atención a las diferencias económicas, culturales, etarias y raciales** . . . . . 43

**¿Qué se debe investigar en los casos de femicidios? Contextos, escenarios, sujetos activos, sujetos pasivos, formas de violencia y manifestaciones de violencia anteriores o posteriores a los femicidios** . . . . . 45

**Las circunstancias y los contextos específico** . . . . . 49
Los elementos asociados a las características de las víctimas . . . . . 49
Las niñas o adolescentes . . . . . 49
Las mujeres adultas mayores . . . . . 50
Las mujeres con discapacidad . . . . . 50
Las mujeres indígenas . . . . . 50
Las personas transexuales o transgénero . . . . . 51
Las mujeres migrantes . . . . . 51
Los elementos asociados a determinados contextos . . . . . 52
Los femicidios en zonas o escenarios de conflicto armado . . . . . 52
Las desapariciones forzadas . . . . . 52

# Capítulo III.

# El análisis de género y de la interseccionalidad de las discriminaciones en la investigación penal de los femicidios

94. En muchos países existe todavía un significativo porcentaje de casos de muertes violentas de mujeres sin resolver. Esta situación no obedece necesariamente a un problema de falta de medios o de personal para llevar a cabo una buena investigación criminal. Entre las múltiples causas de la impunidad imperante en los casos de femicidio se encuentra que, al no ser analizados como un problema social grave sino como "casos aislados", no se ponen en marcha los mecanismos y los medios necesarios para elucidar de manera adecuada dichos actos criminales.

95. Es necesario que los/las operadores/as de justicia cuenten con una serie de referencias comunes para orientar la investigación de los femicidios hasta su correcta conclusión. Entre ellas, es fundamental garantizar que la investigación sea conducida desde una perspectiva de género y con base en un análisis de género.

Deben ser considerados como femicidios las muertes violentas de mujeres que denotan una motivación especial o un contexto que se funda en una cultura de violencia y discriminación por razones de género.

## ¿Cómo identificar un femicidio?

96. **Si bien todos los femicidios pueden ser calificados como homicidios** en los términos de la legislación penal vigente en los países de la región, **no todos los homicidios de mujeres son susceptibles de ser calificados como femicidios**. Aunque la muerte de una mujer puede ser violenta, como por ejemplo en un accidente de tránsito, el móvil del hecho puede no estar relacionado con su condición de ser mujer o no estar motivado por razones de género, como por ejemplo cuando la muerte de una mujer se presenta como consecuencia del hurto de su vehículo.

97. Con el fin de establecer la especificidad del fenómeno delictivo, deben ser considerados como femicidios las muertes violentas de mujeres que denotan una motivación especial o un contexto que se funda en una cultura de violencia y discriminación por razones de género[135].

A través de la muerte violenta, se pretende refundar y perpetuar los patrones que culturalmente han sido asignados a lo que significa ser mujer.

98. Los factores que hacen diferente el delito de femicidio con el homicidio de un hombre, e incluso con el homicidio común de una mujer, destacan que, a través de la muerte violenta, se pretende refundar y perpetuar los patrones que culturalmente han sido asignados a lo que significa ser mujer: subordinación, debilidad, sentimientos, delicadeza, feminidad, etc. Esto significa que el agente femicida o sus actos reúne alguno o algunos patrones culturales arraigados en ideas misóginas de superioridad del hombre, de discriminación contra la mujer y de desprecio contra ella y su vida. Tales elementos culturales y su sistema de creencias le hacen creer que tiene el poder suficiente para determinar la vida y el cuerpo de las mujeres, para castigarlas o sancionarlas, y en última instancia,

para preservar los órdenes sociales de inferioridad y opresión. Esos mismos elementos culturales permiten que el victimario se vea reforzado como hombre a través de la conducta realizada.

99. Las razones de género inciden en la motivación de la que parte el agresor para llevar a cabo el femicidio, y en los objetivos que pretende conseguir a través de su conducta criminal. **Para llevar a cabo una adecuada investigación, las consecuencias del crimen no sólo deben buscarse en el resultado de la conducta y su impacto en la víctima y en la escena del crimen, sino también en la repercusión que tiene en el agresor el crimen en términos de "recompensa" o "beneficios" para entender por qué se decide a llevar a cabo el femicidio.**

# ¿Por qué identificar las razones de género en la investigación de la muerte violenta de las mujeres?

100. **Los femicidios no deben ser vistos como casos aislados o esporádicos de violencia machista.** En primer lugar, la experiencia advierte que el femicidio, especialmente ocurrido en el ámbito privado, es con frecuencia la culminación de un continuo de violencia que, por su naturaleza, tiene elementos distintivos[136]. En segundo lugar, la muerte por razones de género, que sea en el ámbito público o privado, es una de las manifestaciones de violencia contra la mujer en la que se observa la interrelación entre las normas culturales y el uso de la violencia en la subordinación de la mujer[137].

Las investigaciones deben incluir y realizarse con una perspectiva de género.

101. **Las investigaciones** policiales y del Ministerio Público por presuntos femicidios deben incluir y realizarse con una perspectiva de género. De esta forma, se permite alcanzar dos objetivos:

a) **Analizar las conexiones que existen entre la VCM y la violación de otros derechos humanos**, incluyendo la vulneración de los principios de igualdad de género y de no discriminación. La meta es identificar en la ejecución de esta conducta punible los elementos de dolo específico basados en razones de género como la misoginia, el odio o el desprecio por la condición de mujer de la víctima.

b) **Plantear posibles hipótesis del caso, basadas en los hallazgos preliminares, que identifiquen la discriminación, el odio por la condición de la mujer, o a las "razones de género" como los posibles móviles** que explican dichas muertes. Como tal, la identificación de dichas motivaciones constituye uno de los objetivos estratégicos de la investigación (como lo muestra el Gráfico 1). Implica investigar las diferentes manifestaciones de la violencia contra la mujer que antecedieron el hecho, se manifestaron durante el crimen o continuaron después de la muerte de la víctima.

### Gráfico 1. Objetivos estratégicos de la investigación de los femicidios

**Identificar las conductas que causaron la muerte** y otros daños o sufrimientos físicos, psicológicos o sexuales a la mujer (ante o post mortem).

**Verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género** que originan o explican la muerte violenta de la mujer mediante la identificación en particular:

- del contexto de la muerte,
- de las circunstancias de la muerte y la disposición del cuerpo,
- de los antecedentes de violencia entre la víctima y el victimario,
- del *modus operandi* y del tipo de violaciones usados ante y post mortem,
- de las relaciones familiares, de intimidad, interpersonales, comunitarias, laborales, educativas, o sanitarias que vinculan a la víctima y el/los victimario/s,
- de la situación de riesgo o vulnerabilidad de la víctima al momento de la muerte,
- de las desigualdades de poder existentes entre la víctima y el/los victimario/s.

**Esclarecer el grado de responsabilidad del sujeto activo (o de los sujetos activos) del delito,** investigando si el victimario fue un individuo o un grupo, si él es o ha sido funcionario público, o si él es particular que actúa con la aquiescencia, la tolerancia o la connivencia de agentes del Estado.

**Promover la participación de las víctimas** indirectas, los familiares y sobrevivientes en el proceso de esclarecimiento judicial de la verdad sobre los hechos.

102. Investigar y analizar una muerte violenta de una mujer desde una perspectiva de género permite también:

- **Examinar el hecho como un crimen de odio**, cuyas raíces se cimentan en las condiciones históricas generadas por las prácticas sociales de cada país;

- **Abordar la muerte violenta de las mujeres no como un hecho coyuntural y circunstancial sino como un crimen sistemático**, cuya investigación requiere de la debida diligencia de las instituciones del Estado;

- **Ir más allá de posibles líneas de investigación que se centran en planteamientos individuales,** naturalizados o en patologías que usualmente tienden a representar a los agresores como "locos", "fuera de control" o "celosos", o a concebir estas muertes como el resultado de "crímenes pasionales", "asuntos de cama" o "líos de faldas";

- **Diferenciar los femicidios de las muertes de mujeres ocurridos en otros contextos**, como por ejemplo, las muertes de mujeres por accidentes de tránsito;

- **Evitar juicios de valor sobre las conductas o el comportamiento anterior de la víctima** y romper con la carga cultural y social que responsabiliza a la víctima por lo que le pasó ("algo haría", "ella se lo buscó", "quizá ella lo provocó"). Las personas intervinientes en las diferentes etapas de la investigación deberán prestar atención a los prejuicios "obvios"

acerca de los roles que supuestamente deben cumplir las mujeres y las niñas en las sociedades (ser buena madre, esposa o hija, obedecer a su marido o pareja, vestirse según los cánones de la moral religiosa, no desempeñar actividades masculinas, vestir de manera recatada), ya que por su aparente carácter incuestionable no suelen ser evidentes ni para la justicia ni para la sociedad;

- **Visibilizar las asimetrías de poder** y la forma en que las desigualdades de género permean los roles, las normas, las prácticas y las significaciones culturales entre hombres y mujeres.

- **Buscar alternativas legislativas en materia de prevención** de los asesinatos de mujeres por razones de género, reconociendo que, históricamente, las mujeres han sido discriminadas y excluidas del ejercicio pleno y autónomo de sus derechos.

# ¿Cómo identificar las razones de género?: el análisis de género como herramienta de análisis

La VCM se enmarca dentro de un sistema socio-cultural de dominación y subordinación de las mujeres que es aplicado por los hombres y se denomina patriarcado.

103. La VCM se enmarca dentro de un sistema socio-cultural de dominación y subordinación de las mujeres que es aplicado por los hombres y se denomina patriarcado[138]. Este sistema está sustentado ideológicamente en preceptos androcéntricos - mirada masculina del universo - que legitiman prácticas de violencia contra la mujer, basadas en los roles atribuidos como "naturales" y "biológicos" de unos y otras, y en el discurso de superioridad masculina que busca, a su vez, controlarlas y mantenerlas dentro del modelo que el patriarcado ha querido imponerles: el de la mujer sumisa, madre, hija o esposa.

**Diferencia entre los conceptos de "sexo" y de "género"**

El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar.

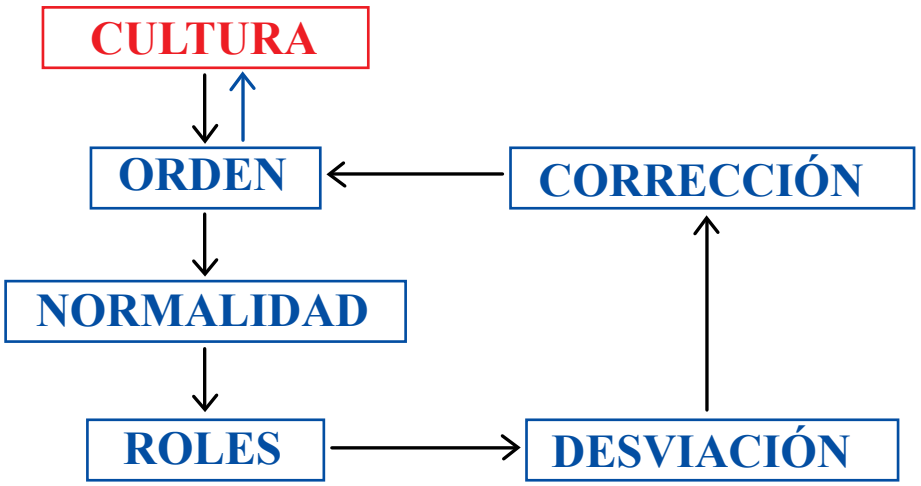
*Comité CEDAW Recomendación No.28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5*

104. Las ciencias sociales acuñaron la categoría de género para analizar y describir esta realidad social y las formas en las que se dan las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres. El aspecto descriptivo de la categoría facilita el conocimiento de la manera en que las construcciones sociales se apropian de las diferencias sexuales y biológicas entre hombres y mujeres y asignan a cada sexo atributos opuestos. A estas atribuciones se les ha dotado de roles, oficios y esferas sociales distintas, que son valoradas económica, política, social y culturalmente en la vida cotidiana.

105. La utilización de la categoría también revela que, aunque el estatus o la situación de las mujeres puede variar de una cultura a la otra, de un país al otro, de un momento histórico al otro, persiste una constante: la subordinación de las mujeres a los hombres. Esta desigualdad tiene impacto, en particular, en la distribución de poder, en el acceso a los recursos materiales y simbólicos y servicios, y genera violencias.

106. Si se analiza esa construcción socio-cultural (Gráfico 2), se comprueba que la cultura establece un orden para articular la convivencia y las relaciones permitiendo que estas transcurran dentro de las pautas dadas, hasta el punto de configurar la "normalidad" de esa sociedad. A partir de esa normalidad, se establece una serie de roles y funciones para hombres y mujeres de manera que todo transcurra dentro del orden establecido. Según esa construcción, cuando se produce una desviación de las expectativas en aquellas personas que están sometidas al control o supervisión de otras (por ejemplo, cuando las mujeres cuestionan e impugnan este orden autoritario y patriarcal, o cuando sus acciones no encajan en el ámbito de lo aceptable por las visiones del mundo que son dominantes), las que tienen la potestad de hacerlo deben corregir cualquier alejamiento que se produzca, incluso por medio de determinados grados de violencia. De este modo, el orden se recupera y la cultura con sus valores y referencias se ve reforzada. La violencia contra la mujer puede originarse como una forma de resolución de las disputas.

**Gráfico 2. La cultura como determinante del orden social**



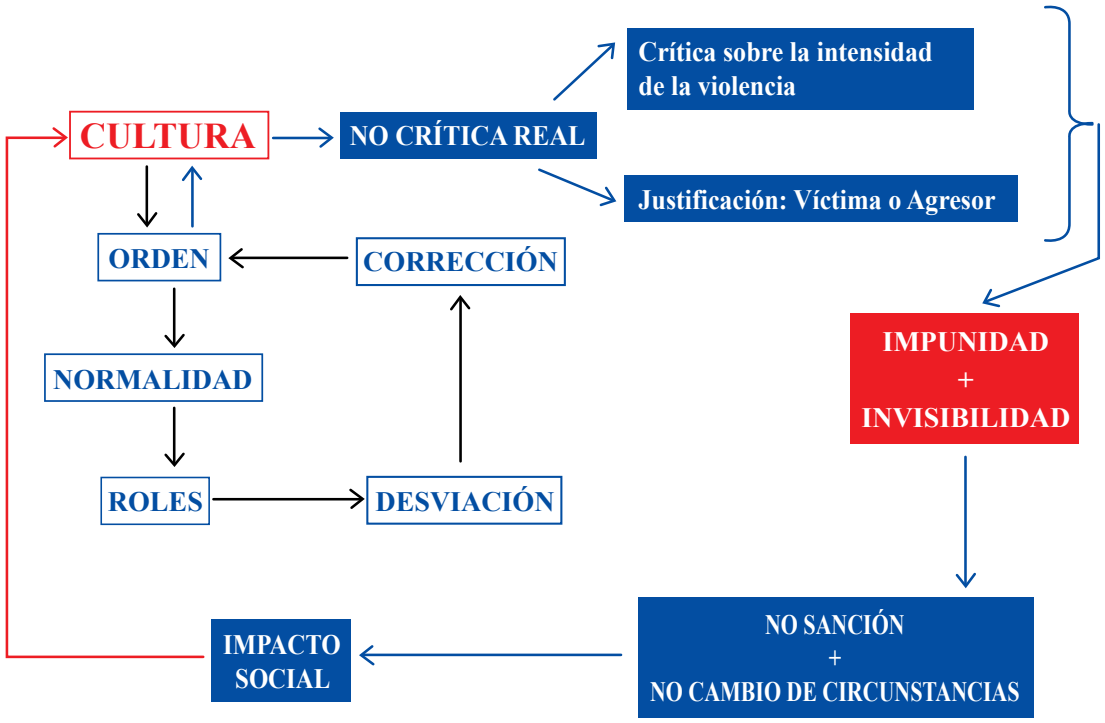

La cultura androcéntrica crea la desigualdad al situar lo masculino y a los hombres como referencias de lo común. De ahí que la VCM se considera normalizada.

Cuando la agresión no ha causado lesiones graves, se presenta como un "conflicto de pareja".

107. Esa influencia del contexto socio-cultural no termina ahí. Continúa para darle también un significado a su resultado. La cultura androcéntrica crea la desigualdad al situar lo masculino y a los hombres como referencias de lo común. De ahí que la VCM se considera normalizada. Como se puede apreciar en el Gráfico 3, cuando ocurre un caso de violencia por razones de género, con frecuencia no se produce una crítica real, sino que se tiende a justificar y a integrarlo alrededor de dos ideas. Cuando la agresión no ha causado lesiones graves, se presenta como un "conflicto de pareja" que debe ser resuelto dentro de la propia relación. Cuando el caso es más grave o produce la muerte de la mujer, se buscan justificaciones en el agresor (alcohol, drogas, trastornos psíquicos, alteraciones emocionales, etc.) o en la propia víctima, la cual es considerada a veces como "provocadora" de la propia reacción violenta que acaba con su vida. De este modo, una parte de la violencia que sufren las mujeres queda en la invisibilidad y otra parte en la impunidad, con lo cual no se modifican las circunstancias que causan dicha violencia, situación que refuerza, a su vez, la construcción cultural y sus referencias.

Cuando el caso es más grave o produce la muerte de la mujer, se buscan justificaciones en el agresor o en la propia víctima.

**Gráfico 3. La normalización de la violencia contra las mujeres**




108. El análisis de género permite abordar el hecho delictivo de manera integral, ponerlo en contexto y comprender la situación de violencia ejercida contra la mujer mediante una consideración de aquellos motivos que podrían estar asociados a la manifestación de la violencia.

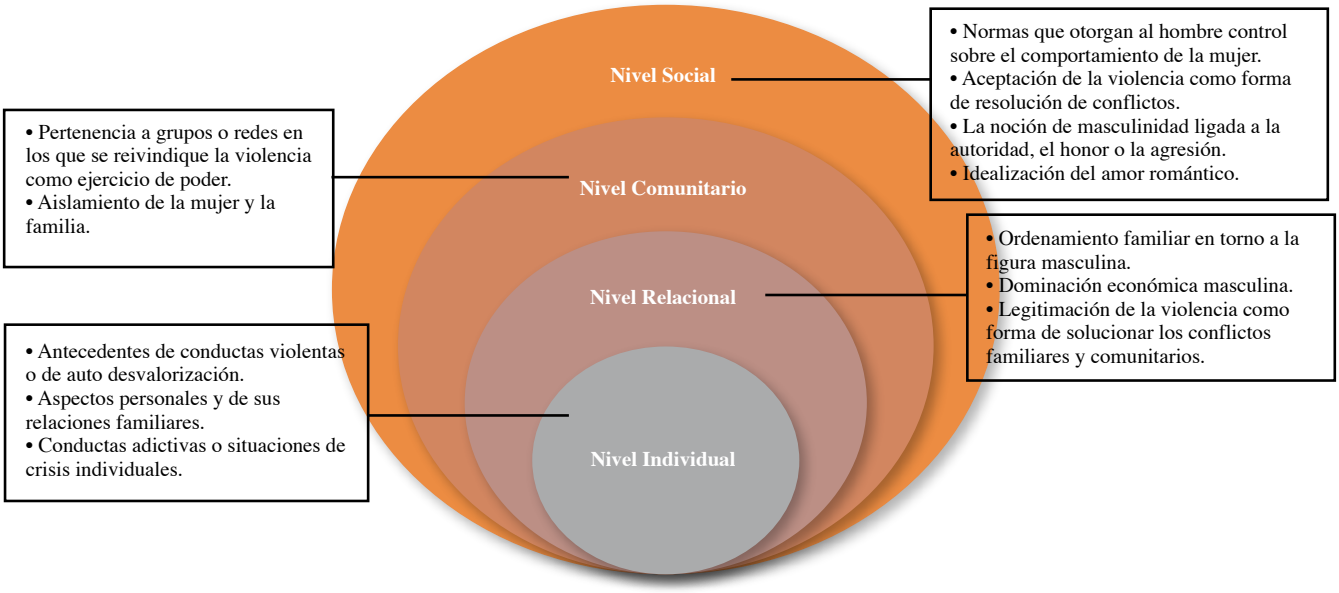
## Un marco de interpretación: el modelo ecológico feminista

El modelo ecológico feminista es un instrumento útil para contextualizar los diferentes ámbitos de la sociedad en los que se gestan las prácticas violentas contra las mujeres - ofrece una visión integral de la VCM.

109. Para investigar los femicidios, es necesario acudir a algunas herramientas analíticas que han sido agrupadas en el modelo ecológico feminista, un instrumento útil para contextualizar los diferentes ámbitos de la sociedad en los que se gestan las prácticas violentas contra las mujeres[139].

110. **Esferas de análisis**. El modelo ecológico feminista utiliza cuatro esferas para enmarcar el origen de la violencia de género que deben ser abordadas tanto en la investigación forense como en la elaboración de la teoría del caso por parte del Ministerio Público o fiscalía. Según este modelo, la VCM es multifacética, es decir, que puede encontrarse originada o basada en varios aspectos y situaciones tanto individuales como del entorno sociopolítico y cultural. La utilidad del modelo se centra en la visión integral de la VCM, considerando la interacción de diversos factores que confluyen en el riesgo de violencia, lo que permite identificar el ámbito de procedencia de cada uno de ellos. Las esferas de análisis son[140]:

## Gráfico 4. Esferas de análisis del modelo ecológico feminista




111. **Nivel social o macro sistema:** Está compuesto por las actitudes, creencias y representaciones culturales sobre los sexos, que influyen directamente en los estereotipos acerca de lo que es ser hombre y ser mujer. Este nivel está compuesto por prácticas patriarcales que conciben la VCM como una forma legítima de relación, y que se basan en las relaciones de poder desiguales y opresivas.

El nivel social o macro sistema está compuesto por las actitudes, creencias y representaciones culturales sobre los sexos.

112. Otros factores del nivel social que inciden, facilitan y perpetúan la VCM son:

- la noción de masculinidad ligada a la dominación, en la que se exalta la capacidad de doblegar a la otra persona y que se basa sobre todo en la negación de la otredad;
- la rigidez de los roles de género, asociada a la estigmatización de las conductas de hombre y mujer y a la inflexibilidad de la división sexual sobre la que se han creado las sociedades, por ejemplo los códigos de conducta y de vestimenta;
- la idea de propiedad masculina sobre la mujer asociada a la deshumanización de la mujer y a su codificación como objeto;
- la aprobación de la violencia como un mecanismo para resolver los conflictos cotidianos;
- el consentimiento social del castigo físico hacia las mujeres. Aunque cada vez es más reprochado este tipo de actos de violencia física, en muchos lugares estos hechos siguen estando legitimados y fundamentados en la asignación social de un rol de garantía a los hombres sobre los comportamientos y vidas de las mujeres y que les atribuye ese "derecho" a castigar físicamente a la mujer;

> "La discriminación y la violencia que se reflejan en las muertes violentas de las mujeres por razones de género pueden ser entendidas como varios círculos concéntricos, cada uno intersectado con el otro. Estos círculos son los factores estructurales, institucionales, interpersonales e individuales. Los factores estructurales son los sistemas sociales, económicos y políticos a nivel macro; los factores institucionales son las redes sociales y las instituciones formales e informales; los factores interpersonales incluyen las relaciones personales entre los compañeros, los miembros de la familia y la comunidad; y los factores individuales incluyen la personalidad y las capacidades individuales para responder a violencia".
>
> Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, Informe 2012, párr. 17.

- la idealización del amor romántico, que corresponde a una construcción cultural que legitima el orden patriarcal de subordinación y dominación del hombre sobre la mujer, en la que se le permiten a los varones ciertas relaciones y actitudes que a las mujeres no se les autoriza (desde salir con personas diferentes a su pareja, separarse de la pareja, reiniciar una vida amorosa con otra persona después de una separación, hasta pensar la sexualidad de las mujeres como un ejercicio de autonomía en la que el varón no tiene injerencia);
- el menosprecio de las capacidades de las mujeres, que descalifica las cualidades y calidades de las mujeres para desarrollar, por ejemplo, trabajos o labores que históricamente han estado asociados a los varones.

113. El impacto de estos factores se refleja, por ejemplo, en las relaciones laborales subordinadas y desiguales del jefe varón con la subalterna mujer, o en la feminización de labores al interior de los equipos de trabajo, por ejemplo, la secretaria, la señora del aseo o la que trae el café, etc., que generan un menosprecio por las capacidades de las mujeres y que pueden conducir a prácticas abusivas o a manifestaciones de violencia. El impacto también se refleja en las relaciones escolares, en las que se producen prácticas de normalización de la violencia y de subordinación femenina, que generan el ambiente para prácticas de acoso (también llamado "bulling" o "matoneo") y otras formas de agresión.

El nivel comunitario, exosistema o ecosistema está asociado a los factores estructurales que afectan los entornos cotidianos donde se desarrollan las relaciones de poder.

114. **Nivel comunitario, exosistema o ecosistema**: Este nivel está asociado a los factores estructurales que afectan los entornos cotidianos donde se desarrollan las relaciones de poder. Algunos de los factores son:

- la dicotomía público/privado en donde el círculo de violencia contra la mujer la aísla de sus redes sociales y familiares, situación que impide, por ejemplo, que la mujer pueda acudir a alguna institución o a algún miembro de su red para buscar ayuda, acompañamiento o intervención en dichas situaciones;
- la afirmación de la identidad de grupo, en casos donde el ejercicio de violencia contra las mujeres es parte de un contexto de violencia organizada, por ejemplo la producida por pandillas, grupos armados ilegales e incluso la injerencia permanente de fuerzas legales del Estado. Se manifesta también en la idea de "hombre como miembro del grupo de hombres" y la percepción que hace creer que si no se actúa como se espera que lo haga un hombre, se convierte en un mal hombre y permite que todo el grupo sea cuestionado por la debilidad mostrada. Las prácticas como la violencia sexual, tortura o retención ilegal que terminan en femicidio, son ejercicios violentos utilizados para afirmar o reafirmar la pertenencia al grupo o buscar la aceptación de los otros pares varones.

El nivel relacional está relacionada con la organización familiar y los entornos immediatos de convivencia.

115. **Nivel relacional o microsistema**: Esta esfera está relacionada con la organización familiar y los entornos inmediatos de convivencia. Tiene que ver, entre otros, con factores como:

- el ordenamiento familiar patriarcal, es decir, la organización jerárquica de la familia entorno al varón como determinador de decisiones;
- la dominación económica del varón que refuerza la idea de inferioridad y dependencia de la mujer ante el varón proveedor;
- el conflicto familiar y las maneras en las que se tramiten los desacuerdos al interior de la familia; y
- el consumo de sustancias y/o prácticas adictivas, tales como el alcohol, algún tipo de droga, o prácticas de ludopatía, entre otras, que además de determinar el nivel personal también afectan el nivel relacional. Estas sustancias y situaciones actúan como estresantes sociales y influyen en la expresión y manifestación de la violencia.

116. Esta esfera comprende los factores que aumentan el riesgo como consecuencia de las interacciones entre compañeros/as, parejas y otros/as integrantes de la familia. Estos factores constituyen el círculo social estrecho y pueden configurar su comportamiento y determinar la diversidad de sus experiencias. El análisis del microsistema permite visibilizar aspectos y jerarquías

de géneros en las relaciones inter-personales de la víctima con su ambiente inmediato, es decir, sus relaciones más próximas en la familia a la que pertenece, entre cónyuges o parejas, y entre quienes forman el grupo familiar y el grupo más cercano de amistades.

117. **Nivel individual, de historias personales o esfera micro-social**: Esta esfera comprende dos dimensiones que se pueden analizar en relación al presunto femicidia, y que determinan los antecedentes personales tanto de la víctima como del victimario. La primera dimensión es la individual que está determinada por los factores biológicos en los que pueden considerarse características de edad y sexo. La segunda dimensión está relacionada con los antecedentes personales de tipo social, ligado al aprendizaje de la normalización de la violencia y al carácter cultural "observado y repetido" de la violencia como forma de imponerse sobre la otra persona.

El nivel individual comprende dos dimensiones:

- la dimensión individual determinada por los factores biológicos

- la dimensión social relacionada con los antecedentes personales de tipo social.

118. Aunque es imposible universalizar a un agresor, algunos de los factores de riesgo que se deben observar son la presencia de antecedentes de conductas violentas, aspectos de personalidad, conductas adictivas o situaciones de crisis individual, entre otros, tal y como se señala en el Capítulo V. Este es el nivel más complejo pues implica romper estereotipos personales y enfrentarse a justificaciones fundamentadas, entre otras, en enfermedades mentales transitorias, elevados niveles de consumo de alcohol u otras sustancias adictivas que impidan estar en plenas capacidades mentales, etc.

# La interseccionalidad de las discriminaciones en el análisis de los femicidios: la atención a las diferencias económicas, culturales, etarias y raciales

El perfil de una mujer víctima de violencia es imposible homogenizar.

119. Las mujeres no son un grupo de población homogéneo. No son afectadas de la misma manera por las múltiples violencias y las injusticias sociales producidas por las estructuras patriarcales[141]. Al analizar la VCM, y en particular los hechos que preceden o siguen al feminicidio, es necesario tener en cuenta que las violencias que afectan a las mujeres están determinadas, además de su condición sexual y de género, por las diferencias económicas, culturales, etarias, raciales, idiomáticas, de cosmogonía/religión y de fenotipo, etc., que estas experimentan a lo largo de su vida[142]. El perfil de una mujer víctima de violencia es imposible homogenizar. Contextualizar la vida y el entorno de la víctima es distinto para cada caso. El análisis interseccional resulta imprescindible para realizar el estudio de las formas de violencia que pudieron haber afectado a la víctima de un femicidio[143], antes, durante o después del hecho delictivo.

120. Bajo un análisis interseccional se pueden considerar las diferentes formas en las que las discriminaciones (raciales, de género, de sexualidad, de origen rural, etc.) interactúan con otros múltiples y complejos factores de exclusión, sin subordinar o matizar uno en favor del otro, sino tomándolos como herramientas que permiten hacer visibles los impactos diferenciados de las violencias contra las mujeres. Esta interseccionalidad de factores que conviven en una misma mujer se deben comprender como parte de una estructura global de dominación.

El análisis interseccional resulta imprescindible para realizar el estudio de las formas de violencia.

121. Así, es diferente el análisis del contexto de violencia que rodea al entorno de una mujer heterosexual, casada, adulta mayor, y orientada en los roles normativos del ser mujer y que pudo ser asesinada por violencia patrimonial, con el que debe realizarse en el caso de la muerte violenta de una mujer joven, lesbiana, bisexual o transgenerista que subvertía el orden normativo. En este último caso se hace más relevante la relación entre la condición sexual de la víctima y el feminicidio, como un posible factor desencadenante del asesinato.

Bajo un análisis interseccional se pueden considerar las diferentes formas en las que las discriminaciones interactúan y hacer visibles los impactos diferenciados de las violencias contra las mujeres.

122. En las comunidades en las que conviven pueblos indígenas con otras poblaciones, las variables económicas, políticas, sociales, etc., estarán transversalizadas por la intersección de las condiciones culturales. Tal como lo afirmó en su informe la Relatora Especial, en los casos de muertes violentas de mujeres aborígenes e indígenas, se identifica el fracaso de la policía para protegerlas, para investigar rápida y exhaustivamente los casos cuando son desaparecidas y/o asesinadas, y para determinar las condiciones sociales y económicas en las que viven. Este fracaso hace que las mujeres indígenas o pertenecientes a un grupo poblacional minoritario sean vulnerables a este tipo de violencia[144].

123. En el análisis interseccional resultan útiles diversas herramientas o instrumentos de la antropología y la sociología que permiten hacer visibles estas diferencias de contexto de las víctimas y de las prácticas victimizantes contra las mujeres. Una de estas herramientas es el peritaje cultural, peritaje antropológico o la prueba judicial antropológica. Eso permite, en el caso de los pueblos indígenas y de otros grupos étnicos, analizar los hechos e identificar los factores culturales que han podido potenciar, permitir o generar el acto delictivo o simplemente analizar e identificar el contexto del delito. Esta clase de peritajes "allana el camino para un entendimiento intercultural inteligible"[145] de prácticas y contextos culturales que en ocasiones resultan de difícil comprensión para las personas no conocedoras de esas realidades.

124. La utilización del peritaje cultural debe evitar cualquier tendencia a universalizar a las mujeres de dichos groups étnicos, y entender las experiencias desde las múltiples identidades y los diferentes ejes de desigualdad que influyen sobre una misma mujer.

125. A continuación se presenta un ejemplo práctico de análisis interseccional que puede ser de utilidad para el examen de testimonios y declaraciones de víctimas y testigos de femicidios:

### Tabla 1. Ejemplo práctico de un abordaje interseccional de la violencia contra las mujeres. Análisis del lenguaje usado por testigos o víctimas

| Declaración | Análisis |
|---|---|
| ***"Nos matan por ser mujeres". Somos 'sujetos desechables'".*** | Ejemplo de análisis de la violencia y discriminación en contra de las mujeres desde el enfoque de género. |
| ***"Las matan por ser 'mujeres pobres' con bajo nivel de educación formal".*** | Ejemplo de análisis interseccional (dimensiones de exclusión social que se entrecruzan: género/clase social). |
| ***"Las explotan, las venden y abusan de ellas por ser mujeres pobres, jóvenes, indígenas rurales y migrantes".*** | Ejemplo de análisis interseccional (dimensiones de exclusión social que se entrecruzan género/clase social/etnicidad/ ubicación geográfica/condición migratoria). |
| ***"Las explotan y violan por ser mujeres trabajadoras, pobres y lésbicas".*** | Ejemplo de análisis interseccional (dimensiones de exclusión social que se entrecruzan género/clase social/sexualidad/ ubicación geográfica (urbana)). |
| ***"Son 'sujetos sin derechos': viven empobrecidas y excluidas por ser rurales, mayas, viudas y mayores".*** | Ejemplo de análisis interseccional (dimensiones que se entrecruzan: género/clase social/sexualidad/ubicación geográfica (rural)/edad (mayores)/violencia de Estado (fueron "enviudadas" a la fuerza por el terror de Estado)). |
| ***"La incorporación de la mujer a la maquila se ha dado 'en condiciones de super explotación', y ha generado un efecto cultural y una reacción social violenta, destructiva y letal para las mujeres y la niñez centroamericana".*** | Ejemplo de análisis interseccional llevado al contexto transnacional (dimensiones que se entrecruzan: género/clase social/sexualidad/ ubicación geográfica (rural)/edad (niñas y mayores)/violencia económica (son cosificadas por el capitalismo neoliberal)). |

*Tabla adaptada de: Muñoz Cabrera, 2011, pág. 55.*

126. En síntesis, una adecuada utilización del análisis de género y del análisis interseccional en los casos de investigación y judicialización de los delitos de femicidio permite ir más allá de la etiqueta simplista de crímenes pasionales o "de faldas" para darle relevancia a los factores políticos, económicos, sociales, culturales y de género que enfrentan las mujeres[146] afectadas por la violencia letal en los países de la región.

**Gráfico 5. Recuerde: la importancia de incorporar una perspectiva de género en la investigación penal**

La investigación de la violencia contra las mujeres desprovista de estereotipos y prejuicios discriminatorios no sólo responde a exigencias legales, si no que allana el camino para la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

Incorporar una perspectiva de género en la investigación penal contribuye a evitar que la violencia cometida en el ámbito privado o público sea continuada por una posterior violencia institucional.

# ¿Qué se debe investigar en los casos de femicidios? Contextos, escenarios, sujetos activos, sujetos pasivos, formas de violencia y manifestaciones de violencia anteriores o posteriores a los femicidios

127. Para investigar de manera adecuada una muerte violenta de una mujer desde una perspectiva de género y de intereseccionalidad de las discriminaciones, es necesario partir de referencias objetivas y sólidas que eviten prejuicios que puedan afectar la propia investigación. **No se trata de explicar el femicidio por las características del agresor, sino de encontrar al agresor por las características del femicidio.** Sin perjuicio de los distintos elementos que se incluyen en los tipos penales establecidos en los países de la región, como se señala en el Anexo 1, a continuación se formulan algunas recomendaciones para la investigación de las muertes violentas de mujeres.

Para investigar de manera adecuada una muerte violenta de una mujer es necesario partir de referencias objetivas y sólidas que eviten prejuicios que puedan afectar la propia investigación.

128. **Contextos y escenarios.** Los femicidios tienen múltiples expresiones y contextos. Las "razones de género" que motivan el crimen nacen de las referencias comunes de la sociedad, pero su expresión a través de la conducta delictiva es el resultado de su interacción con los factores individuales de cada uno de los victimarios. Este contexto común de referencias culturales es el que permite que los victimarios tengan una motivación compartida a la hora de cometer el femicidio.

129. Los femicidios ocurren tanto en el ámbito privado como en el ámbito público, en circunstancias y escenarios diversos, que incluso pueden variar al interior de un mismo país[147]. Pueden ocurrir dentro de la familia, la unidad doméstica, en cualquier otra relación interpersonal o en la comunidad. Las investigaciones realizadas en Centroamérica han permitido identificar los siguientes escenarios, que no son exhaustivos[148]:

Los femicidios ocurren tanto en el ámbito privado como en el ámbito público.

- Las relaciones de pareja o de intimidad, actuales o anteriores, permanentes u ocasionales;
- Las relaciones familiares por consanguineidad o afinidad;
- La muerte en el lugar de los hechos a manos de un hombre que ataca o intenta asesinar a otra mujer;
- El acoso sexual por hombres que la víctima conoce;
- El ataque sexual de hombres conocidos o desconocidos por la víctima;

- El comercio sexual tanto de clientes como de proxenetas;
- La trata y el tráfico por explotación de todo tipo;
- Las pandillas con las cuales la mujer tenía algún tipo de conexión, ya sea como integrante de ella, por el involucramiento de su familia en esa o por haber sido acosada con anterioridad por la pandilla;
- En el marco de redes y mafias para quienes el control de género es un método para afianzar su poder;
- La venganza de hombres contra terceras personas.

130. **Sujeto activo (particular o estatal)**. El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona (varón, en la mayoría de las legislaciones) o grupo de particulares (como en los casos de redes de prostitución o de trata de personas, pandillas, mafias u otras formas de crimen organizado). La conducta femicida también puede ser perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión.

Poner la mirada en el agresor permite entender las "razones de género".

131. Poner la mirada en el agresor permite entender las "razones de género" y otros elementos vinculados a ellas, como son el componente basado en el odio hacia la mujer y la conducta que se deriva de este. Esta idea se recoge bajo el concepto de "crímenes por odio" o el hecho de que se trate de un "crimen moral", es decir, que se realiza generalmente sin obtener ninguna recompensa material a cambio, a diferencia de lo que sucede en los crímenes instrumentales, como en los robos o en el narcotráfico. En los crímenes morales, el agresor se siente recompensado por una especie de victoria que supone imponer su posición por encima de la vida de la mujer asesinada. La mayor o menor ira, rabia y violencia que utiliza el victimario en la conducta criminal son más una consecuencia de esas ideas que él ha ido desarrollando en la consumación del crimen, que el producto de una reacción emocional, como tradicionalmente se ha intentado justificar bajo la idea de un "crimen pasional". A pesar de la carga emocional que existe durante muchos de los femicidios, el victimario muestra control en la forma en que lleva a cabo el crimen y en los hechos posteriores al mismo.

Los femicidios son conductas criminales elaboradas de manera paulatina sobre la interpretación que los agresores hacen del comportamiento de las mujeres.

132. Los femicidios son conductas criminales elaboradas de manera paulatina sobre la interpretación que los agresores hacen del comportamiento de las mujeres que terminan siendo sus víctimas. Es en esa planificación, unida a los factores contextuales presentes en el momento de llevar a cabo la agresión, en la que aparecen los diferentes elementos asociados a los femicidios hacia los cuales debe dirigirse la investigación del caso. De ahí que uno de los elementos más destacados de la VCM es el hecho de ser una "violencia continuada y mantenida en el tiempo", característica que se va a plasmar en la forma de llevar a cabo los femicidios dependiendo del tipo que sea. Cuando se habla de un contexto de relación entre el victimario y la víctima, esa violencia continuada será dirigida a la misma mujer en el escenario privado de la convivencia. Cuando se trata de un contexto de violencia sexual, el agresor dirige su violencia contra mujeres diferentes en el escenario de la vida pública.

Las razones de género permiten crear una concepción de las mujeres sobre dos polos fundamentales: la mujer como posesión y la mujer como objeto.

133. **Sujeto pasivo.** El sujeto pasivo del delito será una mujer sin importar su edad. Las razones de género permiten crear una concepción de las mujeres sobre dos polos fundamentales: la mujer como posesión, como un objeto que pertenece al hombre; y la mujer como objeto, como una "cosa" que puede ser usada por los hombres de la manera que decidan, y luego deshacerse de ella cuando y como consideren oportuno. Estas construcciones culturales no son impuestas, es decir, no obligan a todos los hombres a asumirlas y admitirlas, pero sí permiten que aquellos que inicien el camino en cualquiera de los sentidos señalados encuentren referencias para continuar con sus propósitos hasta conseguirlos.

134. Estas dos grandes referencias sobre las mujeres permiten integrar las diferentes formas de expresión de los femicidios en tres grandes categorías, y organizar los diferentes elementos que se presentan como parte de los hechos criminales. La primera, el femicidio íntimo o familiar, parte de la idea de mujer como posesión, caracterizado por la existencia de una relación previa, con o sin convivencia, entre víctima y victimario. La segunda, el femicidio sexual, se construye sobre la idea de mujer como objeto para usar y desechar. La tercera, el femicidio en un contexto de grupo, viene marcada por un ámbito de relación más rígido que define las formas propias de relación hombre-mujer y sus roles particulares.

