

GÉNERO, SEXUALIDADES Y DERECHOS HUMANOS

Revista Electrónica Semestral del Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos

VOL. I • N° 02 • Julio 2013

DOSSIER: VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

Imagen:
Liú Marino
www.non-liu.com

 Centro de
Derechos
Humanos

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

- › Dossier: Violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico
- › Estrategias e iniciativas para el avance de los derechos humanos
- › Publicación recomendada
- › Entrevistas
- › Envío de artículos

 FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

CONTENIDOS

VOL. I • Nº 02 • Julio 2013

	3
>	5
	15
	32
	37
>	43
	49
>	60
>	62
	64
	66
>	68

PRESENTACIÓN

Este segundo número de la Revista "Género, Sexualidades y Derechos Humanos" presenta un dossier dedicado a la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico, que recorre esta materia desde diversas miradas: Julieta Di Corleto propone un argumento contrario a la prohibición absoluta de las medidas alternativas a la prisión en casos de violencia; Patsilí Toledo se refiere a la tipificación del femicidio en México en atención a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, mientras que María Paula Poblete y Laura Iseas exponen la necesidad de un abordaje integral e intersectorial en la respuesta estatal a la violencia de género en Chile y Argentina, respectivamente.

Luego, la sección dedicada a estrategias e iniciativas para el avance de los derechos humanos recoge, por una parte, la experiencia del litigio estratégico que en Perú consiguió la declaración de inconstitucionalidad de una norma del Código Penal que limitaba gravemente la autonomía sexual de las y los adolescentes del país, y por otra, se analiza el proyecto de ley de identidad de género que se discute actualmente en el Congreso chileno.

Esperando que, como señalamos en nuestra edición anterior, esta Revista sea una herramienta de utilidad para quienes trabajan en el avance de los derechos de las mujeres y la promoción de la igualdad de género, quisiera finalmente agradecer la excelente recepción que tuvo la convocatoria para presentar artículos a este número e invitar desde ya a nuestras lectoras y lectores a enviar sus contribuciones para participar en el proceso de selección de artículos a ser publicados en nuestra edición de diciembre.

Nicole Lacrampette
Editora

DOSSIER: VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

Introducción

En el último tiempo, América Latina ha sido escenario de diferentes debates en relación con la violencia de género. En estas discusiones, la premisa ha sido que la violencia sexista tiene su origen en la desigualdad de poder entre hombres y mujeres y que, con independencia de las particularidades de cualquier relación conflictiva, el germen de esta desigualdad se sitúa en el plano político, económico y social.¹

Como parte de un conjunto de medidas que tenían como objetivo revertir la subordinación, varios países de la región promovieron importantes reformas legales centradas en el derecho penal. El primero de los cambios fue la eliminación del requisito de la resistencia en el delito de violación, luego se incluyó el delito de trata de personas, y finalmente se incorporó el femicidio como uno de los crímenes de género más sensibles.²

Más recientemente, el interés por el derecho represivo se ha propagado al rechazo de las medidas alternativas a la prisión en casos de violencia de género. Esta posición se ha afianzado al amparo del derecho internacional de los derechos humanos, desde donde se ha celebrado que

estos mecanismos no sean aplicados cuando está en juego la integridad de las mujeres.³

La crítica a las medidas alternativas a la prisión debe ser elogiada en tanto cuestiona la inequidad de los sistemas de administración de justicia que mantienen en la impunidad los crímenes contra las mujeres. Sin embargo, así como para la teoría legal feminista es importante impugnar las normas pretendidamente neutrales que tienen un impacto diferencial en determinados colectivos, también es ineludible alertar sobre las dificultades de diseñar categorías específicas o excepciones que refuerzan el pensamiento estereotipado respecto de las mujeres.⁴

Mi argumento es que incluso cuando la concesión de medidas alternativas a la prisión sea problemática a raíz de las dificultades de las mujeres para hacer valer sus derechos en la justicia penal y en función de las especificidades del ciclo de la violencia, una regla que las deniegue en cualquier supuesto tampoco permite sortear todos los obstáculos que enfrentan cuando denuncian los delitos que las dañan.

Pensar el derecho penal con perspectiva de género exige mucho más que diseñar normas categóricas susceptibles de ser aplicadas a una infinidad de supuestos, pero inidóneas para resolver conflictos en concreto. La relación de las mujeres con el derecho penal demanda una reflexión profunda sobre un tema complejo. En consecuencia, una respuesta efectiva probablemente no será sencilla ni fácil de alcanzar.

* Abogada con Diploma de Honor (UBA). LL.M (Harvard University). Candidata doctoral en historia (UdeSA). Secretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación. Docente en grado y posgrado de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

1 BODELON, E. La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. En: LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., RUBIO, A. (coord.). Género, violencia y derecho. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 223 y ss.

2 CABAL, L., LEMAITRE, J. y ROA, M. (eds.). Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina. Bogotá, Editorial Temis, 2001; VILLANUEVA FLORES, R. Tipificar el feminicidio: ¿la "huida" simplista al derecho penal? En: CHIAROTTI, S. (ed.). Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del feminicidio/femicidio. Lima, Cladem, 2011, pp. 147 y ss.

3 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 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. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60. 3 de noviembre de 2011. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>> [Consulta: 3 de Julio de 2013].

4 MINOW, M. Making all the difference: Inclusion, exclusion, and American law. New York, Cornell University Press, 1990; BARTLETT, K. T. Métodos jurídicos feministas. En: FERNÁNDEZ, M. y MORALES, F. (coords.). Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Lima, Palestra, 2011.

Para desarrollar mi argumento, en primer lugar, haré mención a los aportes de la teoría legal feminista a la práctica jurídico penal. Esta sección permitirá comprender las razones por las cuales se ha respaldado e incluso incentivado la intervención del derecho penal en temas de género. A continuación, haré una breve reseña de las medidas alternativas a la prisión previstas en la legislación de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile y Paraguay. Esta recensión advierte sobre la posibilidad de que muchas situaciones de violencia de género sean resueltas sin recurrir a la pena privativa de la libertad. En la siguiente sección expondré algunas de las tensiones de las demandas de mayor criminalización lideradas por el feminismo. Finalmente, presentaré algunas pautas para reflexionar en qué supuestos y bajo qué condiciones sería factible promover medidas alternativas a la prisión en casos de violencia contra las mujeres.

La teoría legal feminista y la práctica jurídico-penal

Uno de los grandes desafíos de la teoría legal feminista ha sido abrir un espacio de discusión con el derecho penal, una rama especialmente sometida al dominio masculino. Entre las especificidades de esta relación está el género de sus actores, y la sensibilidad de la materia: el derecho penal está mayormente volcado al tratamiento de asuntos “masculinos” con perspectivas “masculinas”; y el feminismo debe adaptar estas normas y prácticas al tratamiento de víctimas que generalmente han quedado fuera del marco de consideración.⁵

Como parte de este intercambio, la teoría legal feminista ha cuestionado la predictibilidad, certeza y firmeza de las normas penales, así como también la falta de consideración del punto de vista de los excluidos.⁶ Las cláusulas que eximían de pena al agresor que se casaba con la víctima de la violación sexual o el antiguo reconocimiento al derecho de corrección de los maridos son ejemplos paradigmáticos del sesgo de género en la legislación penal.

A través de la “pregunta de la mujer”, la teoría legal feminista también ha colocado en el centro de todas las indagaciones a las múltiples experiencias de las mujeres. Este método pretende develar la divergencia entre la ley y su aplicación, teniendo en cuenta la heterogeneidad del grupo⁷. La pregunta de la mujer expone cómo el derecho penal, en forma silenciosa y sin justificación alguna, ha encubierto la perspectiva de las mujeres con todas sus diferencias⁸: el resultado de este examen es que el poder punitivo del estado es inequitativo e ineficaz en la protección de los derechos de las mujeres.

Como estrategia para denunciar esta ineficacia, con la intención de revertir la creencia de que la violencia de género es un asunto privado, desde la teoría legal feminista se ha reclamado una mayor intervención penal. Dado que el maltrato sexista refuerza y legitima la discriminación, la pena se concibe como un instrumento a través del cual sancionar las conductas de quienes actúan en un ambiente cultural que amplifica los perjuicios para las víctimas. La sanción penal envía un mensaje a la sociedad sobre la importancia de proteger a grupos históricamente desaventajados. Por ello, la razón principal por la cual las feministas forjaron una alianza con el derecho penal fue la necesidad de que la sociedad en general y los operadores de justicia en particular asumieran que la violencia contra las mujeres era conflicto que merecía una atención preponderante.

Haciéndose eco de las denuncias sobre la dificultad para acceder a la justicia por parte de las mujeres maltratadas, el derecho internacional de los derechos humanos también cuestionó la distancia entre los principios legales y su aplicación en la práctica cotidiana. En el sistema interamericano, el caso emblemático es *María da Penha vs. Brasil*, en el cual la Comisión hizo responsable al estado por la impunidad frente a la violencia sufrida por la víctima en manos de su ex pareja. Para la Comisión, dicha situación era parte de un patrón sistemático de ineffectividad judicial que no sólo violaba

5 SCHULHOFER, S. Feminist Challenge in Criminal Law. *University of Pennsylvania Law Review* 143(6):2151-2208, 1995.

6 BARTLETT, K.T. Métodos jurídicos feministas. Op. cit., pp. 24 y ss.

7 *Ibid.*, pp. 29 y ss.

8 *Ibid.*, pp. 31 y ss.

la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes⁹.

Esta línea jurisprudencial fue profundizada en los casos *Penal Castro Castro vs. Perú*, *Fernández Ortega vs. México*, *Rosendo Cantú vs. México* y *Campo Algodonero vs. México*¹⁰. En estos precedentes la Corte Interamericana reafirmó la importancia de evitar la impunidad en crímenes de género pues de esta forma se “envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”¹¹. Desarrollando la teoría de la “obligación procesal”, el Tribunal Interamericano reforzó el rol del derecho penal al establecer que el estado tiene la obligación de iniciar una investigación oficial cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en un contexto general de violencia contra las mujeres. Finalmente, a la par de brindar lineamientos precisos sobre los estándares de debida diligencia, la Corte determinó 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”¹².

De acuerdo con esta formulación, resulta discriminatorio que el estado avale una norma o una práctica judicial

que evite el castigo de la violencia de género. El sexismo no es un fenómeno aislado consecuencia de un conflicto individual, sino que es parte de la discriminación estructural que afecta a todas las mujeres.

Medidas alternativas a la prisión

Las medidas alternativas a la prisión tienen como objetivo declarado evitar la imposición efectiva de una pena privativa de la libertad y todas sus consecuencias. En sus diferentes variantes, éstas no eximen al supuesto autor de cualquier obligación, ya que conllevan el cumplimiento de medidas coactivas y de reparación¹³.

Las medidas alternativas a la prisión han sido validadas por diversos instrumentos internacionales. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) comprometen a los estados a proporcionar otras opciones sancionatorias. En el mismo sentido, las Directrices sobre la función de los fiscales, la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, reservan la pena de prisión para los casos más graves y promueven otras sanciones para los delitos de escasa entidad.

Una de las medidas alternativas a la prisión más extendida es la que se integra con formas de control que pueden imponerse en una etapa anterior del proceso, interrumpiéndolo y habilitando la posterior extinción de la acción. Estos sustitutivos penales están acompañados por restricciones a la libertad ambulatoria que pueden incluir la prohibición de concurrencia a determinados sitios o la obligación de presentarse periódicamente ante los tribunales.

En América Latina, varios países prevén este tipo de medidas con la finalidad de disminuir los altos índices

9 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe 54/01. Maria Da Penha Maia Fernández. Brasil. [En línea] 16 de abril de 2001, p. 56. <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>> [Consulta: 3 de Julio de 2013].

10 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; 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.

11 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Op. cit., párr. 400.

12 *Ibíd.*, párr. 396.

13 CARLES, R. Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal. *Revista Derecho Penal* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina) I(1):3-23, 2012. Pp. 4 y ss.

de encarcelamiento. En Argentina, el mecanismo que asegura una medida alternativa a la prisión es la suspensión de juicio a prueba, prevista para los delitos que puedan tener condena condicional, es decir, cuyo mínimo no supere los tres años de prisión. La habilitación del mecanismo simplificado está supeditada a la obtención del dictamen favorable del fiscal y el ofrecimiento de una reparación para la víctima. Si el imputado cumple la totalidad de las reglas de conducta y el trabajo comunitario eventualmente impuesto por el juez, transcurrido el plazo sin que haya cometido un nuevo delito, la acción se extingue y el beneficiario no tendrá registro penal alguno¹⁴.

En la República Federativa de Brasil, el artículo 89 de la ley 9099/95 regula la suspensión condicional del proceso, instituto que permite suspender el proceso para delitos cuya pena mínima no sea superior a un año, siempre que el acusado no haya sido condenado con anterioridad y que proceda la condena condicional. El juez podrá suspender el proceso por dos o cuatro años, con la condición de que repare el daño, no concurra a determinados lugares y cumpla con las demás condiciones que se especifiquen judicialmente. Si durante el lapso fijado, el beneficiario cumple con todos los requisitos y no resulta procesado por otro delito, la acción se extinguirá.

Otro de los países que tiene regulada la suspensión condicional del proceso es Bolivia. Según su legislación, este instituto es aplicable cuando la pena pueda dejarse en suspenso, cuando el beneficiario no haya sido condenado por un delito doloso en los cinco últimos años, y siempre que el juez haya comprobado que se ha reparado el daño ocasionado a la víctima o firmado un acuerdo para hacerlo. El juez podrá suspender el procedimiento por un período no menor a un año, ni mayor a tres, imponiendo las reglas que considere convenientes. Entre éstas, el órgano jurisdiccional puede incluir la prohibición de frecuentar determinados lugares o personas, la realización de trabajos comunitarios, la prohibición de tener o portar armas, la obligación a someterse a un tratamiento médico o psicológico, y cualquier otra

que considere conveniente para su reintegración social. Transcurrido el plazo fijado, si el beneficiario cumplió con todos los requisitos, la acción se extingue¹⁵. Asimismo, la ley 348 "Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia" establece que se puede recurrir a una sanción alternativa siempre que el autor no sea reincidente y cuando la pena a imponer no sea mayor a tres años, o cuando el condenado a una pena superior a tres años haya cumplido al menos la mitad en prisión. Entre las sanciones alternativas la ley cuenta con la multa, la detención de fin de semana, el trabajo comunitario, las medidas de seguridad, la inhabilitación, y el cumplimiento de instrucciones.

Para el caso de Chile, el Código Procesal Penal dispone que el fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez la suspensión condicional del procedimiento, si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad; si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; y si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso. En la audiencia deberá estar presente el defensor y eventualmente el querellante y la víctima deberán ser oídos previo a la concesión de la suspensión. Por su parte, el juez debe establecer las condiciones que debe cumplir el imputado por un plazo que no será inferior a un año, ni mayor a tres. Entre las obligaciones el juez podrá exigir abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas, indemnizar a la víctima, y cualquier otra medida que sea pertinente para el caso. Si transcurre el plazo sin que la suspensión fuere revocada, la acción penal se extingue. Finalmente, la ley prevé la existencia de acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, y es obligación del juez verificar si éste fue alcanzado en forma libre. Si el consentimiento no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal (por ejemplo, por el hecho de que el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos similares), el juez deberá rechazar el acuerdo¹⁶.

14 BOVINO, A. La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentina. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001; VITALE, G. Suspensión del proceso penal a prueba. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

15 BOLIVIA. Código de Procedimiento Civil. Arts. 23, 24 y 25.

16 CHILE. Código Procesal Penal. Arts. 237-245.

También en Paraguay está regulada la suspensión condicional del procedimiento. La norma en cuestión establece que "Cuando sea posible la suspensión a prueba de la ejecución de la condena... las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento. Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez dispondrá la suspensión condicional del procedimiento, siempre que ... haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación...". Al resolver la suspensión del procedimiento, el juez fijará un plazo de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres, y determinará las condiciones y reglas a cumplir, entre las que podrá incluir la prohibición de frecuentar determinados lugares; prestar trabajo a favor del estado o de instituciones de asistencia pública; someterse a tratamiento médico o psicológico, si es necesario; la prohibición de tener o portar armas; y cualquier otra que considere conveniente para la reintegración del sometido a prueba¹⁷.