135. Estos dos polos, "mujer como posesión" y "mujer como objeto", no son incompatibles ni deben tomarse como compartimentos estancos. Permiten una graduación de conductas violentas y femicidas muy amplia. Esta situación facilita que se puedan presentar casos con elementos comunes a los tres contextos. Al mismo tiempo, estos dos polos son referencias para la elaboración de las conductas criminales de los victimarios y dan lugar a la aparición de una serie de elementos comunes que permiten asociar esas conductas a las razones de género y vincular los hechos criminales a un contexto femicida.

136. **Formas de violencia en la ejecución del delito**. Investigar las formas de violencia en la ejecución del delito significa que se debe conocer cómo se reflejan las razones de género en la conducta criminal. No basta partir de un contexto general caracterizado por la desigualdad y las actitudes machistas y misógenas. En ese escenario muchos hombres habrán incorporado los factores contextuales (exosistema) y socio-culturales (macrosistema) a su identidad y comportamientos, sin que signifique que la presencia de esos estereotipos en sí mismos demuestren la autoría de un crimen. Del mismo modo que en un contexto general de desigualdad, la ausencia manifiesta de los mismos en comparación con otros hombres no indica la inocencia en un presunto autor. La conducta humana es un proceso dinámico cuyo resultado final depende de la interacción de diferentes factores y elementos bajo la influencia de circunstancias próximas a su materialización, las cuales pueden precipitar o condicionar la acción hasta el punto de modificar la voluntad inicial del agresor. Estas circunstancias posibilitan que un hombre sin marcados estereotipos machistas pueda llevar a cabo una agresión mortal contra una mujer ante la presencia de una serie de elementos que él valora de manera subjetiva. Aunque no parta de unos marcados esteriotipos machistas, su conducta puede reflejar algunos de los factores emocionales y cognitivos que acompañan a las razones de género presentes en el femicidio, como son el odio, el sentirse humillado por la víctima, la imagen de un "mal hombre" ante la actitud de una mujer, la respuesta moral para actuar como "un hombre debe hacer", etc.

**Las características que demonstraron las razones de género en el caso de los feminicidios de Ciudad Juárez, México, según la Corte IDH:**

1) el contexto: la existencia de una situación de violencia contra la mujer, que estaba influenciada por una cultura de discriminación;
2) el perfil de las víctimas: tres mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas víctimas de homicidios de Ciudad Juárez; y
3) la modalidad de los crímenes: las jóvenes fueron desaparecidas, sus cuerpos abandonados en un campo algodonero, con evidencia de agresiones físicas y violencia sexual ante mortem.

Corte IDH, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") Vs. México*

Investigar las formas de violencia en la ejecución del delito significa que se debe conocer cómo se reflejan las razones de género en la conducta criminal.

Hablar de "razones de género" significa encontrar los elementos asociados a la motivación criminal.

137. Hablar de "razones de género" significa encontrar los elementos asociados a la motivación criminal que hace que el agresor ataque a una mujer por considerar que su conducta se aparta de los roles establecidos como "adecuados o normales" por la cultura. Para entender la elaboración de la conducta criminal en los casos de femicidio, se debe conocer cómo los agresores utilizan las referencias culturales existentes para elaborar su decisión y conducta.

138. **Las manifestaciones de la VCM anteriores al femicidio**. Las muertes violentas de mujeres suelen ser la consecuencia de diversas manifestaciones de violencia previa. La indagación judicial de estas formas de violencia es fundamental tanto para el diseño de la investigación (el desarrollo de la hipótesis y líneas de trabajo), la demostración del contexto de discriminación y violencia en el que de manera frecuente se enmarcan los femicidios, como para la demostración de los elementos objetivos de la tipicidad que han sido establecidos en algunos códigos penales de la región. Un claro ejemplo se encuentra en la nueva legislación boliviana que sanciona la muerte violenta de las mujeres "cuando con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor"[149]. La violencia anterior puede manifestarse mediante varios tipos de violencia:

La indagación judicial de las manifestaciones anteriores de violencia es fundamental tanto para el diseño de la investigación, la demostración del contexto de discriminación y violencia, como para la demostración de los elementos objetivos de la tipicidad.

La violencia anterior puede manifestarse mediante varios tipos de violencia:

- Violencia física
- Violencia sexual
- Violencia psicológica
- Violencia económica
- Violencia patrimonial

- **Violencia física**: Cualquier acto que dañe o lesione su cuerpo, aunque no necesariamente produzca marcas corporales en ella. Este tipo de violencia incluye, entre otros, los golpes en cualquier parte del cuerpo que dejen o no huellas, empujones, heridas internas y externas, tirones de pelo, etc.[150]

- **Violencia sexual**: En su sentido más amplio, incluye cualquier acto de contenido sexual no consentido por las mujeres. Incluye entre otras la exhibición, la observación y la imposición de prácticas sexuales no consentidas, sin importar si el agresor mantiene o ha mantenido algún tipo de relación de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima y sin importar que el agresor tenga o no contacto físico con las víctimas. Son prácticas de violencia sexual: las relaciones sexuales no consentidas, el aborto o el embarazo forzado, entre otras[151]. En el ámbito internacional, también están consideradas otras categorías como la esclavitud sexual, la prostitución forzada y la desnudez forzada[152]. La falta de consentimiento puede interpretarse a partir de diferentes formas de coacción, física o no. Por su parte, la edad para consentir relaciones sexuales suele variar de un país al otro.

- **Violencia psicológica**: Cualquier conducta u omisión intencional que cause daño emocional y/o disminución de la autoestima de una mujer, mediante amenazas, humillación, vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, insultos, aislamiento o cualquier otra limitación de su ámbito de libertad. Entre otras manifestaciones, la violencia psicológica incluye la culpa, la vigilancia, el aislamiento, el control, la manipulación, la exigencia de obediencia o sumisión, la imposición de rol servil, que causan perjuicio o menoscabo de la autodeterminación[153].

- **Violencia económica**: Toda acción u omisión que afecte el uso, goce, disponibilidad o accesibilidad de recursos económicos de la mujer y, si procede, de sus hijas o hijos, limitando la autonomía económica de la mujer y aumentando la dependencia del varón proveedor. La violencia económica como forma de control se manifiesta, entre otras, a través de prácticas como la manipulación o limitación de los ingresos de la mujer, la coerción para utilizar o invertir los recursos económicos propios en intereses del varón, la amenaza de negarle los recursos económicos básicos para alimentarse y/o vestirse[154].

139. Estas cuatro formas de violencia contra las mujeres son las que se encuentran con mayor frecuencia en la legislación existente en los países de la región. Adicionalmente, algunas de ellas contemplan otro tipo de violencias como la patrimonial y la simbólica, que son violaciones de los derechos de las mujeres.

- **Violencia patrimonial:** Cualquier acción u omisión que menoscabe la libertad de las mujeres de usar, disponer o acceder a sus bienes materiales, sean adquiridos dentro de la pareja o producto de herencias, trabajo, etc. Se incluyen los daños a los bienes comunes o propios mediante la transformación, sustracción, destrucción, distracción, daño, pérdida, limitación, retención de objetos, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales. Entre otras formas está la manipulación de bienes materiales de propiedad compartida o única de la mujer, la venta no autorizada o manipulada de algún bien[155]. Algunas legislaciones incorporan las conductas de violencia patrimonial al definir la violencia económica. Sin embargo, es importante distinguir las limitaciones a los recursos económicos (violencia económica) del control o aprovechamiento de los bienes inmuebles y muebles de la mujer (violencia patrimonial).

- **Violencia simbólica:** Incluye todos los mensajes, valores, símbolos, íconos, signos e imposiciones sociales, económicas, políticas, culturales y de creencias religiosas que reproduzcan y consoliden las relaciones de dominación, exclusión, desigualdad y discriminación de las mujeres[156]. Este tipo de violencia se manifiesta, por ejemplo, mediante la imposición de prácticas culturales o religiosas y la generación de estereotipos dañinos para la mujer.

140. Estos tipos de violencia se dan tanto en el ámbito de las relaciones de pareja o expareja, domésticas o no, como en las demás relaciones interpersonales y pueden ser ejercidas tanto en los escenarios institucionales como en los comunitarios o sociales.

# Las circunstancias y los contextos específicos

141. Las circunstancias y los contextos que pueden dar lugar a la modificación de algunos de los elementos asociados a los femicidios, y a la aparición de elementos propios de dichos contextos y circunstancias, se han agrupado sobre dos referencias, como lo ilustra la Tabla 2: 1) la persona víctima del femicidio y 2) el contexto del crimen. Se trata de identificar los elementos objetivos que determinan la influencia del contexto o circunstancia sobre el victimario, puesto que es el autor del crimen el que condiciona su conducta ante los diferentes factores que influyen en el momento de realizarla o durante su planificación.

Las circunstancias y los contextos pueden dar lugar a la modificación de algunos de los elementos asociados a los femicidios, y a la aparición de elementos propios de dichos contextos y circunstancias.

**Tabla 2. Circunstancias y contextos relacionados con las distintas formas de femicidios que pueden modificar los elementos de la investigación**

| | |
|---|---|
| **VÍCTIMAS** | Niñas |
| | Mujeres adultas mayores |
| | Mujeres con discapacidad |
| | Mujeres indígenas |
| | Personas transexuales o transgénero |
| | Mujeres migrantes |
| **CONTEXTOS** | Zonas o escenarios de conflicto |
| | Desapariciones forzadas |

## Los elementos asociados a las características de las víctimas

### Las niñas o adolescentes

142. Las muertes violentas de las niñas se producen generalmente en dos escenarios: el íntimo o familiar y el sexual.

143. El femicidio de niñas en el contexto familiar ocurre sobre todo alrededor de las siguientes circunstancias:

- Situación de violencia contra la mujer en la que también se dirige contra los hijos e hijas, en ocasiones de forma más violenta contra ellas al identificarlas con la madre. Estos femicidios se producen durante la convivencia del padre en la relación familiar.
- Situación de violencia contra la mujer tras la separación. En estos casos algunos victimarios deciden acabar con la vida de los hijos e hijas como forma de ocasionarle un daño a la madre. Estos homicidios se suelen acompañar del suicidio del agresor.

144. El femicidio sexual en niñas es antecedido, en muchos casos, por una historia previa de abusos sexuales llevada a cabo por miembros de la familia o cuidadores que finalmente matan a las niñas. Otras veces, la violencia sexual se produce fuera de la familia, pero dentro del ámbito de relación de las niñas, como la escuela, las actividades de ocio, la formación extra-escolar, etc. El femicidio sexual familiar en niñas suele producirse a tempranas edades; el extra-familiar en la adolescencia.

Debe tenerse en cuenta la importancia de identificar la situación de violencia previa contra la madre y contra la niña.

145. Al margen de los elementos generales de los femicidios adaptados a las circunstancias de la edad de la víctima, debe tenerse en cuenta la importancia de identificar la situación de violencia previa contra la madre y contra la niña. Con relación a los hallazgos de autopsia, los cuales pueden mostrar elementos relacionados con el contexto familiar o sexual, las modificaciones respecto al patrón general están relacionadas con la desproporción de fuerzas entre el agresor y la víctima, sobre todo cuando la niña es muy joven, lo cual hace que a esas edades predominen mecanismos de muerte como la estrangulación, sofocación, sumersión y los traumatismos. Conforme a la edad el componente de violencia suele ser más intenso, aumentando la fuerza de los traumatismos y utilizando armas blancas (apuñalamiento o degüello) y de manera más excepcional, armas de fuego. También se pueden producir muertes por envenenamiento; cuando ocurren suele ser en edades tempranas y a menudo como parte de un mecanismo homicida mixto en el que la intoxicación se emplea para adormecer y reducir la resistencia de la víctima, y luego se acaba con su vida mediante un procedimiento asfíctico (estrangulación, sofocación o sumersión).

## Las mujeres adultas mayores

Los elementos que deben ser destacados son la historia de violencia previa y los elementos relacionados con la violencia sexual.

146. En los femicidios de las mujeres adultas mayores confluyen los mismos contextos, el íntimo y el sexual. Los elementos presentes en los casos vendrán caracterizados por las circunstancias propias de cada uno de ellos.

147. Desde el punto de vista de la investigación, los elementos que deben ser destacados además de los generales, son la historia de violencia previa, que en ocasiones se ha prolongado durante toda la vida de relación con su victimario, y los elementos relacionados con la violencia sexual. Estos elementos deben ser analizados, principalmente, en los hallazgos de autopsia, en las características de la víctima, del victimario, y en la escena del crimen, donde deben aparecer evidencias relacionadas con las particularidades de la agresión mortal.

148. Las lesiones sobre el cadáver pueden reflejar la "violencia excesiva" propia de los femicidios íntimos, pero también pueden presentar cuadros con un número reducido de lesiones debido a la desproporción de fuerzas y a la escasa resistencia que suele presentar la víctima. En estos casos, los mecanismos de muerte más habituales suelen ser la estrangulación, la sofocación, los traumatismos y el apuñalamiento.

## Las mujeres con discapacidad

Los elementos para identificar son similares a los casos de mujeres adultas mayores.

149. Los femicidios de mujeres con discapacidad se producen sobre todo dentro de un contexto de violencia dentro de las relaciones de familia, padres a hijas, hermanos a hermanas, etc. y dentro de las relaciones de pareja. Con menos frecuencia se llevan a cabo como parte de la violencia sexual en la que el ataque se realiza aprovechando la vulnerabilidad de las mujeres.

150. Los elementos para identificar el contexto femicida son los generales de los femicidios, teniendo en cuenta que dada la situación de vulnerabilidad se suelen presentar de manera similar a los casos de mujeres adultas mayores.

## Las mujeres indígenas

151. La cultura de los diferentes pueblos indígenas varía según su cosmogonía y las influencias recibidas por su progresiva integración en el contexto actual. Aún así, existe una serie de referencias comunes, del mismo modo que suele ser una constante la desigualdad entre hombres y mujeres. Estos factores hacen que compartan los elementos generales de los femicidios. Sin embargo, la influencia de las referencias culturales propias de cada pueblo indígena introduce algunos elementos en el resultado del femicidio relacionadas con el mensaje que el victimario transmite a ese contexto social propio que caracteriza su cultura.

152. La expresión más habitual en estos femicidios contra mujeres indígenas suele estar relacionada con la humillación de la mujer asesinada a través de conductas con un significado denigrante según las referencias culturales de su pueblo. Estas conductas son realizadas, bien en vida de la mujer durante la agresión femicida, o bien tras el femicidio, y van dirigidas a desaparecer los elementos simbólicos o reales de la identidad indígena, o a introducir otros que entren en conflicto con su identidad. Algunos ejemplos de estas conductas humillantes son cortar el cabello largo propio de la identidad femenina de un determinado pueblo indígena, destruir artículos y objetos de significado identitario, poner ropas o instalar objetos que atacan su cultura.

La influencia de las referencias culturales propias de cada pueblo indígena introduce algunos elementos en el resultado del femicidio relacionadas con el mensaje que el victimario transmite a ese contexto social propio que caracteriza su cultura.

153. Como se ha señalado, los estudios y peritajes antropológicos y culturales en cada contexto particular pueden ayudar de manera muy significativa a identificar estos elementos propios de cada cultura.

## Las personas transexuales o transgénero

154. Las personas transexuales o transgénero transgreden las referencias que imponen la cultura androcéntrica a los hombres y a las mujeres a través de la asignación rígida de roles: son "malos hombres" y "malas mujeres" por romper con su sexo. En su nueva identidad son consideradas como una especie de traidores y traidoras ya que denigran de su sexo original por no poder asumir los roles vinculados a él. Las personas transexuales o transgénero son consideradas de forma negativa y crítica en lo estructural (por el cambio de sexo) y en lo relacional (por el comportamiento que asumen tras el cambio), de manera que la violencia que se dirige contra ellas se potencia sobre esa doble referencia enraizada en razones construidas sobre los géneros y los roles asignados.

Las personas transexuales o transgénero son consideradas de forma negativa y crítica en lo estructural y en lo relacional. La violencia que se dirige contra ellas se potencia sobre esa doble referencia.

155. Como se percibe que su situación no se puede corregir al no tratarse de una "conducta apartada de la normalidad o desviada de lo esperado", sino que es una posición estructural y radicalmente diferente respecto al sexo y al género, la violencia que se ejerce contra ellas es mucho más intensa desde el inicio. Por esta razón, la muerte se ocasiona con una gran violencia y está cargada de un fuerte componente emocional en forma de ira o rabia.

156. Estas circunstancias hacen que los elementos del análisis forense y criminal para la investigación de los femicidios sean aplicables a la violencia letal ejercida sobre personas transexuales o transgénero. A partir de ellos se podrán conocer las motivaciones existentes detrás de la conducta criminal y si existen motivaciones basadas en el género.

La violencia que se ejerce contra ellas es mucho más intensa desde el inicio.

## Las mujeres migrantes

157. La falta de una red social de apoyo, la situación legal o formal en el país, y las dificultades que esas circunstancias conllevan para su identificación, además de la múltiples discriminaciones que pueden sufrir, hacen que las mujeres migrantes sean especialmente vulnerables ante las conductas femicidas.

La falta de una red social de apoyo, la situación legal o formal en el país hacen que las mujeres migrantes sean especialmente vulnerables.

158. Los femicidios en estos contextos se suelen cometer dentro de las relaciones de pareja y en el ámbito social como femicidios sexuales, en ocasiones previa la desaparición forzada de la mujer. La investigación debe tener en cuenta los elementos generales del femicidio según su motivación íntima o sexual, considerando que, cuando se actúe desde una discriminación múltiple y, por tanto, con un mayor desprecio a la mujer, el grado y la intensidad de la violencia aplicada será mayor.

# Los elementos asociados a determinados contextos

## Los femicidios en zonas o escenarios de conflicto armado

159. Las circunstancias y el contexto de cada conflicto armado condicionan la expresión de la violencia contra las mujeres y los femicidios que se producen en esas situaciones. Es importante tener en cuenta las diferentes formas de violencia contra las mujeres que existen en esas circunstancias, y cómo su expresión se ve potenciada por la acción de cada una de ellas, no como suma de casos, sino como aumento exponencial de la violencia por el clima generado bajo el conflicto. Las "razones de género" aumentan por las tres referencias básicas utilizadas para llevar a cabo la violencia contra las mujeres: desigualdad, recompensa y arma de guerra.

160. Los femicidios que se producen en contextos de conflictos armados se mueven entre los dos polos principales de la motivación femicida: la mujer como posesión y la mujer como objeto sexual. No obstante, en estos contextos se produce una tercera motivación femicida que es producto de la fusión de los dos polos anteriores para dar lugar a la idea de "mujer como objeto de posesión contraria", es decir, la mujer como una posesión del contrario o "enemigo" que hay que atacar de múltiples formas para dañarlo o vencerlo.

En estos contextos se produce una tercera motivación femicida: la mujer como una posesión del contrario o "enemigo"

161. Los femicidios producto de la tercera motivación vienen caracterizados por tres elementos: el empleo de una gran violencia para causar la muerte, la existencia de violencia sexual, y la exposición del cuerpo sin vida en lugares públicos, con mensajes explícitos escritos en el cuerpo o colocados sobre él, o con manipulaciones denigrantes y humillantes para las mujeres y la comunidad, como son las mutilaciones, la posición del cadáver en actitud vejatoria, la colocación de objetos o ropas que ridiculizan a la mujer y al grupo, etc.

Los femicidios vienen caracterizados por el empleo de una gran violencia para causar la muerte, la existencia de violencia sexual, y la exposición del cuerpo sin vida en lugares públicos.

162. La investigación criminal y forense debe hacerse con base en estos parámetros buscando los elementos asociados a los femicidios en los cinco escenarios considerados: autopsia, escena del crimen, circunstancias alrededor de los hechos, víctima y victimario. En estos dos últimos casos, la investigación en las zonas de conflicto armado no sólo debe tener en cuenta a la víctima y al victimario desde el punto de vista individual, como mujer y como hombre aislados, sino como mujer que pertenece a una determinada parte en el conflicto y como hombre que está vinculado a la parte enfrentada.

## Las desapariciones forzadas

163. Las desapariciones forzadas de mujeres terminan en un alto porcentaje en femicidios, por lo general cometidos alrededor de la violencia sexual. Los femicidios vienen caracterizados por una violencia intensa y, con frecuencia, al ser llevados a cabo por grupos de delincuencia organizada, con mensajes a la comunidad a través de la exposición de los cadáveres, de su manipulación o de textos escritos o colocados sobre los cuerpos.

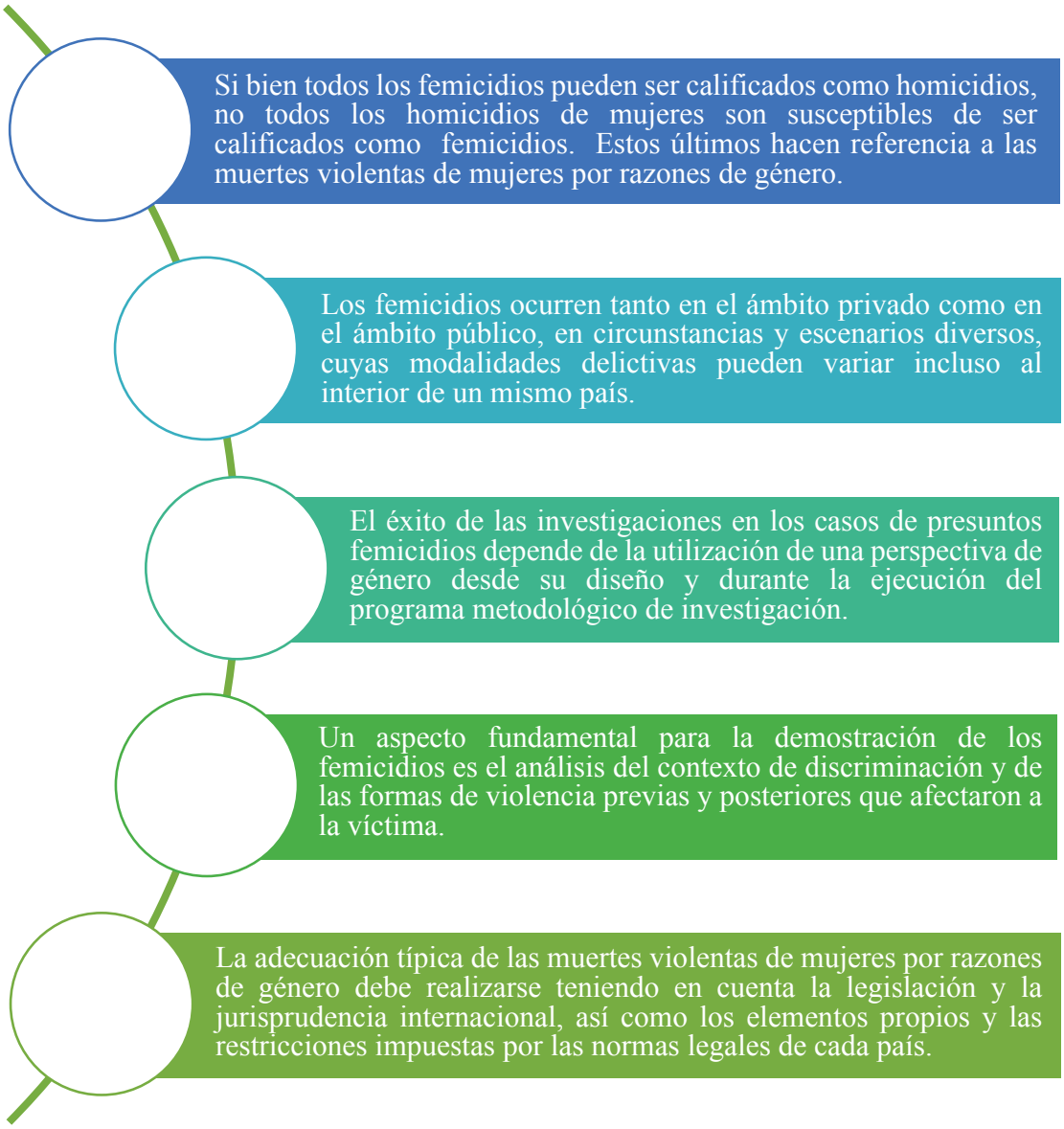
164. La otra forma de cometer estos crímenes es por medio de la desaparición del cuerpo de las mujeres asesinadas, lo cual dificulta la investigación a pesar de que se sospeche de que se haya cometido un femicidio.

Lo importante es anticiparse a los hechos presumiendo que detrás de una denuncia de desaparición puede haber un caso de femicidio.

165. Ante estos casos, lo importante es anticiparse a los hechos presumiendo que detrás de una denuncia de desaparición puede haber un caso de femicidio que no siempre se produce en un momento cercano a la desaparición. De ahí la trascendencia de actuar con inmediatez. La investigación debe tener en cuenta si la denuncia se hace en una zona de riesgo donde se han producido hechos similares. En cualquier caso debe realizarse la identificación y la documentación de los elementos asociados al femicidio que pueden ser investigados en esas circunstancias. Estos elementos vinculados con la víctima son cruciales para reconstruir las horas previas a su desaparición y la existencia de factores

de riesgo que pudieran haber actuado contra ella. En ningún caso se trata de cuestionar a la víctima ni su conducta, sino de identificar los elementos que llevan a los victimarios a actuar. Es necesario también examinar los elementos que puedan estar presentes en el lugar de los hechos donde se produjo la desaparición, y en caso de que exista algún sospechoso investigar los elementos de riesgo en el victimario que aparecen asociados las conductas femicidas.

### Gráfico 6. Algunas guías básicas sobre la investigación de los femicidios



# Notas

135 Desde una perspectiva normativa, algunas legislaciones de la región han optado por situar el resultado de la muerte de la mujer o de la niña en "el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres", como es el caso de Guatemala y Nicaragua (Decreto Número 22-2008 de Guatemala; Ley No. 779 de 2012 Nicaragua). Otros países decidieron que se calificaría de femicidio cuando esta se diera "por su condición de mujer", como en caso de Colombia (Ley 1257 de 2008 Colombia), o cuando mediara en la realización del resultado "motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer", como en el caso de El Salvador (Decreto Nº. 520 de 2010 El Salvador). Las legislaciones mexicana y hondureña, por su parte, han establecido que se configura el femicidio cuando la muerte se produce "por razones de género" (Decreto de 13 de junio de 2012 de México; Decreto no. 23-2013 de Honduras).

136 CIDH (2007), Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas.

137 Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer, A/61/122 Add.1, 6 de julio de 2006.

138 Delphy, C. (1995).

139 Este modelo ha sido utilizado en algunos informes y estudios realizados por las entidades del sistema de las Naciones Unidas y de la OEA, entre otros, por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el "Informe mundial sobre violencia y salud" (2002); en el Estudio multicéntrico "Sobre la salud de las mujeres y la violencia contra las mujeres" (2004); en el "Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer" (2006), del Secretario General de las Naciones Unidas.

140 Estos niveles de análisis también se corresponden con los que incorpora en modelo ecológico de análisis de la violencia que ha adoptado la OPS. Al respecto, ver: OPS (2011), Prevención de la violencia sexual y violencia infligida por la pareja contra las mujeres: qué hacer y cómo obtener evidencias, OMS y Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres, Edición en Español, págs. 19 y ss.

141 Marion Young, I. (2011), pág. 16.

142 Al respecto, ver el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

143 Grupo de Memoria Histórica (2011).

144 Pola Z, M.J. (2009).

145 Valladares de la Cruz, L. (2006), pág. 8.

146 Pola Z, M.J. (2009), pág. 23.

147 Chiarotti, S. (2011), pág. 75.

148 Estos elementos son mencionados también en las investigaciones de: Chiarotti, S. (2011), pág. 75; Monárrez Fragoso, J. (2005), pág. 44; Segato, R.L. (2012); Bernabéu Albert, S. & Mena García, C. (2012); Carcedo, A. (2009), págs. 612 y 62.

149 Ley Nº 348 de 2013 de Bolivia, artículo 252 bis.

150 Este tipo de violencia está definido en el Decreto Número 22-2008 de Guatemala, en el Decreto Número 520 de 2010 de El Salvador, en la Ley No. 779 de 2012 de Nicaragua y en Russell, D.E. & Radford, J. (2006).

151 Este tipo de violencia está definido en la Ley Nº 8589 de 2007 de Costa Rica, el Decreto Número 22-2008 de Guatemala, la Ley No. 779 de 2012 de Nicaragua, el Decreto Número 520 de 2010 de El Salvador, en Russell, D.E. & Radford, J. (2006), Russell D. E. (2013).

152 Al respecto, ver el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Elementos de los Crímenes.

153 Este tipo de violencia está definido en la Ley Número 8589 de 2007 de Costa Rica, Decreto Número 22-2008 de Guatemala, Ley Número 779 de 2012 de Nicaragua, Decreto Número 520 de 2010 de El Salvador y Russell, D.E. & Radford, J. (2006), Russell, D. E. (2013).

154 Este tipo de violencia está definido en el Decreto Número 22-2008 Guatemala, Decreto Número 520 de 2010 de El Salvador. Por su parte la Ley Número 779 de 2012 de Nicaragua y Russell, D.E. & Radford, J. (2006) ofrecen una definición conjunta de la violencia económica y la violencia patrimonial.

155 Este tipo de violencia está definido en la Ley Número 8589 de 2007 de Costa Rica y en Russell, D. E. (2013).

156 Este tipo de violencia está definido en el Decreto Número 520 de 2010 de El Salvador y en Russell, D.E. & Radford, J. (2006).

# Capítulo IV.

## El diseño de la investigación penal de los femicidios


**La noticia criminal y la actuación institucional** ..... 57

**Los actos urgentes y las diligencias previas** ..... 58

**El diseño de la investigación** ..... 58
El plan o programa metodológico de investigación de los femicidios ..... 58
El componente fáctico ..... 60
El componente jurídico ..... 63
El componente probatorio ..... 64
Las líneas de investigación ..... 66
La consolidación del programa, la verificación de las hipótesis y las actuaciones procesales ..... 67

# Capítulo IV.
# El diseño de la investigación penal de los femicidios

## La noticia criminal y la actuación institucional

166. **Autoridades y competencia**. En los países de la región donde rigen el principio de la investigación oficiosa es imperativo que todos/as los/as funcionarios/as o servidores/as públicos/as que tengan conocimiento de una noticia criminal de femicidio obtenido por cualquier medio, ya sea una denuncia, querella, informe, anónimo, llamada telefónica, activen la investigación policial o judicial para determinar la ocurrencia del hecho y la identificación de los posibles responsables. Dada la trascendencia del bien jurídico afectado no es necesario que exista querella de parte de los familiares o allegados de la víctima para dar inicio o continuar las labores de investigación.

167. Como punto de partida se asume que el mandato constitucional y legal de investigar estos delitos corresponde a los Ministerios Públicos, Procuradurías o Fiscalías, en aquellos países de la región que han adoptado esquemas procesales penales acusatorios o de tendencia acusatoria[157], y eventualmente a los jueces de instrucción criminal, en aquellos países que aún conservan un sistema de carácter mixto o inquisitivo. La competencia en términos procesales está asignada a las unidades de fiscalía encargadas de los delitos que atentan contra la vida y la integridad personal o corporal, salvo en aquellos países que han creado unidades especializadas para la investigación de la violencia de género, la violencia intrafamiliar, o los femicidios.

168. **Coordinación intrainstitucional en el sistema penal.** La investigación fiscal de los femicidios depende de manera directa del trabajo coordinado y armónico que debe existir entre el Ministerio Público y las demás autoridades estatales que ostentan las facultades de policía judicial o de investigación criminal[158].

La investigación fiscal de los femicidios depende de manera directa del trabajo coordinado y armónico que debe existir entre el Ministerio Público y las demás autoridades estatales.

169. Es necesario recordar que la eficacia de la investigación en los casos de las muertes violentas de mujeres depende, de manera directa, de la prueba técnica producida por los peritos y especialistas en medicina forense, criminalística, ciencias sociales y del comportamiento, entre otros. Por esta razón, la coordinación entre el/la fiscal, los/as investigadores/as judiciales, los/as peritos/as, los institutos de medicina legal o ciencias forenses u otras instituciones auxiliares de la justicia con capacidad para producir prueba técnico–científica, es vital para garantizar el buen desarrollo del programa metodológico de investigación.

170. **Coordinación interinstitucional.** Dada la naturaleza del delito que debe investigarse, sus modalidades violentas y la forma en que se produce la noticia criminal, como por ejemplo la notoriedad pública en los femicidios sexuales sistémicos, es usual que intervengan también otros/as funcionarios/as o servidores/as públicos/as. En la iniciación de la investigación forense en el lugar y a veces en la escena de los hechos participan los cuerpos de policía con funciones de vigilancia, los bomberos, los profesionales del área de la salud, entre otros. Con el fin de evitar colisiones de competencias, contaminación de la escena o alternación de las evidencias físicas y otros materiales probatorios, es necesario que se implementen protocolos de actuación institucional, con el fin de facilitar el trabajo de los representantes del Ministerio Público, sobre todo, en las actuaciones previas y los actos urgentes de la investigación[159].

# Los actos urgentes y las diligencias previas

Como hipótesis inicial se debe considerar que la muerte violenta de la mujer que se investiga corresponde a un femicidio, con el fin de incluir la perspectiva de género como principal enfoque para la indagación de los hechos.

171. Con el fin de evitar la pérdida o degradación del material probatorio derivado de la escena del hallazgo del cuerpo de la víctima, los/as investigadores/as que tengan funciones de policía judicial deben realizar de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Como hipótesis inicial se debe considerar que la muerte violenta de la mujer que se investiga corresponde a un femicidio, con el fin de incluir la perspectiva de género como principal enfoque para la indagación de los hechos. Esta hipótesis puede ser probada o descartada de acuerdo con los resultados de la investigación.

172. De acuerdo con los requisitos legales establecidos en los Códigos de Procedimiento Penal y en los protocolos de actuación para actos urgentes, es imprescindible que dichos/as funcionarios/as identifiquen, recojan y embalen técnicamente los elementos materiales probatorios y la evidencia física, registrando además por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios que practiquen.

173. El levantamiento del cadáver en la escena del hallazgo y su posterior necropsia médico-legal deberán ser realizados de manera preferente por técnicos en criminalística y médicos forenses que hagan parte de institutos públicos de Medicina legal o ciencias forenses, o en su defecto, por un hospital público u oficial. La recolección de todas las evidencias recaudadas, incluidas aquellas que sean tomadas o producidas por medios electrónicos como cámaras fotográficas, de video, tabletas, etc., deberán ser sometidas de manera rigurosa a la debida cadena de custodia. En todos estos procesos resulta fundamental seguir los protocolos, recomendaciones y guías de investigación criminal existentes para avanzar en el conocimiento de lo ocurrido, así como para no alterar los elementos presentes ni dificultar las ulteriores fases de la investigación.

174. **Es fundamental que en las primeras actuaciones los/as investigadores/as puedan recuperar toda la información relacionada con los hechos que precedieron o fueron concomitantes al femicidio** tales como el registro de denuncias de violencia previa ante autoridades de policía, administrativas o judiciales; las grabaciones de cámaras de seguridad de los lugares de residencia de la víctima o del victimario, de parqueaderos, centros comerciales, parques públicos; los hallazgos sobre la manipulación, el ejercicio de la fuerza o la intromisión arbitraria y la afectación de la libertad o intimidad de la víctima a través de medios electrónicos, redes sociales, telefonía fija o celular, etc.[160]

175. Se considera una buena práctica que en el desarrollo de las actuaciones urgentes se establezcan reuniones a las 24 horas de conocida la noticia criminal entre los/as fiscales, analistas e investigadores/as para evaluar los avances de la investigación, y reuniones a las 72 horas para evaluar nuevos avances y definir líneas de investigación y el programa metodológico[161]. Estos resultados deben concluir con un informe ejecutivo dirigido al/a la fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

# El diseño de la investigación

## El plan o programa metodológico de investigación de los femicidios

176. **Definición.** El programa metodológico de investigación, también denominado en algunos países dibujo de ejecución, plan de trabajo o diseño del caso[162], es una herramienta de trabajo que permite organizar y explicar la investigación para identificar y asegurar los medios cognoscitivos, elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para demostrar, más allá de toda duda

razonable[163], la ocurrencia de un hecho delictivo. En caso de un femicidio, el hecho se puede establecer a partir de las razones de género que motivaron su realización (contexto), del nexo causal entre la acción delictiva y el resultado de la muerte, y de la responsabilidad de los autores o partícipes del hecho punible.

### Gráfico 7. El programa metodológico de investigación




*Adaptación de: Avella Franco 2007, pág. 16.*

177. **Ventajas.** Este programa le permite al/a la fiscal o representante del Ministerio Público, en calidad de director/a de las labores de investigación, planificar el trabajo de la policía de investigación y el de su propio equipo[164], de modo tal que se garantice la eficacia de los recursos asignados a la investigación de estos delitos. El/la fiscal y su equipo de trabajo deberán establecer las acciones que deben seguirse en el curso de la investigación, con el objetivo de demostrar las razones de género, odio o discriminación que motivaron el femicidio que se investiga.

178. La aplicación de un adecuado programa de trabajo deberá permitir que la investigación sea[165]:

La aplicación de un adecuado programa de trabajo deberá permitir que la investigación sea:

• efectiva
• lógica
• persuasiva

- **Efectiva**, que alcance el objetivo de producir una teoría del caso que sirva para presentar una acusación sólida con el debido respaldo probatorio;
- **Lógica**, que provea una explicación razonable de los hechos, su naturaleza delictiva y los eventuales responsables del delito de femicidio, amparada en los elementos materiales probatorios y la evidencia física recolectados; y
- **Persuasiva**, que logre el convencimiento del juez o de la jueza o tribunal de control de garantías[166] acerca de la necesidad de adoptar medidas idóneas y legales durante el proceso de investigación como la interceptación de comunicaciones, la obtención de fluidos corporales, los allanamientos y registros, la prisión preventiva, etc. La pretensión deberá ser también la de convencer al juez o a la jueza o tribunal de sentencia, más allá de la duda razonable, acerca de la validez y veracidad de la teoría del caso de la acusación.

179. Otras ventajas de la utilización de un programa metodológico es que sirve para dejar un registro histórico de la actuación fiscal, que puede ser de mucha utilidad cuando se presenta una alta rotación en el personal de investigación, permitiendo a la nueva persona encargada de la investigación conocer de manera rápida y adecuada el estado de la investigación y su trámite procesal.

180. En virtud del principio de investigación integral[167], el momento para elaborar el programa metodológico es una vez que el/la representante del Ministerio Público y la policía de investigación han realizado todas las actuaciones previas y los actos urgentes para asegurar los elementos materiales probatorios y la evidencia física con relación a la noticia criminis de la muerte violenta de una mujer. Como es probable que estas actuaciones previas no hayan sido realizadas por el/la mismo/a fiscal que deberá investigar el caso, es necesario avanzar en la fase de observación, siguiendo los pasos que se mencionan a continuación.

181. El equipo de trabajo que estará a cargo de llevar a cabo la investigación de los hechos deberá hacer una valoración y procesar el conjunto de indicios, evidencia física y otras informaciones que fueron obtenidos en actuaciones previas, sobre todo, en la escena del hallazgo y en la autopsia del cadáver, con el fin de establecer de manera clara y ordenada los problemas que se presentan en relación con:

- El esclarecimiento de los hechos, incluida la suerte o el paradero de la mujer desaparecida (si aplica).
- La adecuación típica de los hechos jurídicamente relevantes como femicidio/feminicidio o homicidio agravado, y otros tipos penales, si se considera que pudo haber existido un concurso homogéneo o heterogéneo de conductas punibles.
- Las necesidades de prueba[168], el tipo y clase de material probatorio que debe decretarse, practicarse, recogerse o valorarse para demostrar las hipótesis que se formulen preliminarmente.

182. De este análisis se derivarán las necesidades que deben cubrirse con el diseño y puesta en marcha de un plan de investigación, que tendrá como objetivo principal demostrar los tres componentes principales de la teoría del caso: el fáctico, el jurídico y el probatorio.

## El componente fáctico

El objetivo del componente fáctico es elaborar proposiciones fácticas que permitan conocer en detalle el suceso e identificar los hechos.

183. La investigación fiscal deberá establecer la base fáctica del caso: las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjeron los hechos que son objeto de investigación, los protagonistas de los mismos, la manera cómo ocurrieron, las acciones desplegadas o ejecutadas, los elementos utilizados y sus consecuencias[169]. El objetivo de este componente es elaborar proposiciones fácticas que permitan, por un lado, conocer en detalle el suceso materia de imputación

penal, y por otro lado, identificar los hechos relevantes que permitirán establecer la responsabilidad o no del/de los responsable/s[170]. Esto tiene un correlato procesal con el principio de congruencia que será de mucha relevancia para la acusación, en la medida en que la base fáctica del caso determinará el objeto del proceso, y limitará el posible ámbito de debate en el juicio a los hechos contenidos en la acusación. La determinación precisa del componente fáctico en el programa metodológico es importante porque pueden presentarse casos en los que la fundamentación de los hechos es aceptada de manera plena, dando lugar a la conformidad parcial del/de los procesado/s-acusado/s con los hechos, y eventualmente, a su declaratoria de responsabilidad.

### Tabla 3. Información preliminar para la elaboración del componente fáctico

**Ejemplo. Hechos del caso María Isabel Véliz Franco contra Guatemala**

María Isabel Véliz Franco, estudiante, de 15 años de edad, desapareció el 17 de diciembre de 2001. En esa misma fecha, su madre, Rosa Elvira Franco Sandoval de Véliz denunció ante la Policía Nacional Civil (PNC) su desaparición, y su cuerpo fue encontrado al día siguiente. El 18 de diciembre de 2001, la PNC recibió una llamada de un informante anónimo que indicó que, en la noche del 17 de diciembre de 2001, observó descender a una persona de sexo femenino de un automóvil Mazda, sacando un costal negro del baúl de dicho vehículo y depositándolo en un lote baldío ubicado en la ciudad de San Cristóbal II, Zona 8 del Municipio de Mixco. Indica que luego los siguió y observó cuando introducían el vehículo en esa misma localidad, en la 6ta calle 5-24, colonia Nueva Monserrat, zona 7 de Mixco. El costal negro resultó ser el cuerpo sin vida de María Isabel Véliz Franco.

184. El equipo de trabajo deberá reunirse para examinar todos los detalles que integran los hechos de la muerte violenta de la mujer que se investiga, así como el contexto de violencia contra la mujer en que se enmarca la muerte, buscando dar respuesta a los siguientes interrogantes:

**a) Las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de la muerte:**

- ¿Se produjo una muerte violenta de una mujer? ¿Con la información recabada de manera preliminar es posible identificar si fue muerte accidental, suicidio, homicidio?[171]
- ¿Cómo murió la víctima?
- ¿Quién es la víctima?
- ¿Cuál era la edad de la víctima al momento de la muerte? ¿Se trata de una niña o adolescente?
- ¿Presenta el cuerpo de la víctima signos de violencia sexual? ¿Fueron recabados los indicios de manera técnica en el lugar del hallazgo del cadáver?
- ¿Presenta el cuerpo de la víctima signos de violencia física que evidencian crueldad o ensañamiento en contra del cuerpo como lesiones o mutilaciones?
- ¿Se trata de una víctima que ha estado desaparecida o incomunicada? ¿Se identificó su suerte o paradero?
- ¿En qué lugar ocurrió el hecho? ¿Era un sitio público o privado? ¿En qué lugar se encontró el cuerpo de la víctima? ¿El cadáver fue expuesto, arrojado o encontrado en un lugar público?
- ¿Se encontraron dos o más cuerpos? ¿A qué tipo de contexto corresponde esa escena? ¿Cómo puede interpretarse la escena?
- ¿Es necesario visitar e investigar otros lugares relacionados con el lugar de ocurrencia de los hechos, como la habitación o sitio de trabajo de la víctima, la vivienda de los familiares, las instituciones de educación de los/as posibles hijos/as?

**b) La identificación o individualización del/de los responsable/s:**

- ¿Se conoce al posible o posibles autor/es o partícipes de la muerte?
- Si se conoce, ¿ha sido identificado e individualizado?
- ¿Es funcionario o servidor público? ¿Para qué institución trabaja?
- ¿Se conoce su paradero?
- ¿El/los sospecho/s registra/n antecedentes penales, en particular, por violencia de género?
- ¿El/los sospecho/s pertenece/n a alguna pandilla, banda, estructura ilegal, o grupo armado al margen de la ley? ¿De qué naturaleza?
- ¿El/los sospechoso/s tenía/n algún tipo de vínculo afectivo, laboral o social o de otro tipo con la víctima? ¿De qué naturaleza?
- Si no se conoce el/los sospechoso/s, ¿qué medios técnicos y científicos pueden emplearse para establecer quién/es es/son? ¿Se han revisado cámaras de vigilancia, fotos, videos, interceptaciones telefónicas, reconocimientos en ruedas de personas?

**c) Naturaleza y grado de vinculación entre el/los sospechoso/s y la víctima:**

- ¿Entre el probable responsable/imputado y la víctima existe o existió una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato, noviazgo o cualquier otra relación de hecho o amistad?
- ¿Existe o ha existido entre el probable responsable/imputado y la víctima una relación laboral, educativa o cualquier otra que implique confianza y superioridad por motivos de género?
- ¿Se registran datos de amenazas, violencia o lesiones por parte del probable responsable/imputado hacia la víctima?
- ¿Existen registros oficiales de denuncias por violencia, en particular violencia intrafamiliar o de género, en contra de/de los responsable/s?

**d) Determinación de los daños ocasionados con el delito y protección de las víctimas indirectas y familiares:**

- ¿Quiénes son los testigos del hecho, las víctimas indirectas y familiares?
- ¿Se ha atendido debidamente a las víctimas indirectas o testigos brindándoles asistencia de urgencia, médica y psicológica?
- ¿Se ha contemplado ofrecer asistencia especializada en casos en donde la víctima indirecta o el testigo sea una niña, niño, adolescente o se encuentre con alguna discapacidad o sea un/a adulto/a mayor para asegurar su participación durante la investigación y el juicio?
- ¿Se cuenta con el apoyo de personal especializado para atender médica y psicológicamente a las víctimas indirectas o familiares durante el proceso judicial?
- ¿Se ha previsto asignar un/a abogado/a o defensor/a público/a para asesorar y representar judicialmente a las víctimas directas o familiares durante el proceso judicial?
- ¿Cuáles son los daños que la muerte violenta ha ocasionado a las víctimas indirectas? ¿Cuál es su naturaleza?

Es fundamental que se indague por todas las medidas que pudieron haber adoptado las distintas agencias estatales que tuvieron conocimiento de hechos de violencia previos en contra de la persona asesinada.

185. **Valoración de las medidas de detección de riesgo de violencia letal y de protección.** Es importante que los/as investigadores/as de los hechos recuerden que los femicidios son la consecuencia definitiva de un ciclo de violencias, desigualdades y discriminaciones. Por esta razón, es fundamental que se indague por todas las medidas que pudieron haber adoptado las distintas agencias estatales que tuvieron conocimiento de hechos de violencia previos en contra de la persona asesinada.

186. El análisis debe orientarse a examinar la eficacia de las medidas adoptadas en momentos previos, así como a valorar la actuación de las autoridades desde la perspectiva de la debida diligencia, en relación con la protección de la vida de la mujer y sus familiares del/de los agresor/es. Si la conclusión de dicho examen permite advertir negligencia o falta de respuesta frente al reclamo de protección de la víctima, es deber del Ministerio Público compulsar copias o dar traslado de esta información a la autoridad judicial competente con el fin de investigar disciplinaria o penalmente dichas omisiones o negligencias.

## El componente jurídico

187. El segundo aspecto que debe considerar el equipo de trabajo de la investigación está relacionado con la calificación jurídica provisional que se hace de los hechos. El componente jurídico establece la forma como se encuadra la historia fáctica en la/s norma/s penal/es aplicable/s al hecho, en este caso, el tipo penal de femicidio/feminicidio/homicidio agravado, por medio del análisis jurídico de los hechos con las disposiciones legales sustantivas y de procedimiento[172]. El fundamento de este componente es la valoración jurídica de los hechos para demostrar la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad[173].

El fundamento de este componente es la valoración jurídica de los hechos para demostrar la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

188. No es posible construir una hipótesis delictiva sin la adecuación de los hechos del caso en un tipo penal[174]. Su importancia radica en que a partir de la adecuación típica se plantea un objetivo principal o general de la investigación - recabar la información para probar el femicidio/feminicidio - y unos objetivos específicos - la información que sirva para demostrar cada uno de los elementos estructurales de estos tipos penales[175].

189. Como punto de partida, se debe examinar la viabilidad o no de adecuar típicamente los hechos, y eventualmente imputar la responsabilidad del/de los sujeto/s activo/s, asumiendo como hipótesis principal que este/os ha/n incurrido en el delito de femicidio, feminicidio u homicidio agravado por razones de género, según lo disponga la legislación nacional[176] o federal aplicable[177].

190. Como hipótesis derivadas debe estudiarse si, a la luz de los hechos y la evidencia recaba hasta el momento, es posible considerar otras alternativas para la imputación del resultado, como el homicidio doloso o calificado[178], o considerar la imputación de un concurso de conductas punibles con otros tipos penales, tales como secuestro, desaparición forzada, tortura, violencia sexual, porte ilegal de armas, entre otros.

191. La viabilidad jurídica de las hipótesis que se formulen dependerá de manera directa del material probatorio recaudado en los actos urgentes o en las actuaciones preliminares de la investigación. Su análisis de conjunto puede determinar cuáles serán las modalidades establecidas en el tipo penal que serán materia de investigación y cuáles deberán ser desechadas.

192. En cualquier caso, las actividades de investigación deberán organizarse de tal manera que permitan recabar los medios probatorios necesarios para demostrar los elementos estructurales del tipo o de los tipos penales que forman parte de la hipótesis principal: bien jurídico tutelado, sujeto activo, modalidad de la acción, posibles móviles del hecho, grado de participación, sujeto pasivo, verbos rectores, elementos descriptivos, normativos y subjetivos, circunstancias de agravación genéricas o específicas, circunstancias de atenuación, circunstancias de mayor o menor punibilidad, concursos de delitos, etc.[179] Un aspecto importante es tener en cuenta la naturaleza particular del posible móvil del hecho: los motivos de discriminación, odio por la condición de la mujer o razones de género.

La valoración jurídica de los hechos debe tener en cuenta la naturaleza particular del posible móvil del hecho: los motivos de discriminación, odio por la condición de la mujer o razones de género.

193. En este contexto se debe evitar la aplicación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal que puedan justificar la conducta del presunto agresor o culpabilizar a la víctima de lo sucedido.

194. A estos efectos, la Fiscalía deberá contrarrestar la teoría del caso de la defensa cuando se trate de justificar la muerte haciendo referencia a la falta de denuncia de parte de la víctima de hechos violentos anteriores, o cuando se ponga en discusión el consentimiento al acto sexual de la víctima de una violencia sexual (mencionando que la víctima accedió a una invitación del victimario, o que no es posible demostrar la existencia de rasgos o signos de violencia o de resistencia por parte de la víctima frente al acto sexual). Por otra parte, debe evitarse las referencias a la historia de vida de la víctima, mencionando, por ejemplo, que mujer era una trabajadora sexual, que tenía un amante, que era una mujer libertina, que consumía drogas o que también había cometido actos violentos en contra del posible victimario. Finalmente, no debe otorgarse ninguna consideración especial a los posibles intentos de suicidio del/de los victimario/s[180].

## El componente probatorio

El componente probatorio está relacionado al sustrato probatorio del caso que se requiere para sustentar la teoría fáctica y jurídica planteada.

195. El tercer aspecto fundamental está relacionado al sustrato probatorio del caso[181], a los medios de prueba y elementos materiales probatorios que se requieren para sustentar la teoría fáctica y jurídica planteada, atendiendo a su cantidad y calidad, así como los medios o elementos de convicción pertinentes que permitan establecer la ocurrencia del hecho, la conducta punible que se plantea y la responsabilidad del/los responsable/s, probando ante el juez o la jueza la consistencia de la teoría del caso formulada[182]. El/la representante del Ministerio Público y su equipo deben formular un juicio de pertinencia, necesidad y conducencia de los medios probatorios recaudados y de los que deben recaudarse -pruebas anticipadas- o producirse en el juicio oral, a efectos de la demostración judicial de la muerte violenta de la mujer y de los motivos o razones de género.

La investigación de los motivos de género debe ser cuidadosa, metódica y exhaustiva, yendo más allá de la investigación del lugar de los hechos

196. La investigación de los motivos o razones de género en los casos de femicidio debe ser cuidadosa, metódica y exhaustiva, yendo más allá de la investigación del lugar de los hechos o de la escena del hallazgo del cuerpo. Ninguna pista debe ser descartada, como se observa en el siguiente ejemplo extraído del caso Véliz Castro:

> La madre de María Isabel Véliz Franco, Rosa Elvira Franco, la encontró en la morgue hinchada de golpes en la cara, con una herida gruesa debajo del corazón, con las uñas volteadas, con la ropa llena de sangre notando una cosa amarilla adelante y atrás del pantalón. Se observa que el cierre del pantalón de la víctima estaba abierto, y sus prendas íntimas rotas.
>
> (…)
>
> La señora Franco obtuvo de la compañía de servicios celulares, por su iniciativa, información sobre las llamadas salientes del celular de su hija. Un informe enviado al Ministerio Público sobre el análisis de las llamadas entrantes y salientes al teléfono celular de la víctima muestra que, en los momentos previos a su desaparición, existió comunicación entre la víctima y posibles sospechosos[183].

197. Con el fin de probar todos los elementos de la hipótesis planteada en el programa metodológico, el equipo de investigación deberá responder las siguientes preguntas:

- ¿Se ha elaborado un plan para identificar y entrevistar a los/las testigos y todas aquellas personas que conocían a la víctima, a las que se encontraban presentes en el momento de la comisión del delito, a las que se encontraban en el entorno de la escena del crimen, a las que son víctimas indirectas?
- ¿Se ha determinado un plan para la recolección de información y de los testimonios por parte de las personas que puedan ofrecer evidencias sobre la historia de violencia del/de los agresor/es hacia la víctima?
- ¿Se ha establecido un plan para la recolección de información sobre la pareja y otros hombres cercanos a la víctima que hayan tenido con ella relaciones de intimidad, de amistad, de trabajo, de negocios, o de otro tipo?

- ¿Se ha investigado la presencia de registros administrativos sobre denuncias de amenazas, desaparición o de manifestaciones de violencia presentados previamente por la víctima ante las autoridades judiciales o los servicios sociales?
- ¿Se tienen registros de casos similares de muertes violentas de mujeres?
- ¿Se ha elaborado un plan para explorar si existe una relación entre las personas involucradas en el delito con otros casos similares de homicidio de mujeres?
- ¿Se han valorado los daños físicos y psicológicos sufridos por la víctima directa, las indirectas o sus familiares?
- ¿Qué medidas de reparación deberían ofrecérsele a las víctimas indirectas y a los familiares? ¿Se han considerado medidas que tengan en cuenta las experiencias de discriminación e inequidad estructural de la víctima y que ofrezcan garantías de no repetición de parte del perpetrador?

198. En todos los casos es necesario investigar las manifestaciones de violencia física, sexual, psicológica, económica, patrimonial o simbólica que precedieron a la muerte de la víctima. Para asegurar que el contexto de violencia, desigualdad o discriminación en que pudo haberse enmarcado el femicidio sea investigado de manera adecuada, se deberá tener en cuenta las recomendaciones planteadas en el capítulo anterior y elaborar los siguientes peritajes:

Es necesario investigar las manifestaciones de violencia física, sexual, psicológica, económica, patrimonial o simbólica que precedieron a la muerte de la víctima.

- En función del tipo penal que pretende imputarse, **peritajes expertos en psicología, trabajo social o antropología** con el fin de determinar las siguientes circunstancias:

  1. la relación previa entre víctima y presunto agresor;
  2. los actos de violencia y maltrato previos a la muerte, basados en el modelo ecológico feminista (que se explicó en el Capítulo II);
  3. la presencia en el presunto agresor de patrones culturales misóginos o de discriminación e irrespeto a las mujeres, a través de un perfil de personalidad.

- **Un estudio comparativo entre la víctima y el presunto agresor** para determinar la posible ventaja física entre ambos, con el fin de acreditar el marco de desigualdad y de poder en el que se ejerció la violencia letal[184].

- **Un estudio sobre el entorno social[185] y un mapa de relaciones de la víctima y sus familiares**, teniendo en cuenta un enfoque de discriminación interseccional, con el fin de identificar de qué forma los factores estructurales, institucionales, interpersonales e individuales de las relaciones sociales en las que se ubicaba la víctima, le hicieron más o menos vulnerable a las formas de violencia que la afectaron (como por ejemplo, ser menor de edad, la situación socioeconómica precaria, el origen rural, el nivel educativo, la maternidad, la actividad laboral, etc.). Estos factores pueden incluso afectar el acceso a la justicia de las víctimas y el desarrollo de las propias investigaciones judiciales, por la presencia de estereotipos y prácticas discriminatorias en los funcionarios judiciales[186].

- A efectos de garantizar el éxito futuro de la investigación y cuando las circunstancias de los hechos lo ameriten y el marco jurídico lo permita, **pruebas anticipadas o anticipos jurisdiccionales de prueba**, en el caso de testigos amenazados, enfermos, o en riesgo extremo o extraordinario de seguridad e integridad personal.

- Para complementar los trabajos de las pericias en criminalística, donde es posible, **la reconstrucción de la escena del hallazgo del cuerpo** mediante la utilización de software especializado con animación virtual en tres dimensiones (3D), así como otras herramientas de inteligencia artificial para el análisis de patrones de muertes violentas de mujeres.

## Las líneas de investigación

199. Un aspecto trascendental de la investigación fiscal es la determinación de los problemas que deben resolverse y la formulación de las hipótesis. La construcción de las hipótesis tiene la finalidad de plantear las líneas lógicas de la investigación que pueden seguirse de acuerdo con la modalidad de femicido. Estas deberán ser verificadas o refutadas con las labores de averiguación que se ordenen para el efecto, razón por la cual deben ser flexibles[187].

El objetivo de estas líneas de investigación debe ser el recaudar todos los elementos de prueba necesarios para acreditar los elementos de discriminación, odio por la condición de la mujer, o las "razones de género".

200. La Corte IDH ha señalado en reiteradas oportunidades que las autoridades estatales encargadas de las investigaciones tienen "el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoraran los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos"[188]. Ha advertido que, en aras de garantizar su efectividad, la investigación debe ser conducida tomando en cuenta la complejidad de los hechos "y la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en los mismos, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación"[189]. En el caso Campo Algodonero, advirtió que "ciertas líneas de investigación, cuando eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones"[190].

201. En el diseño del programa metodológico, se deben formular las posibles hipótesis explicativas o líneas de investigación derivadas del análisis de la información existente en los componentes fáctico, jurídico y probatorio del caso. El objetivo de estas líneas de investigación debe ser el recaudar todos los elementos de prueba necesarios para acreditar los elementos de discriminación, odio por la condición de la mujer, o las "razones de género" exigidas por el tipo penal.

202. El equipo de trabajo que adelanta la investigación deberá examinar la viabilidad de líneas de investigación específicas que mejor se adapten a la modalidad de femicidio que se está conociendo. Así, por ejemplo, si se plantea como hipótesis explicativa la demostración de un feminicidio sexual sistémico, las labores investigativas deberán apuntar al esclarecimiento del móvil de violencia sexual[191], indagando en la información derivada de la autopsia de la víctima o de los estudios complementarios de tanatología y sexología forense en busca de indicios de actos sexuales violentos antes o después de la muerte. Así mismo, los/las investigadores/as deberán realizar un análisis detallado de la información contenida en las bases de datos de la policía o del Ministerio Público en busca de patrones delictivos reiterados, frecuencia de lugares, hechos similares y rasgos de violencia sexual, en todos los crímenes que han sido registrados por las autoridades en fechas recientes y que pueden tener relación entre sí, dado su *modus operandi*[192].

203. Para garantizar una mayor eficacia en la búsqueda de patrones delictivos es recomendable que las unidades de fiscalías que investigan estos delitos sostengan reuniones de trabajo periódicas que les permitan revisar las líneas de investigación que se adelantan. Sobre todo deben buscar: 1) la acumulación de procesos allí donde se cumplan los requisitos establecidos en la normativa procesal penal para realizar la acumulación de los casos por conexidad sustancial o formal, y 2) el traslado de evidencias o de elementos materiales probatorios en aquellas investigaciones o procesos donde sea evidente la existencia de una comunidad de prueba.

204. Es muy importante que, en aras de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas indirectas y de los familiares, se establezcan reuniones de trabajo periódicas entre éstos y el equipo de investigación del Ministerio Público con el fin de revisar, validar y ajustar las líneas de investigación. Debe recordarse que, además de su interés particular por el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos y la sanción de los responsables, las víctimas cuentan con información valiosa acerca del curso vital de la víctima, el mapa de sus relaciones sociales, el historial de violencia que esta pudo haber padecido, e incluso evidencias físicas o elementos materiales probatorios importantes sobre los hechos.

205. No debe olvidarse que, en relación con la investigación de estructuras que pertenezcan a la criminalidad organizada, existe la posibilidad de articular el trabajo de investigación con los organismos regionales o internacionales de cooperación policial y judicial, con el fin de garantizar la desarticulación de las redes y de los *modus operandi* de dichas estructuras, sobre todo cuando se detecte el uso de las fronteras como mecanismo de escape u ocultamiento de posibles sujetos activos de los femicidios.

## La consolidación del programa, la verificación de las hipótesis y las actuaciones procesales

206. Una vez se hayan evacuado los análisis de los componentes fáctico, jurídico y probatorio del programa metodológico, es necesario plasmar el contenido de los análisis en un informe que sirva para el control de las actividades de investigación. Este documento deberá incluir la hipótesis delictiva, la organización de la teoría del caso, los objetivos del trabajo, los actos o diligencias de investigación que se van a realizar para cumplir con el programa, y los tiempos y procedimientos de control sobre dichas actividades[193].

# Notas

157 Armenta Deu, T. (2012), págs. 193 y ss; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2010), Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, Guía de autoaprendizaje (2010), pág. 76.

158 Monterroso Castillo, J. (2007). No importa si estas funciones son ejercidas por los cuerpos de policía, como la Policía de Investigaciones chilena, por un organismo adscrito al poder u organismo judicial, como el Organismo de Investigación Judicial costarricense, o por una institución dependiente del Ministerio Público, como el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía colombiana.

159 La importancia de evitar la descoordinación intra e interinstitucional puede verse en: CIDH, Caso María Isabel Véliz Franco y otros vs. Guatemala, 2011, págs. 27 y 30, 106 y 119. Algunas recomendaciones y buenas prácticas para una óptima coordinación pueden encontrarse en Barrero Alba, R., Cartagena Pastor, J.M., Laporta Donat, E. & Peramato Martín, T. (2012), págs. 263 y ss.; Ginés Santidrián, E., Mariño Menéndez, F. & Cartagena Pastor, J.M. (2013), pág. 17; Castresana Fernández, C. (2009), pág. 27; Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP) & Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) (2013).

160 Secretaria Distrital de Planeación; Secretaría Distrital de la Mujer; Corporación Casa de la Mujer Trabajadora (2013), pág. 156.

161 Un ejemplo puede verse en la Instrucción general para la investigación criminal del delito de femicidio no. 6-2013, del Ministerio Público de Guatemala.

162 Henderson García, O. (2007), pág. 138.

163 Avella Franco, P.O. (2007), págs. 17 y ss.

164 Instituto Chihuahuense de la Mujer (2011), pág. 31. Un modelo alternativo de coordinación de la investigación es el de la dirección funcional. Al respecto ver el Protocolo de actuación para la aplicación de la dirección funcional de la Fiscalía General de la República, el Organismo de Investigación Judicial, el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública de Costa Rica. Instrucción general 01/2012.

165 Avella Franco, P.O. (2007), págs. 17 y ss.

166 En gran parte de los países de América Latina que han adoptado un régimen procesal penal acusatorio o de tendencia acusatoria se ha pretendido separar las funciones de investigación y juzgamiento que anteriormente se concentraban en la figura del juez de instrucción criminal. Para ello se ha optado por la creación de la figura del juez con funciones de control de garantías, que tiene el mandato de revisar y controlar las actividades de investigación, particularmente, de aquellas que limitan o afectan los derechos fundamentales de los investigados, como es el caso de las medidas cautelares reales o personales, Armenta Deu, T. (2012), págs. 195 y ss.

167 Castresana Fernández, C. (2009), pág. 15.

168 Henderson García, O. (2007), pág. 178.

169 Avella Franco, P.O. (2007), págs. 37 y 38.

170 Benavente Chorres, H. (2011), pág. 49.

171 Aquí pueden seguirse las recomendaciones plasmadas en el Protocolo de Minnesota (1991). Una prueba técnico- científica de mucha utilidad puede ser la elaboración de una autopsia psicológica a la víctima.

172 Avella Franco, P.O. (2007), pág. 38.

173 Benavente Chorres, H. (2011), pág. 49.

174 Avella Franco, P.O. (2007), págs. 38 y ss; Valdés Moreno, C.E. (2008).

175 Avella Franco, P.O. (2007), págs. 76 y ss.

176 Todos los tipos penales vigentes en los países de la región pueden ser consultados en el Anexo 1 y también en: Garita Vílchez, A.I. (2013).

177 El manejo de las competencias legislativas en el ámbito de los feminicidios no siempre permite luchar de manera adecuada contra la impunidad de estos delitos. En el caso de México, Toledo Vásquez ha advertido que, a pesar de estar tipificada en el ámbito federal, la responsabilidad penal de las autoridades que impiden la investigación adecuada de las muertes violentas de mujeres es muy difícil de perseguir, dados los requisitos legales que se exigen para que esos hechos constituyan un delito de alcance federal, Toledo Vásquez. P. (2013), págs. 23 y 24.

178 La complejidad de este tema puede verse en el siguiente análisis: en diciembre de 2010 en el Estado de Guerrero, en México, se introdujo una disposición por la cual todo homicidio de una mujer cometido por un hombre se considera como "homicidio calificado" y, por lo tanto, se sanciona con la misma pena que se asigna al tipo de feminicidio. La existencia de esta figura desincentiva a los operadores judiciales a esforzarse por probar el tipo penal de feminicidio, cuyos elementos típicos objetivos son más complejos que la simple demostración del sexo de la víctima. Al respecto ver: Toledo Vásquez, P. (2013), pág. 24.

179 Avella Franco, P.O. (2007), págs. 76 y ss.

180 AIAMP; COMJIB (2013), pág. 41.

181 Benavente Chorres, H. (2011), pág. 58.

182 Avella Franco, P.O. (2007), pág. 38.

183 CIDH, Caso María Isabel Véliz Franco y otros Vs. Guatemala (2011), párrs.1- 26.

184 UNIFEM (2008), pág. 43; AIAMP & COMJIB (2013), pág. 41.

185 El entorno social de una persona incluye sus condiciones de vida y de trabajo, nivel de ingresos, estudios y la comunidad a la que pertenece. Todos estos factores tienen un poderoso influjo en la investigación del feminicidio. UNIFEM (2008), pág. 40.

186 CIDH, Caso María Isabel Véliz Franco y otros vs. Guatemala, 2011, párr. 119.

187 Procurador General de Justicia del Distrito Federal (2011), págs. 72 y ss; Fundación Myrna Mack (2008), págs. 135 y ss; UNIFEM (2008), pág. 37.

188 Corte IDH, Caso Masacre de la Rochela Vs. Colombia, 2007, párrs. 156, 158 y 164; Acosta, J.I. & Álvarez, L. (2011), págs. 64 y ss.

189 Corte IDH, Caso Radilla-Pacheco. Vs. México, 2009, párr. 206; Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia , 2010, párrs. 215 - 217.

190 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 366.

191 Tal como ordenó la Corte IDH al Estado mexicano en los casos de los feminicidios de Chihuahua. Al respecto ver: Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 455, numeral II; Saavedra Alessandri, P. (2013), pág. 364.

192 Procurador General de Justicia del Distrito Federal (2011), pág. 74.

193 En Colombia existe la directriz institucional de utilizar un formato de investigación en cualquiera de las instancias de la Fiscalía General de la Nación. Este formato cuenta con un código único de investigación a nivel nacional, necesario para integrarlo al sistema de información de la Fiscalía, lo que permite registrar o saber a cualquier miembro del sistema fiscal quién tiene asignado el caso y con qué información cuenta. El correcto funcionamiento de un sistema de información de este tipo puede ser de utilidad para promover el trabajo conjunto entre varios equipos fiscales que investigan patrones de actuación delictiva en los femicidios.

# Capítulo V.

# Los signos e indicios de un femicidio: la actuación médico-forense y el análisis criminal

**Los signos e indicios de femicidios en el ámbito de las relaciones de pareja y familiares** . . . . . 72
Los signos e indicios de los femicidios íntimos en los hallazgos de la autopsia . . . . . 72
Los signos e indicios relacionados con la escena del crimen . . . . . 73
Los signos e indicios relacionados con las circunstancias que rodean a la comisión del femicidio íntimo . . . . . 74
Los signos e indicios relacionados con la situación anterior de la mujer víctima del femicidio íntimo . . . . . 74
Los signos e indicios asociados a los antecedentes de la relación y a la posible existencia de violencia de género . . . . . 74
Los signos e indicios asociados al impacto y consecuencias de la violencia de género sobre la salud de la mujer . . . . . 75
Los signos e indicios relacionados con el victimario del femicidio íntimo 76
Los antecedentes asociados a los agresores de violencia de género que pueden llegar a cometer un femicidio íntimo . . . . . 76
Los antecedentes de la relación y la posible existencia de violencia de género . . . . . 77
La conducta y actitud seguida por el victimario de un femicidio en una relación de pareja o familiar tras los hechos . . . . . 77
Los elementos identificados como “factores de riesgo” asociados a los casos de femicidios íntimos . . . . . 77

**Los signos e indicios de femicidio sexual** . . . . . 80
Los signos e indicios de los femicidios sexuales en los hallazgos de la autopsia . . . . . 81
Los signos e indicios asociados a la escena del crimen femicida sexual . . . . . 83
Los signos e indicios relacionados con la situación anterior de la mujer víctima del femicidio sexual . . . . . 84
Los signos e indicios relacionados con el victimario del femicidio sexual . . . . . 85

**Los signos e indicios de femicidio dentro del contexto de una estructura de grupo** . . . . . 88

**Los elementos asociados al tiempo transcurrido desde la comisión del femicidio y a los intentos de destrucción del cadáver** . . . . . 89

**La integración de los datos e información aportados por la documentación de los signos e indicios asociados al femicidio** . . . . . 90

# Capítulo V.

# Los signos e indicios de un femicidio: la actuación médico-forense y el análisis criminal

208. Alphonse Bertillon afirmaba que, en la investigación criminal, ***"sólo se ve lo que se mira, y sólo se mira lo que se tiene en la mente"***. Este capítulo presenta la mirada, es decir lo que hay que tener en cuenta para encontrar signos e indicios de femicidio, conocer lo que ha ocurrido y cuál es su verdadero significado. Tanto la actuación médico-forense como el análisis criminal deben ser orientados hacia un entendimiento del analísis de género aplicable a la violencia letal que se presentó en el Capítulo III.

209. Desde el punto de vista médico-forense, hablar de "razones de género" significa:

- encontrar los elementos asociados a la motivación criminal que hace que los agresores ataquen a las mujeres por considerar que su conducta o su planteamiento vital se aparta de los roles establecidos como "adecuados o normales" por la cultura;
- identificar cómo esa percepción se traduce en una serie de elementos criminales en el componente cognitivo, como las decisiones que se adoptan a la hora de planificar y ejecutar el femicidio, y en el componente emocional, como el odio, la ira, etc., de la conducta de los agresores.

Desde el punto de vista médico-forense, hablar de "razones de género" significa:

• encontrar los elementos asociados a la motivación criminal

• identificar cómo esa percepción se traduce en una serie de elementos criminales en el componente cognitivo

210. Los elementos asociados a los femicidios han de ser buscados, identificados y documentados en diferentes fases y escenarios de la investigación criminal, como lo ilustra la Tabla 4.

**Tabla 4. Elementos para estructurar la actuación investigativa**

| | |
|---|---|
| **CONTEXTOS FEMICIDAS/ FEMINICIDAS GENERALES** | Femicidio/feminicidio íntimo o familiar |
| | Femicidio/feminicidio sexual |
| | Femicidio/feminicidio en un contexto de grupo |
| | Otros tipos de femicidios/feminicidios |
| **MUERTES DE MUJERES SOBRE LAS QUE SE DEBE APLICAR ESTE MODELO DE PROTOCOLO** | Muertes criminales |
| | Muertes sospechosas de criminalidad[194] |
| | Suicidio |
| | Algunos accidentes |
| **FASES Y ESCENARIOS DÓNDE LOCALIZAR E IDENTIFICAR LOS ELEMENTOS ASOCIADOS A LOS FEMICIDIOS EN SUS DISTINTOS TIPOS Y CONTEXTOS** | Autopsia |
| | Escena del crimen |
| | Circunstancias alrededor de los hechos |
| | Víctima |
| | Victimario |

211. Cabe subrayar que **estos elementos**, tomados de manera individual o aislada,

- **no son exclusivos,** es decir, algunos pueden aparecer en otros homicidios sin que ello signifique que constituyen femicidios;
- **no son específicos,** o sea que pueden estar presentes de forma aislada aun cuando no hay un femicidio; y
- **no son obligatorios,** en el sentido de que pueden no estar presentes aunque se esté ante un femicidio.

La complejidad de los femicidios no se resuelve con automatismos, improvisaciones o simplificaciones.

212. Debe tenerse en cuenta que el acto mismo del crimen, con sus circunstancias específicas y sus factores imprevistos, puede hacer variar por completo la conducta criminal y, por lo tanto, alterar la presencia de los elementos que la caracterizan. Esto destaca la importancia del factor humano y la necesidad de seguir un proceso integrador que sólo ofrece respuestas al final del mismo con la valoración de los hechos y su relación con los contextos. La complejidad de los femicidios no se resuelve con automatismos, improvisaciones o simplificaciones. La solución exige profesionalidad y responsabilidad basada en el conocimiento de las características asociadas a los femicidios.

La solución exige profesionalidad y responsabilidad basada en el conocimiento de las características asociadas a los femicidios.

213. Como se ha señalado, los femicidios tienen múltiples expresiones y contextos. El Modelo de Protocolo hará énfasis en tres de ellos:

- El ámbito de una relación de pareja, afectiva, o familiar;
- La motivación sexual en el ámbito público;
- El contexto grupal con un doble componente: una relación definida por la organización de grupo y la posición de inferioridad de la víctima por la condición de mujer.

214. Estos contextos no deben considerarse como compartimentos estancos, sino como marcos generales que definen la presencia de una serie de elementos en los hechos criminales. Por tanto, dependiendo de las circunstancias, se pueden presentar casos con elementos comunes a los tres contextos.

215. Como se mencionó previamente, el Modelo de Protocolo aporta referencias específicas asociadas a los femicidios para que se puedan identificar e incorporar a la investigación. No es incompatible con el uso de otros protocolos, guías, recomendaciones o instrumentos de investigación forense y criminal ni los limita.

# Los signos e indicios de femicidios en el ámbito de las relaciones de pareja y familiares

216. Los signos e indicios que aparecen asociados a los femicidios en estas circunstancias son consecuencia de las ideas y emociones, como ira, rabia, odio, venganza, desprecio, castigo, humillación, etc., que acompañan a la motivación de género construida de manera individual (un hombre, una víctima, unas circunstancias) a partir de los elementos que el contexto cultural y social pone al alcance de los agresores.

## Los signos e indicios de los femicidios íntimos en los hallazgos de la autopsia

217. En ese contexto, la autopsia puede presentar la siguiente información:

- **La utilización de una violencia excesiva** (overkill), entendida como el *"*uso excesivo de la fuerza más allá de lo necesario para conseguir el objetivo pretendido*"*[195]. Esta se traduce en la presencia de múltiples heridas provocadas por el arma o instrumento utilizado para ocasionar la muerte, como múltiples heridas por arma blanca, disparos, golpes, etc;

- A pesar del elevado número de **heridas**, la mayoría se suelen localizar **alrededor de las zonas vitales,** lo cual refleja el control mantenido por el agresor durante el homicidio;

- **La gran intensidad en la violencia aplicada** como es la aparición de traumatismos, puñaladas, cortes, estrangulación, etc;

- **La utilización de más de un procedimiento para matar.** Está relacionado con la violencia excesiva que se traduce en la combinación de varios instrumentos o formas de realizar la agresión, la cual refleja la dinámica del femicidio y los factores contextuales. Son ejemplos los traumatismos con las manos u objetos y luego el apuñalamiento; o los traumatismos y la estrangulación; o heridas con arma blanca y arma de fuego, etc. Las combinaciones de las formas de agredir y el número de ellas varían de forma significativa[196];

- **El uso de un instrumento doméstico de fácil acceso** para el agresor como un cuchillo de cocina, un martillo u otra herramienta. Si el agresor disponía de armas, por ejemplo de caza, es frecuente que las utilice y haya amenazado de manera previa a la víctima con ellas;

- **La utilización de las manos** como mecanismo homicida directo, sin recurrir a armas u otros instrumentos. En esos casos, el femicidio se lleva a cabo por traumatismos, estrangulación, sofocación o una combinación de esos procedimientos[197];

- **La presencia de distintos tipos de lesiones de diferentes épocas, anteriores a la agresión femicida.** Algunas de estas lesiones son relativamente recientes, como consecuencia del incremento de la violencia que con frecuencia precede al femicidio; otras lesiones pueden ser más antiguas y estar presentes como cicatrices[198].

En los feminicidios íntimos es común que la muerte esté precedida por muestras de violencia excesiva, lo que se traduce en una combinación de varios instrumentos o formas de realizar la agresión, como por ejemplo, traumatismos con las manos u objetos y luego apuñalamiento; traumatismos y estrangulación; o utilización de arma blanca y arma de fuego. En las modalidades de feminicidio sexual sistémico, la muerte de la mujer suele estar precedida de privaciones de la libertad (secuestros o desapariciones forzadas), tortura física o psicológica y violencia sexual (no sólo penetración , sino también tocamientos, o sexo oral / anal obligado). En estas variantes los cuerpos de las mujeres asesinadas son sujetos de ultrajes posteriores como violencia sexual, mutilación, descuartizamiento y decapitación. Finalmente, los cuerpos de las víctimas suelen ser inhumados en fosas comunes o abandonados en parajes alejados.

La autopsia puede presentar la siguiente información:

- la utilización de una violencia excesiva,
- heridas alrededor de las zonas vitales,
- la gran intensidad en la violencia aplicada,
- la utilización de más de un procedimiento para matar,
- el uso de un instrumento doméstico de fácil acceso,
- la utilización de las manos,
- la presencia de distintos tipos de lesiones de diferentes épocas, anteriores a la agresión femicida.

218. La autopsia también debe buscar las posibles consecuencias de la violencia de género en la salud de la mujer, algunas de las cuales causan alteraciones a los resultados de la necropsia. Dichas alteraciones se incluyen en el apartado *"Signos e indicios asociados al impacto y consecuencias de la violencia de género sobre la salud de la mujer"*.

## Los signos e indicios relacionados con la escena del crimen

El lugar donde se lleva a cabo el femicidio muestra signos de la agresión y de la violencia simbólica.

219. Cuando existe convivencia, el lugar más frecuente donde se produce el femicidio es el **hogar**[199].

220. **El lugar** donde se lleva a cabo el femicidio **muestra signos de la agresión y de la violencia simbólica** que con frecuencia está presente en las agresiones ejercidas sobre la mujer. Ejemplos de esos signos son la rotura de objetos, muebles, cuadros, etc., especialmente aquellos que tienen un significado especial para la mujer -fotografías familiares, recuerdos, regalos-, el maltrato a las mascotas, etc.

221. Cuando no hay convivencia, el femicidio se suele producir en el **domicilio de la víctima o en el domicilio del agresor.**

222. Cuando no existe convivencia, un número de femicidios se lleva a cabo en lugares públicos relacionados con los hábitos de la víctima, como el sitio de trabajo, el colegio de los niños o de las niñas, el lugar de recreo frecuente –parque, práctica de algún deporte o ejercicio, etc.

223. En casos de femicidios cometidos en lugares públicos, el hecho ocurre a horas del día en la que suelen estar presentes testigos, y los agresores no toman precauciones para ocultar su autoría.

## Los signos e indicios relacionados con las circunstancias que rodean a la comisión del femicidio íntimo

Una de las circunstancias más frecuentes en el femicidio íntimo es la separación o divorcio del agresor.

224. Una de las circunstancias más frecuentes en el femicidio íntimo es la **separación o divorcio del agresor**[200]. Muchos agresores se muestran permisivos con la idea de la separación al pensar que la mujer volverá al poco tiempo. Al comprobar que la mujer no va a regresar deciden llevar a cabo el femicidio[201].

225. **La denuncia de una agresión** por violencia de género en la pareja también aparece asociada al femicidio, aunque no tanto como la separación. Cuando la denuncia se une a la separación, o cuando la denuncia se interpone después de haber denunciado al agresor en diferentes ocasiones, la asociación con el femicidio es mayor.

226. **La presencia de problemas con la custodia de los hijos o hijas**, las disputas por cuestiones económicas o las relacionadas con las propiedades compartidas durante la convivencia, también se asocian con frecuencia al femicidio.

## Los signos e indicios relacionados con la situación anterior de la mujer víctima del femicidio íntimo

227. La violencia de género se caracteriza por su continuidad en el tiempo y por los impactos directos e indirectos en la vida de la mujer y de sus entornos. La investigación criminal ante un posible femicidio debe tener en cuenta la historia de la mujer víctima para contextualizar la investigación y poder resolver adecuadamente el crimen.

### Los signos e indicios asociados a los antecedentes de la relación y a la posible existencia de violencia de género

228. Para obtener la información más relevante sobre el particular, se debe llevar a cabo una **entrevista semi-estructurada con los familiares y personas cercanas** a la víctima como amistades, compañeros y compañeras de trabajo, vecinos, etc. (ver Anexo 2).

229. Dependiendo de las circunstancias, se puede realizar una **"autopsia psicológica"** para conocer la situación vital de la mujer antes del femicidio, destacando su psicobiografía y su estado vivencial previo a la agresión mortal, su evolución en los últimos meses, así como el estado de salud mental y su posible modificación por la violencia sufrida.

## Los signos e indicios asociados al impacto y consecuencias de la violencia de género sobre la salud de la mujer

230. La OMS y la OPS han puesto de manifiesto a través de numerosos estudios las importantes repercusiones que la violencia de género ocasiona en las mujeres. La exposición al control permanente del agresor y las diferentes formas de humillación, crítica o rechazo afectivo, unidas a las amenazas y agresiones repetidas, hacen que se produzcan **importantes alteraciones en el plano físico y en el psicológico.** De hecho, las mujeres víctimas de violencia de género acuden con más frecuencia a los servicios sanitarios en demanda de atención clínica, debido a los problemas que padecen y a la mala percepción que tienen sobre su salud.

231. En el informe "*Global and regional estimates of violence against women: Prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence"*, la OMS recoge la asociación existente ente la exposición a la violencia de género y los diferentes resultados adversos sobre la salud. Subraya cómo estos se producen a través de una compleja respuesta al estrés agudo y crónico de tipo neurológico, neuroendocrino e inmunitario.

232. Las personas a cargo de la investigación de un presunto femicidio deben disponer del historial clínico-sanitario de la mujer, además de llevar a cabo averiguaciones sobre las cuestiones relacionadas con la salud de la mujer asesinada a través de entrevistas con el personal médico y sanitario, y con miembros de la familia y los entornos cercanos a la víctima. Deberán recabar toda la información disponible sobre el impacto que haya dejado la violencia de género en la salud de la mujer.