En razón de los tipos penales eventualmente aplicables, varias situaciones de violencia de género podrían ser resueltas a través de estos institutos. Sin embargo, su utilización en forma desproporcionada importará la misma vulneración a la garantía contra no discriminación denunciada ante el sistema interamericano de derechos humanos. Si los casos de violencia de género están sobrerrepresentados en las estadísticas sobre mecanismos que permiten sortear el cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad, éstos desvirtuarán el capital simbólico del derecho penal. En este sentido, si un determinado colectivo está expuesto a un riesgo especial de sufrir violencia, resultaría legítimo impedir que se apliquen medidas alternativas al encierro, de la misma manera que también es legítimo prever penas diferenciadas¹⁸.

En consonancia con estos lineamientos, en su informe "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"¹⁹, la Comisión Interamericana ha avalado el rechazo a las medidas alternativas para supuestos de violencia de género. En dicha publicación, la Comisión celebró el dictado de dos sentencias por parte de la Cámara de Casación Penal de Argentina, mediante las cuales se denegaron medidas alternativas en casos de abuso sexual simple²⁰. En el primer expediente estaba involucrado un extraño, quien en la vía pública, por vías de hecho, de manera sorpresiva, tocó los pechos de la víctima por sobre su ropa. En el segundo, una niña de 3 años sufrió lesiones de carácter grave (entre otras, quemaduras producidas por cigarrillos y hematomas) por parte del concubino de su progenitora.

En ambas sentencias, cuyos argumentos fueron recientemente avalados por la Corte Suprema de Justicia de Argentina²¹, se sostuvo que la Convención de Belém do Pará obliga a los estados a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, por lo que en esos casos "ni el legislador, ni las autoridades competentes para la persecución penal, gozan de discreción en la decisión acerca de la promoción o continuación de la persecución penal"²². En esa línea, se sostuvo que la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos delictivos, por lo que su concesión atenta contra la respuesta penal exigida por la Convención²³.

17 PARAGUAY. Código Procesal Penal de la República del Paraguay. Arts. 21-23.

18 LAURENZO, P. La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo. En: LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., RUBIO, A. (coord.). Género, violencia y derecho. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 283; SANCHEZ, M. A. La perspectiva de género en el derecho penal español. En: FARALDO CABANA, F., SKULJ, A. I. Género y sistema penal. Una perspectiva internacional. Granada, Editorial Comares, 2008, pp. 3 y ss.

19 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 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. Op. cit., párr. 68 y ss.

20 El artículo 19 del Código Penal de Argentina establece que el abuso sexual simple será pasible de una pena de 6 meses a 4 años de prisión.

21 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Góngora, Gabriel Arnaldo, causa n° 14.092, 23 de abril de 2013.

22 CÁMARA DE CASACIÓN PENAL ARGENTINA. Sala II, Ortega, René Vicente s/ recurso de casación, 7 de diciembre de 2010.

23 CÁMARA DE CASACIÓN PENAL ARGENTINA. Sala II, Calle Aliaga, Marcelo s/ recurso de casación, 30 de noviembre de 2010.

El rechazo a las soluciones alternativas a la prisión resulta comprensible a la luz de la relación de la teoría legal feminista con el derecho penal, y las dificultades que han existido para hacer visible la violencia de género. Para un colectivo históricamente subordinado, la interpretación de la Convención de Belém do Pará en el sentido de que obliga a la investigación y sanción representa la posibilidad de que las medidas alternativas no constituyan el recurso legal para la desprotección de las mujeres. Sin embargo, la profundización de una agenda centrada en el derecho penal, no está exenta de problemas que inciden en la efectividad de la respuesta que se busca.

Entre lo legítimo y lo ineficaz: paradojas del uso del poder punitivo

La propagación de la criminalización pone en evidencia las posiciones de ventaja y desventaja, de fuerza y vulnerabilidad, y también de inclusión y exclusión. Sin embargo, para el caso de las mujeres, este reparto de poder no es prístino pues la penalización de una conducta no sólo no revierte la desigualdad estructural, sino que tampoco uniforma las diferentes variables sociales que cada mujer porta²⁴. En este sentido, más allá de que se puede reivindicar el uso de la sanción privativa de la libertad, existen argumentos políticos y pragmáticos que impugnan su utilización para cualquier supuesto de violencia de género.

En primer lugar, es sabido que la criminalización transforma los significados que la teoría legal feminista pretende dar a la violencia. Con su lógica adversarial, el juicio penal vacía de contenido a la política feminista en tanto convierte un conflicto social en un asunto interpersonal²⁵. Bajo el prisma del castigo, donde la responsabilidad penal es siempre personal, aquello que se denuncia como social y político queda reducido a

un conflicto particular entre el agresor y la víctima²⁶. Adicionalmente, la mujer que sufre una desigualdad social pierde su protagonismo al ser desplazada por la mujer víctima de violencia a quien fácilmente le asignan falsos estereotipos que limitan su suerte en el proceso penal²⁷.

En segundo término, la penalización extrema no ha tenido buenos resultados en todas las latitudes. Las políticas que promueven la persecución penal de oficio en cualquier supuesto tienen consecuencias perjudiciales para muchas mujeres a quienes el sistema se les vuelve en su contra. Como su nombre lo indica, el ciclo de la violencia es un proceso gradual plagado de sentimientos ambivalentes. Una mujer estará en condiciones de denunciar a su agresor cuando logre desnaturalizar la violencia, pero eso no significa que le será fácil confiar en personas extrañas o que transitará el procedimiento sin contradicciones. El abandono de una relación violenta no es un proceso sencillo: sin contar los casos de dependencia emocional, cuando hay hijos en común o cuando la mujer carece de autosuficiencia económica, realizar una denuncia y mantenerla hasta la imposición de una pena privativa de la libertad puede ser especialmente difícil sin una red de contención económica y emocional. De allí que sean frecuentes los supuestos en los que la mujer retira la denuncia o expresa su voluntad de no asistir al juicio, con la consecuente amenaza de una sanción penal por desobediencia o falso testimonio²⁸.

A ello se suma que los estudios empíricos sobre esta política son equívocos. En los Estados Unidos de América, después de la rápida y acrítica aceptación del Experimento de Minneapolis, por el cual se fomentaron las medidas de arresto obligatorio, otros estudios establecieron que la prisión no auguraba un resultado preventivo a largo plazo sino que, por el contrario, podía

24 BARATTA, A. El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. *En*: BIRGIN, H. (comp.). Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal. Buenos Aires, Biblos, 2000, p. 57.

25 BODELON, E. La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. *Op. cit.*, pp. 231 y ss.

26 PITCH, T. Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 2003, 136p.

27 BODELON, E. La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. *Op. cit.*

28 LARRAURI, E. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 79 y ss.

tener un efecto de “escalada”²⁹. Ello sin perjuicio de que una pretendida respuesta punitiva más contundente puede amplificar el sesgo de género en el archivo de las denuncias, o incluso afectar la voluntad de las mujeres de denunciarla cuando es seguro que la reacción estatal será la pena privativa de la libertad. Si finalmente el hecho se denuncia, el problema se desencadena cuando la víctima se niega a ratificar la denuncia o a declarar en un juicio y el derecho penal no ofrece otra respuesta que la impunidad para el autor y la desconfianza hacia la víctima³⁰.

Por último, si bien es cierto que los maltratos pueden variar en intensidad, ello no obsta a que la denominación sea “violencia de género” para todos los casos. Esta afirmación no pretende reconocer diferentes causas y menos aún fragmentar la violencia sexista. Por el contrario, apunta a reflexionar sobre los diferentes tipos de violencia sin banalizarla, y a establecer una sanción proporcionada a la severidad de la conducta. El uso sistemático de la violencia, las amenazas y otras tácticas utilizadas para ejercer el poder, atemorizar y controlar son una de las formas más extremas del maltrato. Por otra parte, la heterogeneidad de las víctimas y la diversidad de sus contextos exigen que se contemplen otras formas de discriminación, como las desventajas económicas, la edad, la situación migratoria o una discapacidad. Así, una solución dicotómica por el castigo o la impunidad no podrá resolver situaciones que siempre tienen diversos matices.