Las personas a cargo de la investigación deben disponer del historial clínico-sanitario de la mujer, además de llevar a cabo averiguaciones sobre las cuestiones relacionadas con la salud de la mujer asesinada.

**** Las consecuencias y alteraciones físicas en las mujeres víctimas de violencia de género***

233. El trabajo de Ellsberg y otros[202] recoge las siguientes alteraciones como consecuencia de la violencia de género:

- Dolor crónico, como dolores de cabeza y en la espalda, etc.
- Alteraciones neurológicas centrales, como mareos, vértigos, pérdidas de conciencia, crisis epileptiformes, etc.
- Alteraciones gastrointestinales, como pérdida del apetito, alteraciones en los hábitos alimenticios, colon irritable, etc.
- Hipertensión arterial, debido a ciertos hábitos de vida.
- Resfriados e infecciones de vías respiratorias, por afectación del sistema inmunológico.

234. Debido a que junto con la violencia física y psicológica se producen agresiones sexuales en un 40 - 45% de los casos, las mujeres padecen una serie de alteraciones en el aparato génito-urinario. Entre ellas, se destacan:

- Sangrado vaginal;
- Flujo vaginal;
- Fibrosis vaginal;
- Disminución de la libido;
- Irritación genital;
- Dolor al mantener relaciones sexuales;
- Dolor pélvico crónico;
- Infecciones del tracto urinario;
- Negación por parte del agresor a utilizar el preservativo;
- Problemas por utilizar métodos de contracepción "a escondidas" y sin control sanitario;
- Enfermedades de transmisión sexual;
- Infección por VIH;
- Abortos inducidos;
- Parto prematuro;
- Recién nacidos de bajo peso.

**** Las consecuencias y alteraciones psicológicas en las mujeres víctimas de violencia de género***

235. La vivencia de una violencia que se sufre en el propio hogar y que se ejerce por la persona con la que se mantiene una relación afectiva, unida a unas circunstancias socio-culturales que hacen que la mujer se sienta responsable de lo que le está ocurriendo, al tiempo de verse incapaz de hacer algo para evitarlo y solucionarlo, produce un gran impacto emocional en las mujeres víctimas de la violencia de género.

236. Las principales alteraciones psicológicas que se producen son:

- Depresión;
- Baja autoestima;
- Reacciones de estrés;
- Consumo de sustancias tóxicas, como alcohol y drogas;
- Estrés postraumático;
- Ideas e intentos suicidas.

**** El estudio del estado de salud de los hijos e hijas de la mujer víctima de violencia de género***

237. La exposición a la violencia de género que sufren los hijos e hijas que conviven en el ambiente caracterizado por las agresiones y el control ejercido por el padre sobre la madre, unido a los ataques que con frecuencia reciben también los hijos e hijas, producen una serie de alteraciones conductuales, emocionales y físicas que suponen un importante deterioro de su estado de salud. Estas alteraciones deben ser estudiadas para determinar la extensión y profundidad de la violencia ejercida por el agresor, y para abordar terapéuticamente a los niños y niñas que la han padecido.

## Los signos e indicios relacionados con el victimario del femicidio íntimo

238. Los elementos que aparecen asociados a los victimarios de violencia de género son, sobre todo, los que culminan su historia de violencia en la relación de pareja o familiar con el femicidio.

Los elementos que proporciona este Modelo de Protocolo no buscan concluir que su presencia en un hombre indican que es el victimario, sino hacer entender que son compatibles con un contexto femicida.

239. Estos elementos parten de los factores generales del contexto social y cultural que cada agresor hace suyos para justificar la violencia y para expresarla atendiendo a sus ideas y a las circunstancias que lo rodean. Son elementos comunes que deben aplicarse a un contexto particular caracterizado por un agresor, una víctima y unas circunstancias.

240. En ningún caso se trata de demostrar la autoría de unos hechos a través de la presencia de estos elementos. El objetivo es contextualizar el crimen como un femicidio para que la investigación parta de estas referencias y llegue a culminarse con éxito. El establecimiento de la autoría, imputación y demás elementos policiales y judiciales se hará por los procedimientos establecidos. Los elementos que proporciona este Modelo de Protocolo no buscan concluir que su presencia en un hombre indican que es el victimario, sino hacer entender que son compatibles con un contexto femicida, y que la investigación debe avanzar sin descartar esa hipótesis para localizar e integrar el resto de los elementos que se pueden encontrar en otros escenarios.

## Los antecedentes asociados a los agresores de violencia de género que pueden llegar a cometer un femicidio íntimo

241. Los elementos más significativos que aparecen asociados a los perpetradores de un femicidio son los siguientes:

- Haber vivido en contextos familiares violentos, especialmente en los donde existió violencia de género;
- Haber sido víctimas de violencia;
- Haber sufrido abusos sexuales en la infancia;
- Haber ejercido violencia de género sobre otras parejas;
- Utilizar la violencia fuera del contexto familiar.

## Los antecedentes de la relación y la posible existencia de violencia de género

242. Del mismo modo que debe investigarse la situación de la pareja previa a la muerte violenta acercándose a los entornos de la víctima, hay que llevar a cabo la misma aproximación abordando esos antecedentes directamente con el presunto agresor.

243. Para obtener esa información debe seguirse la misma entrevista semi-estructurada con el agresor y con las personas cercanas a él, como amistades, compañeros y compañeras de trabajo, vecinos, etc. (ver el Anexo 3).

## La conducta y actitud seguida por el victimario de un femicidio en una relación de pareja o familiar tras los hechos

244. La conducta de los victimarios de un femicidio obedece a sus motivaciones y al significado que él le da. Dichos elementos condicionan la conducta anterior al femicidio y también la propia agresión, así como el comportamiento que continúa la materialización del femicidio.

El perpetrador de un femicidio busca un doble objetivo con el crimen: el castigo de la mujer y su propia reivindicación como hombre reforzado en los valores socio-culturales que justifican la violencia de género.

245. Las razones de género buscan satisfacer lo que el agresor considera un ataque a su autoridad o una humillación por parte de la mujer, y pretenden castigar a la mujer por la conducta llevada a cabo hacia él. No busca la consecución de un beneficio material e inmediato, sino recomponer a través de la agresión lo que el perpetrador considera que la mujer ha roto con su comportamiento y actitud. De ahí que muchos autores incluyan estos crimenes dentro de los “crímenes morales”.

246. El perpetrador de un femicidio busca un doble objetivo con el crimen: el castigo de la mujer y su propia reivindicación como hombre reforzado en los valores socio-culturales que justifican la violencia de género.

247. Estas circunstancias, que se expresan de manera directa en el comportamiento que siguen los agresores tras al femicidio, se caracterizan por dos conductas fundamentales:

- Entrega voluntaria a las autoridades o a las fuerzas de seguridad, bien directamente o a través de algún aviso a familiares, vecinos, personas cercanas, etc.
- Suicidio o intento de suicidio tras el femicidio. Se trata de la figura del “homicidio-suicidio”, o “femicidio-suicidio”. Su occurencia depende, entre otros factores, del mayor o menor grado de rechazo social frente a estos crímenes. A mayor rechazo y crítica social, más alto es el nivel de suicidios en los victimarios.

## Los elementos identificados como "factores de riesgo" asociados a los casos de femicidios íntimos

248. La violencia contra las mujeres en el ámbito familiar viene caracterizada por su continuidad. No es el tiempo el que marca sus características sino la voluntad del agresor. Se trata de un proceso dinámico y evolutivo que cambia según se modifican las circunstancias y la percepción que el agresor hace de esta evolución.

249. Los antecedentes generales en el victimario y la historia de violencia establecen una serie de referencias generales dentro de las cuales se desarrolla la relación caracterizada por las agresiones y el control que ejerce el agresor. En definitiva este marco, con sus cambios y sus modificaciones, busca imponer las pautas que el victimario considera adecuadas para la convivencia dentro de esa relación o familia, pero que no son suficientes para explicar el femicidio como parte de la violencia.

### Tabla 5. Factores de riesgo asociados a los femicidios en el ámbito de las relaciones de pareja

| Instrumento que recoge el factor de riesgo | Factores de riesgo asociados al femicidio/ feminicidio |
|---|---|
| Escala táctica de conflictos (Conflict tactic scale –CTS)[203] | -Agresiones físicas con diferentes instrumentos y formas.<br>- Amenazas con armas de fuego o armas blancas.<br>- Agresiones previas con armas de fuego o armas blancas. |
| Instrumento de evaluación de riesgo (Danger assesment instrument[204]) | - Aumento del número de agresiones.<br>- Aumento de la duración de cada agresión.<br>- Aumento de la intensidad en cada agresión.<br>- Posesión de armas de fuego.<br>- Haber llevado a cabo agresiones sexuales:<br>- una;<br>- repetidamente;<br>- al comienzo de la relación.<br>- Consumo de alcohol y drogas:<br>- frecuencia;<br>- grado de intoxicación<br>- Violencia fuera de la familia o relación de pareja.<br>- Amenazas de muerte, especialmente si la mujer las percibía como ciertas.<br>- Ejercicio del control sobre todos los aspectos de la vida de la mujer.<br>- Celos:<br>- en general;<br>- respecto a los hijos / las hijas;<br>- Maltrato de la mujer durante el embarazo.<br>- Violencia dirigida a los hijos / las hijas.<br>- Amenaza de la mujer con suicidarse o con intentar hacerlo.<br>- Presencia de factores considerados como "estresantes sociales": pobreza, pertenencia a grupos minoritarios, juventud, etc. |
| Evaluación de riesgo de violencia conyugal (Spousal assault risk assessment (SARA)[205]) | - Problemas recientes de empleo o trabajo.<br>- Ideas recientes de suicidio o de homicidio.<br>- Trastornos de personalidad.<br>- Violación e incumplimiento de las órdenes de alejamiento.<br>- Minimización de la violencia ejercida contra su pareja.<br>- Actitudes que apoyan o consienten la violencia contra la pareja. |
| Instrumento de evaluación del peligro (Danger assessment tool (DA)[206]) | - Se había producido el abandono reciente de la pareja.<br>- La mujer tenía hijos/hijas que no eran de la pareja actual.<br>- Hombre celoso.<br>- Hombre controlador.<br>- Agresión dirigida a los hijos / las hijas.<br>- Seguimiento, persecución y espionaje de la mujer. |

## Tabla 6. Signos e indicios asociados a los femicidios íntimos

| AUTOPSIA | ESCENA DEL CRIMEN | CIRCUNSTANCIAS | VÍCTIMA | VICTIMARIO |
|---|---|---|---|---|
| Violencia excesiva. | Convivencia; lugar más frecuente: el domicilio. | Separación o divorcio. | Existencia de violencia previa en la relación: entrevista semi-estructurada a los entornos (Anexo 2). | Existencia de violencia previa en la relación: entrevista semi-estructurada (Anexo 3). |
| Localización de la mayoría de las lesiones en zonas vitales. | Signos de la agresión y de violencia simbólica. | Los agresores más fríos y distantes emocionalmente actúan cuando se produce el "punto de no retorno" y comprueban que la mujer no vuelve con ellos tras una separación. | Autopsia psicológica. | Existencia de elementos asociados a los agresores de violencia de género. |
| Gran intensidad y fuerza en los golpes y aplicación del arma homicida. | No convivencia; lugar más frecuente: el domicilio del victimario o de la víctima. | Denuncias previas por violencia de género. | Consecuencias y alteraciones físicas causadas por violencia de género. | Conducta del victimario tras los hechos: entrega voluntaria, intento de suicidio, suicidio. |
| Más de un procedimiento homicida. | Otros lugares: espacios públicos relacionados con hábitos del día a día. | Problemas con la custodia de los hijos e hijas o por cuestiones económicas. | Consecuencias y alteraciones psicológicas causadas por violencia de género. | Presencia de elementos identificados como factores de riesgo de femicidio/feminicidio en violencia de género. |
| Manos como mecanismo homicida directo. | No se ocultan de posibles testigos. | | Situación y estado de salud de los hijos e hijas. Posibles alteraciones ocasionadas por la existencia de violencia de género. | |
| Lesiones de diferente data. | | | | |

250. Algunos de los factores de riesgo están más relacionados con la violencia extrema y con el femicidio, aunque su valoración no debe hacerse de manera aislada, sino como parte del conjunto de elementos e informaciones obtenidas.

251. En la Tabla 5 se recogen algunos de los elementos más significativos asociados a los femicidios aportados por los instrumentos de valoración del riesgo en violencia de género. Sólo se hace referencia a los más importantes de cada instrumento, sin repetir los que comparten la mayoría de ellos.

# Los signos e indicios de femicidio sexual

Toda muerte violenta de una mujer en el que se evidencie un componente sexual directo o simbólico debe considerarse un femicidio.

252. Toda muerte violenta de una mujer en el que se evidencie un componente sexual directo o simbólico debe considerarse un femicidio[207].

253. El concepto de "homicidio sexual" es complejo debido a que un homicidio de este tipo no siempre deja traslucir el componente sexual en el resultado de la agresión. Esta situación se debe a que muchos de los agresores obtienen su gratificación psicosexual a través de rituales relacionados con sus fantasías y conductas de dominación y control de las víctimas. Las evidencias que dejan estas conductas simbólicas alejadas de las zonas corporales relacionadas con la sexualidad, en principio, pueden hacer pensar que se está ante un crimen sin relación alguna con una motivación sexual. Por esta razón los autores clásicos hablaban de la violación como una *"conducta de naturaleza sexual que satisface necesidades no sexuales"*. Es más una cuestión de poder que de sexo. De poder a través del sexo.

El concepto de "homicidio sexual" es complejo debido a que un homicidio de este tipo no siempre deja traslucir el componente sexual en el resultado de la agresión.

254. En el femicidio sexual la muerte produce una satisfacción o excitación sexual. Las manifestaciones y los resultados de estos femicidios pueden ser muy diversos dependiendo del agresor, de su motivación y de las circunstancias que permitan una mayor o menor planificación y, por tanto, del desarrollo de la conducta ritual que acompaña al femicidio para satisfacer sus fantasías.

255. En cualquier caso, se trata de una conducta que forma parte de la violencia de género y que tiene sus raíces en el contexto socio-cultural que ha justificado la VCM a lo largo de la historia, incluyendo las agresiones sexuales y violaciones a través de argumentos basados en la provocación de la mujer por su forma de vestir o por su manera de comportarse. Como tal, el femicidio sexual comparte elementos con el resto de los femicidios. Los elementos comunes surgen de las ideas y motivaciones de los agresores respecto a las mujeres y de la carga emocional que acompañan a sus conductas violentas, como rabia, ira, odio, desprecio, etc.

256. Para el estudio de elementos, signos e indicios asociados a los femicidios sexuales se parte del concepto de violencia como un continuum y del femicidio como un proceso. Revitch y Schlesinger (1978, 1981) y Schlesinger (2004) concluyeron que los homicidios siguen un hipotético desarrollo que va desde los homicidios motivados por factores externos o "sociogénicos" hasta el extremo contrario en el que los homicidios son motivados internamente o "psicogénicamente". Según este modelo, los asesinos se dividen en cinco categorías: socio-ambientales, situacionales, impulsivos, catatímicos y compulsivos. Los asesinos de los femicidios sexuales habitualmente pertenecen al grupo de los homicidas catatímicos y al de los compulsivos, sin que ello signifique que alguno de los otros grupos no pueda cometer un femicidio de este tipo aunque sería debido a la confluencia de factores diferentes.

257. **Los femicidas sexuales catatímicos** llevan a cabo agresiones muy violentas construidas sobre ideas latentes y fijas, rígidas e inaccesibles al razonamiento lógico. Su conducta se caracteriza por un importante componente emocional relacionado con conflictos sexuales subyacentes que poseen un significado simbólico. No suelen planificar sus ataques y actúan de manera relativamente repentina. De manera general no expresan un componente sexual manifiesto durante el ataque.

258. **Los femicidas sexuales compulsivos** actúan por factores motivacionales internos enraizados en pensamientos violentos y fantasías que llevan a la repetición de sus actos y de los femicidios sexuales, ocasionando múltiples víctimas. Primero viven la violencia en sus mentes y después actúan. La influencia externa deriva de la oportunidad y circunstancias para localizar a la víctima a la que atacar. La motivación para actuar siempre es de carácter sexual, aunque la forma de vivir y expresar sus fantasías no tienen por qué reflejarse en las zonas genitales de las víctimas o áreas relacionadas con su sexualidad. La motivación está más relacionada con el poder, la dominación y el control a través de la violencia, que con el sexo.

259. Junto a estos femicidios sexuales pueden producirse otras agresiones letales relacionadas con conductas sexuales en unas circunstancias diferentes con más influencia exógena, como ocurre cuando el femicidio se produce para ocultar una agresión sexual no como parte de ella, o cuando tras otra acción criminal que termina en una muerte el agresor lleva a cabo alguna conducta sexual. Estas diferentes posibilidades deben ser tenidas en cuenta en el momento de realizar la investigación.

260. Los signos e indicios relacionados con los femicidios sexuales en cada uno de los apartados considerados (autopsia, escena del crimen, circunstancias relacionadas con los hechos, situación de la víctima antes del femicidio, y situación del presunto agresor) van a depender de las motivaciones y de las circunstancias del caso. Los signos e indicios vienen caracterizados por la presencia de elementos comunes a la violencia de género así como por los elementos propios de cada tipo de agresor y femicidio.

Los signos e indicios relacionados con los femicidios sexuales en cada uno de los apartados considerados van a depender de las motivaciones y de las circunstancias del caso.

## Los signos e indicios de los femicidios sexuales en los hallazgos de la autopsia

261. Los hallazgos de la autopsia en los femicidios sexuales vienen condicionados por las motivaciones de los agresores, las cuales varían de manera notable. Se puede observar desde agresores que recurren a la agresión para reducir y someter a la víctima, hasta los que tienen en la agresión física la fuente principal de excitación como parte de sus fantasías. Estas circunstancias se van a traducir en otra consecuencia importante de cara al resultado de la agresión: el tiempo empleado para llevar a cabo el ataque. El tiempo varía de forma significativa entre las agresiones que tienen un componente catatímico o emocional, en las que el tiempo suele ser más reducido, y las que parten de una motivación psicógena, compulsivas, durante las cuales todo gira alrededor de una violencia que alcanza más intensidad y prolongación.

262. En la autopsia, el resultado de estas violencias sexuales femicidas se va a manifestar en una serie de elementos y hallazgos relacionados con las lesiones, la conducta sexual manifiesta, y los signos e indicios derivados de las fantasías que forman parte de la motivación.

263. Otro factor a considerar es el número de autores que haya participado en la agresión sexual y posterior femicidio. Conforme el número de agresores es mayor, aunque la violencia no forme parte de las fantasías sexuales y se utilice para vencer la resistencia y dominar a la víctima, la rabia y el odio común a estos agresores pueden dar lugar a un cuadro con lesiones muy intensas.

264. A continuación se presentan los signos e indicios relacionados con los femicidios sexuales en sus diferentes expresiones, insistiendo en que el objeto de este Modelo de Protocolo es situar la investigación criminal dentro del contexto de un femicidio, no sustituir los procedimientos habituales de investigación que llevan a la aclaración de lo ocurrido, a la determinación de un presunto autor de los hechos y a su imputación formal.

**** Las lesiones asociadas a los femicidios sexuales***

265. Las lesiones vienen caracterizadas por los elementos generales de la violencia de género (ver en el apartado sobre femicidios íntimos, *Los signos e indicios en los hallazgos de la autopsia*) y la carga emocional que acompaña a las razones utilizadas por el victimario a la hora de decidir matar a su víctima.

266. Junto a las lesiones asociadas a las razones de género, pueden aparecer otras lesiones indicativas de la utilización de un grado de fuerza variable para vencer la resistencia de la víctima a la hora de llevar a cabo la agresión sexual.

267. Otro tipo de lesiones están relacionadas con las motivaciones específicas de los agresores, especialmente de los que parten de motivaciones psicógenas y llevan a cabo los femicidios sexuales compulsivos. Estas agresiones forman parte de las tipologías motivacionales denominadas "ira vengativa" y "sádica", según la clasificación de Burgess y Hazelwood (1995), revisada por B.E. Turvey (1999). En estos casos, la violencia forma parte directa de la conducta sexual, y da lugar a lesiones graves y complejas.

268. La manifestación de esta violencia puede variar de forma significativa, pero a diferencia de la "violencia excesiva" que parte de la rabia y el odio, en los femicidios sexuales sádicos y vengativos la violencia se aplica para conseguir un objetivo que pasa por el propio uso intenso de la violencia para satisfacer al victimario. Hay mucha violencia, pero no es excesiva de cara al objetivo buscado por el agresor, puesto que lo que pretende es causar ese daño a la víctima y satisfacer mediante él sus fantasías sexuales.

En los femicidios sexuales "por ira" hay una gran violencia con lesiones graves.

269. En los femicidios sexuales "por ira" hay una gran violencia con lesiones graves orientadas a causar daño a la víctima y a acabar con su vida. El ataque no suele durar mucho tiempo, por lo que hay signos de desorganización en el patrón de las lesiones. La conducta sexual continúa al ataque y a las agresiones físicas. La violencia se dirige contra cualquier parte del cuerpo, sin que tenga por qué existir una relación con las zonas sexuales.

En los femicidios sexuales "sádicos" la violencia forma parte íntima de sus motivaciones y fantasías.

270. En los femicidios sexuales "sádicos" la violencia forma parte íntima de sus motivaciones y fantasías, por lo que se prolonga durante más tiempo y se escenifica para provocar la excitación sexual. El agresor suele atar a la víctima y practicarle diferentes formas de tortura, como mordeduras, introducción de objetos por los orificios naturales, etc. La violencia utilizada es definida como brutal, tanto por la intensidad, como por las formas y la duración, y se dirige sobre todo a las zonas con un significado sexual, como genitales, senos, boca, región anal. En ocasiones se llevan a cabo mutilaciones de partes del cuerpo de la mujer con especial significado para el perpetrador.

**** Los signos e indicios relacionados con la conducta sexual directa***

Esos signos permiten determinar la existencia de una agresión sexual e identificar al agresor o los agresores.

271. La investigación debe proceder a través de los protocolos de investigación criminal a la búsqueda, localización, documentación y recogida de todos los indicios orgánicos e inorgánicos que permiten determinar la existencia de una agresión sexual e identificar al agresor o los agresores a través de las pruebas y análisis pertinentes, especialmente a través del análisis del ADN.

272. Los femicidas sexuales sádicos en ocasiones eyaculan sobre diferentes partes del cuerpo sin significado sexual general como parte de sus fantasías, por lo que la búsqueda de estos indicios debe extenderse a todo el cuerpo de la víctima y a todas sus ropas.

**** Los signos e indicios relacionados con las fantasías sexuales***

Las fantasías sexuales en los femicidios pueden llevar a representar determinadas escenas para satisfacer la excitación de los victimarios.

273. Las fantasías sexuales en los femicidios, especialmente en los casos más graves de sadismo e ira, pueden llevar a representar determinadas escenas para satisfacer la excitación de los victimarios. En ocasiones, el componente sexual del femicidio queda expresado en esta forma de ejercer la violencia, sin que en apariencia se perciba un componente sexual en el crimen cometido.

274. La investigación de los femicidios sexuales debe partir de este hecho, y buscar signos e indicios asociados con frecuencia a estas escenas caracterizadas por el sometimiento de la víctima, su control durante un tiempo prolongado y la aplicación de la violencia en forma de tortura.

275. Estas circunstancias ocasionan lesiones por los instrumentos o materiales utilizados para escenificar las fantasías sexuales, como por ejemplo señales de ataduras, mordazas, determinados objetos o vestimentas que hayan podido emplearse. Estas lesiones, signos e indicios deben buscarse durante la práctica de la autopsia.

**Tabla 7. Referencias para identificar los signos e indicios asociados a un femicidio sexual durante la autopsia**

| | |
|---|---|
| Referencias para identificar los signos e indicios asociados a un femicidio sexual durante la autopsia | Lesiones asociadas a los femicidios sexuales. |
| | Signos e indicios relacionados con la conducta sexual directa. |
| | Signos e indicios relacionados con las fantasías sexuales. |

## Los signos e indicios asociados a la escena del crimen femicida sexual

276. El lugar donde ocurre un femicidio sexual presenta las características de los hechos en cuanto a las motivaciones y circunstancias presentes. Estas características giran alrededor de los siguientes elementos:

El lugar donde ocurre un femicidio sexual presenta las características de los hechos en cuanto a las motivaciones y circunstancias presentes.

- tipo de femicidio sexual con relación a las motivaciones del agresor y su origen exógeno o psicógeno;
- características del agresor y de su forma de actuar, que puede ser más o menos organizado, impulsivo, controlador, ansioso, etc;
- femicidio planificado u oportunista;
- número de agresores;
- relación del lugar con las diferentes fases que pueden producirse en los femicidios sexuales, sobre todo en los más violentos. El abordaje de la víctima, la agresión sexual, el femicidio y el abandono del cuerpo se suelen producir en diferentes fases y se desarrollan en distintos lugares.

277. Estos elementos van a dejar una serie de signos e indicios en el lugar o lugares relacionados con el femicidio caracterizados por las huellas de la violencia, la presencia de instrumentos o materiales utilizados para atacar, dominar, someter y controlar a la víctima, la localización de objetos que formen parte de la escenificación de las fantasías, etc.

278. Es importante destacar que los hallazgos de estos elementos pueden ser "en positivo" (cuando se encuentran en el lugar de los hechos), o "en negativo" (cuando las características de los hallazgos, por ejemplo las lesiones sobre el cuerpo, no se justifican con las características del lugar donde aparece, ni con los objetos que aparecen a su alrededor, indicando que se han producido en otro lugar o que el propio agresor se los ha llevado, lo cual a su vez refleja una cierta planificación del femicidio y el perfil organizado de femicida).

279. B.E. Turvey[208] describe una serie de características asociadas a los lugares relacionados con los femicidios más violentos en algunas de sus fases, especialmente en el momento del ataque.

Estas características son:

- lugares oscuros o poco iluminados;
- hora del día: tarde en la noche o temprano en la mañana;
- lugares poco habitados o frecuentados a esas horas;
- lugar de ataque distante a la residencia del agresor;
- lugar que permite atacar y trasladar a la víctima a otro espacio distante y seguro para él.

280. Estas características indican la accesibilidad a la víctima y vulnerabilidad de ella y las precauciones adoptadas por los victimarios. En ningún caso prejuzgan la conducta de las víctimas ni sus hábitos.

281. Algunos de los elementos y datos que deben ser recopilados sobre el lugar de los hechos asociado a un femicidio sexual se pueden obtener a través de un cuestionario estructurado como el del Anexo 4.

## Los signos e indicios relacionados con la situación anterior de la mujer víctima del femicidio sexual

Los signos e indicios relacionados con la situación anterior de la mujer víctima de un posible femicidio nunca la prejuzgan ni la responsabilizan de lo ocurrido.

282. Los signos e indicios relacionados con la situación anterior de la mujer víctima de un posible femicidio nunca la prejuzgan ni la responsabilizan de lo ocurrido. Su análisis está dirigido a detectar los elementos de vulnerabilidad, accesibilidad y oportunidad respecto a un agresor que está planificando llevar a cabo la agresión sexual y el femicidio, o a determinar unas circunstancias que, desde el punto de vista social y cultural, lo llevan a justificar la agresión.

283. Según un estudio llevado a cabo en el Reino Unido[209], el porcentaje de población que considera responsable a la víctima de haber sufrido la agresión sexual es del 33% si la mujer ha coqueteado, del 26% si viste ropa sexy, del 22% si perciben o consideran que es una mujer promiscua, y del 30% si ha consumido bebidas alcohólicas. Estas ideas se aplican a los estereotipos que hacen que los agresores consideren que las mujeres buscan una relación sexual a través de la provocación.

284. La situación no es sólo una cuestión de percepción, sus consecuencias van mucho más lejos. Contribuye a que el porcentaje de sentencias condenatorias en los juicios por violación sea muy bajo[210].

El objetivo de la identificación de los signos e indicios relacionados con el femicidio sexual es situarse en el lugar del victimario para entender qué elementos de la víctima pudo utilizar para llevar a cabo la agresión y el posterior femicidio.

285. El objetivo de la identificación de los signos e indicios relacionados con el femicidio sexual es situarse en el lugar del victimario para entender qué elementos de la víctima pudo utilizar para llevar a cabo la agresión y el posterior femicidio. En ningún caso, tal y como ya se ha señalado, se valora o se juzga la conducta o modo de vida de la víctima.

286. B.E. Turvey recoge una serie de características en las víctimas asociadas a los femicidios sexuales:

- tipo de vida con la presencia de factores de riesgo;
- situación anímica de la víctima a la hora de relacionarse, y percepción de su nivel de seguridad;
- lugares en los que suele desenvolverse: solitarios, posibilidad de recibir o no asistencia rápida, criminalidad habitual en la zona, etc.;
- número de personas con las que suele acompañarse al salir a la calle;
- consumo de sustancias tóxicas, fundamentalmente bebidas alcohólicas y drogas utilizadas en fiestas, tanto por la percepción que se tiene de su conducta, como por la posibilidad de que se produzca el ataque por la denominada "sumisión química" (utilización de una droga o fármaco para afectar el nivel de conciencia de la víctima y facilitar la agresión).

287. Estos factores relacionados con el modo de vida, la accesibilidad y la disponibilidad para el agresor hacen que con frecuencia los femicidas actúen sobre mujeres que ejercen la prostitución.

288. También puede ser aconsejable la realización de la autopsia psicológica para conocer los factores de la víctima que puedan ser utilizados por los agresores para su elección y la comisión del femicidio. Esta actuación permite conocer la situación vital de la mujer antes de su muerte, destacando su psicobiografía y estado vivencial previo a la agresión mortal, su evolución en los últimos meses, así como el estado de salud mental.

289. En casos de femicidio sexual puede ser fundamental la reconstrucción detallada de lo realizado por la víctima las 24 horas previas al ataque, pues, en ciertos casos, es en ese tiempo en el que el agresor ha decidido elegirla y llevar a cabo el femicidio.

## Los signos e indicios relacionados con el victimario del femicidio sexual

290. El objetivo de la investigación, tal y como se viene subrayando, no es identificar al agresor del homicidio de una mujer, sino identificar en su conducta los elementos y las motivaciones de género, y centrar la investigación criminal en el contexto de un femicidio sexual.

El objetivo de la investigación no es identificar al agresor del homicidio de una mujer, sino identificar en su conducta los elementos y las motivaciones de género, y centrar la investigación criminal en el contexto de un femicidio sexual.

291. Los femicidas sexuales actúan a partir de las referencias de una cultura y una sociedad construidas sobre la desigualdad, y de unas motivaciones personales que elaboran bajo la influencia de los elementos exógenos del contexto social y las ideas internas que nacen de sus vivencias y fantasías. Estas características permiten clasificar su modo de actuar en tipologías que aportan información sobre las motivaciones y las circunstancias que utilizan a la hora de actuar y de cometer el femicidio sexual.

292. La investigación forense y criminal del femicidio sexual parte de un resultado que no revela siempre la naturaleza del crimen ni el significado de la conducta femicida. De ahí la importancia de contar con referencias sobre los principales elementos para establecer si se trata de un femicidio, y si este es de naturaleza sexual.

293. Diferentes estudios han puesto de manifiesto algunos signos e indicios presentes en los agresores sexuales que pueden llevar a cabo un femicidio sexual. Los estudios sobre valoración del riesgo en las agresiones sexuales también han destacado algunos elementos de los agresores asociados a un mayor riesgo y, por tanto, a la posibilidad de cometer el femicidio. En la Tabla 8 se recogen algunos de estos elementos con vista a conocer más de cerca al presunto agresor y situar su conducta dentro del femicidio sexual.

294. La Tabla 9 ofrece un resumen de los diferentes signos e indicios asociados a los femicidios sexuales.

## Tabla 8. Factores de riesgo asociados a los femicidios sexuales

| | |
|---|---|
| Factores descritos por Malamuth y otros.[211] | - Han crecido en familias donde la violencia ha estado presente.<br>- Víctimas de abuso durante la infancia.<br>- Participación en conductas delictivas, él o sus amigos.<br>- Haber huido de casa más de 24 horas.<br>- Promiscuidad sexual, relacionada con dos elementos:<br>- Edad de la primera relación sexual.<br>Se empieza a contar a partir de los 14 años<br>- Número de parejas sexuales.<br>- Dificultades para relacionarse socialmente.<br>- Masculinidad hostil:<br>- Masculinidad negativa asumiendo los estereotipos rígidos asociados al poder, el uso de la fuerza y la violencia, etc.<br>- Hostilidad hacia las mujeres.<br>- Actitudes relacionadas con:<br>- Ideas contradictorias sobre la sexualidad.<br>- Aceptación de los mitos sobre la violación.<br>- Aceptación de la violencia contra las mujeres. |
| Riesgo de reincidencia del agresor sexual (Sexual ofender recidivism risk)[212] | - Conducta sexual precoz.<br>- Agresiones sexuales cometidas sobre menores.<br>- Antecedentes de otras agresiones sexuales previas.<br>- Personalidad antisocial.<br>- Recurso a la violencia en general y haber realizado otras agresiones.<br>- Ser joven.<br>- No haber estado casado nunca.<br>- Abandono de tratamientos y terapias dirigidas a abordar su conducta. |
| Static-99[213] | - Haber realizado agresiones contra hombres<br>- Casado o haber convivido con alguna pareja no más de dos años.<br>- Condenas por agresiones sexuales previas.<br>- Uso de violencia no sexual.<br>- Haber sido condenado cuatro o más veces por hechos criminales. |
| SVR-20[214] | - Víctima de abusos en la infancia<br>- Psicopatía.<br>- Abuso de sustancias tóxicas.<br>- Problemas de relación.<br>- Problemas recientes de empleo.<br>- Haber cometido múltiples agresiones sexuales.<br>- Haber realizado agresiones sexuales de diferente tipo.<br>- Ejercer violencia física a las víctimas de las agresiones sexuales.<br>- Utilización de armas y proferir amenazas de muerte durante las agresiones sexuales.<br>- Minimizar o negar las agresiones sexuales cometidas.<br>- Ausencia de planes realistas.<br>- Actitudes negativas frente a la intervención terapéutica. |

## Tabla 9. Signos e indicios asociados a los femicidios sexuales

| AUTOPSIA | ESCENA DEL CRIMEN / CIRCUNSTANCIAS | VÍCTIMA | VICTIMARIO |
|---|---|---|---|
| 1. LESIONES:<br>. Características generales de las lesiones de los femicidios/feminicidios.<br>. Lesiones para reducir a la víctima.<br>. "Femicidios/feminicidios por ira": gran violencia dirigida a cualquier parte del cuerpo.<br>. "Femicidios/feminicidios sádicos": gran violencia sobre zonas genitales y áreas de significado sexual para el agresor. | . Signos relacionados con las características de los hechos (forma de llevar el ataque, intención de trasladarla a otro lugar o no, abordaje sorpresivo o inicio de una contacto previo…).<br>. Ver Anexo 4. | Características de los hábitos de vida que puedan ser utilizadas por los agresores como referencias para planificar la agresión y seleccionar a la víctima. | Factores de riesgo asociados a los femicidios/feminicidios sexuales:<br>. Malamuth. Riesgo de reincidencia del agresor sexual.<br>. Static-99.<br>. SVR-20. |
| 2. SIGNOS E INDICIOS DE LA CONDUCTA SEXUAL DIRECTA<br>Utilización de guías y protocolos de investigación criminal para la búsqueda, localización, documentación y recogida de los indicios de todo tipo que demuestren la existencia de una agresión sexual, tanto de carácter directo como los que han de someterse a diferentes análisis, muy especialmente al análisis del ADN. | Signos relacionados con la motivación femicida. | Analizar circunstancias de accesibilidad y disponibilidad. Especialmente el ejercicio de la prostitución. | Características relacionadas con una conducta "organizada" o "desorganizada". |
| 3. SIGNOS E INDICIOS RELACIONADOS CON LAS FANTASÍAS SEXUALES<br>Con independencia de las lesiones que se puedan producir para satisfacer las fantasías sexuales del agresor, deben buscarse elementos que pongan de manifiesto situaciones de control, sometimiento, tortura y humillación de la víctima, en este último caso por medio de la posición en la que se deja el cuerpo tras el femicidio. | Signos relacionados con las circunstancias de los hechos (número de agresores, resistencia de la víctima, etc.). | Muy importante reconstruir las 24 horas previas al ataque sexual. | Características relacionadas con la motivación. Especialmente si presenta un mayor componente catatímico[215] o compulsivo en su motivación |
| | Posibilidad de que existan varias escenas del crimen. | "Autopsia psicológica". | |
| | Existencia de indicios "en positivo" y "en negativo". | | |
| | Características comunes y frecuentes en los lugares relacionado con los femicidios/feminicidios. | | |

# Los signos e indicios de femicidio dentro del contexto de una estructura de grupo

Se trata de los femicidios cometidos dentro de una relación grupal en las que las relaciones vienen determinadas por las referencias internas del propio grupo, la dinámica existente dentro de este y la relación particular del agresor con la víctima.

295. El tercer contexto general hace referencia una situación intermedia entre el ámbito público y el íntimo propio de una relación de pareja o familiar. Se trata de los femicidios cometidos dentro de una relación grupal en la que, además de los factores socio-culturales del contexto en el que se forma el grupo, las relaciones entre el agresor y la víctima vienen determinadas por las referencias internas del propio grupo, la dinámica existente dentro de este y la relación particular del agresor con la víctima.

296. La posición de las mujeres respecto a los agresores que actúan por razones de género, de acuerdo a un esquema básico que reproduce la idea de continuum de la violencia de género, se mueve desde un extremo caracterizado por la idea de propiedad y posesión particular, propia de las relaciones íntimas, hasta el otro extremo dominado por la idea de objeto destinado a una satisfacción puntual y a su deshecho, característico de los femicidios sexuales.

297. Los signos e indicios que aparezcan en los femicidios llevados a cabo dentro de un determinado grupo vendrán influidos por los siguientes elementos:

- el contexto socio-cultural en el que se forma el grupo;
- los objetivos, valores e ideales del grupo;
- la estructura propia del grupo y características del mismo (jerarquización, amplitud y número de miembros, divisiones y secciones internas, etc.);
- las actividades del grupo (algunos grupos tienen como objeto la explotación de las mujeres de diferentes formas);
- la dinámica interna del grupo;
- la relación e interacción del grupo con otros similares y contrarios;
- la posición de las mujeres dentro del grupo (posición de inferioridad, obligación de mantener relaciones sexuales con los líderes del grupo como rito de iniciación, vinculación a los roles tradicionales de la cultura, recurso a las mujeres para premiar a los hombres, etc.);
- la posición particular de la mujer víctima dentro del grupo;
- la posición particular del agresor en el grupo;
- la relación grupal y personal del agresor y de la mujer víctima.

298. Estos elementos van a condicionar la conducta femicida y van a hacer que su manifestación se mueva entre las características propias del contexto íntimo, y las que aparecen en el ámbito público de los femicidios sexuales. Sin embargo, no será frecuente encontrar el nivel de violencia ni los elementos propios de los sexuales compulsivos que caracterizan al femicidio por ira y al sádico.

299. Otra circunstancia que se presenta en el contexto de los grupos armados, especialmente aquellos que actúan en contextos de conflicto armado, es la violencia sexual que puede ejercer el grupo sobre las mujeres de las áreas geográficas de su influencia. En algunas circunstancias, se trata de una violencia sexual utilizada como estrategia para mantener un control social en la zona, que puede llegar al femicidio sexual, y en cuyas manifestaciones aparecerán con mayor o menor intensidad los elementos de los tres contextos definidos en el presente Protocolo, según las circunstancias particulares de cada femicidio.

300. En general, los signos e indicios de los femicidios realizados en un contexto grupal vendrán caracterizados por el peso relativo que ocupen en las razones de género los elementos vinculados a la idea de posesión y pertenencia, propias de las relaciones íntimas, o la idea instrumental de las mujeres como objetos de uso y desecho. Estos elementos están analizados *supra* en los apartados correspondientes al femicidio íntimo y al femicidio sexual.

301. Además, las características de cada grupo, su dinámica, su ámbito de actuación y desarrollo incorporarán elementos específicos. Esta característica se pone de manifiesto de manera muy especial en los grupos relacionados con actividades criminales, y lo hace de manera especial respecto al uso de instrumentos o armas en la materialización del femicidio y al lugar donde se lleva a cabo.

## Los elementos asociados al tiempo transcurrido desde la comisión del femicidio y a los intentos de destrucción del cadáver

302. Cuando el cadáver de la mujer es descubierto tiempo después de haberse cometido la agresión letal, las dificultades para investigar lo ocurrido aumentan de manera proporcional al paso de los días. Todos los elementos asociados a los femicidios se ven afectados: los referentes a la autopsia por la destrucción del cadáver debido a la putrefacción o a las modificaciones ambientales que lo afectan; la escena del crimen por las interferencias y alteraciones que sufren conforme el transcurso de los días; las circunstancias alrededor de los hechos, las que hacen referencia a la víctima y las que giran sobre el victimario, por los lapsos de tiempo y pérdida de la memoria. No obstante, ocultar el cuerpo de la víctima para impedir su identificación debe ser tomada como un elemento asociado a los femicidios.

303. Otras veces, la modificación de los elementos asociados a los femicidios se producen como consecuencia de la manipulación interesada del cadáver por parte de los propios criminales para destruirlo y dificultar su identificación. Estos procesos incluyen, principalmente, la incineración, el uso de sustancias químicas destructoras de las partes blandas como ácidos o gases, o el desmembramiento y dispersión de las partes del cuerpo.

Es importante tener siempre en cuenta que los elementos asociados al femicidio estuvieron presentes en toda su expresión en los momentos de su perpetración y durante el tiempo cercano a los hechos.