En síntesis estos argumentos que unen la teoría con la práctica feminista alertan sobre los desafíos de considerar sólo una respuesta a favor o en contra del castigo. Las respuestas punitivas, tradicionalmente patriarcales, no fueron concebidas con conocimiento de las implicancias de la violencia de género o de la multiplicidad de derechos en juego.

²⁹ SCHULHOFER, S. *Feminist Challenge in Criminal Law*. Op. cit.

³⁰ LARRAURI, E. Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia y algunas respuestas del feminismo oficial. En: LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., RUBIO, A. (coord.). *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 255.

La justicia penal con perspectiva de género

Así como la utilización de mecanismos alternativos a la prisión en todos los casos de violencia de género puede resultar discriminatoria, la prohibición de otorgarlo para cualquier supuesto puede ser arbitraria. Si el objetivo principal es proteger a la mujer maltratada, la respuesta a la violencia sexista debe evitar soluciones unitarias y uniformes lejanas a las particularidades de cada caso³¹.

La Convención de Belém do Pará insta a los Estados a prevenir, investigar y sancionar la violencia de género, pero no exige que todo supuesto de violencia reciba una pena privativa de la libertad luego de un juicio. Con independencia de cuál sea la sanción que se aplique, la finalidad principal de este tratado es adoptar las medidas necesarias para garantizar una prevención efectiva. En este sentido, si el objetivo excluyente de la Convención fuera el castigo penal, las conductas de los consumidores de pornografía, de los clientes de la prostitución o de los acosadores sexuales en el trabajo también deberían tener recepción en el catálogo de prohibiciones del derecho penal. Sin embargo, la Convención no avanza sobre los márgenes de discrecionalidad que le caben a los estados para regular las acciones u omisiones que deben criminalizar. Ello no significa que la violencia sexista deba mantenerse impune, sino antes bien llamar la atención sobre la inconveniencia de argumentar que, fruto de las obligaciones impuestas por la Convención de Belém do Pará, los estados tienen el deber de disponer una sanción penal para todo supuesto de violencia de género.

Tampoco se podría argumentar que, por la naturaleza del delito imputado, una persona puede ver restringida su posibilidad de acceder a derechos previstos en el ordenamiento positivo, prohibición que podría ser igualmente aplicable a la prescripción de la acción. Una prohibición de estas características es similar al establecimiento de limitaciones generales a los regímenes excarcelatorios, restricción que fue vedada

³¹ La metodología feminista considera inadecuado un método que exija que todas las decisiones que se tomen sean a favor de las demandantes mujeres. Sobre la arbitrariedad de esta medida: BARTLETT, K.T. *Métodos jurídicos feministas*. Op. cit, p. 47.

en el sistema interamericano de derechos humanos³². En consecuencia, la denegación de estas medidas alternativas a la prisión también puede resultar discriminatoria si esa decisión no persigue un objetivo legítimo, resulta innecesaria o desproporcionada para las circunstancias del caso³³.

La recensión de los regímenes normativos de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile y Paraguay advierten sobre la existencia de institutos legales que permiten, de acuerdo con la gravedad de cada delito, condicionar la imposición de una pena al cumplimiento de ciertas reglas de conducta. Correctamente interpretados, teniendo como parámetro la gravedad del hecho atribuido y la situación personal de la víctima, estos institutos pueden constituir vías para prevenir eficazmente la violencia futura y reparar en forma adecuada a la víctima.

La gravedad del hecho imputado

Para la concesión de mecanismos alternativos a la prisión, las legislaciones reseñadas establecen criterios respecto del marco punitivo previsto para el delito imputado, y en algunos casos incluso exigen una evaluación de sus características y motivaciones. Así concebidas, estas fórmulas permiten proyectar una respuesta sensible a la problemática de género.

Teniendo en cuenta las características del ciclo de la violencia, y tomando en cuenta que la Convención de Belém do Pará impone a los estados un esfuerzo adicional en su prevención, es posible afirmar que cuanto más grave sea el delito, más grande será el riesgo de reiteración del ataque, y por tanto, mayor debe ser el interés del estado en continuar la investigación, con independencia de la voluntad de la víctima³⁴.

Con este mismo criterio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo oportunidad de resolver un caso en el que se cuestionaron las facultades discrecionales de las autoridades públicas para continuar una investigación de violencia doméstica. La petición fue presentada por Nahide Opuz quien, junto con su madre, durante años sufrió el maltrato de su marido. Si bien ambas realizaron varias denuncias para detener la violencia, éstas no prosperaron porque las retiraban en razón de recibir amenazas o por decisión de las autoridades. La última de estas denuncias fue realizada por la madre de la Sra. Opuz, pero la fiscalía sólo llamó a prestar declaración al agresor; y aproximadamente dos semanas después, éste la asesinó³⁵.

En el caso *Opuz v. Turkey* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el estado había violado la obligación de proteger a la mujer respecto de la violencia doméstica. Tras analizar la regulación y práctica de los países de su región, estableció algunos lineamientos sobre la discrecionalidad de la acción en estos supuestos. Para el Tribunal, las pautas a tener en cuenta para decidir si acusar o no son: la gravedad del delito, si los daños padecidos son físicos o psicológicos, si el acusado usó un arma, si el acusado amenazó a la mujer luego del ataque, si el acusado había planificado la agresión, los efectos del ataque respecto de algún niño que viviera en el hogar, la probabilidad de que el acusado vuelva a delinquir, la amenaza constante a la salud y la seguridad de la víctima o de cualquier otra persona vinculada, el estado actual de la relación de la víctima con el acusado, la historia de la relación (en especial si hubo instancias de violencia en el pasado), y los antecedentes penales del imputado.

Estas pautas pueden ser un baremo útil para evaluar, con criterios de razonabilidad sensibles al género, cuándo habilitar la concesión de medidas alternativas a la prisión en casos que damnifican a mujeres. Para situaciones graves y crónicas de violencia, la investigación y sanción penal garantizan la protección de la víctima. Sin embargo, frente a episodios aislados y de escasa entidad, en los que no se utilizaron armas ni se afectó la integridad física, las medidas alternativas a la

32 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

33 TRIBUNAL ORAL CRIMINAL Nº 17 DE BUENOS AIRES. Causa 4011. 13 de mayo de 2013; LOPARDO, M., ROVATTI, P. Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista. La Ley Online, 2013.

34 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Opuz v. Turkey*. App. No. 33401/02. Sentencia de 9 de junio de 2009, párr. 139.

35 *Ibíd.*

prisión podrían ser estrictamente consideradas, bajo una rigurosa supervisión estatal.

La situación personal de la víctima

Así como las regulaciones sobre medidas alternativas a la prisión habilitan el examen sobre la gravedad del hecho imputado, pocas son las que otorgan un lugar a la voluntad de la víctima. Sin embargo, la posibilidad de escuchar a la afectada no sólo sería compatible con la Convención de Belém do Pará, sino que, bajo determinadas condiciones, también deseable para garantizar el reconocimiento de su autonomía.

La opción de excluir a las víctimas del esquema del proceso tiene una larga tradición en el derecho penal. En los esquemas de persecución pública, la voluntad de la víctima es desplazada y la pena estatal no tiene entre sus objetivos la reparación del daño. Como si su incorporación importara aceptar la venganza privada o un desequilibrio entre la acusación y el imputado, la víctima tiene un rol subsidiario³⁶.

En la práctica feminista, la no consideración de la voluntad de la mujer también tiene fuertes antecedentes. Desde la teoría se advierte sobre la importancia de develar el concepto de "libre elección", y se estudia cómo definirlo de modo de atender las condiciones de desigualdad en las que las mujeres toman sus decisiones. En función de esta problemática, la teoría legal feminista ha reclamado la exclusión del consentimiento como pauta para definir la atipicidad de la trata de personas, y ha debatido qué variables se deberían tener en cuenta para afirmar que el consentimiento convierte una violación en un simple acto sexual. Finalmente, frente a situaciones de violencia con un fuerte componente de dominación, también se ha cuestionado la capacidad de la mujer para tomar decisiones libremente.

Sin embargo, la superación de una mirada abstracta de la mujer debería llevarnos a aceptar diferencias dentro de una unidad. El reconocimiento de la diversidad complejiza los caminos para alcanzar una

respuesta ideal a la violencia. No obstante, la renuncia a identificar los matices de las experiencias de las mujeres ocasionará importantes pérdidas en casos concretos. Por ello, la metodología feminista invita a pensar el consentimiento independiente de la libertad natural, sino más bien vinculado a la dominación, de modo que su conceptualización tenga en cuenta las características de las relaciones entre mujeres y varones, muchas veces problemáticas en su contenido.

Sin pretender modificar el principio según el cual la conciliación debe estar prohibida en cualquier hecho de violencia que comprometa su vida o integridad sexual, y menos aún si, con independencia del delito que la afectó, la mujer se encuentra bajo presión³⁷, en situaciones en las que no entran en juego factores de especial vulnerabilidad o casos en los que la voluntad no se encuentra fuertemente condicionada por una historia de sumisión, la posibilidad de atender a la particular experiencia de la damnificada puede dotar de un contenido reparador a las pautas de conducta que se dispongan. En todos los casos, ello requerirá que exista una instancia de asesoramiento y apoyo para asegurar a cada mujer en situación de violencia una atención eficaz y adecuada, y para que, previo a la adopción de una medida de estas características, el órgano jurisdiccional tenga la convicción de que la mujer tomó la decisión en un marco de libertad.

³⁶ MAIER, J.B.J. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Editorial Ad hoc, 1992.

³⁷ El artículo 46 de la ley 348 de Bolivia establece un criterio interesante para tener en cuenta: "I La conciliación está prohibida en cualquier hecho de violencia contra las mujeres, que comprometa su vida e integridad sexual. Ninguna institución receptora de denuncias ni su personal, podrá promover la conciliación ni suscripción de ningún tipo de acuerdo entre la mujer y su agresor, bajo responsabilidad. II. En los casos no previstos en el parágrafo anterior, el Ministerio Público deberá imponer las medidas de seguridad que sean necesarias a fin de preservar la integridad física, psicológica y sexual de las mujeres. III. No se reconoce la conciliación bajo presión a la víctima o para evitar carga procesal, bajo responsabilidad funcionaria. IV. Excepcionalmente la conciliación podrá ser promovida únicamente por la víctima, sólo por única vez y no siendo posible en casos de reincidencia".

Conclusión

En los últimos años, la criminalización de la violencia de género ha crecido en forma exponencial como una forma de problematizar la discriminación. Sin embargo, poco se ha hecho para establecer la eficacia de la intervención penal.

Más allá de la posible recopilación de cifras sobre denuncias, condenas o absoluciones, la pregunta a formular es si una política criminal centrada en el derecho penal tiene efectos preventivos o no. Así como no se puede cuestionar que el sistema penal tiene un rol que cumplir en la erradicación de la violencia de género, tampoco se puede soslayar la discusión acerca de qué tipo de intervención penal es más eficaz para terminar con ella.

Implementadas con programas específicos que tengan como objetivo la modificación de la conducta de los agresores, las medidas alternativas a la prisión podrían ser una opción para excluir del derecho penal algunos conflictos que pueden ser gestionados sin el impacto de la pena, pero con un exigente sistema de monitoreo estatal. Sin embargo, estas medidas alternativas no deberían ser, bajo ninguna condición, un mecanismo para encubrir la continuidad de una violencia que se desea ocultar, y menos aún para premiar al perpetrador que de ese modo ve facilitado su accionar.

Una respuesta penal con perspectiva de género no elaborará una estrategia con estándares fijos y excluyentes, pero sí tendrá en cuenta las dificultades de las mujeres en el acceso a la justicia, las características del ciclo de la violencia, la gravedad del delito, y la situación personal de la damnificada.

➤ 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*

Patsilí Toledo Vásquez**

Introducción: Las recomendaciones de carácter legislativo en materia de violencia contra las mujeres

Las recomendaciones formuladas por organismos internacionales en materia de derechos humanos a los Estados Partes de los diversos tratados, son medidas concretas que les cabe adoptar para el desempeño de sus obligaciones en virtud de los tratados correspondientes, de acuerdo a los principios de buena fe y de *pacta sunt servanda*.

En materia de violencia contra las mujeres¹, diversos organismos internacionales de derechos humanos, tanto del sistema universal como interamericano, han formulado más de doscientas recomendaciones a México en la última década². Tales recomendaciones comprenden tanto aspectos de políticas públicas como reformas legales y judiciales, encaminadas a mejorar la respuesta del Estado frente a este tipo violencia, incluyendo su prevención, sanción, reparación y el avance hacia su erradicación.

* La autora, el Centro de Investigación y Docencia Económicas, AC (CIDE) y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) autorizan la publicación del presente artículo y se reservan el derecho de editarlo nuevamente en su actual versión o en una actualización.

** Doctora en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona, donde integra el Grupo de Investigación "Antígona", dedicado al estudio del derecho desde la perspectiva de género. Se ha especializado en el estudio de los procesos de tipificación del femicidio/feminicidio en países latinoamericanos, materia en la que posee diversas publicaciones y dado múltiples conferencias en Latinoamérica y Europa. Es diplomada en "Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica" por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

1 La *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará* (Organización de Estados Americanos, 1994), define en su art. 1º 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".

2 Fuente: Base de datos de Recomendaciones Internacionales a México en Materia de Derechos Humanos. Esta base de datos ha sido desarrollada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), y comprende todas las recomendaciones incluidas en los informes sobre México elaborados por los órganos de tratados y procedimientos especiales de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, desde 1994 a la fecha. Disponible en <http://recomendacionesdh.mx>

Como en otras materias, los aspectos legislativos son relevantes en estas recomendaciones, pues los Estados básicamente se organizan a partir de la legislación que adoptan, herramienta esencial para lograr la adecuada garantía de los derechos humanos, aún cuando se requieran también medidas administrativas y políticas que den efectividad a su contenido. Por ello el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos incluye la obligación de dictar leyes o adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar el goce de los derechos humanos³. La inexistencia de leyes en ciertas materias, en consecuencia –así como las leyes inadecuadas– puede suponer un incumplimiento de las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos.

En la medida que la violencia contra las mujeres atenta contra bienes jurídicos fundamentales –como la vida y la integridad de las mujeres–, es lógico que estas recomendaciones frecuentemente aborden aspectos legislativos de carácter penal. Frecuentemente, instan a la supresión o modificación de ciertos delitos –si es legislación incompatible con el tratado de que se trate⁴, por ejemplo, por su carácter discriminatorio- y más excepcionalmente, recomiendan la penalización de nuevas conductas.

3 Por ejemplo, el art. 2.2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) señala: "Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter". La *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH), en tanto, señala en su art. 2 "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". En relación específicamente con violencia contra las mujeres, el art. 7 letra c) de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Convención de Belém do Pará), incluye las obligaciones legislativas de los Estados en la materia.

4 De acuerdo a la norma básica del derecho internacional público por la cual las normas nacionales no pueden ser invocadas para incumplir un tratado internacional (Art. 27 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*).

Las transformaciones así promovidas son parte de la evolución histórica que el Derecho –y el Derecho penal en particular– ha experimentado en esta materia. En efecto, muchos de los diversos fenómenos que se califican actualmente como formas violencia contra las mujeres e ilícitos penales –como el maltrato en la esfera doméstica, el acoso u hostigamiento sexual, la violación marital, etc.– han sido en el pasado comportamientos más o menos tolerados, tanto social como jurídicamente, en la mayor parte del mundo occidental⁵ (Acale, 2006; Bodelón, 2012 : 15). Ello también se ajustaba a normas civiles que por ejemplo, en materia de familia, fundaban el matrimonio en la autoridad marital –incluyendo el derecho de corrección del marido sobre la mujer, hijos e hijas⁶ y las prerrogativas sexuales del marido sobre la mujer que impedían considerar la violación dentro del matrimonio– y desconocían la plena capacidad a las mujeres casadas.