304. En estos casos, bien cuando se esté ante cuerpos en estado de putrefacción, momificados, esqueletizados, o bien cuando hayan sido parcialmente destruidos, es necesario tener en cuenta que el femicidio se produjo en su momento bajo las referencias creadas por las razones de género y alrededor de los contextos indicados: la idea de mujer como posesión o la idea como objeto, contextos que se pueden ver modificados por las circunstancias propias de los escenarios que se recogen en el presente Protocolo.

305. Por ello, es importante tener siempre en cuenta que los elementos asociados al femicidio estuvieron presentes en toda su expresión en los momentos de su perpetración y durante el tiempo cercano a los hechos. Luego el transcurso de los días o la manipulación humana ha ido afectando su presencia sobre el cuerpo y los lugares relacionados con el crimen. No obstante, la investigación forense y policial debe partir de las referencias recogidas en el presente Protocolo para cada fase, e intentar localizarlas en las circunstancias en que se lleva a cabo la investigación puesto que, a pesar de los factores negativos existentes, pueden existir elementos que no hayan desaparecido. Uno de los aspectos asociados a los femicidios que puede permanecer en el tiempo es el alto grado de violencia empleado en la producción de la muerte, que puede manifestarse en fracturas y lesiones óseas producidas por los traumatismos o por las armas empleadas para cometer el crimen, fundamentalmente armas blancas o armas de fuego.

306. En este tipo de circunstancias, la investigación debe hacerse por un equipo antropológico especializado con el objetivo de identificar a la víctima, de establecer la causa y circunstancias de la muerte y su asociación a un contexto femicida, y obtener, en la medida de lo posible, datos e indicios para identificar al autor o a los autores del crimen. Resulta fundamental la adecuada toma de muestras para realizar distintos tipos de análisis, de manera muy especial análisis genéticos de ADN dirigidas a la identificación de la víctima, así como llevar a cabo estudios multidisciplinares.

En este tipo de circunstancias, la investigación debe hacerse por un equipo antropológico especializado.

# La integración de los datos e información aportados por la documentación de los signos e indicios asociados al femicidio

307. El Protocolo de Estambul señala que "el cuadro clínico total resultante de la tortura contiene mucho más que la simple suma de las lesiones producidas por los métodos enumerados"[216]. El éxito de la investigación criminal nunca es el resultado de una suma. A veces, hay que restar determinados elementos que contaminan los hallazgos; otras veces, hay que multiplicar el valor relativo de un indicio mínimo. Incluso, en algunas ocasiones, hay que dividir las evidencias para hacer diferentes análisis que respondan a varias cuestiones planteadas sobre un mismo elemento. Aun así, sus logros tampoco dependen de una operación matemática. El éxito de una investigación nace de la interpretación de los hechos en términos de significado, y eso corresponde al factor humano, no a los elementos tecnológicos.

308. No basta saber qué ha ocurrido. En ocasiones eso viene dado por el propio resultado de la acción criminal que lleva a iniciar la investigación. Para concluir el trabajo investigador, hay que conocer las motivaciones que han estado presentes, las circunstancias que han envuelto a los hechos más allá de lo evidente, los objetivos que se perseguían, etc.; en definitiva, tener un conocimiento de la conducta que ha dado lugar a todos los signos e indicios que la investigación criminal ha ido recogiendo.

309. Identificar y documentar los elementos asociados a los femicidios en sus diferentes contextos no es suficiente, y menos cuando se parte de una realidad caracterizada por las limitaciones en la investigación y un porcentaje significativo de casos sin resolver. Los signos e indicios asociados a los femicidios analizados de manera aislada, tal y como se ha recogido anteriormente, no son exclusivos de ellos, es decir, también pueden presentarse homicidios en los que aparezcan de manera aislada algunos de los signos que aparecen con más frecuencia en el femicidio (por ejemplo, un homicidio en el que el agresor haya utilizado una violencia excesiva con un número elevado de puñaladas por un motivo diferente a las razones de género, como puede ser por encontrarse en una crisis de agitación psicomotriz). Por otro lado, no todos los femicidios presentarán algunos de los elementos que habitualmente se asocian a ellos, por ejemplo, puede haber un femicidio en el que la mujer haya sido asesinada de una sola puñalada.

La aproximación a la realidad de lo ocurrido no depende de la presencia de un mayor o menor número de signos o indicios.

310. La aproximación a la realidad de lo ocurrido no depende de la presencia de un mayor o menor número de signos o indicios. No es el resultado de su suma, sino del significado que se obtenga a través de los elementos identificados. En todo momento hay que tener en cuenta que lo que se está investigando son "unos hechos, un agresor, unas circunstancias y una víctima", elementos que tienen en común una serie de características que nacen de las motivaciones que comparten todos los femicidios, pero que se expresarán de manera diferente en cada caso a partir del componente individual.

No es el resultado de su suma, sino del significado que se obtenga a través de los elementos identificados.

311. Para facilitar este proceso, ante la presencia de signos e indicios asociados a los femicidios en la autopsia, se presentan diferentes niveles que permitan al equipo de investigación situarse a mayor o menor distancia del contexto del femicidio.

312. Estos niveles en los que se puede situar el resultado de la investigación referido al contexto, no a la autoría ni a otras conclusiones jurídicas, son los siguientes:

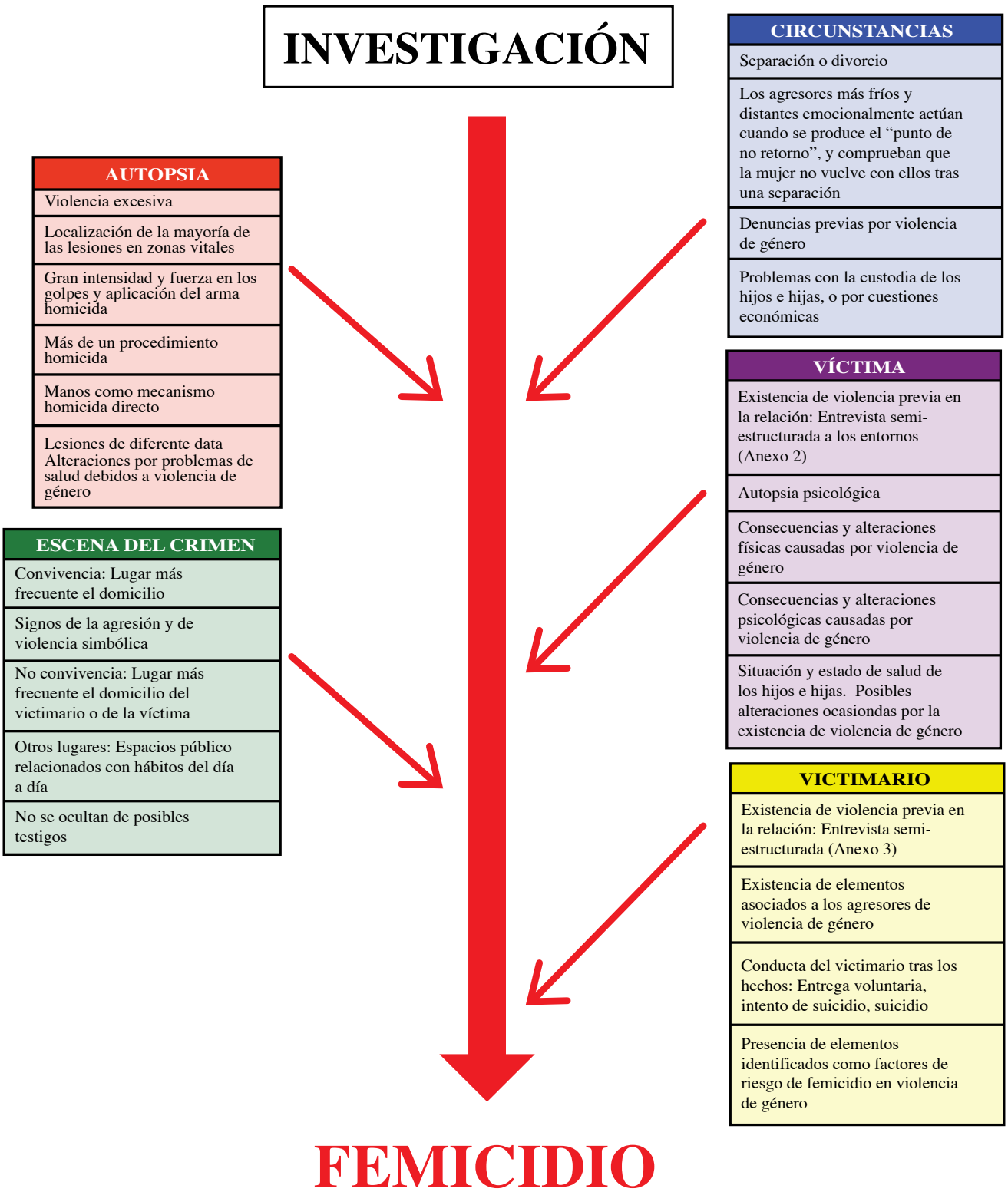
- Diagnóstico de contexto femicida
- Hallazgos típicos de contexto femicida
- Firme relación con un contexto femicida
- Relación probable con contexto femicida
- No relación aparente con contexto femicida.

313. La determinación de si es o no un femicidio se establecerá en la sentencia judicial. Estos niveles son una orientación de la investigación para dirigirla en un determinado sentido, profundizar en alguna cuestión o extender el estudio sobre determinadas materias y circunstancias. Exige a la persona responsable de la investigación concluir sobre el grado de relación existente con el contexto femicida a partir de los signos e indicios, y explicar por qué sitúa sus conclusiones en uno u otro nivel.

Lo importante es la valoración general e integral del conjunto de signos e indicios.

314. Como establece el Protocolo de Estambul, lo *"importante es la evaluación general del conjunto de las lesiones y no la relación de cada una de ellas con una forma particular de tortura"*[217]. Respecto a la investigación de los femicidios, lo importante es la valoración general e integral del conjunto de signos e indicios.

## Gráfico 8. En resumen: ¿dónde encontrar los signos e indicios asociados a un femicidio?



# Notas

194 Una muerte "sospechosa de criminalidad" es aquella en que se desconoce la causa de la muerte y, por tanto, no se puede descartar que haya sido criminal. Ocurre, por ejemplo, cuando aparece una persona muerta en su casa, y no hay indicios ni sospechas de robo o cualquier otra situación delictiva, pero el mero hecho de que no se sepa de qué ha fallecido indica que puede haber sido criminal o suicida (envenamiento, asfixia, etc.) y obliga a realizar la autopsia para aclarar las causas y circunstancias de esa muerte, y su relación o no con hechos criminales.

195 Diferentes estudios han puesto de manifiesto esta característica en los homicidios por violencia de género. Wolfgang, M.E. (1958) encontró esta violencia excesiva en el 83.1% de los casos, Campbell, J.C. (1992) en el 61%, Crawford, M. & Gartner, R. (1992) en el 60%.

196 Crawford, M. & Gartner, R. (1992) describieron el uso de mecanismos múltiples en el 60% de los homicidios por violencia de género. Lorente, M. (2012, 2013) recogió el uso de varios mecanismos en el 24.5%.

197 Goetting, A. (1995) encontró esta forma de cometer el homicidio por violencia de género en el 17% de los casos. Por su parte Lorente. M. (2012, 2013) lo describió en el 30.5% de los femicidios.

198 Estas lesiones antiguas se suelen localizar en zonas del cuerpo cubiertas por la ropa y el pelo, presentándose con más frecuencia en el tórax, abdomen, espalda y cabeza.

199 Crawford, M. & Gartner, R. (1992) determinaron en su estudio que el 80% de los femicidios se produjeron en el hogar.

200 Stout, K. (1993) encontró que el 52% de los femicidios se produjo tras la separación. Otros trabajos también han destacado la relación del femicidio con el tiempo transcurrido desde la separación. Wallace, A. (1986) recogió que el 47% se produjo en los dos primeros meses después de separarse, y el 91% dentro del primer año. Wilson, M. & Daly, M. (1993) observaron que el 50% se produjo en los dos primeros meses, y el 85% a lo largo del primer año. La separación, especialmente al poco tiempo de producirse, es un factor importante asociado al femicidio.

201 Si el agresor percibe que tras la separación la mujer rehace su vida o inicia una nueva relación de pareja, el vínculo con el femicidio es más intenso.

202 Ellsberg, M., Jansen. H., Watts, Ch. & Garcia-Moreno, Cl. (2002).

203 Journal Marriage Family (1979); 41: 55-88.

204 Campbell, J.C. (1986), 8 (4): 36-51.

205 Kropp, P.R. y otros (1994).

206 Campbell, J.C. (1995).

207 Según los datos del United States Bureau of Justice Statistics (1999), el 91% de las violaciones son cometidas sobre mujeres, porcentaje que es aún más elevado en los casos de "homicidios sexuales".

208 Turvey, B.E. (1999).

209 Amnesty International –UK, Actitudes sociales frente a la violación (2005).

210 El Home Office Research Studies (2005) destacó que sólo un 5,6% de los casos de violación terminaban en condena.

211 Malamuth, N.M. y otros (1991), págs. 670-681.

212 Hanson, R.K. y otros. (2003), págs. 154-166.

213 Hanson, R.K. & Thornton, D. (2000).

214 Boer, D.P., Hart, S.D., Kropp, P.R. & Webster, C.D. (1997).

215 La catatimia es la transformación o distorsión de la realidad por la intensidad de los sentimientos.

216 Procotolo de Estambul, párr. 145.

217 Ibid., párr. 187.

# Capítulo VI.

## Los elementos para la construcción de la teoría del caso

**Los elementos para la construcción de la teoría del caso** ..... 97

# Capítulo VI.

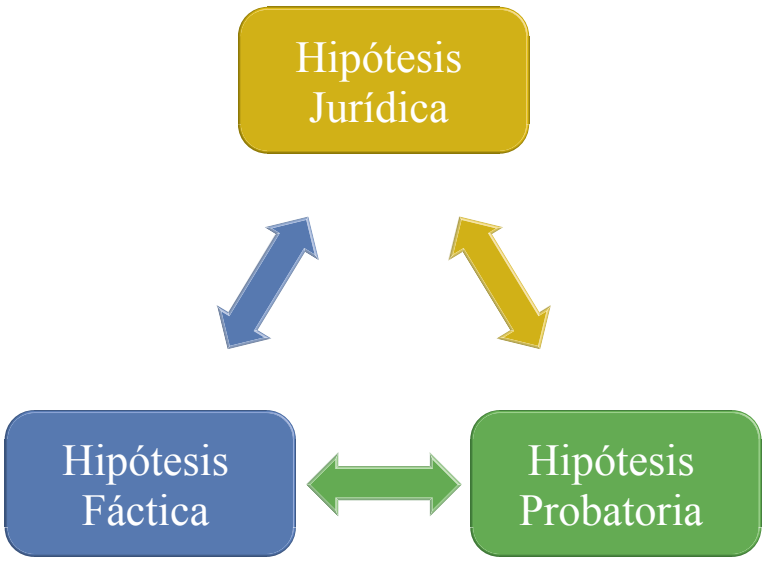
# Los elementos para la construcción de la teoría del caso

315. Tal como se señaló en el Capítulo IV, el diseño de la investigación permite orientar la búsqueda de los signos e indicios del femicidio. Una vez debidamente recolectados y analizados (Capítulo V), estos servirán de elementos probatorios para fundamentar la teoría del caso de la acusación que permita llegar de manera exitosa al juicio y lograr la sanción del/los sujeto/s activo/s del femicidio.

316. El núcleo de la acusación es la teoría del caso, la cual puede ser definida como la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria, dentro de un todo coherente y creíble[218]. Esta teoría es el último resultado de las tareas planteadas en el programa metodológico de investigación, y se elabora a partir de la evidencia y sus inferencias, y del tipo penal (o de los tipos penales) que resulta aplicable.

317. En relación con la judicialización de los casos de femicidio, además de las recomendaciones usuales de coherencia, integralidad y solidez que deben tenerse en cuenta en la presentación de la teoría del caso, es necesario que las tres hipótesis que se planteen en el escrito de acusación o de solicitud de apertura del juicio permitan entregar al juez, a la jueza o al tribunal de sentencia los medios de convicción, más allá de toda duda razonable, sobre la ocurrencia de la muerte violenta de la mujer, de los motivos o razones de género que la legislación penal exige para declarar probado el tipo penal de femicidio, feminicidio u homicidio agravado, de los daños ocasionados a la víctima, y de la responsabilidad del/de los autor/es o partícipe/s.

**Gráfico 9. Dimensiones analíticas de la teoría del caso**



318. Las principales dificultades para construir una teoría del caso exitosa en materia de muertes violentas de mujeres por razones de género se dividen en dos: 1) demostrar que la muerte violenta de una determinada mujer fue por razones de género; 2) la existencia de diferencias interpretativas o de opinión entre los/as operadores/as judiciales respecto del concepto "muerte violenta por razón de género".

Para probar un feminicidio hay que probar una muerte.

319. Aunque parezca obvio, para probar un feminicidio hay que probar una muerte. La construcción de la teoría del caso y su presentación ante la judicatura deben incorporar tanto la demostración de la muerte violenta de la mujer en términos forenses, como los elementos del contexto y las formas de violencia que permiten concluir que la motivación de la muerte está fundada en razones o motivos de género.

En relación con la hipótesis fáctica es necesario que el escrito de acusación detalle de manera clara y detallada cada uno de los hechos.

320. En relación con la hipótesis fáctica es necesario que el escrito de acusación detalle de manera clara y detallada cada uno de los hechos que tienen relevancia jurídica para la demostración de los cargos por los que se acusa y de la responsabilidad de los agentes. En el juicio se hará una reconstrucción de esos hechos con base en las pruebas que los demuestran, como es la evidencia física, los elementos materiales probatorios o los indicios.

321. Así por ejemplo, deberá efectuarse una descripción de la posición del cadáver, de la posición de la cabeza y miembros, su entorno, describir la presencia o ausencia de ligaduras en manos y/o pies, mordazas, bolsas plásticas en cabeza; evaluar y describir de manera pormenorizada la vestimenta: descripción, color, manchas, etc; y finalmente, entregar una descripción pormenorizada de las lesiones, teniendo en cuenta especialmente si se perciben señales de defensa en el cuerpo de la víctima.

322. Las siguientes tablas se refieren nuevamente a los hechos del caso María Isabel Véliz Franco con la finalidad de ilustrar los elementos de los componentes fácticos, jurídicos y probatorios que convendría detallar para sostentar la teoría del caso. Con ese fin, se ubicaron en El Salvador, tomando como hipótesis que la ley que tipifica el feminicidio se aplicaba al momento del delito.

### Tabla 10. Posible estructura fáctica de la teoría del caso

| Elementos estructura fáctica | Hipótesis fáctica |
|---|---|
| o Cuándo (variable temporal)<br>A. Referente amplio<br>B. Referente específico | A. 17 de diciembre de 2001.<br>B. Hora del fallecimiento: 7:30 pm. |
| o Dónde (variable espacial) | Municipio X, El Salvador. |
| o Quién lo hizo<br>(Variable personal activa) | A. Juan Sánchez (masculino).<br>B. Martha Rodríguez (femenino). |
| o Qué hizo<br>(variable circunstancial) | A. Herida amplia con arma cortante en el tórax.<br>B. Lesiones en los dedos de las dos manos.<br>C. Lesiones en la cavidad vaginal.<br>D. Lesiones en la cavidad anal |
| o A quién se lo hizo<br>(variable personal activa) | María Isabel Véliz Franco, 14 años de edad. |
| o Circunstancia de:<br>a. Modo<br>b. Instrumento<br>c. Otras | A. Juan Sánchez citó a la víctima en su domicilio ubicado en el municipio X, El Salvador, y allí le causó la muerte.<br>B. Arma cortante. |
| o Resultado de la acción<br>(variable resultante) | Muerte de María Isabel Véliz Franco |
| o Móvil de la acción | La víctima tuvo relaciones amistad con el señor Sánchez. La víctima rechazó en reiteradas oportunidades el cortejo del señor Sánchez. El señor Sánchez decidió obligar a la víctima a tener relaciones sexuales, y ante su rechazó, este decidió torturarla y asesinarla. |

*Adaptado de Fundación Myrna Mack , 2008, pág. 150.*

323. En relación con la hipótesis jurídica, deberán acreditarse de manera precisa todos los elementos del tipo penal (o de los tipos penales) por lo que se formula la acusación. La teoría del caso deberá incluir un análisis particular para cada uno de los delitos que se imputan.

En relación con la hipótesis jurídica, deberán acreditarse de manera precisa todos los elementos del tipo penal (o de los tipos penales) por lo que se formula la acusación.

324. En el caso de la demostración de los elementos objetivos de la tipicidad de los femicidios, ya sea descriptivos o normativos, es probable que la percepción sensorial del/de la operador/a judicial que investiga la muerte violenta pueda estar limitada por sus propios prejuicios o estereotipos en materia de género. Esto suele ocurrir, por ejemplo, cuando el/la funcionario/a se enfrenta a la investigación de un femicidio transfóbico, donde la víctima es identificada legalmente como hombre a pesar de que su identidad y expresión de género correspondían a una mujer. Por ello es importante que los/as investigadores/as vayan más allá de la comprobación del sexo del sujeto pasivo de la conducta en sus documentos oficiales de identidad y asuman la expresión de género que la víctima mostraba socialmente, con el fin de llenar de contenido el elemento normativo "mujer" inserto en el tipo penal que pretende imputarse.

### Tabla 11. Posible estructura jurídica de la teoría caso

| **Hipótesis Jurídica** | El 17 de diciembre de 2001, a las 7:30 pm, Juan Sánchez y Martha Rodriguez incurrieron en el delito de feminicidio agravado en contra de la niña María Isabel Véliz Castro. |
|---|---|
| **Tipicidad** | |
| **Tipo penal aplicable** | Feminicidio (Art. 45, Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres, El Salvador).<br><br>Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años.<br><br>Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias:<br><br>a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima.<br>b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.<br>c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.<br>d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual.<br>e) Muerte precedida por causa de mutilación. |
| **Acción penalmente relevante** | Causar la muerte a una mujer. |
| **Modalidad de la acción** | Delito de resultado. |
| **Bien jurídico tutelado** | Vida e integridad personal, pluriofensivo. |
| **Posibles móviles del hecho** | Abuso de superioridad por desigualdad de poder basada en el género. Acto sexual con menor de edad. |
| **Sujeto activo** | No calificado: Juan Sánchez (masculino), y Martha Rodriguez (femenino). |
| **Autoría y participación** | Autoría directa del Juan Sánchez y coautoría de Martha Rodríguez. |
| **Sujeto pasivo** | María Isabel Véliz Castro, 14 años de edad. |
| **Verbos rectores** | Causare la muerte. |

| | |
|---|---|
| **Elementos objetivos del tipo (normativos y descriptivos)** | Mujer,<br>motivos de odio,<br>menosprecio a la condición de mujer,<br>conducta calificada como delito contra la libertad sexual. |
| **Elementos subjetivos del tipo** | Dolo directo de primer grado. |
| **Grado de consumación (fecha lugar y hora)** | Consumado. 17 de diciembre de 2001. Municipio de X, El Salvador.<br>Hora del fallecimiento según el reporte de la autopsia: 7:30 pm. |
| **Circunstancias de agravación genéricas o específicas,** | Los hechos pueden subsumirse en tres causales de agravación específicas del artículo 46:<br><br>b) Si fuere realizado por dos o más personas.<br>d) Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, adulta mayor o sufriere discapacidad física o mental.<br>e) Si el autor se prevaleciere de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo. |
| **Concurso de delitos** | Concurso homogéneo de conductas con los tipos de Secuestro o Desaparición forzada, Tortura, e Irrespeto de cadáver. |
| **Antijuridicidad** | |
| **Causales de justificación del comportamiento** | No existe evidencia que permita inferir su aplicación en el presente caso. |
| **Comportamiento contrario a la ley penal** | El resultado de la muerte es antijurídico tanto formal como materialmente. |
| **Culpabilidad** | |
| **Causales de exclusión o disminución de la responsabilidad** | No existe evidencia que permita inferir su aplicación en el presente caso. |

*Adaptado de Fundación Myrna Mack , 2008, pág. 129 y 130.*

En la estructura probatoria, especial atención deberá prestarse a la validez y capacidad demostrativa de los medios de convicción que demuestran las razones de género.

325. En relación con la estructura probatoria de la teoría del caso, debe recordarse que el hecho de la muerte violenta de la mujer se declarará probado (prueba), cuando se haya demostrado su acaecimiento, a través de medios idóneos, legales y correctamente incorporados en el juicio (medios de prueba), que son aplicados sobre determinados objetos o personas (fuentes y órganos de prueba), de los cuales se extraen los medios de convicción (evidencias) con capacidad demostrativa[219].

326. En el caso de los feminicidios, deberá prestarse especial atención a la validez y capacidad demostrativa de los medios de convicción que demuestran las razones de género o los motivos de odio que impulsaron a los ejecutores a matar de forma violenta a la mujer.

Es importante prever las líneas de defensa de las contrapartes en la causa, y así llenar los vacíos probatorios que puedan identificarse.

327. Así mismo, es necesario que en la organización de los medios de prueba para su presentación en las audiencias de juicio prevean la forma en la que cada medio de prueba contribuye a demostrar la hipótesis de acusación y también la hipótesis de descargo de la defensa. Este ejercicio es importante para prever las líneas de defensa de las contrapartes en la causa, y así llenar los vacíos probatorios que puedan identificarse. También puede servir para identificar la posible utilización de prejuicios o estereotipos comunes en las líneas de defensa tales como “su testimonio demuestra que ella provocó la agresión”, “sus gritos incitaron a una respuesta defensiva de mi cliente”, etc.

## Tabla 12. Posible estructura probatoria de la teoría del caso

| Elementos estructura probatoria | Medios de prueba |
|---|---|
| o **Cuándo (variable temporal)**<br>**A. Referente amplio**<br>**B. Referente específico** | o Declaración de testigos.<br>o Protocolo de necropsia.<br>o Reconstrucción de la escena del hallazgo por medio de inspección judicial.<br>o Reconstrucción virtual de la escena del hallazgo, utilizando la tecnología de animación 3D.<br>o Análisis de las llamadas realizadas desde el teléfono móvil de la víctima (Prueba de link).<br>o Análisis de las llamadas realizadas desde el teléfono móvil de Juan Sánchez (Prueba de link). |
| o **Dónde (variable espacial)** | o Declaración de testigos.<br>o Declaración de los acusados.<br>o Entrevista semiestructurada a los familiares.<br>o Acta de levantamiento del cadáver.<br>o Informe policial. |
| o **Quién lo hizo (variable personal activa)** | o Declaración de testigos.<br>o Declaración de los acusados.<br>o Entrevista semiestructurada a los acusados.<br>o Estudios complementarios realizados al cadáver (análisis de ADN y de fluidos corporales).<br>o Informe de antecedentes penales.<br>o Peritaje psicológico. |
| o **Qué hizo (variable circunstancial)** | o Protocolo de necropsia.<br>o Estudios complementarios realizados al cadáver (análisis de ADN y de fluidos corporales).<br>o Peritaje antropológico y psicosocial sobre los motivos de género. |
| o **A quién se lo hizo (variable personal activa)** | o Registro de nacimiento.<br>o Acta de levantamiento del cadáver.<br>o Protocolo de necropsia. |
| o **Circunstancia de:**<br>**d. Modo**<br>**e. Instrumento**<br>**f. Otras** | o Declaración de testigos.<br>o Allanamiento de domicilio ubicado en Calle 5-24 Colonia Monserrat en la zona 7.<br>o Arma cortante.<br>o Peritaje físico forense sobre la ventaja física del agresor.<br>o Peritaje sociológico sobre el mapa de relaciones sociales de la víctima y análisis interseccional.<br>o Informes policiales.<br>o Registro de nacimiento.<br>o Acta de levantamiento del cadáver.<br>o Protocolo de necropsia. |
| o **Resultado de la acción (variable resultante)** | o Registro de nacimiento.<br>o Acta de levantamiento del cadáver.<br>o Protocolo de necropsia. |
| o **Móvil de la acción** | o Peritaje antropológico y psicosocial sobre los motivos de género.<br>o Peritaje físico forense sobre la ventaja física del agresor.<br>o Declaración de familiares.<br>o Declaración de testigos. |

*Adaptado de Fundación Myrna Mack , 2008, pág. 150.*

328. Finalmente debe hacerse una mención particular al rol que pueden cumplir los prejuicios y los estereotipos de género en relación con la valoración del material probatorio de un caso de femicidio. Al igual que en el caso de los/as investigadores/as, debe destacarse que las preconcepciones sobre el rol que las mujeres deben cumplir en el ámbito de una sociedad patriarcal, condicionan sin lugar a dudas la respuesta que los/as jueces/zas penales dan a los hechos que ocasionan la muerte violenta de las mujeres.

Es necesario que los jueces y las juezas asuman la responsabilidad de utilizar un sistema de valoración probatoria que rompa con la lógica androcéntrica del derecho penal.

329. De nada sirve que los Ministerios Públicos incorporen la perspectiva de género en las investigaciones de estas muertes violentas si no existe una valoración probatoria imparcial, desprejuiciada y no androcéntrica por parte de los/as integrantes del poder judicial. Es necesario que los jueces y las juezas asuman la responsabilidad de utilizar un sistema de valoración probatoria que rompa con la lógica androcéntrica del derecho penal, reinterpretando las reglas y máximas de la experiencia con las cuales se llega a la certeza de los hechos y la responsabilidad del acusado, a fin de que el resultado del proceso también reconozca las múltiples formas de discriminación, desigualdad y violencia que afectan a las mujeres en la vida cotidiana.

# Notas

218 Baytelman A. & Duce J. (2004), pág. 58; Benavente Chorres, H. (2011), pág. 48.
219 Fundación Myrna Mack (2008), pág. 152.

# Capítulo VII.

# Los derechos de las víctimas indirectas, los familiares y los testigos en la investigación y el juzgamiento del femicidio

**El Ministerio Público y su rol de garante de los derechos de las víctimas** ..... 105

**La víctima y la administración de justicia penal** ..... 106

**Los principios rectores para el trabajo con las víctimas indirectas y los familiares en casos de femicidios** ..... 108
- Asesoría y representación judicial gratuita ..... 108
- Respeto por la dignidad humana y la diferencia ..... 108
- Supresión de la victimización secundaria ..... 110

**La participación en sentido amplio: información, asistencia, protección y reparación** ..... 111
- La información ..... 112
- La asistencia ..... 112
- La protección ..... 113
- La reparación ..... 114

# Capítulo VII.

# Los derechos de las víctimas indirectas, los familiares y los testigos en la investigación y el juzgamiento del femicidio

330. En la región se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de las víctimas no sólo en su calidad de sujetos pasivos del delito sino también en su condición de ciudadanos/as poseedores/as de derechos fundamentales. Una muestra importante es la Ley General de Víctimas de México que estipula que el Estado debe proteger, asistir y reparar los daños a las personas que sufran ataques o abusos por parte de las autoridades o de delincuentes, y la Ley de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno de Colombia[220].

331. A efectos del presente documento se entenderá por "**las víctimas**":

las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder[221].

332. Es claro que esta definición abarca tanto a la mujer asesinada, víctima directa, como a sus familiares, usualmente las víctimas indirectas[222]. No obstante debe recordarse que no siempre las víctimas indirectas ostentan al mismo tiempo la calidad de familiares de la víctima directa, como en el caso de un femicidio por conexión, razón por la cual esta calidad debe distinguirse a fin de incluir a las personas que no son familiares de la víctima directa.

## El Ministerio Público y su rol de garante de los derechos de las víctimas

El nuevo papel del Ministerio Público ha venido de la mano de una redefinición de la víctima en el procedimiento penal acusatorio, quien dejó de ser un tercero ajeno al desarrollo del proceso para convertirse en un sujeto procesal de carácter independiente.

333. Las reformas procesales penales que implantaron el sistema acusatorio o de tendencia acusatoria en los países de la región han generado importantes transformaciones en la administración de justicia, relacionadas con el nuevo papel que el Ministerio Público debe cumplir como garante estatal de los derechos de las víctimas y las personas perjudicadas con el delito. En algunos países, los/las fiscales deben solicitar al juez o a la jueza de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la protección de las víctimas, solicitar al juez o a la jueza de conocimiento las medidas necesarias para la asistencia a las víctimas, las relacionadas con el restablecimiento del derecho y la reparación integral a las personas afectadas con el delito, y en términos generales, velar por la protección de las mismas[223].

334. Esta transformación ha venido de la mano de una redefinición de la víctima en el procedimiento penal acusatorio, quien dejó de ser un tercero ajeno al desarrollo del proceso para convertirse en un sujeto procesal de carácter independiente, bajo la forma de actor civil en el procedimiento penal, querellante adhesivo en los delitos de acción pública o de interviniente especial, que participa de forma activa en el trámite judicial. Dicha transformación ha generado como consecuencia una modificación normativa de la cultura institucional de los Ministerios Públicos/las Fiscalías, que antes se limitaban al ejercicio de la acción penal y a la investigación de los delitos.

# La víctima y la administración de justicia penal

Garantías como el acceso a la justicia, la igualdad ante los tribunales, la defensa en el proceso, la imparcialidad e independencia de los tribunales y la efectividad de los derechos deben ser predicables tanto del acusado como de la víctima.

335. Las víctimas directas o indirectas y los familiares de la víctima directa tienen el derecho a recibir de parte de las instituciones que conforman el sistema penal un tratamiento digno que les permita reivindicar su derecho a la justicia. Esta aspiración está ligada de forma inescindible al derecho a un recurso judicial efectivo, por medio del cual se debe hacer real la participación individual o colectiva a las personas afectadas con el delito en las decisiones judiciales que las perjudican. En los sistemas jurídicos de la región de orden nacional o federal, este recurso está garantizado con el acceso de la víctima a la administración de justicia penal y con su participación en un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías[224].

336. Una política criminal respetuosa del derecho internacional de los derechos humanos y de los derechos fundamentales de todos los sujetos, partes e intervinientes en el proceso penal debe establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Garantías como el acceso a la justicia, la igualdad ante los tribunales, la defensa en el proceso, la imparcialidad e independencia de los tribunales y la efectividad de los derechos deben ser predicables tanto del acusado como de la víctima. De este modo, el debido proceso, que involucra al principio de legalidad, el derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predica de igual manera respecto de las víctimas y de las personas acusadas[225].

337. Estos principios rectores tienen su concreción en el derecho a la representación judicial gratuita, y en las facultades procesales de intervención que el marco legal y reglamentario de cada país le asigna a la víctima cuando participa en el proceso penal como actor civil, querellante adhesivo en delitos de acción pública, o como interviniente especial[226]. No obstante, las víctimas indirectas y sus familiares pueden participar dentro del proceso penal como testigos de los hechos. Dependiendo del rol que deban desempeñar, deberán recibir un trato diferenciado por parte del Ministerio Público y de los/as jueces/zas y los tribunales:

### Tabla 13. Roles de las víctimas dentro del proceso penal

| Víctima como sujeto o parte procesal | Víctima como testigo |
|---|---|
| Participación voluntaria. | Puede ser llamada por la defensa, el Ministerio Público u otra víctima que esté participando en el proceso. Puede ser conminada a testificar por parte de las autoridades judiciales. |
| Comunica sus propias observaciones u opiniones. | Sirve a la parte que la llama como testigo. |
| Decide qué información quiere poner en conocimiento del Ministerio Público | Brinda evidencia al testificar y al contestar las preguntas que se le formulan. |
| La participación es posible en todas las etapas del procedimiento. | Puede ser llamada a testificar en una o varias etapas. |
| Tiene derecho siempre a un representante legal, en ocasiones, brindado por el Estado | No cuenta normalmente con un representante legal. |
| No necesita presentarse en persona. | Puede rendir su testimonio en persona. |

338. Para que las víctimas intervengan como sujetos o partes en el proceso penal, en sentido estricto, la Fiscalía y los tribunales deberán garantizarles que en todas las etapas del procedimiento puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios, los cuales deberán ser analizados de forma completa y seria por las autoridades judiciales antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones[227].

La Fiscalía y los tribunales deberán garantizar que en todas las etapas del procedimiento las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios.

339. Esto implica que las víctimas pueden, entre otras cosas:

a) formular preguntas a los imputados o acusados;
b) aportar evidencias y pruebas sobre los hechos y la responsabilidad de los perpetradores;
c) informar al/a la fiscal o al equipo de investigadores sobre los hechos conocidos;
d) denunciar bienes de los autores del delito;
e) presentar ante el Ministerio Público y los/as jueces/zas opiniones sobre los hechos y que sean valoradas por las autoridades, y
f) proporcionar al/a la fiscal o al equipo de investigación su visión particular sobre las líneas de investigación y el material probatorio recabado para que sea tenida en cuenta en los trámites judiciales correspondientes.

340. La vigencia efectiva de estas posibilidades dependerá de la práctica concreta de las distintas etapas que conforman el procedimiento en el ámbito nacional o federal.

341. No obstante, el derecho a la participación de las víctimas solamente puede ejercerse de forma adecuada si dentro del proceso de esclarecimiento judicial se garantizan también los derechos a la información, a la asistencia, a la protección, a la participación y a la reparación, es decir, una participación en sentido amplio y estricto[228]. Este conjunto de derechos, que cuenta con un amplio desarrollo internacional[229], facilita la intervención de las víctimas en los procesos penales y promueven el acercamiento de los/as ciudadanos/as a la administración de justicia. En síntesis, la realización de los derechos de las víctimas depende de los mecanismos dispuestos por las autoridades judiciales, recordando siempre que dicha participación es sólo un medio para garantizar la verdad, la justicia y la reparación.

**Gráfico 10. Derechos de las víctimas a la participación en el sentido amplio**



342. A continuación se plantean algunas recomendaciones prácticas para garantizar estos derechos desde la perspectiva del trabajo del Ministerio Público y de las instituciones que integran el sistema de administración de justicia.

# Los principios rectores para el trabajo con las víctimas indirectas y los familiares en casos de femicidios

## Asesoría y representación judicial gratuita

343. Es obligación del Estado dotar de asesoría y representación judicial, especializada y gratuita a las víctimas indirectas y sus familiares de los femicidios con el fin de que puedan reivindicar sus derechos frente a la administración de justicia. Esta medida será particularmente necesaria si las víctimas no cuentan con los recursos necesarios para poder contratar un/a abogado/a de confianza[230].

## Respeto por la dignidad humana y la diferencia

344. Una de las tareas más importantes que deben desarrollar los Ministerios Públicos y las Fiscalías cuando investigan la muerte violenta de una mujer por razones de género es la de adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger la seguridad personal y familiar y garantizar el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas indirectas o los familiares[231].

**Principio 11 de los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones**

Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

*Asamblea General de las NU, Resolución 60/147, 16 de diciembre de 2005, GA/RES/60/147*

Uno de los corolarios respecto a la participación de las víctimas durante el proceso es el deber de que sean tratadas con humanidad y respeto a su dignidad y a sus derechos humanos.

345. La Corte IDH ha establecido que uno de los corolarios respecto a la participación de las víctimas durante el proceso es el deber de que sean tratadas con humanidad y respeto a su dignidad y a sus derechos humanos[232]. Se deben seguir las normas de derechos humanos y las prácticas concordantes con sus fines específicos de prohibición de la discriminación basada en la raza[233], el sexo, el origen étnico[234], la religión, el origen nacional, la preferencia u orientación sexual[235], la discapacidad[236] u otra condición.

Han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familiares.

346. Igualmente, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia* expresa que "las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad"[237]. En ese sentido, "han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como las de sus familias"[238]. Debe garantizarse que no sea admisible ningún tipo de evidencia sobre la conducta sexual previa de la víctima[239]. En todos los casos, las víctimas tienen derecho a ser protegidas en su intimidad[240].

347. La Convención de Belém do Pará agrega que debe tomarse en cuenta la condición de migrante, refugiada o desplazada, embarazada, discapacitada, menor de edad, anciana o de la persona que esté en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad. En los casos de conflicto armado, la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas insta a los Estados a garantizar la protección y el respeto de los derechos de las mujeres y las niñas en lo relativo a la policía y al sistema judicial.

348. En el proceso de esclarecimiento judicial es probable que se establezca una estrecha relación entre el órgano encargado de la persecución penal y las víctimas indirectas y familiares. A fin de que los/as representantes del Ministerio Público puedan garantizar de forma adecuada sus derechos, es preciso identificarlas y brindarles un trato especializado. A continuación se sugieren algunas pautas de comportamiento institucional.

Se debe brindar un trato digno a la víctima.

349. Se debe brindar un trato digno a la víctima lo que implica no minimizar o subvalorar su sufrimiento, respetando su dolor y/o el impacto que sufren las personas cuando participan en una diligencia judicial, como los interrogatorios o las audiencias orales. Por ejemplo, deberán evitarse los comentarios sexistas o discriminatorios, basados en los estereotipos dominantes de género, cuando se pretende indagar acerca de la vida privada de la víctima y sus relaciones sociales, sus opciones laborales, o sus preferencias sexuales[241].

Las entrevistas a las víctimas indirectas y familiares deberán realizarse en lugares adecuados que garanticen la privacidad y la confidencialidad.

350. Con el fin de resguardar el valor de la dignidad cuando se está frente a grupos numerosos de víctimas, como en el caso de los femicidios sexuales sistémicos, deben tomarse medidas especiales[242]. Así, por ejemplo, deberán disponerse horarios de atención al público que permitan ofrecer una atención individualizada a las personas que buscan información sobre el caso. Por otra parte, deberá analizarse la conveniencia de fusionar en un/a solo/a abogado/a las representaciones judiciales de las víctimas, sobre todo porque es probable que sus pretensiones procesales no sean las mismas, ya que algunas víctimas pueden estar interesadas en la verdad sobre los hechos mientras que otras lo estarán en la indemnización económica de los daños.

La confidencialidad de la información recaudada en este tipo de casos debe ser objeto de particular consideración.