Reconocer la importancia de esta regulación histórica es fundamental para la comprensión de la violencia *contra las mujeres* como una forma cualitativamente diferente y específica de violencia *de género* (o violencia basada en el género o por razones de género), que incluye la violencia

que se dirige a cualquier persona por su condición de género⁷, a quienes se apartan de lo que se considera correcto o adecuado en términos de roles sociales asignados a hombres y mujeres (Juliano, 2006 : 25). Pero la violencia *contra las mujeres*, en la medida que ha contado históricamente con un respaldo jurídico basado en la subordinación de las mujeres a los hombres, es una forma específica y calificada de violencia de género, y más severa que cualquier otra en cuanto a su extensión, intensidad y consecuencias⁸.

La eliminación de aquellas normas discriminatorias –tanto civiles como penales– ha sido un proceso lento e inacabado en muchos países, especialmente en Latinoamérica.

Por ello, aún en el año 2012 el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW), en su revisión del informe mexicano sobre el cumplimiento de la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer* (CEDAW) ha insistido sobre la necesidad de eliminar las disposiciones discriminatorias que existen en la legislación de diversas entidades federativas, en particular las normas penales relativas a la violación, los homicidios “por honor”⁹, el adulterio y otros delitos (Comité CEDAW, 2012 : párr. 13).

5 Entre ellos, por ejemplo, se encuentra el uxoricidio, por el cual se atenuaba sustancialmente la sanción penal del marido que mataba a su cónyuge adúltera, así como el delito de adulterio como ilícito que sólo podía ser cometido por la mujer (no por el marido), la extinción de la responsabilidad penal del violador por el posterior matrimonio con la ofendida, etc. También se regulaban los casos en que las mujeres –o algunas de ellas– contarían con amparo jurídico frente a ciertas formas de violencia en base a consideraciones sociales vinculadas a su papel como madres, esposas o hijas, como por ejemplo, las mujeres de “buena fama” u “honestas”, en relación con ciertos delitos sexuales.

6 Basado en el deber de obediencia establecido en los mensajes bíblicos y recogido en los primeros cuerpos normativos como las *Siete Partidas*, el *Ordenamiento de Alcalá*, las *Ordenanzas de Castilla* y las *Leyes de Toro*. Si bien el derecho canónico llegaba a declarar la procedencia del divorcio por el “castigo cruel” que el marido diera a la esposa, el castigo “moderado” era social y jurídicamente aceptado, tanto por la doctrina como por la praxis judicial. Por ejemplo, en el Virreinato del Río de la Plata, en 1795, se sostenía que “el marido puede corregir moderadamente a su mujer, ya con azotes, ya con bofetones, por defectos de poca consideración” (Kluger, 2003). En el derecho anglosajón, en la década de 1870, los tribunales en Estados Unidos dejaron de reconocer el principio de *common-law* de acuerdo al cual se consideraba que este principio estaba recogido en la codificación del *Common Law* de Blackstone de 1768 (Gelles, 1997 : 22). En el Reino Unido, el derecho tradicional del marido de infligir castigo físico moderado a su mujer fue removido a partir del caso *R. v Jackson*, en 1891 (Stevens and Sons, 1935 : 47).

7 Normalmente ejercida contra quienes poseen orientación o identidades de género distintas a las dominantes, como ocurre con lesbianas, gays, personas intersexuales, transgénero o transexuales. Pero la violencia por razones de género también puede afectar a hombres que ajustan su conducta al modelo heterosexual dominante, como ocurriría en los casos de reclutamiento de niños en fuerzas armadas, en que son forzados a reproducir los patrones de género dominantes.

8 Como lo demuestran los cada vez más frecuentes estudios respecto de los homicidios de mujeres por razones de género y su sostenido incremento en los últimos (Carcedo, 2010; Adolphi et al, 2010; CIRS, 2007; UNODC, 2011; Consejo DHNU, 2012).

9 Aún actualmente los códigos penales de seis entidades federativas mexicanas –Baja California Sur, Chiapas, Jalisco, Michoacán, Yucatán y Zacatecas– contemplan el “homicidio por razón de honor” como figura penal privilegiada, atenuando sustancialmente la pena de quien mate a su cónyuge en situación de adulterio (Incháustegui y López, 2011 : 25). Estas disposiciones constituyen un resabio de la figura del uxoricidio y aunque formalmente puedan ser neutras en cuanto a género, su aplicación práctica se limita fundamentalmente a los homicidios de mujeres, pues ellas son las principales víctimas de los homicidios en contextos de relaciones de pareja y familia (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC], 2011 : 11).

La derogación de estas normas es fundamental, pero también las normas internacionales pueden obligar a los Estados a tipificar como delito ciertas conductas. Algunos tratados, como las convenciones contra la tortura¹⁰ o la desaparición forzada de personas¹¹, establecen específicamente la forma en que los Estados deben tipificar ciertas figuras penales. Otros, como la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará*, aunque obligan a la adopción de medidas específicas para combatir esta forma particular de violencia, no señalan de forma precisa¹².

Por ello, entre las más de 70 recomendaciones respecto del feminicidio provenientes de organismos del sistema interamericano y universal de derechos humanos¹³ y, dentro de las que aluden a reformas legislativas, probablemente las más controvertidas, tanto desde una perspectiva jurídica como política, han sido las que el Comité CEDAW y el Comité de Derechos Humanos (CDH) han pronunciado instando por la tipificación del delito de *feminicidio* en México¹⁴.

Las recomendaciones sobre el fenómeno del feminicidio y su tipificación.

Los neologismos *feminicidio* y *femicidio*¹⁵ han sido adoptados por el feminismo latinoamericano en base a partir de la traducción de la expresión inglesa *femicide* (Russell y Caputi, 1990), categoría de análisis que, en general, incluye todos los homicidios de mujeres cometidos por razones de género, es decir, aquellos que constituyen una manifestación extrema de violencia contra las mujeres¹⁶. Este concepto se ha extendido a diversas regiones del mundo, siendo utilizado especialmente en investigaciones académicas feministas (Landau y Hattis-Rolef, 2001; Hosseini, 2009; Kumar, 2009).

En Latinoamérica, el uso de la expresión *feminicidio* se ha generalizado en México y en gran parte de la región desde mediados de la década de 1990, principalmente a partir la denuncia de múltiples casos de desapariciones y cruentos homicidios de mujeres, en el Estado de Chihuahua, en particular en Ciudad Juárez, caracterizados por violencia sexual o física extrema¹⁷ así como por la impunidad que los ha rodeado. Estos casos han dado lugar a múltiples pronunciamientos y recomendaciones de organismos nacionales e internacionales¹⁸, siendo

10 La *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 9 de diciembre de 1985.

11 La *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de Junio de 1994, y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006.

12 Debe considerarse, además, que no todas las conductas comprendidas en el concepto de violencia contra las mujeres de la *Convención de Belem do Pará* deban necesariamente tener una sanción penal.

13 Se han emitido 77 recomendaciones en torno al feminicidio, desde el año 2002 a la fecha, la mayor parte de ellas relativas a la prevención e investigación de los crímenes, así como sanción de los responsables, medidas de reparación, etc. (Fuente: Buscador de Recomendaciones Internacionales a México en Materia de Derechos Humanos: <http://recomendacionesdh.mx/inicio/buscador>).

14 De entre las 17 recomendaciones dirigidas al Poder Legislativo (Fuente: Buscador de Recomendaciones Internacionales a México en Materia de Derechos Humanos: <http://recomendacionesdh.mx/inicio/buscador>), sólo tres apoyan expresamente la tipificación del feminicidio: las del Comité CEDAW en 2006 y 2012, y del Comité de Derechos Humanos en 2010.

15 Si bien durante algunos años ha habido debate teórico y político respecto de ambas expresiones –desde consideraciones lingüísticas hasta políticas–, en la actualidad –y en gran parte a causa de las leyes que se han adoptado en los diversos países– resultan ser prácticamente expresiones sinónimas, para aludir a los homicidios de mujeres por razones de género.

16 Esta es una definición que contempla los elementos más frecuentemente utilizados, a pesar de que existen una gran diversidad de conceptualizaciones, algunas más amplias y otras más restrictivas (Crawford y Gartner, 1992; Campbell y Runyan, 1998; Carcedo y Sagot, 2000; Russell y Harmes, 2001; Lagarde, 2005; Russell y Radford, 2006, etc.)

17 Para distinguir las características propias de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez –y Chihuahua– se han utilizado expresiones y descripciones específicas, como “feminicidio sexual sistémico” (Monárrez, 2009) o feminicidios “idiosincrásicos de Ciudad Juárez” (Segato, 2006).

18 El *Compendio de Recomendaciones sobre el feminicidio en Ciudad Juárez, Chihuahua*, de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C. (2007), incluye 292 recomendaciones emitidas por organizaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil y por organismos del Sistema Interamericano, Naciones Unidas, Consejo de Europa y de organismos descentralizados de la administración federal mexicana.

de especial relevancia jurídica la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el emblemático caso “*Campo Algodonero*” que condenó al Estado mexicano por no garantizar el derecho a la vida, integridad y libertad de las víctimas, así como por la impunidad y discriminación que afectó a las víctimas y sus familiares¹⁹.

Si bien éstos han sido los casos más ampliamente reconocidos, el feminicidio comprende todos los homicidios de mujeres cometidos por razones de género, ya sean cometidos por conocidos o desconocidos, en el ámbito público o privado. En este sentido amplio, el concepto de femicidio o feminicidio ha sido desarrollado y utilizado en diversos contextos y regiones de México y la mayor parte de Latinoamérica²⁰ y encuentra una incipiente utilización en España (Instituto Centro Reina Sofía, 2007, 2010)²¹ e Italia (Karadole, 2007; Giari, 2008; Adolfi et al., 2010; Spinelli, 2006).

Aunque los conceptos de feminicidio / femicidio han sido nociones desarrolladas en el ámbito de la sociología y antropología feminista, las reivindicaciones del activismo feminista al respecto en Latinoamérica han incluido desde temprano su tipificación penal como delito específico, siendo éste un rasgo particular de su desarrollo político en esta región. En 1999, en Costa Rica se presentó el primer proyecto de ley para tipificar el femicidio como un delito específico a nivel latinoamericano, y en 2004 la primera iniciativa de

tipificación del feminicidio en México, promovida por la académica feminista y entonces diputada federal Marcela Lagarde²².

Aunque tal iniciativa no resultó aprobada, poco tiempo después se presentó una nueva propuesta de tipificación a nivel federal, contenida en la iniciativa de la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia* (en adelante, *Ley General*²³), presentada en febrero de 2006. Mientras se encontraba pendiente la tramitación de esta iniciativa, el Comité CEDAW revisó la situación de México y sus Observaciones Finales se convirtieron en el primer pronunciamiento de un organismo internacional en que expresamente se apoyaba la tipificación de esta nueva figura, al señalar:

El Comité insta al Estado Parte a que acelere la aprobación de la enmienda del Código Penal para tipificar el feminicidio como delito (...). (Comité CEDAW, 2006, párr.15).

A pesar de ello, ésta y otras iniciativas tendientes a la tipificación del feminicidio o femicidio han encontrado una fuerte oposición, especialmente en la esfera académica, tanto en México como en otros países latinoamericanos. Entre las principales objeciones, se ha insistido sobre la suficiencia de las normas ya existentes para sancionar estos crímenes –homicidio, homicidio agravado por el vínculo, etc., pues poseen rangos de penalidad que permiten sancionar más severamente los casos más graves; asimismo, se ha considerado que el delito de femicidio o feminicidio constituiría una norma discriminatoria hacia los hombres, pues supondría dar un mayor valor a la vida de las mujeres, lo que

19 Corte IDH. Sentencia del caso *González Banda y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, de 16 de Noviembre de 2009.

20 Entre otros: Monárrez, 2000; Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual y Corporación La Morada, 2004; Lagarde, 2005; Maldonado, 2005; Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, 2006; Organización de Mujeres Salvadoreñas por la Paz, 2006; Segato, 2006; CLADEM, 2008; Observatorio Ciudadano Nacional del Femicidio, 2008, 2010 y 2011; Carcedo, 2010; Fregoso y Bejarano, 2010; González-Méndez y Santana-Hernández, 2012, etc.

21 En España, los informes sobre víctimas mortales de la violencia de género del Consejo General del Poder Judicial español utilizan la expresión *femicidio* pero restringida únicamente a “la muerte violenta de la mujer ocasionada por quien sea o haya sido su cónyuge o persona a la que esté o haya estado ligado por análoga relación de afectividad a la conyugal, siendo el sujeto activo varón” (CGPJ, 2011 : 7). En organizaciones feministas posee una utilización en un sentido más amplio (Laporta, 2013).

22 *Iniciativa con Proyecto de Decreto que adiciona al Libro Segundo del Código Penal Federal el Título Vigésimo Octavo, “De Los Delitos de Género”, y los Artículos 432, 433 Y 434, para tipificar el delito de Femicidio; y adiciona un numeral 35 al Artículo 194 del Código Penal Federal de Procedimientos Penales y una Fracción VI al Artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, suscrita por las Diputadas Marcela Lagarde y de los Ríos, Eliana García Laguna y Rebeca Godínez y Bravo*. Fue presentada a tramitación legislativa el 7 de diciembre de 2004.

23 La iniciativa fue presentada por las Diputadas Marcela Lagarde, Angélica de la Peña y Diva Hadamira Gastélum el 2 de febrero de 2006. La Ley General fue aprobada en diciembre del mismo año y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de febrero de 2007.

provocaría conflictos de constitucionalidad evidentes²⁴, así como el riesgo de introducción de normas propias de “derecho penal de autor”. Estas críticas, sin embargo, no son exclusivas de estas iniciativas, sino que han sido compartidas por otras normas en el derecho comparado que sancionan de forma separada y agravada la violencia contra las mujeres, como la legislación sobre violencia de género en España desde 2004²⁵.

De este modo, a pesar de la recomendación del Comité CEDAW a México en 2006, la Ley General fue aprobada sin tipificar el feminicidio ni ninguna otra figura penal. Posteriormente, la necesidad de trabajar por la armonización de la Ley General en las diversas entidades federativas dejaron de lado las demandas por la tipificación del feminicidio en México durante un tiempo.

En el ámbito internacional, en 2007 fue aprobada en Costa Rica la primera ley que tipificó el femicidio en la región²⁶ y se presentó un proyecto de ley para la tipificación del femicidio en Chile²⁷. En 2008 se tipificó el femicidio en Guatemala²⁸, tomando como base el tipo penal propuesto –y no aprobado– en la iniciativa original de la Ley General mexicana, y en Colombia se agravó

la penalidad del homicidio que “se cometa contra una mujer, por el hecho de ser mujer”²⁹, aunque sin llamarlo feminicidio.

En 2009, la Corte IDH dictó sentencia en el caso “*Campo Algodonero*” condenando al Estado mexicano, y utilizando la palabra “feminicidio”, pero sin aludir a la necesidad o conveniencia de tipificar esta figura como un delito específico, pues sus disposiciones se centraron en el mejoramiento de los procesos de investigación de las desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres en México, la sanción a los responsables del tratamiento negligente de los casos, así como medidas generales para erradicar la discriminación y violencia contra las mujeres.

Al año siguiente, sin embargo, el Comité de Derechos Humanos (CDH) volvió a poner la tipificación del feminicidio en debate, al señalar en sus recomendaciones a México que:

El Estado parte debe intensificar aún más sus esfuerzos para combatir la violencia contra la mujer, incluso abordando las causas profundas de este problema. En particular debe: (...) b) Tipificar el feminicidio en la legislación, incluso a nivel estatal (...). (CDH, 2010, párr. 8b).

Durante el año 2010, la tipificación del femicidio/femicidio comenzó a tener un nuevo auge: fue tipificado en Chile³⁰, El Salvador³¹ y en el Estado mexicano de Guerrero, que se convirtió en la primera entidad federativa en tipificar este delito, en diciembre de 2010³². En 2011 se tipificó el feminicidio en Nicaragua

24 Durante la tramitación legislativa de la ley que tipificó el femicidio en Costa Rica (entre 1999 y 2007) este fue un aspecto insistentemente abordado por quienes cuestionaban la constitucionalidad de esta normativa, debate similar al que se produjo a nivel político y mediático respecto de la tipificación del femicidio en Chile en 2010.