351. Las entrevistas a las víctimas indirectas y familiares deberán realizarse en lugares adecuados que garanticen la privacidad y la confidencialidad[243]. Una entrevista en un lugar público o de continuo tránsito de personas es inadecuada para estos fines, lo mismo que instalaciones en las que no exista aislamiento acústico y las conversaciones puedan ser escuchadas en recintos cercanos.

Es imperativo evitar la influencia de patrones socio-culturales discriminatorios.

352. La confidencialidad de la información recaudada en este tipo de casos debe ser objeto de particular consideración, de forma que se garantice a las víctimas indirectas y sus familiares que los hechos no serán conocidos por personas ajenas al proceso y que los detalles más íntimos no se harán públicos. Es imperativo evitar la influencia de patrones socio-culturales discriminatorios que conlleven a la descalificación de las víctimas y contribuyan a la percepción de éstos como delitos no prioritarios[244].

Los/las representantes del Ministerio Público deben adoptar medidas especiales para evitar la victimización segundaria de los niños, niñas o adolescentes.

353. En los casos de femicidio es usual que la víctima directa haya tenido a su cargo hijos/as, sobrinos/as u otros niños, niñas o adolescentes. En estos casos, los/las representantes del Ministerio Público deben adoptar medidas especiales para evitar su victimización secundaria, integrando en sus equipos de trabajo profesionales especializados en el manejo de los menores de edad, o buscar la ayuda en las dependencias oficiales estatales encargadas del bienestar familiar y de las políticas públicas de infancia y adolescencia.

354. Si es necesario realizar entrevistas o interrogatorios a los niños, niñas o adolescentes, las declaraciones sólo las podrán tomar los profesionales especializados, o la autoridad judicial designada por la ley. Para ello deberá cumplirse con los deberes estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño:

- que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable;
- que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- que el niño, niña o adolescente contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- que se respetará su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Si las víctimas indirectas o los familiares pertenecen a grupos étnicos es preciso integrar al equipo de investigación una persona que conozca un mínimo de las costumbres y tradiciones de dicho grupo o etnia.

355. En estas diligencias solamente se permitirán las preguntas que no sean contrarias a su interés superior. Para el resguardo de su intimidad deberán considerarse todas las opciones procesales, como la práctica de pruebas anticipadas[245], y utilizarse los medios técnicos y tecnológicos disponibles, como recibir la declaración haciendo uso de la Cámara de Gesell[246], de un circuito cerrado de televisión, o de la colocación de un biombo que impida la vista entre la declarante y el sindicado o acusado.

356. Si las víctimas indirectas o los familiares pertenecen a grupos étnicos (indígenas[247], afrodescendientes, garífunas, raizales, rom, etc.) es preciso integrar al equipo de investigación una persona (o contar con su apoyo externo pero constante) que conozca un mínimo de las costumbres y tradiciones de dicho grupo o etnia, a fin de que pueda comprender su forma de relacionarse con las autoridades estatales. En este mismo sentido, y en aras de garantizar su derecho a un recurso judicial efectivo, es necesario contar con la presencia permanente de un/a traductor/a o intérprete que: 1) conozca a profundidad la lengua propia de la etnia al que pertenece la víctima, 2) cuente con formación especializada en género y derechos de las mujeres, y 3) que pueda informar a las víctimas de las diligencias judiciales que se adelantan y les permita interactuar con las autoridades[248].

357. Condiciones específicas deberán garantizarse para aquellas personas que tienen alguna discapacidad auditiva o que no pueden percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

## Supresión de la victimización secundaria

El mandato de garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo para las víctimas implica la adopción de políticas de acceso a la administración de justicia que no generen daños.

358. El mandato de garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo para las víctimas implica la adopción de políticas de acceso a la administración de justicia que no generen daños[249] o sufrimientos adicionales para su bienestar físico o psicológico.

359. De acuerdo con los estudios de psicología social y victimología, la víctima de un delito suele experimentar dos tipos diferentes de victimización:

1) **una primaria,** que se refiere al proceso por el que una persona sufre, de modo directo o indirecto, daños físicos o psíquicos derivados de un hecho delictivo[250]; y

2) **una secundaria,** relacionada con el conjunto de costes personales que tiene para la víctima su intervención en el proceso penal en el que se enjuicia el delito que la afectó[251]. Este concepto abarca los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, los exámenes médico-forenses, el contacto con el victimario, el tratamiento mediático del suceso por parte de los medios de comunicación, entre otros.

Puede ser conveniente adecuar los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas.

360. Con el fin de suprimir estos daños es recomendable que los/las fiscales e investigadores/as asignados/as a las unidades de violencia de género o investigación de femicidios otorguen a las víctimas un mayor reconocimiento, consideración y respeto como principio rector de su actuación. Para ello puede ser conveniente adecuar los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas[252]:

- Comunicando de manera clara a las víctimas indirectas y los familiares los posibles logros, así como las implicaciones y efectos de participar en la investigación y el proceso penal, de tal manera que las víctimas pueden tomar la decisión de participar o no, teniendo un consentimiento informado de las consecuencias. Esta recomendación es particularmente pertinente en los casos de femicidios sexuales sistémicos o por ocupaciones estigmatizadas, en la medida en que el riesgo de exposición de la vida íntima de la mujer fallecida es muy alto y existe una alta probabilidad de victimización secundaria.

- Informando a las víctimas sobre su rol dentro de la investigación y el proceso penal así como el alcance del mismo, sobre el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones procesales, así como sobre el alcance y relevancia de cualquier decisión que se tome. Para tal efecto puede ser útil la publicación de folletos o guías de fácil acceso y consulta acerca de los derechos de las víctimas, y la designación de funcionarios/as encargados/as de resolver las dudas e inquietudes de las víctimas de manera permanente.

- Prestando, de manera directa o a través de otras instituciones públicas o privadas, asistencia integral a las víctimas durante la etapa de investigación y juicio, como servicios jurídicos, administrativos, de salud, salud mental, bienestar social, entre otros.

- Estableciendo salas de espera o de recepción de testimonios o interrogatorios que sean independientes, para evitar el contacto con el victimario o con los parientes o personas allegadas al mismo.

- Adoptando protocolos de preguntas e interrogatorios en los cuales se evite la reactivación del dolor y la consiguiente generación de estados de impotencia, temor, abatimiento, que pueden conducir al padecimiento de desórdenes psíquicos[253]. Esta recomendación es aplicable para la práctica de cualquier prueba en la cual deba participar de forma directa la víctima indirecta o los familiares de la mujer que falleció.

- Instaurando mecanismos de notificación eficaces para las víctimas, con el fin de evitar que tengan que desplazarse de manera permanente a los despachos judiciales para conocer de su caso, invirtiendo para ello, recursos económicos con los que probablemente no cuenten.

- Implantando medidas para evitar consecuencias negativas que pueda tener la publicidad del proceso en las víctimas, como pueden ser posibles hostigamientos por parte de los victimarios o de medios de comunicación inescrupulosos. Para ello, el Ministerio Público y las autoridades judiciales pueden considerar la posibilidad de limitar el acceso a la información relativa a los nombres, direcciones y datos de ubicación de las víctimas a las partes e intervinientes en el proceso.

- Promoviendo la adopción de códigos de ética por parte de los medios de comunicación que cubren las diligencias de judiciales, especialmente, las vistas públicas y los juicios orales.

# La participación en sentido amplio: información, asistencia, protección y reparación

361. La participación de las víctimas en la investigación y el trámite procesal debe ser real y no formal, ofreciéndoles las garantías que les permita la realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Esta debe verse como parte de un proceso amplio que incluye: la información completa y entendible sobre el proceso y la comunicación de dicha información como un mecanismo de garantía; la atención a las víctimas y la publicidad sobre los programas de atención; la protección y la seguridad efectivas de las víctimas; y la defensa de sus intereses en todas las actuaciones del proceso, con miras a garantizar una reparación integral.

La participación de las víctimas en la investigación y el trámite procesal debe ser real y no formal.

362. El acompañamiento a las víctimas deberá prestarse a lo largo de toda la actuación judicial e idealmente luego de la finalización del proceso o la promulgación de la sentencia judicial. El apoyo estatal debería brindarse hasta que culmine a cabalidad las medidas de reparación integral.

El acompañamiento a las víctimas deberá prestarse a lo largo de toda la actuación judicial.

363. Si bien el Ministerio Público no ha sido designado legalmente como representante directo de los intereses de las víctimas, es importante que en su ejercicio argumentativo en el momento de imputar o acusar – tanto en el fondo como en la forma – incorpore los intereses de las víctimas en el proceso penal por femicidio. Ello por cuanto la correcta presentación del contexto de discriminación y violencias en los que se enmarcan las muertes de las mujeres por razones de género puede favorecer el reconocimiento de la verdad sobre los hechos y garantizar la justicia a las víctimas frente a la acción de los tribunales.

## La información

Las víctimas deben contar con toda la información que les permita comprender el sentido de la investigación y el proceso penal.

364. Con el fin de garantizar el principio de voluntariedad, las víctimas deben contar con toda la información que les permita comprender el sentido de la investigación y el proceso penal, quiénes son los actores principales, qué se puede esperar de ellos, qué se espera de las víctimas, y qué implicaciones puede tener el proceso y su participación en el mismo. La información le permitirá a la víctima tomar la decisión de participar o no en el proceso.

365. Los/las fiscales y su equipo de trabajo deben dar a conocer el abanico de posibilidades que la legislación establece para participar en el proceso penal. Precisando las opciones a través de un mensaje comprensible, las víctimas podrán optar por mecanismos de participación que estén acordes con sus expectativas y que no les generen riesgos. Hay distintas formas de participación y, en todos los casos, deben existir opciones.

La actuación del Ministerio Público debe tender a restablecer lazos de confianza mediante la transparencia y la comunicación detallada sobre el proceso.

366. La comunicación sobre el proceso también debe estar orientada a explicitar la intencionalidad de la acción estatal. Por ejemplo: ¿por qué se actúa de una manera y no de otra?, ¿qué se busca en el mediano y largo plazo? Se trata de un ejercicio constante y dinámico de comunicación para que las víctimas puedan ejercer una participación activa y sustantiva.

367. Es muy probable que, por la naturaleza de algunas modalidades de los femicidios, la participación de las víctimas y de sus representantes se presente en un contexto de desconfianza frente a las autoridades del Estado en general, y frente a los agentes del sistema penal en particular. En consecuencia, la actuación del Ministerio Público debe tender a restablecer lazos de confianza mediante la transparencia y la comunicación detallada sobre el proceso, incluyendo las implicaciones que se puedan derivar de éste. La honestidad y el realismo son principios rectores de la comunicación, aunque se trate de noticias que no sean favorables para las víctimas o sus intereses.

## La asistencia

La participación de las víctimas debe ser garantizada por medio de esquemas de atención y asistencia que respondan a sus necesidades físicas y materiales.

368. La participación de las víctimas debe ser garantizada por medio de esquemas de atención y asistencia que respondan a sus necesidades físicas y materiales, así como a su nivel socioeconómico. Casi todas las víctimas requieren algún tipo de atención o asistencia. Respondiendo a estas necesidades, los tribunales penales internacionales han adoptado, por ejemplo, marcos de atención precisos que asisten a las víctimas con transporte, alimentación y alojamiento para facilitar su participación en los procesos. Son estas medidas materiales, las que, en muchos casos, posibilitan la participación de personas que, bajo otras circunstancias, sencillamente no podrían participar.

369. De igual forma, la participación debe estar respaldada por un clara oferta de orientación, atención y tratamiento psicológico y social[254], con el fin de asegurar que no se profundice la victimización. Acudiendo a los criterios de expertos en la materia se afirma que el apoyo psicológico a las víctimas implica:

- proporcionar un apoyo emocional frente al miedo, la angustia o el impacto de las amenazas por la denuncia, o de las gestiones judiciales;

- ayudar a familiarizarse con el proceso, las dificultades, el manejo de la tensión y brindarle información adecuada sobre el mismo. Las víctimas tienen que estar preparadas psicológicamente con anterioridad para enfrentar las experiencias estresantes;
- acompañar el proceso más allá de los momentos difíciles o que generan una mayor atención, proporcionando un seguimiento cuando sea necesario[255].

370. Al participar en el proceso penal, los familiares de las víctimas en la mayoría de los casos establecen niveles de responsabilidad personal muy elevados. Las víctimas se hacen responsables por todo lo que pasa en el proceso, quieren asegurarse de que hicieron todo lo posible por esclarecer el caso de su familiar y es común que tiendan a culparse si algo llega a salir mal. Por lo tanto, el proceso de comunicación entre personal calificado y las víctimas adquiere una importancia para evitar procesos de re-victimización. Las víctimas necesitan ser escuchadas y recibir retroalimentación sobre su actuación en los procesos[256].

Al participar en el proceso penal, los familiares de las víctimas en la mayoría de los casos establecen niveles de responsabilidad personal muy elevados.

371. El/la representante del Ministerio Público y su equipo deberán prestar mayor atención a los momentos de mayor afectación emocional que se presentan en algunas diligencias judiciales particulares: la confrontación directa de los familiares con el victimario en un escenario de interrogatorio y contra interrogatorio, la práctica de exhumaciones, el cotejo de evidencias materiales de la víctima desaparecida o la entrega de restos humanos, la toma de muestras de ADN o de otros fluidos corporales, la realización de entrevistas con la policía de investigaciones u otras autoridades en las cuales se le pida a la víctima que recuerde lo que le sucedió a su familiar, etc.

372. En estos momentos se requiere de un acompañamiento profesional y cercano que permita contrarrestar y manejar los episodios de crisis, normalmente ligados a un profundo dolor, frustración o rencor.

373. Sin perjuicio de la atención de estas situaciones concretas, es necesario que, en el trabajo permanente de las unidades de investigación de violencia de género o de femicidios, se diseñen los protocolos de actuación de los/as funcionarios/as que van a trabajar con las víctimas indirectas y los familiares, con el fin de brindarles orientación, atención y eventualmente plantear su remisión o derivación ante entidades públicas o privadas que se dediquen a la recuperación psicosocial de las personas afectadas por la violencia de género[257].

## La protección

374. Otro elemento esencial de la participación de las víctimas en las investigaciones y los procesos judiciales es la adopción y puesta en marcha de un sistema institucional de protección y seguridad para las víctimas que lo requieran. Sin garantías de protección y seguridad, sencillamente, no puede haber una expectativa institucional de que las víctimas y los familiares participen.

Sin garantías de protección y seguridad, sencillamente, no puede haber una expectativa institucional de que las víctimas y los familiares participen.

375. La oferta estatal en este campo debe ser pública y transparente. Las víctimas que presentan riesgos de seguridad deben saber cuáles son las opciones de protección brindadas por el Estado. El programa debe contar con una oferta real y sus resultados deben ser evaluables.

376. A menudo, la interposición de una denuncia y la participación de las víctimas en un proceso judicial son factores generadores de riesgo de victimización. El Ministerio Público debe garantizar, ante todo, no dañar a las personas. La evaluación sobre la posibilidad de generar daño debería ser realizada por personas especializadas antes de iniciar el contacto con víctimas y cubrir elementos psicológicos, de estigmatización social y de seguridad física. Ello implica considerar los riesgos prácticos que pueden enfrentar los miembros más vulnerables del círculo familiar, en términos de seguridad: los niños, niñas y adolescentes, y personas adultas mayores.

Es necesario que en los casos pertinentes las autoridades realicen estudios del nivel de riesgo concreto que pueden enfrentar las víctimas.

377. En algunas modalidades de femicidio se presentan amenazas constantes, secuestros o desapariciones, y en ocasiones, también la muerte de las víctimas indirectas, los familiares, y sus representantes judiciales, con el fin impedir las investigaciones, amedrentar a las comunidades y promover la impunidad[258]. Por esta razón es necesario que en los casos pertinentes, las autoridades estatales competentes realicen estudios del nivel de riesgo concreto, extraordinario[259] o extremo[260], que pueden enfrentar las víctimas, los familiares y las personas involucradas en la investigación de los femicidios.

378. Las conclusiones de ese estudio del nivel de riesgo debería permitir una valoración acerca de los pros y los contras de la participación procesal, así como de las estrategias de prevención y control del riesgo que deben implementarse, como medidas de autoprotección, vigilancia estatal, vinculación a un programa de protección, acompañamiento de una organización internacional, denuncias públicas nacionales e internacionales, entre otras. La participación personal en vistas orales y en otras audiencias públicas, incluso en los medios de comunicación, aumentan el nivel de visibilidad de las víctimas indirectas y las hacen más vulnerables a nuevos ataques violentos, razón por la cual el Ministerio Público debe adoptar las medidas que sean necesarias para reducir los riesgos de una nueva victimización durante la investigación fiscal y después de la tramitación del proceso penal[261].

379. En la región se han creado mecanismos como fondos para los traslados, mecanismos para su rescate, el cambio de identidad de las víctimas, la protección de los/as testigos/as, la emisión de salvoconductos para salir del país, la articulación con redes seguras de referencia, la creación de nuevos planes de vida y otras medidas apropiadas de acuerdo al país[262]. Esta disposición ha sido reforzada por las *Guías de Santiago sobre Protección de víctimas y testigos*[263].

## La reparación

La reparación como proceso demanda la participación activa de las víctimas.

380. La experiencia de las víctimas indirectas y los familiares como participantes en los procesos judiciales es parte integral del proceso de reparación. Su valoración personal de ese ejercicio es casi tan importante como el contenido material de las medidas que se ordenen en los tribunales. La reparación como proceso demanda la participación activa de las víctimas. Mediante la participación, las víctimas logran asimilar de mejor manera el reconocimiento de su victimización y el restablecimiento o resarcimiento de los derechos que les fueron conculcados.

El proceso comunicativo y participativo que tiene lugar en una sala de audiencia es un elemento integral del proceso de reparación.

381. Desde una perspectiva psicosocial, se ha destacado la importancia de entender la reparación como un proceso: "La reparación genuina, el proceso de recuperación, no ocurre sólo o principalmente a través de la entrega de un objeto (por ejemplo, una pensión o un monumento) o actos de reparación (por ejemplo, una disculpa), también se da a través del proceso que acontece alrededor del objeto o el acto. El reto es crear un ambiente conducente que permita el desarrollo del proceso, de tal manera que los dilemas que surjan cuando se están otorgando las reparaciones sean verbalizados, atendidos y asumidos como componentes importantes de cualquier programa. Los procesos, el contexto y los discursos que rodean el otorgamiento de las reparaciones deben recibir tanta atención como los debates sobre qué es lo que finalmente va a ser otorgado"[264].

382. El proceso comunicativo y participativo que tiene lugar en una sala de audiencia, la manera cómo son tratadas las víctimas durante las declaraciones y los interrogatorios, o la forma cómo interviene un/a fiscal para evitar que el/los víctimario/s presente/n discursos justificativos frente a la violencia de género que ejercieron, entre otros, son elementos integrales del proceso de reparación, puesto que condicionarán, en buena medida, la manera cómo las víctimas se relacionarán con las medidas de reparación dictadas al finalizar el proceso.

383. Desde la perspectiva judicial, las reparaciones hacen referencia a un conjunto de medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos del delito cometido o al resarcimiento del daño sufrido por las conductas punibles. Su naturaleza y su monto dependen de la gravedad del daño ocasionado en los planos material e inmaterial[265]. En términos generales puede afirmarse que una reparación plena y efectiva de los daños sufridos por las víctimas indirectas de los femicidios debería incluir medidas de restitución (volver al estado anterior de la violación); indemnización (compensación de los daños causados por la conducta punible); rehabilitación (recuperación de los traumas físicos y sicológicos sufridos por causa del delito); satisfacción (compensación moral a efecto de restablecer la dignidad de las víctimas) y garantías de no repetición (compromiso del Estado de realizar acciones tendientes a erradicar los factores generadores de la violencia femicida).

384. El proceso de participación de las víctimas en los procesos penales se relaciona con la reparación, dada la estrecha relación entre esclarecimiento judicial, incluyendo el establecimiento de responsabilidades y el deber de reparar. En los casos de femicidios caracterizados usualmente por la impunidad, la actuación penal y la sentencia en contra de los perpetradores puede cumplir un rol reparador en sí mismo, dado el mensaje de rechazo a la violencia feminicida que se envía a la sociedad.

La actuación penal y la sentencia en contra de los perpetradores pueden cumplir un rol reparador en sí mismo.

385. El resarcimiento está ligado a la interrelación que existe entre el daño producido y los derechos a la verdad y a la justicia[266]. En cuanto a la verdad, está ligado a la necesidad de conocer quién y por qué motivos (odio o discriminación) decidió asesinar a la mujer, y en ocasiones establecer su suerte o paradero cuando aún se encuentra desaparecida. En cuanto a la justicia, está relacionado con el interés que tienen las víctimas en que el/los victimario/s sea/n judicializado/s y sancionado/s por la violación de los derechos de la mujer asesinada.

386. Una dimensión importante de las decisiones judiciales o los programas administrativos que pueden diseñarse para reparar a las víctimas indirectas es el resarcimiento al/a los proyecto/s de vida que pudieron verse truncado/s con ocasión del femicidio. Este aspecto implica la posibilidad de conceder becas de estudio, oportunidades de formación laboral u otras medidas que contribuyan a la reparación de los daños económicos ocasionados al patrimonio familiar (daño emergente o lucro cesante) o a su sustento económico.

Una dimensión importante es el resarcimiento al/a los proyecto/s de vida.

387. Para lograr que las medidas de reparación tengan un efecto transformador en la vida de las mujeres es necesario examinar cuáles medidas pueden cambiar la estructura de exclusión de género, es decir, qué medidas facilitan o no un real acortamiento de las brechas de género existentes, qué medidas propician un nuevo posicionamiento de las mujeres frente a la comunidad, a la familia y a ellas mismas, qué medidas propician su incorporación en otros espacios y/o algún nivel de autonomía económica, etc.[267]

Para lograr que las medidas de reparación tengan un efecto transformador en la vida de las mujeres es necesario examinar cuáles medidas pueden cambiar la estructura de exclusión de género.

388. Asumir el análisis de género en la reparación de estos delitos significa considerar entonces que aunque, en algunos casos, la mujer víctima no fuera la directa proveedora económica de la familia es probable que ella haya jugado un rol de cuidadora y protectora que debe ser reparado y que supera la lógica de la indemnización o de la compensación, y se enfoca más en la idea del acompañamiento psicológico y del restablecimiento del proyecto de vida de quienes se ven afectados por el asesinato de esta mujer. Otras posibles medidas de reparación para la víctima sobreviviente y sus familiares en las que pueden pensarse son medidas en educación, como por ejemplo la alfabetización o el acceso a mayores niveles de escolaridad; atención a la salud física y mental; capacitación en aspectos productivos, oportunidades de empleo o de inicio de negocios como micro-créditos, entre otras, que pueden tener un impacto transformador en la vida de las mujeres y sus familias, tanto a nivel práctico como en el sentido de elevar su autoestima.[268]

En los casos de los femicidios que fueron cometidos por funcionarios públicos es imprescindible que el Estado adopte medidas eficaces para evitar la repetición de estas conductas.

389. Finalmente, en los casos de los femicidios que fueron cometidos por funcionarios públicos es imprescindible que el Estado adopte medidas eficaces para evitar la repetición de estas conductas. Ello puede implicar la creación de políticas de depuración en las fuerzas armadas o de policía que se hayan visto involucradas en la realización de estos hechos siempre y cuando respeten el debido proceso; sanciones disciplinarias o judiciales para los funcionarios que obstaculizan las investigaciones o se comportan de manera negligente en relación con la realización de las tareas de búsqueda de las mujeres desaparecidas y la investigación de los posibles responsables; y la eventual reforma de las normas o leyes que propicien el abuso de la función pública o que permitan la violación de los derechos humanos de las mujeres.

390. En este contexto es necesario reiterar la obligación internacional del Estado de reparar a las víctimas y sus familiares cuando se demuestre judicialmente que el/los sujeto/s activo/s del femicidio es un servidor o funcionario público.

# Notas

220 Ley 1448 de 2011 de Colombia.
221 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, A/RES/40/34, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (en adelante, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia), artículo 1.
222 La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia especifica que: "En la expresión 'víctima' se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tenga relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización", artículo 2.
223 Constitución Política de Colombia, artículo 250.
224 Armenta Deu, T. (2012).
225 Cafferata Nores, J.I. (2006), págs. 15 – 17; Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.
226 La denominación que tienen las víctimas como parte procesal, los derechos y el rol que pueden desempeñar al interior del proceso de esclarecimiento judicial difieren en los países de la región. El aspecto más relevante es que, en algunos regímenes procesales, las víctimas pueden impulsar la acción penal incluso si la fiscalía decide solicitar a los jueces la cesación del procedimiento o deciden abandonar por otros motivos el impulso de la acción penal. Al respecto ver: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-775 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería; Id., Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
227 Corte IDH, Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, 2007, párr. 195.
228 Tamarit Sumalla, J.M. & Villacampa Estiarte, C. (2006) pág. 66.
229 Al respecto, ver Consejo de la Unión Europea (2001), Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. 2001/220/JAI. Diario Oficial n° L 082 de 22/03/2001 p. 0001 – 0004. págs. 1-4; Armenta Deu, T. (2011).
230 Comité de Derechos Humanos, Observación 32. Artículo 27. Ley Maria da Penha de Brasil, Ley número 11.340, del 7 de agosto de 2006: "En todos los actos procesales, civiles y criminales, la mujer en situación de violencia doméstica y familiar deberá estar acompañada de abogado".
231 Nash Rojas, C., Mujica Torres, I. & Casas Becerra, L. (2010), págs. 21 y ss.
232 Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala, párr. 173. Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009.
233 Convención contra la discriminación racial, artículo 6.
234 Convenio 169 de la OIT, artículo 12.
235 Principios de Yogyakarta.
236 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículos 6 y 16.
237 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia, punto 4. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparación (en adelante Principios y directrices básicos), A/RES/60/147, punto 10.
238 Principios y directrices básicos, punto 10.
239 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 52/86 de 2 de febrero de 1998, Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer, A/RES/52/86, párr. 10. Ver CIDH (2007), Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, párr. 54.
240 Ver Declaración sobre los principios fundamentales de justicia, punto d).
241 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009, párrs. 154 y 208.
242 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México, Sentencia de 30 de Agosto de 2010, párr. 194: "En una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso".
243 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, punto 6.a.
244 CIDH (2007), Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en la Américas, párr. 127.
245 Armenta Deu, T. (2011), págs. 56 y 57.
246 La cámara de Gesell es un espacio condicionado, dividido en dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, que permite observar el comportamiento humano. Es especialmente usada para recibir las declaraciones testimoniales de los ñiños, las niñas y los/las adolescentes.
247 Convenio 169 de la OIT, artículo 12.
248 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010.
249 Un principio básico de la intervención institucional en relación con las víctimas: realizar las acciones judiciales sin producir más daño.
250 Tamarit Sumalla, J.M. & Villacampa Estiarte, C. (2006), págs. 51 y 52.
251 Ibid., pág. 52.
252 Oficina de las Naciones Unidas para el Control de Drogas y Prevención del Delito (ODCCP) (1999); Naciones Unidas (2001).
253 Tamarit Sumalla, J.M. & Villacampa Estiarte, C. (2006), pág. 259.
254 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2007), pág. 49.
255 Beristaín, C.M. (2008), pág. 132.
256 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2007), pág. 49.
257 El diseño de estos protocolos excede las pretensiones de este trabajo. Para una visión de conjunto, ver: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2007).

258 Pérez, R.I. (2012), págs. 103 y ss; Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 425; Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párr. 107.

259 En la legislación colombiana, por ejemplo, se considera riego extraordinario, a "aquel que atenta contra el derecho a la seguridad personal de la víctima o testigo (…) y que se adecúa a las siguientes características:
- Que sea específico e individualizable.
- Que sea concreto, fundado en acciones o hechos particulares y manifiestos y no en suposiciones abstractas.
- Que sea presente, no remoto ni eventual.
- Que sea importante, es decir, que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos, integridad física, psíquica y sexual para la víctima o testigo.
- Que sea serio, de materialización probable por las circunstancias del caso.
- Que sea claro y discernible.
- Que sea excepcional en la medida en que no debe ser soportado por la generalidad de los individuos.
- Que sea desproporcionado, frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo".
Decreto número 1131 de 19 de mayo de 2010, artículo 4.

260 Riesgo extremo es aquel que "además de ser extraordinario, es también grave, inminente y dirigido contra la vida o la integridad de la víctima o testigo". Ibid.

261 Protocolo de Minnesota (1991), pág. 21, apartado 4.c.

262 MESECVI (2012), pág. 65.

263 Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, Documento aprobado en la Asamblea General de la AIAMP, Punta Cana, República Dominicana, 9 y 10 de julio, 2008.

264 Hamber, B. (2006). "Narrowing the Micro and the Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition" en ICTJ, The Handbook on Reparations, págs. 560-588, 580.

265 Corte IDH, Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, 2007, párrs. 242-245.

266 De Greiff, P. (2006).

267 Guillerot, J. (2009), págs. 106 y ss.

268 Ibid., págs. 107 y ss.

# Capítulo VIII.

## Recomendaciones para la apropiación y aplicación del Modelo de Protocolo

**A los Estados en general** . . . . . 121

**A los Ministerios Públicos, Fiscalías y Poderes u Organismos judiciales** . . . . . 123

**A los medios de comunicación** . . . . . 124

# Capítulo VIII.

# Recomendaciones para la apropiación y aplicación del Modelo de Protocolo

## A los Estados en general

Políticas de prevención de todas las formas de violencia contra la mujer.

391. **Políticas de prevención de todas las formas de violencia contra la mujer.** Es imprescindible que los Estados de la región impulsen la creación, el desarrollo o el fortalecimiento de múltiples programas de prevención de todas las formas de violencia contra las niñas y las mujeres con el fin de prevenir los femicidios. Estas políticas, que deben contar con el concierto de todas las dependencias del Estado, deben estar dirigidas a la eliminación del riesgo de violencia letal, la generación de rutas críticas de atención a las mujeres, la aplicación de medidas de detección anticipada o valoración del riesgo de muerte para las víctimas que buscan la protección de las agencias estatales. Para garantizar su eficacia se debe construir un sistema de indicadores que permita evaluar sus resultados en el corto, mediano y largo plazo.

392. La obligación de actuar con la debida diligencia para garantizar a las mujeres el acceso de *jure y de facto* a un recurso judicial efectivo implica que los Estados deben **adoptar medidas de carácter jurídico y administrativo que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos de las mujeres y que eliminen la impunidad en los casos de femicidio.**

393. Es necesario **crear un ambiente propicio y una cultura judicial eficaz y efectiva para asegurar el esclarecimiento de los hechos,** satisfacer las exigencias del derecho a la verdad de las víctimas indirectas, de los familiares y de la sociedad en su conjunto, sancionar a los responsables del hecho, reparar integralmente a las víctimas y establecer medidas o garantías de no repetición de hechos similares. Un apoyo importante para la construcción de dicho ambiente puede provenir de una discusión pública en el ámbito de la sociedad, que debe transmitirse a los procesos educativos de las nuevas generaciones de ciudadanas/os, acerca de los valores que refuerzan las prácticas de violencia contra las mujeres, la necesidad de rechazar de manera enérgica dichas prácticas y de erradicarlas de forma definitiva.

Coordinación interinstitucional

394. **Coordinación interinstitucional.** La integración del presente Modelo de Protocolo a la práctica judicial de cada uno de los Estados implica fortalecer la estructura de investigación y enjuiciamiento penal encargada del esclarecimiento de los femicidios. Para ello deberán implementarse, en aquellos lugares donde todavía no existen, protocolos de colaboración e intercambio de información entre los miembros de los cuerpos policiales, los órganos de investigación y los equipos de trabajo de las fiscalías y los Ministerios Públicos, haciendo un énfasis particular en la construcción de canales de comunicación y procedimientos de actuación entre las distintas autoridades involucradas, como son los cuerpos de policía, los hospitales públicos, las asociaciones profesionales, etc.

Asignación de recursos humanos técnicos y financieros.

395. **Asignación de recursos humanos técnicos y financieros.** A través del poder legislativo y del ejecutivo, es necesario priorizar la asignación de recursos públicos, tanto técnicos, como humanos y financieros, con el fin de asegurar la apropiación de las recomendaciones planteadas a lo largo de este documento, así como su correcta aplicación, monitoreo, evaluación y revisión continua.

Sistemas de información y planificación de las políticas públicas.

396. **Sistemas de información y planificación de las políticas públicas.** Con el fin de mejorar los procesos de diseño, planificación y evaluación de las políticas públicas, así como una adecuada implementación de las recomendaciones planteadas en este documento, se sugiere establecer u optimizar los sistemas y procedimientos de registro de datos sobre muertes violentas de mujeres. Mejorar la calidad de la información que se produce por las agencias del sistema penal, en especial las encargadas de los temas forenses, permitirá profundizar el conocimiento sobre el fenómeno de la violencia letal que afecta a las mujeres y mejorar la capacidad de investigación criminal de los Ministerios Públicos y Fiscalías.

Registro de información.

397. **Registro de información.** Es recomendable que las bases de datos y demás registros administrativos y judiciales incluyan información que permita caracterizar adecuadamente a las víctimas de muertes violentas de mujeres, de manera que se pueda caracterizar de forma definitiva cuando se trata de un femicidio, teniendo en cuenta los siguientes aspectos: características de la víctima, edad, sexo (incluyendo la posibilidad de registrar la orientación sexual y la identidad de género), lugar de procedencia, nivel educativo, perfil socioeconómico; la relación de la víctima con el presunto victimario (pareja o ex pareja familiar, conocido u otro); las características del victimario, edad, entre otras; las características del delito, forma y medio utilizado; lugar de ocurrencia, dentro de la casa, fuera de la casa; daños sufridos como consecuencia de la muerte de la mujer, y de ser posible, otras consecuencias o nuevas manifestaciones de violencia relacionadas con la muerte de la víctima directa. En todos los casos, la información personal que haya sido entregada por las víctimas o sus familiares sólo deberá incorporarse a las bases de datos previa autorización expresa de las personas interesadas y con consentimiento informado de sus posibles usos. Por otra parte, dicha información deberá ser protegida con arreglo a los estándares internacionales en la materia.

Publicación de la información.

398. **Publicación de la información.** Es importante que los Estados produzcan el dato oficial nacional sobre el número de muertes violentas de mujeres, bajo las características de muertes de mujeres por pareja intima o no íntima o femicidio íntimo y femicidio no íntimo, lo que permitirá que los sistemas de información nacional den cuenta de manera diferenciada de los casos de femicidios que ocurren en el contexto de las relaciones íntimas de pareja e identificar todos aquellos perpetrados en distintas situaciones, sean los femicidios por conexión, los vinculados al crimen organizado, a la trata de personas o situaciones de migración forzada, al comercio sexual, o a la violencia sexual o violación ocurrida en espacios públicos.

399. Se recomienda que la información pública sobre los femicidios sea transparente, generando sistemas de información específicos, dirigidos a evitar el mal manejo de la información. Es importante que se generen acuerdos o protocolos técnicos para identificar las cifras que cada país dará a conocer, de forma tal que pueda contarse con cifras oficiales, que permitan comparar y clasificar los datos en el ámbito internacional, faciliten el control de las políticas públicas y la discusión de estos fenómenos delictivos y sus consecuencias al interior de la sociedad.

400. La información debidamente analizada deberá ser publicada regularmente en los boletines o en los sistemas oficiales de difusión y dada a conocer de acuerdo a los estándares internacionales de calidad de la información estadística.

Intercambio de información y análisis.

401. **Intercambio de información y análisis.** Con el fin de evaluar el funcionamiento de las políticas públicas, se deberán conformar instancias de articulación y discusión entre los directivos de las instituciones involucradas, con el fin de institucionalizar el intercambio, el análisis y la divulgación de la información relacionada con la persecución penal de los femicidios, así como también el estudio de la eficacia de las medidas aplicadas para prevenirlos.

# A los Ministerios Públicos, Fiscalías y Poderes u Organismos judiciales

Incorporación del Modelo de Protocolo en el marco de la política criminal del Estado.

402. **Incorporación del Modelo de Protocolo en el marco de la política criminal del Estado.** Se recomienda que las autoridades estatales o federales encargadas de la prevención e investigación de los femicidios estudien los mecanismos adecuados para que las recomendaciones planteadas a lo largo de este Modelo de Protocolo puedan incorporarse a los planes, programas y proyectos de las instituciones del sector de justicia, con el fin de potenciar la prevención de la violencia de género y potenciar la capacidad del sistema de justicia penal para investigar, juzgar y sancionar los femicidios.

Monitoreo constante de las políticas de investigación y sanción.

403. **Monitoreo constante de las políticas de investigación y sanción.** En coordinación con las instituciones encargadas de las políticas de prevención de la violencia motivada por el género, es importante establecer procesos de monitoreo y evaluación de la aplicación e impacto de las políticas de investigación y judicialización de los femicidios, mediante la elaboración de directrices fundamentadas en los principios enunciados en este documento. El monitoreo constante y la dinámica de implementación de las políticas permitirán la actualización constante de las recomendaciones planteadas en este Modelo de Protocolo.

Capacitación y formación de funcionarios/as públicos/as.

404. **Capacitación y formación de funcionarios/as públicos/as.** Es fundamental que se establezcan, de la mano de las escuelas de capacitación del Ministerio Público, las instituciones nacionales de derechos humanos, como las Defensorías del Pueblo, del organismo judicial de cada país y de la academia en general, programas de formación, reentrenamiento y profesionalización de carácter multidisciplinario, dirigidos a funcionario/as involucrados/as en las tareas de atención y asesoría a víctimas, investigación policial, forense o fiscal, y judicialización con el fin de promover la adopción de un enfoque de género y de derechos de las mujeres a lo largo de todo el proceso de atención, investigación y juzgamiento de casos de violencia. Para ello se recomienda la integración de los contenidos de este Modelo en los planes de estudio de estas escuelas de capacitación.

Metodologías de sensibilización con perspectiva de género.

405. **Metodologías de sensibilización con perspectiva de género.** Deberán ser diseñadas e implementadas metodologías de sensibilización y transformación de los estereotipos y los prejuicios discriminatorios basados en el género, teniendo en cuenta una perspectiva interseccional y de múltiples discriminaciones. Del mismo modo, se deberán integrar a los programas de formación continua los contenidos del corpus juris de los derechos de las mujeres y el análisis de las obligaciones específicas que se derivan de sus mandatos normativos en los ámbitos legislativo, administrativo y judicial.

Acceso a la justicia de las mujeres.

406. **Acceso a la justicia de las mujeres.** Para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres se recomienda establecer programas de información pública masiva con el fin de informar a las mujeres víctimas de violencia(s) los mecanismos de prevención, las rutas de atención estatal, y el alcance de sus derechos.

407. Igualmente deberán implementarse medidas dirigidas a eliminar las prácticas discriminatorias, las barreras culturales o materiales, así como los mensajes que impiden y obstaculizan el derecho de acceso a la justicia a las mujeres y a las niñas o adolescentes. Para ello pueden crearse programas de asesoría y atención psicosocial para los familiares de las víctimas de femicidios; pueden establecerse fondos o partidas presupuestales, con recursos públicos, destinados a la representación judicial gratuita de las víctimas indirectas; y también se puede fortalecer el número de traductores de lenguas indígenas disponibles para las unidades fiscales de investigación de las muertes violentas de las mujeres.

408. Finalmente puede diseñarse un sistema de sanciones disciplinarias o judiciales para los/as funcionarios/as públicos/as que incurran en prácticas discriminatorias, racistas o sexistas en contra de las víctimas indirectas o los familiares de los femicidios.

Acceso a la justicia y diferencias regionales.

409. **Acceso a la justicia y diferencias regionales.** En aquellas zonas geográficas de los países de la región que tienen condiciones de desarrollo reducidas, o que experimentan precariedad en la situación socioeconómica de sus habitantes, se recomienda establecer políticas que faciliten y garanticen el acceso a instancias y recursos judiciales mediante la formación de servidores públicos y profesionales acreditados en la atención a las víctimas, y la prevención e investigación de los femicidios. No obstante, para una mejor implementación de este Modelo de Protocolo, deberán adaptarse estas recomendaciones a las particularidades y los recursos con los que cuente cada región o provincia.

Reparación de las víctimas.

410. **Reparación de las víctimas.** Es recomendable establecer un fondo de reparaciones para las víctimas de las muertes violentas de mujeres por razones de género, con el fin de crear políticas con vocación transformadora, que aborden de manera integral las dimensiones económicas, sociales, morales y sociales del daño ocasionado a las víctimas. En particular, deberán diseñarse programas administrativos de reparaciones a las víctimas, destinados a aquellos casos donde se demuestre la participación activa o pasiva de agentes estatales en la realización de los femicidios. Dichos programas deberán adoptar medidas efectivas para evitar la repetición de estos delitos, considerando la posibilidad de establecer mecanismos de lustración o depuración de los funcionarios o servidores públicos involucrados en estos hechos.

# A los medios de comunicación

Cubrimiento informativo y responsabilidad social de los medios de comunicación.

411. **Cubrimiento informativo y responsabilidad social de los medios de comunicación.** Es importante que los Estados, la sociedad civil y los medios de comunicación acuerden los mecanismos idóneos para garantizar el cubrimiento informativo de las muertes violentas de mujeres por razones de género, de conformidad con los estándares internacionales en la materia, tomando como principios básicos el respeto a la dignidad humana de las víctimas y sus familiares, la transparencia y la imparcialidad en el cubrimiento de la información. En esta tarea la adopción de códigos de ética para el tratamiento mediático de la violencia contra la mujer pueden ser de gran utilidad.

412. La responsabilidad social que los medios de comunicación impresos y digitales, así como las redes sociales, deben mostrar en el cubrimiento de las muertes violentas de las mujeres se concreta en el manejo transparente de la información y en la deconstrucción de los estereotipos, los prejuicios y las prácticas discriminatorios o sexistas. Así, por ejemplo, se deben tratar estos casos de manera enérgica, señalando la injusticia que sufren las víctimas, retando los mitos y las creencias que promueven la violencia contra las niñas y las mujeres y, finalmente, evitando que la narración de los hechos y la asignación de las responsabilidades conviertan la violencia en un objeto de deseo o curiosidad para el público oyente o espectador.

# Bibliografía indicativa

**Libros y artículos** . . . . . 127

**Protocolos, guías y manuales consultados** . . . . . 132

**Informes de derechos humanos de interés** . . . . . 134

# Bibliografía indicativa

## Libros y artículos


Abramovich, V. (2010). Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos. No 6. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 167 - 182.

Academic Council on the United Nations System (ACUNS). (2013). Statement submitted by the Academic Council on the United Nations System, a non-governmental organization in consultative status with the Economic and Social Council. Vienna: United Nations, Economic and Social Council, E/CN.15/2013/NGO/1.

Acosta, J. I., & Álvarez, L. (2011). Las líneas lógicas de investigación: una contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al juzgamiento de los crímenes de sistema en marcos de justicia transicional. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, No. 18, 57-87 .

Alméras, D.; Calderón Magaña, C. (Coordinadoras) (2012). Si no se cuenta no cuenta. Información sobre la violencia contra las mujeres. Cuaderno de la CEPAL N° 99.

Alméras, D.; Bravo, R.; Milosavljevic, V.; Montaño, S.; Rico, M. N. (2002). Violencia contra la mujer en relación de pareja: América Latina y el Caribe, una propuesta para medir su magnitud y evolución. Serie Mujer y Desarrollo N° 40, Junio de 2002, División de Asuntos de Género, CEPAL.

Alvazzi del Frate, A. (2011). When the Victim Is a Woman. En T. G. (Secretariat), Global Burden of Armed Violence 2011: Lethal Encounters (págs. 113 - 144). Cambridge: The Geneva Declaration on Armed Violence and Development (Secretariat), Cambridge University Press.

Amnesty International UK (2005), ICM Survey "Sexual Assault Research".

Arauco Lemaitre, E.; Mamani Apaza, R.; Rojas Silva, J. (2007). Violencia contra la mujer en la pareja: Respuestas de la salud pública en El Alto, Bolivia. Serie Mujer y Desarrollo N° 84 Junio de 2007, División de Asuntos de Género, CEPAL.

Armenta Deu, T. (Ed.). (2011). Código de Buenas Prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables. Menores y víctimas de violencia de género. Normativa Unión europea, España e Italia . Madrid: Colex.

Armenta Deu, T. (2012). Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta? Barcelona: Marcial Pons.

Atencio, G., & Laporta, E. (05 de julio de 2012). Tipos de feminicidio o las variantes de la violencia extrema patriarcal. Obtenido de Feminicidio.net: http://www.feminicidio.net/noticias-de-asesinatos-de-mujeres-en-espana-y-america-latina/datos-informes-y-cifras-de-feminicidios/2862-tipos-de-feminicidio-o-las-variantes-de-la-violencia-extrema-patriarcal.html

Avella Franco, P. O. (2007). Programa metodológico en el sistema penal acusatorio. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.

Baytelman A., A., & Duce J. M. (2004). Litigación penal, juicio oral y prueba. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Benavente Chorres, H. (2011). La aplicación de la teoría del caso y de la teoría del delito en el proceso penal acusatorio. Barcelona: J. M. Bosch.

Beristaín, C. M. (2008). Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (ASDI).

Bernabéu Albert, S. & Mena García, C. (Edits.). (2012). El feminicidio de Ciudad Juárez. Repercusiones legales y culturales de la impunidad. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.

Bernal Cuéllar, J. & Montealegre Lynett, E. (2002). El proceso penal . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Buompadre, J. E. (2012). Los delitos de género en la proyectada reforma penal argentina. elDial.com. Biblioteca Jurídica Online DC19A7, 1 - 19.

Burguess, A. & Hazelwood, R (1995). Practical Aspects Of Rape Investigation: A Multidisciplinary Approach. 2nd ed. New York: CRC Press.

Bustos Ramírez, J. J. & Hormazábal Malareé, H. (1999). Lecciones de derecho penal. Volumen II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Trotta .

Cafferata Nores, J. I. (2006). Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Buenos Aires: CELS, Editores del Puerto.

Campbell, J.C. (1986). Nursing Assessment For Risk Homicide With Battered Women. Advances in Nursing Science. 8 (4): 36-51.

Campbell, J.C. (1992). “If I Can’t Have You, No One Can”. Power And Control In Homicide Of Female Partners. In J. Radford & D.E.H. Rusell (Eds.). Femicide: The Politics Of Woman Killing. New York: Twayne Publishers.

Campbell, J.C. (1995). Assesssing Dangerousness. Violence By Sexual Offenders, Batterers, And Child Abusers. Thousand Oaks: SAGE Publications.

Carcedo, A. (2009). Femicidio en Centroamérica, 2000–2006. En Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción (págs. 59 - 65). Washington: Program for Appropriate Technology in Health (PATH), InterCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organization (WHO).

Carcedo, A. & Sagot, M. (2000). Femicidio en Costa Rica, 1990-1999. OPS – Programa Mujer, Salud y Desarrollo. San José.

Castresana Fernández, C. (2009). Dictamen pericial rendido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.498 Campo Algodonero contra México. Guatemala de la Asunción: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Chiarotti, S. (Ed.). (2011). Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del feminicidio/femicidio. Lima: Programa de monitoreo del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Cladem).

Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (2006). Situación y análisis del feminicidio en la Región Centroamericana. San José: Secretaria Técnica del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

Consejo Europeo de Derechos Humanos (2001): Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. 2001/220/JAI. Diario Oficial n° L 082 de 22/03/2001 p. 0001 – 0004.

Cook, R. & Cusack, S. (2010). Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Crawford, M. & Gartner, R. (1992). Woman Killing: Intimate Femicide In Ontario: 1974-1990. Ontario Woman’s Directorate: Ministry of Community and Social Services.

De Greiff, P. (2006). Enfrentar el pasado: reparaciones por abusos graves a los derechos humanos. En C. De Gamboa Tapias, Justicia transicional: Teoría y praxis (págs. 204- 241). Bogotá: Editorial Universidad de Rosario.

Delphy, C. (octubre de 1995). El concepto de género. (I. socialista, Entrevistador).

Ellsberg, M.; Jansen, H.; Watts, Ch. & Garcia-Moreno, Cl. (2002). Intimate Partner Violence And Women's Physical And Mental Health In The WHO Multi-Country Study On Women's Health And Domestic Violence: An Observational Study. The Lancet, 359: 1331-36.

Fregos, R. L. (Coord.) (2011). Feminicidio en América Latina. Colección Diversidad Femenina. México.

Fries, L. & Hurtado, V. (2010). Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe. Serie Mujer y Desarrollo N° 99, Marzo de 2010, División de Asuntos de Género, CEPAL.

Fundación Myrna Mack. (2008). Directrices básicas para la construcción de estrategias de litigio. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

Garita Vílchez, A. I. (2013). La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe. Panamá: Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres.

Ginés Santidrián, E. (2012). Derechos humanos, mujer y frontera: el feminicidio de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En S. Bernabéu Albert, & C. Mena García (Edits.), El feminicidio de Ciudad Juárez. Repercusiones legales y culturales de la impunidad. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.

Ginés Santidrián, E., Mariño Menéndez, F., & Cartagena Pastor, J. M. (2013). Guía de recomendaciones para la investigación eficaz del crimen de feminicidio. Madrid: Federación de Asociaciones de DDHH de España; Universidad Carlos III de Madrid; Equipo Forense. Recomendaciones de las Ciencias Forenses .

Goche, F. (1 de abril de 2013). Sin tipificar delito de feminicidio, en ocho estados de la República. Obtenido de Contralinea. Periodismo de investigación: http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2013/04/01/sin-tipificar-delito-de-feminicidio-en-ocho-estados-de-la-republica/.

Goetting, A. (1995). Homicides In Families And Other Special Populations. New York: Springer.

Grupo de Memoria Histórica (2011). Mujeres y guerra. Víctimas y resistentes en el Caribe colombiano. Bogotá: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Taurus, Fundación Semana.

Guillerot, J. (2009). Reparaciones con perspectiva de género. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

Hanson R.K. et al. (2003). Sexual Ofender Recidivism Risk. Annals New York Academy of Sciences. 989: 154-166.

Hanson, R.K. & Thorton, D. (2000). Static-99. Improving Risk Assessment For Sex Offenders: A Comparaison Of Three Actuarial Scales. Law and Human Behavior, 24, 119-136.

Henderson García, O. (2007). Abordaje y planeación de la Investigación penal . San José: Impresos Cabalsa. .

Home Office Research Studies (2005). A Gap Or A Chasm? Attrition In Reported Rape Cases. London.

Hurtado Pozo, J. (2000). Nociones básicas de derecho penal de Guatemala. Parte General. Guatemala.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2007). Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes psicosociales. San José.

Kropp, P.R., Hart, S.D., Webster, C.D. & Eaves, D. (1994). Manual For The Spousal Assault Risk Assessment Guide. Vancouver, BC: British Columbia Institute on Family Violence.

Lagarde y de los Rios, M. (2006). Introducción. En D. E. Russell, & R. A. Harmes (Edits.), Feminicidio: una perspectiva global. México: Ed. CEICH-UNAM.

Lemaitre, J. (2008). Violencia. En C. Motta, & M. Sáez (Edits.), La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana. (Vol. 1, págs. 549 - 630). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Lorente, M. (2012). Forensic Analysis Of The Main Mechanisms Of Death Used In Women Homicide By Their Partner And Ex-Partner (Femicides), Committed In Spain From 1997 To 2008. Proceedings of the International Academy of Legal Medicine Meeting. Estambul.

Lorente, M. (2013). Forensic Analysis Of The Mechanisms Of Death Used In Women Homicide By Their Partner Or Ex-Partner (Femicides), Committed In Spain From 1997 To 2009. Proceedings of the American Academy of Forensic Sciences meeting. Washington DC.

Malamuth N. M., Sockloskie, R. J., Koss, M. P., & Tanaka, J. S. (1991). Characteristics Of Aggressors Against Women: Testing A Model Using A National Simple Of College Students. Journal of Consulting and Clinical Psychology, 1991, Vol. 59, Nº 5, 670-681.

Manjoo, R. (2013). La acción interna e internacional frente a las distintas formas de violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. En F. M. Mariño (Ed.), Feminicidio: el fin de la impunidad (págs. 13 - 18). Madrid: Tirant lo Blanch, Universidad Carlos III de Madrid.

Marion Young, I. (2011). Responsabilidad por la justicia. Madrid: La Morata.

Monárrez Fragoso, J. (2005). Feminicidio sexual serial en Ciudad Juárez: 1993-2001. Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México Año 12, Núm. 73, mayo-junio , 41-56.

Monárrez Fragoso, J. , Cervera, L., Fuentes, C., & Rubio, R. (2010). Violencia contra las mujeres e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez. México: Miguel Ángel Porrúa, El Colegio de la Frontera Norte.

Monterroso Castillo, J. (2007). Investigación Criminal. Estudio comparativo y propuesta de un modelo de Policía de Investigación en Guatemala. Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

Muñoz Cabrera, P. (2011). Violencias Interseccionales, debates feministas y marcos teóricos en el tema de la pobreza y violencia contra las mujeres en Latinoamérica. Tegucigalpa: Central America Women‘s Network (CAWN).

Naciones Unidas (2001). Manual de Justicia sobre uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de justicia para víctimas de delito y abuso de poder. En Víctimas, Derechos y Justicia. Córdoba: Oficina de derechos humanos y justicia del poder judicial de Córdoba, Argentina.

Oficina de las Naciones Unidas para el Control de Drogas y Prevención del Delito (ODCCP) (1999). Guía para el diseño de políticas sobre la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios fundamentales de justicia para las víctimas. New York.

OMS (2013). Global and regional estimates of violence against women: Prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence. Geneva.

OMS (2013). Responding to intimate partner violence and sexual violence against women. WHO clinical and policy guidelines. Geneva.

Peramato Martín, T. (2012). El femicidio y el feminicidio. Revista de Jurisprudencia, número 1, 5 de enero. Obtenido de http://www.elderecho.com/penal/femicidio-feminicidio_11_360055003.html

Pérez, R. I. (2012). Mujeres asesinadas en Ciudad Juárez: la justicia apenas comienza. En S. Bernabéu Albert, & C. Mena García (Edits.), El feminicidio de Ciudad Juárez. Repercusiones legales y culturales de la impunidad. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.

Pola Z, M. J. (2009). Feminicidio en República Dominicana. En Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción (págs. 73 - 79). Washington: Program for Appropriate Technology in Health (PATH), InterCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organization (WHO).

Provoste, P. (2008). Violencia contra la mujer en la pareja: respuestas de la salud pública en Santiago de Chile. Serie Mujer y Desarrollo N° 85, Abril de 2008, División de Asuntos de Género, CEPAL.

Radford, J. & Russell, D. E (1992), (eds.), Femicide: The Politics Of Woman Killing. Nueva York, Twayne.Revitch, E. & Schlesinger, L.B. (1978). Murder: Evaluation, classification, and prediction. In L. Kutash & L.B. Schlesinger (Eds.) Violence: Perspectives on murder and aggression (138-164). San Francisco: Jossey-Bass

Restrepo, J. A. & Tobón García, A. (Edits.) (2011). Guatemala en la encrucijada. Panorama de una violencia transformada. Ginebra: Secretariado de la Declaración de Ginebra, CERAC.

Revitch, E. & Schlesinger, L.B. (1981). Psychopatology Of Homicide. Springfield, IL: Thomas.

Russell, D. E. (2006). Definición de feminicidio y conceptos relacionados. En D. E. Russell, & R. A. Harmes (Edits.), Feminicidio: una perspectiva global. (págs. 73 - 96). México: Ed. CEICH-UNAM.

Russell, D. E. (2013). "Femicide"- The Power Of A Name. En C. Laurent, M. Platzer, & M. Idomir (Edits.), Femicide. A Global Issue That Demands Action (págs. 19 - 20). Viena: ACUNS Vienna Liaison Office.

Russell, D. E. & Radford, J. (Edits.). (2006). Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres. México: Ed. CEICH-UNAM.

Russell, D. E.; Van de Ven, N. (1982), Crimes Against Women: The Proceedings Of The International Tribunal. San Francisco, California: Frog in the Well.

Saavedra Alessandri, P. (2013). Una breve revisión de los estándares y las reparaciones con perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. En F. M. Mariño (Ed.), Feminicidio : el fin de la impunidad (págs. 353 - 376). Madrid: Tirant lo Blanch, Universidad Carlos III de Madrid.

Schlesinger, L.B. (2004). Sexual Murder: Catathymic And Compulsive Homicides. Boca Raton, FL: CRC Press.

Secretaria Distrital de Planeación; Secretaría Distrital de la Mujer; Corporación Casa de la Mujer Trabajadora. (2013). Análisis cuantitativo y cualitativo del feminicidio en Bogotá 2004 - 2012. Bogotá: Alcadía Mayor de Bogotá.

Segato, R. L. (2012). Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación. Revista Herramienta, Nº 49, 1 - 10.

Stout, K. (1993). Intimate Femicide: A Study Of Men Who Have Killed Their Mates. Journal of Offeder Therapy, 19: 81-94.

Strauss, M.A. (1979). Measuring Intrafamily Conflict And Violence: The Conflict Tactics (CT) Scales. Journal of Marriage and Family. Vol 41 (1): 75-88.

Tamarit Sumalla, J. M. & Villacampa Estiarte, C. (2006). Victimología, justicia penal y justicia reparadora. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez.

Toledo Vásquez, P. (2009). Feminicidio. México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oacnudh).

Toledo Vásquez, P. (2012). La tipificación del femicidio/feminicidio en países latinoamericanos : antecedentes y primeras sentencias (1999-2012). Tesis doctoral. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, Facultat de Dret, Departament de Ciència Política i de Dret.

Toledo Vásquez, P. (2013). Límites y dificultades en la implementación de las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos sobre la tipificación del feminicidio en México: Primeras leyes y sentencias. Género, sexualidades y derechos humanos. Revista Electrónica Semestral del Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos. Dossier: violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico Vol. 1, nº 02, Julio, 15 - 31.

Turvey, B.E. (1999). Criminal Profiling. An Introduction To Behavioral Evidence Analysis. Academic Press. New York.

Valdés Moreno, C. E. (2008). Metodología de la investigación y manejo de la información. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.

Villanueva Flores, R. (2013). Feminicidio y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En F. M. Mariño (Ed.), Feminicidio: el fin de la impunidad (págs. 353 - 376). Madrid: Tirant lo Blanch, Universidad Carlos III de Madrid.

Viveros Vigoya, M. (2008), La sexualización de la raza y la racialización de la sexualidad en el contexto latinoamericano actual. En: Careaga, Gloria. Memorias del 1er. Encuentro Latinoamericano y del Caribe. La sexualidad frente a la sociedad. México, D.F.

Wallace, A. (1986). Homicide: The Social Reality. Sidney: New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research.

Valladares de la Cruz, L. R. (2006). El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural. Disponible en: http://docencia.izt.uam.mx/sgpe/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropologico._Los_retos_del_entendimiento_intercultural-_Valladares_Laura.pdf.

Wilson, M. & Daly, M (1993). Spousal Homicide Risk And Estrangement. Violence & Victims, 8, 1: 13-16.

Wolfgang, M.E. (1958). Patterns Of Criminal Homicide. Philadelphia: Pennsylvania Press.

# Protocolos, guías y manuales consultados

AIAMP (2008). Guías de Santiago sobre Protección de víctimas y testigos. Documento aprobado en la Asamblea General de la AIAMP. Punta Cana, República Dominicana, 9 y 10 de Julio, 2008.

AIAMP; COMJIB. (2013). Protocolo regional para la investigación de los delitos de violencia de género. Proyecto EUROSOCIAL II: "Violencia de género en Iberoamérica: investigación de delitos, atención a víctimas y coordinación interinstitucional". San José: Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB).

Barrero Alba, R., Cartagena Pastor, J. M., Laporta Donat, E., & Peramato Martín, T. (2012). Manual sobre investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile. Santiago de Chile: Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile; Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo; Agencia de Cooperación Internacional de Chile.

Boer, D. P., Hart, S. D., Kropp, P.R. & Webster, C.D. (1997). Manual For The Sexual Risk-20 Professional Guidelines For Assessing Risk Of Sexual Violence. Vancouver British Clumbia: Institute Against Family Violence.

CEPAL (2007) Informe ¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe.

CEPAL (2009) Estudio ¡Ni una más! Del dicho al hecho: ¿Cuánto falta por recorrer?

Escuela Judicial (2011). Manual del postgrado en violencia de género: intrafamiliar, sexual y trata de personas. Managua: Corte Suprema de Justicia.

Flores Urquiza, N. M. & Olamendi Torres, P. (2012). Protocolo de actuación para la investigación del feminicidio (1era ed.). San Salvador: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Fiscalía General de la República, El Salvador.

Ginés Santidrián, E., Mariño Menéndez, F. & Cartagena Pastor, J. M. (2013). Guía de recomendaciones para la investigación eficaz del crimen de feminicidio. Madrid: Federación de Asociaciones de DDHH de España; Universidad Carlos III de Madrid; Equipo Forense. Recomendaciones de las Ciencias Forenses .

Instituto Chihuahuense de la Mujer (2011). Protocolo tipo. Delito de homicidio de mujer (feminicidio). Sistema penal acusatorio y adversarial (1era ed.). Chihuahua: Instituto Chihuahuense de la Mujer.

Instituto de la Mujer Oaxaqueña (2012). Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial del delito de feminicidio para el Estado de Oaxaca (1era ed.). Oaxaca: Instituto de la Mujer Oaxaqueña .

Instituto de la Mujer para el Estado de Morelos (2011). Protocolo con perspectiva de género para establecer criterios y procedimientos, para optimizar los resultados en la investigación del delito de femicidio en el Estado de Morelos (1era ed.). Morelos: Instituto de la Mujer para el Estado de Morelos.

Instituto Nacional de las Mujeres. (2008). Investigación del delito de homicidio desde la perspectiva del feminicidio. Check list para la investigación criminal. Guerrero: INMUJERES, Proyecto Fondo MVVG-SEMUJER, Atención Integral a mujeres Guerrerenses víctimas de violencia de género.

López Hernández, E., Peña Rodríguez, D. & Salas Ramírez, K. M. (2012). Lineamientos básicos y contenidos mínimos para la elaboración de un protocolo modelo para la investigación de los femicidios/feminicidios. México: Alianza Regional por el Acceso de las Mujeres a la Justicia.

Ministerio de Seguridad de la República Argentina (2013). Guía de actuación para las fuerzas policiales y de seguridad federales para la investigación de femicidios en el lugar del hallazgo. Resolución 428/2013. Buenos Aires: Ministerio de Seguridad de la República Argentina.

Nash Rojas, C., Mujica Torres, I., & Casas Becerra, L. (2010). Protocolo de actuación para operadores de justicia frente a la violencia contra las mujeres en el marco de las relaciones de pareja. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de derechos humanos, Embajada de Suiza.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2001). Protocolo Modelo para la Investigación Forense de muertes sospechosas de haberse producido por violación de los derechos humanos. Proyecto MEX/00/AH/10. Elaborado por: Luis Fondebrider. Equipo Argentino de Antropología Forense y Mara Cristina de Mendonça - Instituto Nacional de Medicina Legal de Portugal. México, mayo.

Procurador General de Justicia del Distrito Federal (2011). Acuerdo A/017/2011, por el que se emite el protocolo de investigación ministerial, policial y pericial del delito de feminicidio (1era ed.). México Distrito Federal: Gaceta oficial del distrito federal, no. 1210, 25 de Octubre de 2011.

Procurador General de Justicia del Estado de México (2010). Acuerdo general número 01/2010. Protocolo de actuación en la investigación del delito de homicidio desde la perspectiva del feminicidio. Check list para la investigación criminalística (1era ed.). Toluca de Lerdo: Gaceta del gobierno No. 78, martes 27 de abril de 2010.

Procuraduría General de Justicia del Estado de Veracruz (2012). Acuerdo 11/2012 por el que se expiden el Protocolo de Diligencias Básicas a seguir por el Ministerio Público en la investigación de los delitos contra la libertad, la seguridad sexual, contra la familia, de violencia de género y de feminicidio (1era ed.). Xalapa, Enríquez, Veracruz: Gaceta oficial No 228, miércoles 11 de juñio de 2012.

Protocolo de Estambul (1999). Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. U.N. Doc. HR/P/PT/8. New York: Naciones Unidas.

Protocolo de Minnesota (1991). Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. U.N. Doc. E/ST/CSDHA/.12. New York: Naciones Unidas.

United Nations Development Fund for Women (UNIFEM) (2008). Propuesta de protocolo de actuación en la investigación del delito de homicidio desde la perspectiva del feminicidio (1era ed.) elaborado por Olamendi Torres, P. México.

# Informes de derechos humanos de interés

Amnistía Internacional (2003), México: Muertes intolerables, Diez años de desapariciones y asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua, AMR 41/027/2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2013). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Estudio elaborado en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003). Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. OEA/Ser. L/V//II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser. L/V/II: Doc. 68, 20 de enero 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc.63, 9 de diciembre 2011.

Comité CEDAW, Informe de México producido por el CEDAW bajo el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 de enero de 2005.

Comité Internacional de la Cruz Roja (2003). Las personas desaparecidas y sus familiares. Observaciones y recomendaciones de la Conferencia Internacional de Expertos, aprobadas por consenso el 21 de febrero de 2003 en la Conferencia Internacional de Expertos gubernamentales y no gubernamentales. Ginebra, 19 al 21 de febrero de 2003.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Recomendación 44/1998, emitida el 15 de mayo de 1998. México.

Fiscalía Especial para la atención de delitos relacionados con los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, Chihuahua, emitido en enero de 2006.

MESECVI (2012). Segundo informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belem do Pará, abril de 2012.

Naciones Unidas (1998). Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de febrero de 1998. A/RES/52/86.

Naciones Unidas (2006). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer. La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer, E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006.

Naciones Unidas (2006). Informe del Secretario General, Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer, A/61/122 Add.1, 6 de julio de 2006, párr. 368.

Naciones Unidas (2012). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo. A/HRC/20/16. 23 de mayo 2012. New York: United Nations, General Assembly.

Naciones Unidas (2013). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, A/HRC/23/49, 14 mayo 2013.

Observatorio ciudadano para monitorear la impartición de justicia en los casos de Feminicidio en Ciudad Juárez y Chihuahua, Informe Final. Evaluación y monitoreo sobre el trabajo de la Fiscalía Especial para la atención de delitos relacionados con los homicidios de mujeres en el municipio de Juárez, Chihuahua de la Procuraduría General de la República, noviembre de 2006.

Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano (2013). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género. CJI/doc.417/12 rev.1. 82º Presentado por la doctora Ana Elizabeth Villalta Vizcarra. Período ordinario de sesiones OEA/Ser.Q. 11 – 15 marzo 2013.

Organización Panamericana de la Salud (2011). Prevención de la violencia sexual y violencia infligida por la pareja contra las mujeres: qué hacer y cómo obtener evidencias. Organización Mundial de la Salud y Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres. Edición en español. Organización Mundial de la Salud.

# Anexos

**Anexo 1.**
**Análisis sintético de la tipificación de las muertes violentas de mujeres por razones de género en América Latina** . . . . . 141
Opciones político-criminales de tipificación de la conducta feminicida . . . . . 141
Creación de un tipo penal autónomo de femicidio/feminicidio . . . . . 141
Inclusión de una circunstancia de agravación punitiva o agravante en el supuesto del homicidio simple . . . . . 142
Modificación del delito de parricidio . . . . . 142
Principales elementos de los tipos penales de femicidio/feminicidio . . . . . 143
Bienes jurídicos protegidos . . . . . 143
Lugar de comisión . . . . . 143
Sujeto activo . . . . . 143
Elementos del tipo . . . . . 143
Modalidades de comisión . . . . . 144
Punibilidad . . . . . 146
Circunstancias de agravación y otras sanciones o restricciones de derechos . . . . . 146

**Anexo 2.**
**Elementos para incluir en una entrevista semi-estructurada para realizar a los entornos de la víctima sobre su situación antes del femicidio y la posible existencia de violencia de género** . . . . . 161

**Anexo 3.**
**Elementos a incluir en una entrevista semi-estructurada para realizar al victimario y sus entornos sobre la situación de la víctima antes del homicidio y la posible existencia de violencia de género** . . . . . 167

**Anexo 4.**
**Cuestionario semi-estructurado sobre la escena del crimen para utilizar ante testigos y con el victimario** . . . . . 173

**Anexo 5.**
**Lista de las personas participantes en los procesos de consulta y revisión** . . . . . 177

# Anexo 1.

# Análisis sintético de la tipificación de las muertes violentas de mujeres por razones de género en América Latina


Opciones político-criminales de tipificación de la conducta feminicida ..... 141
Creación de un tipo penal autónomo de femicidio/feminicidio ..... 141
Inclusión de una circunstancia de agravación punitiva o agravante en el supuesto del homicidio simple ..... 142
Modificación del delito de parricidio ..... 142
Principales elementos de los tipos penales de femicidio/feminicidio ..... 143
Bienes jurídicos protegidos ..... 143
Lugar de comisión ..... 143
Sujeto activo ..... 143
Elementos del tipo ..... 143
Modalidades de comisión ..... 144
Punibilidad ..... 146
Circunstancias de agravación y otras sanciones o restricciones de derechos ..... 146

# Anexo 1.

# Análisis sintético de la tipificación de las muertes violentas de mujeres por razones de género en América Latina

Desde el año 2007, en varios países de América Latina, se está desarrollando un proceso de tipificación de las muertes violentas de mujeres por razones de género bajo la denominación de "femicidios" o "feminicidios". Estas consagraciones normativas se han llevado a cabo mediante su inclusión en leyes especiales de prevención, atención y sanción de la violencia contra las mujeres (Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Panamá, Nicaragua y Venezuela), o reformando las normas penales nacionales (Argentina, Chile, Costa Rica, Honduras, México, Perú y República Dominicana) o estaduales existentes (México)[269].

A continuación se presenta un análisis sintético de las normas legales que sancionan la muerte violenta de mujeres por razones de género en los países de América Latina que tienen sistemas jurídicos de corte continental[270].

## Opciones político-criminales de tipificación de la conducta feminicida

Los procesos de tipificación de las muertes violentas de mujeres por razones de género no han sido homogéneos y se han venido modificando con los aprendizajes derivados de la promulgación y aplicación de las primeras leyes en América Latina.

Es posible identificar tres opciones político-criminales que han sido utilizadas para la penalización de los comportamientos feminicidas:

### Creación de un tipo penal autónomo de femicidio/feminicidio

Costa Rica, Chile, Guatemala, Nicaragua, Honduras y Panamá son los países que han adoptado el *nomen iuris* de "femicidio". El Salvador, México, Perú y Bolivia optaron por la creación del tipo de "feminicidio". Debe señalarse además que El Salvador y Nicaragua cuentan además con tipos de feminicidio agravado como delitos autónomos.

Esa variación terminológica no coincide con el debate acerca de las definiciones que ha tenido lugar en las ciencias sociales y en la acción política feminista en la región para distinguir el feminicidio del femicidio. La tipificación actual no consagra la impunidad como un elemento típico del delito de feminicidio[271]. No obstante, Costa Rica, El Salvador y México decidieron incluir en sus legislaciones tipos penales o sanciones específicas castigando la conducta de aquellas personas quienes, en el ejercicio de su función pública, propicien, promuevan o toleren la impunidad en estos casos, así como aquellos comportamientos dirigidos a obstaculizar la investigación, la persecución penal y la sanción de los femicidios/feminicidios (ver Tabla 18). En esos casos, las penas previstas son penas de prisión (desde 3 meses a 8 años), inhabilitación de la función pública (de 1 a 10 años), multa o destitución (en el caso de México). Por otra parte, en El Salvador, el tipo penal de feminicidio es agravado si fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad.

El proceso de tipificación ha evolucionado con el paso de los años mostrando una tendencia hacía la ampliación de las modalidades delictivas y las formas de ejecución de la conducta. Ello se evidencia cuando se comparan los primeros tipos penales, como el de Costa Rica, que sancionan la muerte de "una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no", descripción típica ligada a una forma restrictiva de femicido íntimo, con los nuevos tipos penales promulgados durante 2013, como es el caso de Bolivia, que sanciona la muerte de las mujeres que presenten cualquiera de las siguientes circunstancias:

- el autor sea o haya sido cónyuge o conviviente de la víctima, esté o haya estado ligada a ésta por una análoga relación de afectividad o intimidad, aun sin convivencia;
- por haberse negado la víctima a establecer con el autor una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad;
- por estar la víctima en situación de embarazo;
- la víctima que se encuentre en una situación o relación de subordinación o dependencia respecto del autor, o tenga con éste una relación de amistad, laboral o de compañerismo;
- la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad;
- cuando con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor;
- cuando el hecho haya sido precedido por un delito contra la libertad individual o la libertad sexual;
- cuando la muerte sea conexa al delito de trata o tráfico de personas;
- cuando la muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales.

## Inclusión de una circunstancia de agravación punitiva o agravante en el supuesto del homicidio simple

En Venezuela, Colombia y Argentina, los legisladores optaron por la consagración de una causal de agravación del tipo penal de homicidio simple, cuando el víctimario haya sostenido una relación afectiva o vida marital con la víctima, o cuando las circunstancias de la muerte se hayan dado "por el hecho de ser mujer", cuando "mediare violencia de género".

## Modificación del delito de parricidio

Solamente en los casos de Chile (femicidio) y Perú (feminicidio), el legislador decidió incluirlos como una posible modalidad de ejecución de la conducta de parricidio. El delito se materializa cuando la mujer, sujeto pasivo de la conducta, "es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor", o cuando "o estuvo ligada a él". Si se cumple este requisito el hecho podrá ser calificado jurídicamente como femicidio/feminicidio.

# Principales elementos de los tipos penales de femicidio/feminicidio[272]

## Bienes jurídicos protegidos

Desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal, la mayoría de las legislaciones consultadas incorporan el tipo de femicidio/feminicidio en los títulos o capítulos de los códigos penales relativos a los delitos contra la vida o la integridad de las personas. Con ello se pretende señalar que el bien jurídico tutelado es la vida misma de la mujer que es víctima del delito, en un sentido físico-biológico[273].

No obstante, existen algunas posiciones que consideran que los femicidios son delitos pluriofensivos, en la medida en que afectan otros intereses de la víctima, como su dignidad o su integridad física y sexual, afectando incluso su entorno familiar y social, razón por la cual dichos comportamientos se hacen merecedores de una pena más severa[274].

## Lugar de comisión

Todas las legislaciones estudiadas incluyen los espacios públicos y privados como posibles escenarios de realización estos delitos. La legislación nicaragüense establece que si el hecho delictivo ocurre en el ámbito privado la pena se aumentará de veinte a veinticinco años de prisión.

## Sujeto activo

La mayoría de las normas utilizan una expresión genérica (“el que”, “quién”, “al que” “quién”) para referirse al sujeto activo, tal y como sucede con las figuras de homicidio (Colombia, Bolivia, Guatemala).

El sujeto activo es calificado en las legislaciones que establecen como requisito que el victimario sea un hombre, como ocurre en los casos de Nicaragua, Honduras y Argentina (en una de las modalidades). También deberá ser calificado el sujeto que realiza la conducta cuando la norma exige que el victimario cumpla con una condición específica: mantenga o haya mantenido con la víctima “una relación de pareja”, ya sea matrimonial, de hecho, unión libre o cualquier otra relación afín en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas en las que se sostiene o se haya sostenido una relación sentimental, como sucede en los casos de Venezuela, Costa Rica, Perú y Chile. Una variante de esta exigencia de un requisito se observa cuando se plantea que entre el victimario y la víctima debe haber existido alguna forma de relación laboral, de amistad, familiar, de compañerismo, educativa o de tutela.

Otra variante de sujeto activo calificado ocurre cuando la legislación establece que el victimario sea funcionario público, como en el caso de El Salvador. Finalmente, algunas legislaciones consagran otras variantes de sujeto activo calificado como la de Guatemala, Nicaragua, Bolivia y México en las que se hace mención a las conductas grupales o de criminalidad organizada.

## Elementos del tipo

### Elementos objetivos de la tipicidad

Desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, en el delito de acción dolosa, “la determinación de la tipicidad implica la concreta atribución de lo objetivo y de lo subjetivo referido al actuar del sujeto a un tipo penal”[275]. Este tipo de delitos contempla comportamientos dotados de un sentido o significación muy preciso. La determinación de ese sentido o significación del comportamiento concreto resulta fundamental para establecer su tipicidad o atipicidad. La tipicidad y su función de garantía sustantiva dependen de la demostración de los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Los elementos objetivos pueden clasificarse en descriptivos y normativos o valorativos. En condiciones ordinarias, los descriptivos son aquellos que pueden ser aprehendidos o comprendidos sólo con su percepción sensorial, como la expresión "mujer". Debe advertirse que en el caso de los femicidios/feminicidios la percepción sensorial puede estar limitada por los prejuicios y las preconcepciones de género de quién verifica el cumplimiento de este elemento descriptivo. Así, deberá tenerse en cuenta la expresión de género de una persona trans cuando esta haya sido víctima de un feminicidio transfóbico.

Los elementos normativos son aquellos que sólo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectivo o valorativo, como el concepto "relaciones desiguales de poder".

Algunas legislaciones de la región optaron por incorporar elementos objetivos, descriptivos y normativos[276], en el tipo penal de carácter específico, tales como:

- ubicar el resultado de la muerte en "el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres" (Guatemala y Nicaragua);
- sancionar la muerte de la víctima cuando esta se diera "por su condición de mujer" (Guatemala y Colombia);
- reprimir la muerte cuando mediara en la realización del resultado "motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer" (El Salvador y Honduras);
- sancionar la muerte cuando esta se produjera "por razones de género" (México y Honduras);
- establecer un motivo de odio "de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión", como causal de agravante penal del homicidio agravado (Argentina).

### Elementos subjetivos de la tipicidad

Los elementos subjetivos de la tipicidad están relacionados con la atribución del comportamiento delictivo conforme al sentido que la persona le dio a dicho comportamiento[277]. A la luz de este criterio se observa que todas las legislaciones incluyen de la manera implícita la circunstancia de que la muerte ha de ser dolosa, esto es, que el sujeto activo conocía y quería el resultado de la muerte de la mujer[278].

La acreditación procesal de que el autor pretendía dar muerte a la mujer víctima (dolo) es la que permite distinguir el delito tentado de las lesiones consumadas, así como también el homicidio doloso del preterintencional. Si dicha acreditación no se produce, algunos sectores consideran que el comportamiento puede adecuarse como un concurso ideal de lesiones dolosas con un homicidio imprudente si el resultado era previsible[279].

No se establecen modalidades de comisión de los femicidios/feminicidios de carácter culposo o preterintencional.

## Modalidades de comisión

Si se formula un análisis de conjunto, las distintas modalidades de comisión de los femicidios/feminicidios que se encuentran en la legislación de los países estudiados pueden ser agrupadas en unas cuantas categorías. No obstante, en algunos casos, las modalidades se derivan de las circunstancias en las que debe producirse el hecho para ser típico, como en el caso de Guatemala, Nicaragua y Honduras, y que en otras, estás tienen que ver con los elementos típicos que sirven para calificar el motivo de género de la muerte, como es el caso de El Salvador y México[280]. Las principales modalidades estudiadas son:

## Tabla 14. Modalidades de comisión de los femicidios/feminicidios en América Latina

| Modalidad | País que la consagra | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | Costa Rica | Chile | Bolivia | Nicaragua | México | Honduras | Guatemala | El Salvador | Argentina | Colombia | Panamá | Venezuela |
| Matar a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. | X | X | X | | | | | | | | X | X |
| Matar luego de haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer, o mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido, con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral. | X | | X | X | X | X | X | | | | X | X |
| Matar realizando previamente actos o manifestaciones esporádicas o reiteradas de violencia en contra de la víctima, independientemente de si el o los hechos fueron denunciados o no por la víctima. | | | | X | X | X | X | X | | | X | |
| Matar como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo. | | | X | X | | | X | | | | | |
| Matar con menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales. | | | X | X | X | X | X | | | | | |
| Matar infringiendo a la víctima lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia. | | | | X | | | X | X | | | X | |
| Matar habiendo amenazado, acosado, hostigado o perseguido a la víctima. | | | X | | X | X | | | | | | |
| Matar realizando previamente contra la víctima cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual. | | | X | | X | | | X | | | | |
| Matar por misoginia. | | | | X | | | X | | X | X | | |
| Matar en presencia de las hijas o hijos de la víctima | | | | X | | | X | | | | X | |
| Matar aprovechando cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la víctima. | | | X | | | | | X | | | X | |
| Matar aprovechando la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género. | | | X | | | | | X | X | | X | |
| Matar y exponer o exhibir el cuerpo de la víctima en un lugar público. | | | | | X | | | | | | X | |
| Matar a una mujer por estar embarazada. | | | X | | | | | | | | X | |

## Punibilidad

Los países de la región han optado por asignar a los responsables de los femicidios/feminicidios sanciones penales severas que valdría la pena comparar con el homicidio simple o agravado. La pena que más se utiliza es la privación de la libertad, que algunos códigos penales identifican como pena privativa de la libertad, reclusión o presidio. Se utilizan varios rangos mínimos y máximos para la determinación individual de la pena a imponer, que suelen oscilar entre:

- Quince (15) y veinte (20) años en Nicaragua y Perú.
- Veinte (20) y cuarenta (40) años en Venezuela, Costa Rica, Salvador, Honduras y Bolivia.
- Treinta (30) y sesenta (60) años en Guatemala, México, Colombia.
- Prisión o reclusión perpetua en los casos de Chile y Argentina.

Cabe subrayar que en algunos países la pena viene condicionada: no se puede conceder reducción de pena ni medida sustitutiva en Guatemala; el autor perderá todos los derechos con relación a la víctima en México.

## Circunstancias de agravación y otras sanciones o restricciones de derechos

Guatemala, Nicaragua y Perú establecieron en sus legislaciones circunstancias de agravación punitiva específicas para estos comportamientos. Así por ejemplo, en el caso peruano, el feminicidio se agravará si la víctima: "era menor de edad", "se encontraba en estado de gestación", "se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente", "fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación", "al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad", o "fue sometida para fines de trata de personas".

Finalmente, debe mencionarse que Guatemala consagró la prohibición de invocar costumbres o tradiciones culturales o religiosas como causal de justificación o de exculpación para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar la violencia contra la mujer. El Salvador, por su parte, prohibió de manera expresa la posibilidad de utilizar la conciliación o la mediación en estos delitos.

## TABLAS DE LA LEGISLACIÓN PENAL RELATIVA A LAS MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES POR RAZON DE GENERO EN AMÉRICA LATINA
## (en los sistemas jurídicos de inspiración continental europea)

### Tabla 15. Tipificación del femicidio/ feminicidio en Centroamérica (exceptuando Belice)

| # | País | Año | Ley | Tipo Penal | Sanción |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | **Costa Rica** | **2007** | Ley Nº 8589. Penalización de la violencia contra las mujeres. | Artículo 21.- Femicidio<br>Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. | Prisión 20 -35 años.<br>Artículo 21.- Femicidio<br>Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer. |
| 2 | **Guatemala** | **2008** | Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. | Artículo 6. Femicidio.<br>Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:<br>a. Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.<br>b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.<br>c. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.<br>d. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.<br>e. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.<br>f. Por misoginia.<br>g. Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.<br>h. Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código Penal. | Prisión 25 - 50 años.<br>Artículo 6. La persona responsable de este delito será sancionada con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva. |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **3** | **El Salvador** | **2010** | Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres. | Artículo 45. Feminicidio<br>Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años. Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias:<br>a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima.<br>b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.<br>c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.<br>d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual.<br>e) Muerte precedida por causa de mutilación. | Prisión 20 - 35 años.<br>Artículo 45. Feminicidio<br>Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años. |
| **4** | **Nicaragua** | **2012** | Ley No. 779. Ley integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la ley no. 641, “Código penal”. | Artículo 9. Femicidio<br>Comete el delito de femicidio el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado, en cualquiera de las siguientes circunstancias:<br>a) Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima;<br>b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo, relación laboral, educativa o tutela;<br>c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima;<br>d) Como resultado de ritos grupales, de pandillas, usando o no armas de cualquier tipo;<br>e) Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación;<br>f) Por misoginia;<br>g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima;<br>h) Cuando concurra cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el delito de asesinato en el Código Penal. | Prisión 15 - 20 años.<br>Artículo 9.<br>Cuando el hecho se diera en el ámbito público la pena será de quince a veinte años de prisión.<br>En ambos casos si concurriera dos o más de las circunstancias mencionadas en los incisos anteriores se aplicará la pena máxima. |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **5** | **México (Federal)** | **2012** | Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. 30 de abril de 2012. | Artículo 325. Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:<br>I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;<br>II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;<br>III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;<br>IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;<br>V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;<br>VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;<br>VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.<br><br>En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio. | Prisión 40 - 60 años. Multa 500 - 1.000 días.<br>Artículo 325. A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa.<br>Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. |
| **6** | **Honduras** | **2013** | Decreto no. 23-2013, del 6 de abril del 2013, que modifica el Código Penal. | Artículo 118-A. Incurre en el delito de femicidio, el o los hombres que den muerte a una mujer por razones de género, con odio y desprecio por su condición de mujer y se castigará con una pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de reclusión, cuando concurran una o varias de las circunstancias siguientes:<br>1) Cuando el sujeto activo del delito mantenga o haya mantenido con la víctima una relación de pareja, ya sea matrimonial, de hecho, unión libre o cualquier otra relación afín en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas en las que se sostiene o se haya sostenido una relación sentimental;<br>2) Cuando el delito esté precedido de actos de violencia doméstica o intrafamiliar, exista o no antecedente de denuncia;<br>3) Cuando el delito esté precedido de una situación de violencia sexual, acoso, hostigamiento o persecución de cualquier naturaleza; y,<br>4) Cuando el delito se comete con ensañamiento o cuando se hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones previas o posteriores a la privación de la vida". | Reclusión 30 – 40 años.<br>Artículo 118-A: (…) se castigará con una pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de reclusión. |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 7 | **Panamá** | **2013** | Ley nº 82, de 24 de octubre de 2013. | Artículo 132-A (Código Penal). Quien cause la muerte a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias, será sancionado con pena de veinticinco a treinta años de prisión:<br>1. Cuando exista una relación de pareja o hubiera intentado infructuosamente establecer o restablecer una relación de esta naturaleza o de intimidad afectiva o existan vínculos de parentesco con la víctima.<br>2. Cuando exista relación de confianza con la víctima o de carácter laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad.<br>3. Cuando el hecho se comete en presencia de los hijos o hijas de la víctima.<br>4. Cuando el autor se hubiera aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica de la víctima.<br>5. Como resultado de ritos grupales o por venganza.<br>6. Por el menosprecio o abuso del cuerpo de la víctima, para la satisfacción de instintos sexuales o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.<br>7. Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público o privado o cuando esta haya sido incomunicada, cualquiera sea el tiempo, previo a su fallecimiento.<br>8. Para encubrir una violación.<br>9. Cuando la víctima se encuentre en estado de gravidez.<br>10. Por cualquier móvil generado por razón de su condición de mujer o en un contexto de relaciones desiguales de poder. | Prisión 25 – 30 años.<br>Artículo 132-A (Código Penal). (…) será sancionado con pena de veinticinco a treinta años de prisión: |

## Tabla 16. Tipificación de las muertes violentas de mujeres por razones de género en Suramérica

| # | País | Año | Ley | Tipo Penal | Sanción |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | **Venezuela** | **2007** | Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (G.O 38668 de 23/4/2007). | Homicidio<br><br>Artículo 65. Circunstancias agravantes.<br>Parágrafo Único: En los casos de homicidio intencional en todas sus calificaciones, tipificados en el Código Penal, cuando el autor del delito previsto en esta Ley sea el cónyuge, ex cónyuge, concubino, ex concubino, persona con quien la víctima mantuvo vida marital, unión estable de hecho o relación de afectividad, con o sin convivencia, la pena a imponer será de veintiocho a treinta años de presidio. | Presidio 28 – 30 años.<br>Artículo 65. Circunstancias agravantes. la pena a imponer será de veintiocho a treinta años de presidio. |
| 2 | **Colombia** | **2008** | Ley 1257 de 2008 "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los códigos penal, de procedimiento penal, la ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones". | Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.<br><br>Artículo 104. Circunstancias de agravación. La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:<br>(…)<br>11. contra una mujer por el hecho de ser mujer. | Prisión 33,3 años- 50 años.<br>Artículo 104.<br>Circunstancias de agravación. La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión. |
| 3 | **Chile** | **2010** | Ley 20480. Modifica el código penal y la ley nº 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el "femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. | Art. 390. Del homicidio. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.<br>Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio. | Presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.<br>Art. 29. Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.<br>Art. 32 bis.- La imposición del presidio perpetuo calificado importa la privación de<br>libertad del condenado de por vida, bajo un régimen especial de cumplimiento. |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **4** | **Argentina** | **2012** | Ley 26.791, que modifica en Código Penal Federal. | Homicidio Agravado<br><br>Artículo 80. Título. Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:<br>1°. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.<br>4°. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.<br>(…)<br><br>11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.<br>12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. | Prisión o reclusión perpetua.<br>Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 |
| **5** | **Bolivia** | **2013** | Ley nº 348, de 9 de marzo de 2013. | Artículo 252 bis. Feminicidio. Se sancionará con la pena de presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto, a quien mate a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias:<br>1. El autor sea o haya sido cónyuge o conviviente de la víctima, esté o haya estado ligada a ésta por una análoga relación de afectividad o intimidad, aun sin convivencia;<br>2. Por haberse negado la víctima a establecer con el autor, una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad;<br>3. Por estar la víctima en situación de embarazo;<br>4. La víctima que se encuentre en una situación o relación de subordinación o dependencia respecto del autor, o tenga con éste una relación de amistad, laboral o de compañerismo;<br>5. La víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad;<br>6. Cuando con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor;<br>7. Cuando el hecho haya sido precedido por un delito contra la libertad individual o la libertad sexual;<br>8. Cuando la muerte sea conexa al delito de trata o tráfico de personas;<br>9. Cuando la muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales. | Presidio 30 años, sin indulto.<br>Artículo 252 bis. (Feminicidio). Se sancionará con la pena de presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto. |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **6** | **Perú** | **2013** | Ley 30068, que incorpora el artículo 108-a al código penal y modifica los artículos 107, 46-b y 46-c del código penal y el artículo 46 del código de ejecución penal, con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el feminicidio. | Artículo 108°-A.- Feminicidio Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:<br>1. Violencia familiar;<br>2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;<br>3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;<br>4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. | Prisión no menos de 15 años.<br>Artículo 108°-A.- Feminicidio Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. |

## Tabla 17. Tipificación del femicidio/feminicidio. Regulación de tipos penales agravados, circunstancias de agravación y otras sanciones o restricciones de derechos

| País | Tipo penal agravado | Circunstancias agravantes | Otras sanciones restricciones de derechos |
|---|---|---|---|
| **Guatemala** | **No** | **Si**<br>Artículo 10. Circunstancias agravantes. Las circunstancias que agravan la violencia contra la mujer deben ser analizadas de acuerdo a lo siguiente:<br>a) En relación a las circunstancias personales de la persona que agrede.<br>b) En relación a las circunstancias personales de la víctima.<br>c) En relación a las relaciones de poder existentes entre la víctima y la persona que agrede.<br>e) En relación al contexto del hecho violento y el daño producido a la víctima.<br>f) En relación a los medios y mecanismos utilizados para perpetrar el hecho y al daño producido. | **Prohibición de causales de justificación**<br>Artículo 9. Prohibición de causales de justificación. En los delitos tipificados contra la mujer no podrán invocarse costumbres o tradiciones culturales o religiosas como causal de justificación o de exculpación para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar la violencia contra la mujer. |
| **El Salvador** | **Feminicidio agravado. Prisión 30 50 años.**<br>Art. 46 de Ley Especial Integral. Feminicidio Agravado.<br>El delito de feminicidio será sancionado con pena de treinta a cincuenta años de prisión, en los siguientes casos:<br>a) Si fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad.<br>b) Si fuere realizado por dos o más personas.<br>c) Si fuere cometido frente a cualquier familiar de la víctima.<br>d) Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, adulta mayor o sufriere discapacidad física o mental.<br>e) Si el autor se prevaleciere de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo. | **No** | **Prohibición de la Conciliación y Mediación.**<br>Art. 58. Prohibición de la Conciliación y Mediación.<br>Se prohíbe la Conciliación o Mediación de cualquiera de los delitos<br>comprendidos en la presente ley. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| **Nicaragua** | **Prisión 20 - 25 años (ámbito privado)**<br>**Artículo 9.**<br>Si ocurre en el ámbito privado la pena será de veinte a veinticinco años de prisión. En ambos casos si concurriera dos o más de las circunstancias mencionadas en los incisos anteriores se aplicará la pena máxima. | **Art. 9 Femicidio. Desde un tercio hasta 30 años.**<br>Las penas establecidas en el numeral anterior serán aumentadas en un tercio cuando concurra cualquiera de las circunstancias del asesinato, hasta un máximo de treinta años de prisión. | **No** |
| **Perú** | **No** | **Prisión no menor de 25 años. Posibilidad de cadena perpetua.**<br>Artículo 108°-A.- Feminicidio<br>La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:<br>1. Si la víctima era menor de edad;<br>2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;<br>3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;<br>4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;<br>5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;<br>6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;<br>7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.<br>La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes. | **No** |

## Tabla 18. Tipificación del femicidio/feminicidio. Regulación de delitos cometidos por funcionarios

| País | Delito del funcionario público |
|---|---|
| **Costa Rica** | **Prisión 3 meses - 3 años, inhabilitación de la función pública 1 - 4 años.**<br>Artículo 41 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Obstaculización del acceso a la justicia.<br>La persona que, en el ejercicio de una función pública propicie, por un medio ilícito, la impunidad u obstaculice la investigación policial, judicial o administrativa por acciones de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial, cometidas en perjuicio de una mujer, será sancionada con pena de prisión de tres meses a tres años e inhabilitación por el plazo de uno a cuatro años para el ejercicio de la función pública. |
| **El Salvador** | **Prisión de 2 - 4 años e inhabilitación de la función pública 2-4 años.**<br>Artículo 47 de la Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres. Obstaculización al acceso a la justicia.<br>Quien en el ejercicio de una función pública propiciare, promoviere o tolerare, la impunidad u obstaculizare la investigación, persecución y sanción de los delitos establecidos en esta ley, será sancionado<br>con pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación para la función pública que desempeña por el mismo plazo.<br>Art. 46. Feminicidio Agravado.<br>El delito de feminicidio será sancionado con pena de treinta a cincuenta años de prisión, en los siguientes casos:<br>a) Si fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad. |
| **México (Federal)** | **Prisión de 3 - 8 años y 500 - 1.500 días de multa, destitución, e inhabilitación de 3 -10 años para empleo público.**<br>Artículo 325 del Código Penal Federal. Feminicidio.<br>Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. |

# Notas

269 En abril de 2012 se incorporó al Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos el tipo penal de feminicidio. A agosto de 2013, veintitrés de los treinta y un Estados mexicanos han incorporado el feminicidio/femicidio en sus respectivos códigos penales estatales. Los Estados que aún no han incorporado esta figura son: Baja California Sur, Chihuahua, Hidalgo, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla y Zacatecas. Goche, F. (2013).

270 Se tomaron como referencia los textos normativos vigentes en cada país en julio de 2013, momento de la elaboración del texto. Una perspectiva histórica del proceso de tipificación de los femicidios/feminicidios y de sus distintas modificaciones puede verse en: Toledo Vásquez, P. (2009) y (2012); Chiarotti, S. (2011); Garita Vílchez, A.I. (2012).

271 Acerca de la dificultad de esta inclusión en los tipos penales véase Lemaitre, 2008, pág. 566 y ss; Toledo 2009, pág. 141 y ss.

272 Otras variantes de este tipo de análisis pueden verse en Garita Vílchez, A.I. (2012); Toledo Vásquez, P. (2012).

273 Buompadre, J.E. (2012), págs. 7 y ss.

274 Garita Vílchez, A.I. (2012), pág. 22.

275 Bustos Ramírez, J. J. & Hormazábal Malareé, H. (1999), pág. 60.

276 Al respecto ver: Ibid. págs. 48 y ss; Hurtado Pozo, J. (2000), págs. 125 y ss.

277 Bustos Ramírez, J.J. & Hormazábal Malareé, H. (1999), pág. 60.

278 Barrero Alba, R., Cartagena Pastor, J. M., Laporta Donat, E. & Peramato Martín, T. (2012), pág. 31.

279 Ibid.

280 Es claro que esta agrupación simplifica algunas de las variantes establecidas en las normas penales nacionales. No obstante, se conserva por su valor pedagógico y expositivo.

# Anexo 2.

# Elementos para incluir en una entrevista semi-estructurada para realizar a los entornos de la víctima sobre su situación antes del femicidio y la posible existencia de violencia de género

# Anexo 2.

# Elementos para incluir en una entrevista semi-estructurada para realizar a los entornos de la víctima sobre su situación antes del femicidio y la posible existencia de violencia de género

*Indagar sobre la existencia de algunas de estas conductas relacionadas con una situación de violencia en la relación interpersonal:*

1. *Violencia verbal y/o emocional:*
   - *Insultos, gritos, acercamiento físico intimidatorio.*
   - *Insistencia en considerar a la víctima loca, estúpida o inútil.*
   - *Manifestar celos y sospechas continuas.*
   - *Golpear las puertas.*
   - *Revisar sus cajones y pertenencias.*

2. *Violencia económica y patrimonial:*
   - *Control sobre el trabajo y el sueldo (puede llegar hasta retener el dinero).*
   - *Sustracción o destrucción de bienes, objetos, documentos personales, bienes, valores, recursos, etc., pertenecientes a la mujer para dañarla y controlarla.*
   - *No dar acceso al dinero necesario para atender las necesidades de la familia.*

3. *Violencia social:*
   - *Aislamiento social. Le impide o dificulta las relaciones fuera de la pareja.*
   - *Impide que lo acompañe a actividades o impone su presencia a la fuerza.*
   - *Se hace la víctima en público diciendo que ella lo maltrata.*
   - *Denuncia a la víctima ante la policía.*

4. *Violencia sexual:*
   - *Trato degradante del sexo femenino.*
   - *Humillaciones con relación a la conducta sexual de ella*
   - *Coacción para mantener relaciones sexuales utilizando la fuerza física o el chantaje emocional.*
   - *Violencia y agresiones durante el embarazo.*

5. *Violencia física:*
    - *Empujones.*
    - *Tirones de pelo.*
    - *Pellizcos.*
    - *Mordiscos.*
    - *Bofetadas.*
    - *Golpes con las manos o con objetos.*
    - *Patadas*
    - *Quemaduras.*
    - *Amenazas de violencia física y amenazas de muerte.*
    - *Amenazas relacionadas con las hijas e hijos.*
    - *Humillaciones intensas y continuadas (descalificaciones, ridiculización).*
    - *Desautorización reiterada delante del resto de la familia y de terceras personas.*
    - *Control (escucha las conversaciones, lee los correos o los mensajes de móvil).*
    - *Le impide o dificulta el acceso al trabajo, al estudio o a cualquier otra actividad.*
    - *No le permite decidir ni participar en las decisiones. Decide por ella.*
    - *Incomunicación como forma de castigo: no escucha o no habla.*
    - *Cambios de humor bruscos e injustificados ante una misma situación o comportamiento: tan pronto la alaba como la humilla.*
    - *Sentimiento de culpa y confusión generado por las correcciones constantes y por las manifestaciones que hace el maltratador con la intención de mostrarse él como la víctima.*
    - *Amenazas de suicidio.*
    - *La destrucción de objetos con un especial valor sentimental.*
    - *Maltrato de animales domésticos.*
    - *Privación de necesidades básicas (alimento, sueño, etc.).*

<u>*¿Cuándo comenzaron las agresiones?*</u>

-Durante el noviazgo.
-Durante el matrimonio.
-Al inicio de la convivencia.
-Durante el embarazo.
-Durante el proceso de separación.
-Otros.

<u>*¿Hubo agresión a otras personas al margen de la familia?*</u>

- Sí. ¿A quién?
- No.

<u>*¿Lo hace habitualmente?*</u>

- Sí. ¿A quién?
- No.

<u>*¿Recibió alguna denuncia por parte de:*</u>

- Su pareja o expareja?
- Familiares?
- Vecindario?
- Funcionarios policiales?
- Servicios sanitarios?
- Servicios de asistencia social?
- Otros?

*¿El presunto agresor fue denunciado por violencia de género por otra pareja o expareja?*

*¿Evolución de la violencia?*

- Frecuencia.
- Duración de las agresiones.
- Intensidad: ¿Alguna vez tuvo que recibir atención médica?

*¿Tiempo de evolución de la violencia?*

- El primer incidente.
- Un incidente típico y habitual.
- El incidente más grave o que más le impactó.

*¿Frecuencia de abuso en el último año anterior al homicidio?*

- Última agresión anterior al homicidio.

*¿Hora habitual de la violencia?*

*¿Lugar y momentos más frecuentes de utilizar la violencia?*

*¿En el momento de los hechos estaban sus hijos e hijas menores presentes? ¿Sufrieron algún daño?¿Hubo otros testigos?*

*¿Instrumentos lesivos empleados?*

*¿Agredió a alguna otra persona de la familia?*

# Anexo 3.

# Elementos a incluir en una entrevista semi-estructurada para realizar al victimario y sus entornos sobre la situación de la víctima antes de la muerte de la mujer y la posible existencia de violencia de género

# Anexo 3.

# Elementos a incluir en una entrevista semi-estructurada para realizar al victimario y sus entornos sobre la situación de la víctima antes de la muerte de la mujer y la posible existencia de violencia de género

*Preguntar sobre la existencia de algunas de estas conductas relacionadas con una situación de violencia en la relación interpersonal:*

1. *Violencia verbal y/o emocional:*
   - *Insultos, gritos, acercamiento físico intimidatorio.*
   - *Insistencia en considerar a la víctima loca, estúpida o inútil.*
   - *Manifestar celos y sospechas continuas.*
   - *Golpear las puertas.*
   - *Revisar sus cajones y pertenencias.*

2. *Violencia económica y patrimonial:*
   - *Control sobre el trabajo y el sueldo (puede llegar hasta retener el dinero).*
   - *Sustracción o destrucción de bienes, objetos, documentos personales, bienes, valores, recursos pertenecientes a la mujer para dañarla y controlarla.*
   - *No da acceso al dinero necesario para atender las necesidades de la familia.*

3. *Violencia social.*
   - *Aislamiento social. Le impide o dificulta la relaciones fuera de la pareja.*
   - *Impide que lo acompañe a actividades o impone su presencia a la fuerza.*
   - *Se hace la víctima en público diciendo que ella lo maltrata.*
   - *Denuncia a la víctima ante la policía.*

4. *Violencia sexual:*
   - *Trato degradante del sexo femenino.*
   - *Humillaciones con relación a la conducta sexual de ella*
   - *Coacción para mantener relaciones sexuales utilizando para la fuerza física o el chantaje emocional.*
   - *Violencia y agresiones durante el embarazo.*

5. *Violencia física:*
   - *Empujones.*
   - *Tirones de pelo.*
   - *Pellizcos.*
   - *Mordiscos.*
   - *Bofetadas.*
   - *Golpes con las manos o con objetos.*
   - *Patadas.*
   - *Quemaduras.*
   - *Amenazas de violencia física y amenazas de muerte.*
   - *Amenazas relacionadas con las hijas e hijos.*
   - *Humillaciones intensas y continuadas (descalificaciones, ridiculización).*
   - *Desautorización reiterada delante del resto de la familia y de terceras personas.*
   - *Control (escucha las conversaciones, lee los correos o los mensajes de móvil).*
   - *Le impide o dificulta el acceso al trabajo, al estudio o a cualquier otra actividad.*
   - *No le permite decidir ni participar en las decisiones. Decide por ella.*
   - *Incomunicación como forma de castigo: no escucha o , no habla.*
   - *Cambios de humor bruscos e injustificados ante una misma situación o comportamiento: tan pronto la alaba como la humilla.*
   - *Sentimiento de culpa y confusión generado por las correcciones constantes y por las manifestaciones que hace el maltratador con la intención de mostrarse él como la víctima.*
   - *Amenazas de suicidio.*
   - *La destrucción de objetos con un especial valor sentimental.*
   - *Maltrato de animales domésticos.*
   - *Privación de necesidades básicas (alimento, sueño, etc.).*

*¿Cuándo comenzaron las agresiones?*

-Durante el noviazgo.
-Durante el matrimonio.
-Al inicio de la convivencia.
-Durante el embarazo.
-Durante el proceso de separación.
-Otros.

*¿Hubo agresión a otras personas al margen de la familia?*

- Sí. ¿A quién?
- No.

*¿Lo hace habitualmente?*

- Sí. ¿A quién?
- No.

*¿Recibió alguna denuncia por parte de:*

- Su pareja o expareja?
- Familiares?
- Vecindario?
- Funcionarios policiales?
- Servicios sanitarios?
- Servicios de asistencia social?
- Otros?

*¿El presunto agresor fue denunciado por violencia de género por otra pareja o expareja?*

*¿Evolución de la violencia?*

- Frecuencia.
- Duración de las agresiones.
- Intensidad: ¿Alguna vez tuvo que recibir atención médica?

*¿Tiempo de evolución de la violencia?*

- El primer incidente.
- Un incidente típico y habitual.
- El incidente más grave o que más le impactó.

*¿Frecuencia de abuso en el último año anterior al homicidio?*

- Última agresión anterior al homicidio.

*¿Hora habitual de la violencia?*

*¿Lugar y momentos más frecuentes de utilizar la violencia?*

*¿En el momento de los hechos estaban sus hijos e hijas menores presentes? ¿Sufrieron algún daño?¿Hubo otros testigos?*

*¿Instrumentos lesivos empleados?*

*¿Agredió a alguna otra persona de la familia?*

# Anexo 4.

# Cuestionario semi-estructurado sobre la escena del crimen para utilizar ante testigos y con el victimario

# Anexo 4.

# Cuestionario semi-estructurado sobre la escena del crimen para utilizar ante testigos y con el victimario

**1. Cuestiones sobre el lugar de los hechos:**

- Sobre el lugar, especificar:
    - Dónde se contactó por primera vez con el agresor
    - Lugar del asalto.
    - Lugar de los hechos.
    - Lugar donde encontraron la víctima.
- En relación a cualquiera de los lugares recoger qué tipo de espacio era:
    - Urbano.
    - Rural.
    - Industrial, comercial, de negocios.
    - Agrícola.
    - Residencial.
    - Inhabitado.
    - Otros.
- ¿En el lugar vivía la víctima?
- ¿Era dónde trabajaba la víctima?
- ¿Había presencia potencial de testigos?
- Sobre el lugar de los hechos:
    - ¿Desconectó el teléfono, alarma, etc., para acceder al lugar?
    - ¿Fue robado, destrozado, etc.?
    - ¿Hay signos de que intentara destruir evidencias?
    - ¿Hay objetos simbólicos?
- ¿Escribió sobre la víctima o en la escena del crimen?:
    - ¿Qué escribió?
    - ¿Con qué escribió?

**2. Cuestiones sobre el modo como se desarrollaron los hechos:**

- Modo como se produjo el asalto o el acercamiento a la víctima:
    - Por engaño:
        - Figura de autoridad.
        - Persona de negocios.
        - Le ofreció ser modelo o posar para fotos.
        - Le ofreció trabajo, dinero, juguetes, etc.
        - Implicó a una urgencia familiar o enfermedad.
        - Quería “enseñarle algo”.
        - Pidió u ofreció asistencia.

- Accidente de tráfico.
- Solicitó una relación sexual.
- Ofreció transporte.
- Otros.

- Por sorpresa:
  - Fuera de un edificio.
  - En un edificio.
  - En un vehículo.
  - La víctima estaba durmiendo.
  - Otros:

- Por asalto físico repentino:
  - Actuando con exceso de fuerza (agarrándola y/o transportándola).
  - Golpeando a la víctima.
  - Utilizando algún tipo de arma o instrumento: descripción.
  - Otros.

- Grado de fuerza empleado por el agresor.

- Conducta de la víctima:
  - Tipo de resistencia:
    - Pasiva.
    - Verbal.
    - Física.

- Cambio súbito en la actitud o conducta del agresor durante el ataque:
  - Posible causa que la motivó:

- ¿Fue atada la víctima?:
  - Elemento utilizado:
    - Ropa.
    - Cinta.
    - Cuerdas.
    - Cadenas.
    - Esposas.
    - Otros.
  - Las evidencias sugieren que dicho elemento fue:
    - Trasladado a la escena por el agresor.
    - Encontrado en la escena.
    - Otras.
  - ¿Las ataduras fueron excesivas para el objetivo pretendido?
  - ¿Fue atada a otro objeto (cama, árbol, etc,)?
  - ¿Fue amordazada?
    - ¿Cómo?
    - ¿Con qué?
  - ¿Le taparon los ojos?
    - ¿Cómo?
    - ¿Con qué?
  - ¿Le cubrieron completamente la cara?
    - ¿Cómo?
    - ¿Con qué?

# Anexo 5.

# Lista de las personas que participaron en los procesos de consulta y revisión

# Anexo 5.

# Lista de las personas que participaron en los procesos de consulta y revisión

Las instituciones mencionadas son las donde trabajaban las personas participantes al momento de la consulta. Esperamos no haber olvidado a nadie; nos disculpamos de antemano si así fuere.

| | | |
|---|---|---|
| **Argentina** | María Raquel Asensio | Defensoría General de la Nación |
| | Sergio Alejandro Berni | Policía de Investigación |
| | Luis Alberto Bocio | Instituto Médico Forense |
| | Susana Chiarotti | Instituto de Género, Derecho y Desarrollo |
| | Sofia Egaña | Equipo de Antropología Forense de Argentina |
| | María Laura Garrigós | Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad de Buenos Aires |
| | Natalia Gherardi | Equipo Latinoamericano de Justicia y Género |
| | María Fernanda López Puleio | Ministerio Público de la Defensa |
| | Ricardo Luis Lorenzetti | Corte Suprema de Justicia |
| | Romina Pzellinsky | Procuraduría de la Nación |
| **Bolivia** | Andrés Flores Aguilar | Instituto de Investigaciones Forenses (IDIF) |
| | Rosa Lema | Policia - Fuerza Especial de Lucha contra la Violencia (FELCV) |
| | Diego Roca Saucedo | Escuela de Jueces del Estado |
| | Freddy Torrico Zambrana | Fiscalía General |
| | Margoth Vargas Jordán | Fiscalía de Santa Cruz - Víctimas Especiales y Protección de las Mujeres |
| **Brasil** | Renata Araujo Dos Santos | Policía Civil del Estado de Río de Janeiro |
| | Roberto Monteiro Gurgel Santos | Procuraduría |
| | Aline Yamamoto | Secretaria de Políticas para las Mujeres de la Presidencia de la República |
| **Colombia** | Isabel Agatón Santander | Centro de Investigación en Justicia y Estudios Críticos del Derecho |
| | Natalia Buenahora Streithorst | Fiscalía General de la Nación |
| | Alexandra Cárdenas | Sistema Nacional de Defensoría Pública |
| | Gloria Guzmán | Juzgado de Bogotá |
| | Patricia del Socorro Hernández Zambrano | Fiscal, Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz |

| | | |
|---|---|---|
| | Uldi Teresa Jimenez López | Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá |
| | María Dolores Morcillo Méndez | Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses |
| | Jackeline Salazar | Policía Nacional |
| | Carlos Valdés | Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses |
| **Costa Rica** | Jeannette Arias Meza | Corte Suprema de Justicia - Secretaría Técnica de Género |
| | Jorge Chavarría Guzmán | Fiscalía |
| | Eugenia Salazar Elizondo | Fiscalía Adjunta de Violencia Doméstica y Delitos Sexuales |
| **Chile** | Denisse Araya | ONG Raices |
| | Rubén Ballesteros | Corte Suprema de Justicia |
| | Patricio Bustos Street | Servicio Médico Legal |
| | Camila Maturana | Corporación Humanas |
| | Patricia Muñoz Garcia | Fiscalía General - Unidad Especializada en Delitos Sexuales y VIF |
| | Claudio Nash | Universidad de Chile |
| | Osvaldo Pizzarro Quezada | Defensoría Pública |
| | Andrés Rivera Duarte | Organización de transexuales por la dignidad de la diversidad |
| | Roberto Carlos Rodríguez Manríquez | Ministerio Público - Unidad Especializada de Responsabilidad Penal Juvenil y Violencia Intrafamiliar |
| | Soledad Rojas | Red Chilena de violencia hacia las mujeres |
| | Marcos Vásquez Meza | Policía de Investigación |
| **Ecuador** | Lucy Elena Blacio Pereira | Corte Suprema de Justicia |
| | Silvia Amparo Juma Gudiño | Fiscalía General |
| | Karina Peralta | Consejo de la Judicatura de la Función Judicial |
| | Omar Esteban Sevilla Narváez | Ministerio del Interior |
| **El Salvador** | Silvia Mercedes Berrios Velásquez | Fiscalía General de la República - Unidad de Delitos contra el Menor y la Mujer en la Relación Familiar |
| | Ima Rocío Guirola | Red Feminista Centro Americana |
| | Silvia Juárez | Organización de Mujeres Salvadoreñas por la Paz (ORMUSA) |
| | Aura Mercedes Morales Guerrero | Policía Nacional Civil - Departamento de Investigaciones |
| | Doris Luz Rivas Galindo | Corte Suprema de Justicia |
| | Paula Patricia Velásquez Centeno | Fiscalía General de la República |
| **España** | Juan M. Cartagena | Médico Forense Especialista en Medicina Legal |
| | Emilio Ginés | Federación de Asociaciones para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos |
| | Miguel Lorente | Profesor Titular de Medicina Legal, Universidad de Granada |
| **Francia** | Daniele Laborde | Delegada del Defensor de los Derechos Humanos, Marsella |

| | | |
|---|---|---|
| **Guatemala** | Thelma Esperanza Aldana de López | Tribunal Especializado |
| | Aura Teresa Colindres Román | Ministerio Público |
| | Aída Isabel Granillo Jordan | Ministerio Público - Fiscalía de Delitos Contra la Vida e Integridad de las Personas |
| | Angela Amelia León Chinchilla | Juzgado de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer de Chiquimula |
| | Hilda Marina Morales Trujillo | Ministerio Público -Departamento de Coordinación de Atención a la Víctima |
| | Alba Trejos | Comisión Presidencial para el Abordaje del Feminicidio en Guatemala |
| | Miguel Angel Urbina | Consultor independiente |
| **Honduras** | María Fátima Baide | Corte de Apelación |
| | Ingrid Figueroa | Fiscalía de la Mujer - Unidad Especializada en Femicidios |
| | Maritza Gallardo | OXFAM |
| | Gladys Lanza | Tribuna de Mujeres contra los Femicidios |
| | Mónica Maureira | OXFAM-Tribuna de Mujeres contra los Femicidios |
| **México** | Ana Lorena Delgadillo | Fundación para la Justicia |
| | Julia Estela Monárrez Fragoso | Colegio de la Frontera (COLEF), Ciudad Juárez |
| | Patricia Olamendi Torres | Experta, Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belem do Pará |
| **Nicaragua** | Elinda Castillo Chevez | Policia Nacional - Comisión de la Mujer y la Niñez |
| | Odett Emilia Leytón Delgado | Ministerio Público - Unidad Especializad contra la violencia de Género |
| | Alba Luz Ramos Vanegas | Poder Judicial - Corte Suprema de Justicia |
| | Angela Rosa Acevedo | Poder Judicial - Secretaria Técnica de Género |
| **Panamá** | Mayte Alemany | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Dora Arosemena | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Margarita Arosemena | Ministerio de Gobierno |
| | Calixta Arroyo | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Victor Atencio | Escuela del Ministerio Público |
| | Rafael Baloyes | Procuraduría General de la Nación |
| | Roberto Barrios | Dirección de Investigación Judicial (DIJ) |
| | Elayne Bressan | Instituto de Médicina Legal y Ciencias Forenses |
| | Eliska Candanedo | Instituto de Médicina Legal y Ciencias Forenses |
| | Arlene Castillo | Organo Judicial |
| | Maruquel Castroverde | Procuraduría General de la Nación |
| | Juana Cooke Camargo | Asociación Panameña para la Planificación Familiar (APLAFA) |
| | Abymelech Córdoba | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Markelda Coronado | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Elena Cossu | Procuraduría General de la Nación |
| | Luis Chang | Dirección de Investigación Judicial (DIJ) |
| | Irma de Arosemena | Organo Judicial |

| | | |
|---|---|---|
| | Jennifer Delgado | Defensoría del Pueblo |
| | Trinidad Domínguez Vásquez | Organo Judicial - Centro de Asistencia Legal Gratuita a Víctimas del Delito |
| | Diana Garcia | Organo Judicial |
| | Geomara Guerra De Jones | Procuraduría General de la Nación - Ministerio Público |
| | Militza Hernández | Organo Judicial |
| | Miguel Angel Herrera | Procuraduría General de la Nación - Ministerio Público |
| | Sayuri Herrera | Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses |
| | Anayansi Ibarra | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Edna Jaramillo | Procuraduría General de la Nación - Ministerio Público |
| | Liriola Leoteau | Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) - Panamá. |
| | Markelda Montenegro de Herrera | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Gladys Morán | Procuraduría General de la Nación |
| | Vicente Pachar | Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses |
| | Tulia Pardo | Procuraduría General de la Nación - Escuela del Ministerio Público |
| | Marlene Pérez | FUNDALCOM |
| | Adolfo Pineda | Procuraduría General de la Nación - Ministerio Público |
| | Betzaida Pitti | Procuraduría General de la Nación - Ministerio Público |
| | Cristina Quiel | Organo Judicial |
| | Otilia Quintanilla | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Abdiel Rentería | Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses |
| | Angela Russo | Abogada Litigante |
| | Aleyda Terán | Representante en Panamá del Comité de Expertas (CEVI) del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) |
| | Rodmán Tristán | Procuraduría General de la Nación - Ministerio Público |
| | Gladys Vallester de Broce | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Toribia Venado | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| | Luz Marina Vergara | Instituto Nacional de la Mujer (INAMU) |
| **Paraguay** | Andrea Arriola | Corte Suprema de Justicia |
| | Maria Mercedes Buongermini Palumbo | Corte Suprema de Justicia - Secretaría de género |
| | Porfiria Teresa Martinez Acosta | Fiscalía General del Estado - Unidad de trata de personas y explotación sexual de niños/as y adolescentes |

| | | |
|---|---|---|
| **Perú** | Gladys Acosta | Consultora |
| | Francisca Lucila Echaiz Ramos | Defensa Pública |
| | Rosario López Wong | Fiscalía General |
| | Ana María Mendieta Trefogli | Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables - Programa Nacional contra la violencia familiar y sexual |
| | Enrique Javier Mendoza Ramirez | Corte Suprema de Justicia |
| | Jeannette Llaja | Estudio para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (DEMUS) |
| **República Dominicana** | Migdalia Brown | Defensa Pública |
| | Magaly Caram | Asociación Dominicana Pro Bienestar de la Familia |
| | Jacinto Castillo | Escuela Nacional de la Judicatura |
| | Lourdes Contreras | Instituto Técnologico de Santo Domingo (INTEC) - Centro de Estudios del Género |
| | Héctor J. Díaz | Policia Nacional |
| | Olga Diná Llaverías | Procuraduría General de la República - Provincia de Santo Domingo |
| | Francisco Domínguez Brito | Procuraduría General de la República |
| | Mirta Duarte | Corte de Apelación Penal de la Provincia Duarte |
| | Lauro Emilio Durán | Procuraduría General de la República - Unidad de Atención a la Violencia de Género, Intrafamiliar y Delitos Sexuales |
| | Ana Falette | Instituto Nacional de Ciencias Forenses |
| | Martha Olga García Santamaría | Suprema Corte de Justicia |
| | Alejandrina Germán | Ministerio de la Mujer |
| | Mariano Germán Mejía | Suprema Corte de Justicia |
| | Iluminada González | Poder Judicial - Observatorio de Justicia y Género |
| | María Grullón | Instituto Nacional de Ciencias Forenses |
| | María Hernández | Procuraduría General de la República - Oficina de Servicios de Representación Legal a las Víctimas y Testigos |
| | Carmen Rosa Aida Hernández de Pastor | Poder Judicial - Dirección de Familia, Niñez, Adolescencia y Género |
| | Yanira Lara | Patronato de Apoyo a Casos de Mujeres Maltratadas (PACAM) |
| | Natiaski Marmolejos | Procuraduría General de la República - Departamento de Asuntos de la Mujer |
| | Teresa Martínez | Policía Nacional - Policía Especializada de Violencia de Género |
| | Zoila Martínez Guante | Defensoría del Pueblo |
| | Agnés Mirqueya Mateo Pérez | Universidad Autónoma de Santo Domingo - Instituto de Estudio e Investigación de Género |
| | Deisy Indhira Montas | Juzgado de Primera Instancia de la Provincia de Santo Domingo |

| | | |
|---|---|---|
| | Marilyn Pérez | Ministerio de la Mujer - Departamento de No Violencia |
| | Susi Pola | Profamilia |
| | Manuel Ramírez Suzaña | Corte de Apelación San Juan de la Maguana |
| | Roxanna Patricia Reyes Acosta | Procuraduría General de la República |
| | Johanna Reyes Hernández | Procuraduría General de la Nación - Distrito Judicial de La Vega |
| | Yeni Berenice Reynoso | Procuraduría General de la República |
| | Dulce Rodríguez de Goris | Comisión para la Igualdad de Género del Poder Judicial |
| | Natividad Ramona Santos | Tribunal Colegiado del Distrito Nacional |
| | Isaura Suárez | Procuraduría General de la República - Provincia de Santo Domingo |
| | Yildalina Tatem | Poder Judicial - Políticas Públicas |
| | Sarah Veras Alamanzar | Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional |
| | Luis Vergés | Centro de Intervención Conductual para Hombres |
| | Ana Andrea Villa Camacho | Procuraduría Nacional de la República |
| **Venezuela** | Jesús Gerardo Peña Rolando | Fiscalía General |
| | Octavio José Sisco Ricciardi | Tribunal Supremo de Justicia |
| **Uruguay** | María de los Angeles Camiño Moreno | Fiscalía de la Corte |
| | Julio Ernesto Olivera Negrin | Corte Suprema de Justicia |
| **Entidades internacionales** | Luz Entrena | Conferencia de Ministros de Justicia de Países Iberoamericanos (COMJIB) |
| | Raquel Lozano Marcos | COMMCA/SICA |
| | Luz Patricia Mejía Guerrero | Comisión Interamericana de Mujeres |
| | Laura Monge Cantero | Consejo Centroamericano y del Caribe de Ministerios Públicos |
| | Miriam Martha Torrez Sánchez | Comisión de Jefes y Directores de Policía de Centroamérica, México y El Caribe |
| | Glenda Alicia Vaquerano Cruz | Sistema de Integración Centroamericana (SICA) - División de Seguridad |
| **Entidades de las Naciones Unidas** | Bibiana Aído Almagro | ONU Mujeres |
| | Camilo Bernal | OACNUDH - Consultor |
| | Verónica Birga | OACNUDH |
| | Iris Blanc | ONU Mujeres |
| | María Carrasco Pueyo | OACNUDH |
| | Carmen De La Cruz | PNUD |
| | Tilcia Delgado | OACNUDH |
| | Caterina De Tena | ONU Mujeres |
| | Gabriela Dutra | PNUD |
| | Ibett Estrada | OACNUDH - Consultora |
| | Jeannie Ferreras | OACNUDH |
| | Laura Flores | UNFPA |
| | Nadine Gasman | ONU Mujeres |
| | Harold Guerra | ONU Mujeres |

| | | |
|---|---|---|
| | Soraya Hoyos | ONU Mujeres |
| | Freddy Huaraz | OACNUDH |
| | Amerigo Incalcaterra | OACNUDH |
| | Maria Isabel Miguel | ONU Mujeres |
| | Clemencia Muñoz | ONU Mujeres |
| | Maria Soledad Pazo | OACNUDH |
| | Eider Pérez de Heredia | ONU Mujeres |
| | Silvia Pimentel | Comité de la CEDAW |
| | Moni Pizani | ONU Mujeres |
| | Carmen Liliana Reyes | OACNUDH |
| | Elisabeth Robert | ONU Mujeres |
| | Françoise Roth | OACNUDH |
| | Dayanara Salazar | UNFPA |
| | Kathy Taylor | UNFPA |
| | Carmen Rosa Villa | OACNUDH |
| | Walter Vizcarra | UNODC |
| | Margarita Zambrano | OACNUDH |

La relevancia del Modelo de Protocolo reposa en el hecho que su finalidad es práctica, que su contenido responde a una demanda manifiesta de las instituciones nacionales, y que su proceso de elaboración fue participativo e involucró profesionales de los sistemas de justicia de toda América Latina. Es un ejemplo del trabajo mancomunado de las Naciones Unidas con instituciones y organizaciones nacionales y regionales, que permitió resaltar e incorporar sus conocimientos y experiencias en el desarrollo de una herramienta que contribuye a abordar y desafiar la falta de rendición de cuenta en materia de violencia letal contra las mujeres.

**Profesora Rashida Manjoo,**
**Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias**

ONU MUJERES

Latinoamérica
Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner FIN A LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Naciones Unidas
Derechos Humanos
ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS
*Oficina para América Central*