25 Por ejemplo, la crítica de Gimbernat (2004) a la *Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género*, precisamente la califica como un ejemplo de “derecho penal de autor”. En similares términos se había pronunciado el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial español (CCPJ) al “Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres”, de 24 de junio de 2004 (CGPJ, 2004). En contra de esta crítica, entre otras: Laurenzo (2005), Maqueda (2006), Larrauri (2009), Bodelón et. al. (2009).

26 A través de la *Ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres* N.º 8589, aprobada por la Asamblea Legislativa el 12 de abril de 2007, y publicada el 30 de mayo de 2007. Fue la primera ley que tipificó el femicidio a nivel latinoamericano.

27 Boletín N.º 4937-18, Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal y el Decreto Ley N.º 321, de 1925, para sancionar el ‘femicidio’, y aumentar las penas aplicables a este delito. Presentado a tramitación legislativa el 3 de abril de 2007.

28 *Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer*. Decreto N.º 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, publicado en el Diario de Centro América el 7 de mayo de 2008.

29 De acuerdo a la Ley N.º 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. Diario Oficial 47.193 de 4 de diciembre de 2008.

30 Chile, Ley N.º 20.048, aprobada el 26 de octubre y publicada en el Diario Oficial el día 18 de diciembre de 2010.

31 El Salvador, *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres*, Decreto N.º 520, de 25 de noviembre de 2010. Su entrada en vigor, sin embargo, se inició en enero de 2012.

32 En febrero de 2008, el Estado de Guerrero había aprobado su *Ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia*, en la que se introdujo legalmente el concepto de feminicidio, pero sin tipificarlo como delito.

y Perú, y durante 2012 el femicidio fue tipificado también en Argentina.

Más allá de sus diversas denominaciones –ya sea como femicidio o femicidio–, estas figuras presentan características particulares en cada país, habiendo países que abordan en forma amplia el femicidio / feminicidio –con diversos elementos–, y otros que únicamente sancionan como tal el que ocurre en la esfera íntima o de pareja –con diversas restricciones–. Estas diferencias de contenido son comprensibles al considerar los femicidios / feminicidios en los contextos específicos en que suceden, atendiendo a las dinámicas económicas y sociopolíticas, así como a los patrones globales de la violencia basada en el género y a cómo la naturaleza del femicidio afecta a una comunidad, un país o a una región en particular (Widyono, 2009 : 21). Sin embargo, tal *especificación* del femicidio / feminicidio en cada región o país también dificulta la recopilación y la comparación de información entre los diversos países.

En México, especialmente desde principios de 2011, diversos factores han animado la tipificación del feminicidio, con diversas características en los diversos Estados, como se verá a continuación. En este nuevo contexto, las Observaciones Finales del Comité CEDAW de agosto de 2012, han sido más específicas, señalando que:

[El Comité recomienda al Estado parte:] Adoptar las medidas necesarias para garantizar que la codificación del feminicidio se base en elementos objetivos que permitan su adecuada calificación en los códigos penales locales; acelerar su codificación en esos códigos penales pendientes; normalizar los protocolos de investigación policial para el feminicidio en todo el país; e informar sin demora a las familias de las víctimas (...). (CEDAW, 2012, párr. 19.a)

Las recomendaciones del Comité CEDAW y del CDH a México sobre la tipificación del feminicidio han sido factores relevantes en estos procesos de tipificación, sumándose a otros factores, tanto jurídicos como políticos que han favorecido esta tendencia legislativa en todo el Estado mexicano.

En lo jurídico, *la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia* –en vigor desde febrero de 2007–

promovió las reformas penales en la materia, al incluir la obligación de todas las entidades federativas de adecuar su legislación, incluyendo la introducción de reformas “para establecer como agravantes los delitos contra la vida y la integridad cuando éstos sean cometidos contra mujeres, por su condición de género”³³.

Asimismo, la reforma constitucional –de junio de 2011– que supuso el reconocimiento de rango constitucional a las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales³⁴ en México, ha sido fundamental al consolidar la fuerza jurídica de los instrumentos internacionales existentes en que se basan las leyes que sancionan específicamente la violencia contra las mujeres, en particular la Convención BDP, lo cual ha constituido un importante respaldo normativo a las demandas feministas por la tipificación. En efecto, tanto en México como en el resto de la región, la demanda por la tipificación del femicidio/feminicidio se ha planteado, desde sus inicios, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, marco que permite justificar leyes género-específicas, tanto por la obligación general de los Estados de garantizar los derechos sin discriminación –a la vida y la integridad física, entre otros– como por las obligaciones específicas de los Estados del continente respecto al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Asimismo, la legislación sobre feminicidio ya cuenta con respaldo a nivel jurisprudencial en México, encontrándose ya un pronunciamiento judicial respecto a la legislación del Distrito Federal, en que se reconoce que tal figura “cumple con los criterios de objetividad-

33 El art. 8º transitorio de la Ley General señala: En un marco de coordinación, las Legislaturas de los Estados, promoverán las reformas necesarias en la Legislación Local, previstas en las fracciones II [relativa a “ejercer sus facultades reglamentarias para la aplicación de la presente ley”]; y XX [relativa a “impulsar reformas, en el ámbito de su competencia, para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley, así como para establecer como agravantes los delitos contra la vida y la integridad cuando estos sean cometidos contra mujeres, por su condición de género] del artículo 49, dentro de un término de 6 meses, contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

34 Reforma incorporada en el art. 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por decreto aprobado por el Senado el 3 de marzo de 2011 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

constitucionalidad, racionalidad y proporcionalidad que, justifica el trato diferenciado y de mayor tutela de los bienes jurídicos concernientes a la vida de la mujer y su dignidad, cuando estén en peligro o sean lesionados en ciertas circunstancias, ello en contraste a lo que acontece con el delito de homicidio propiamente dicho, de ahí la necesidad y justificación de su creación, a fin de prevenir y combatir tal problemática con mayor eficacia, por ello, el feminicidio no viola el principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer, pues dicho principio debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales³⁵.

A estos factores jurídicos se han sumado factores políticos, pues la masiva aprobación de leyes que tipifican el feminicidio ha respondido también al contexto electoral previo a las elecciones presidenciales de julio de 2012 en México. En tal contexto, las denuncias de organizaciones de mujeres frente al feminicidio han dado lugar a rápidas respuestas legislativas en diversas entidades y la aprobación de las leyes de feminicidio ha tenido gran fuerza política y mediática, siendo promovidas –en diversas formulaciones– por gobiernos de todos los partidos.

Las leyes que tipifican el feminicidio en México y los contextos en que surgen

A diciembre de 2012, el delito de feminicidio se ha tipificado veintidós de las treinta y dos entidades federativas mexicanas, así como a nivel federal³⁶. Aunque algunas de estas leyes son muy similares entre sí –pues algunos estados han tomado como base las iniciativas o leyes aprobadas en otras entidades o la legislación federal–, existen también importantes diferencias.

Algunos modelos de tipificación han sido fuertemente cuestionados por las organizaciones activistas contra el

feminicidio³⁷, en particular, aquellos tipos penales que incorporan elementos subjetivos de difícil acreditación. El Comité CEDAW ha acogido estos cuestionamientos y, en sus recomendaciones a México de 2012, destacó expresamente la importancia de “garantizar que la codificación del feminicidio se base en elementos objetivos que permitan su adecuada calificación en los códigos penales locales (...)” (CEDAW, 2012, párr. 19.a). El Comité no alude a la diversidad de tipos penales como un problema en sí –consecuencia de la normal variedad normativa en un Estado federal como México–, pero evidentemente su recomendación toma como base esta diversidad.

La pluralidad de tipos penales de feminicidio y los particulares rasgos de la tipificación de algunos de ellos, sin embargo, también responde a los contextos sociales y políticos que han determinado estos procesos legislativos. Así, la oportunidad y celeridad de la aprobación de varias de estas leyes, la intervención o no del movimiento de mujeres en su elaboración, así como en que algunas de ellas resulten ser normas difícilmente aplicables en lo penal, son todas cuestiones que se vinculan a los diversos escenarios y opciones políticas en las diversas entidades federativas.

Al respecto, es necesario considerar que la denuncia del *feminicidio* desde el activismo feminista y el movimiento de mujeres en México no ha sido sólo la de ciertos crímenes violentos y sexistas, sino principalmente una denuncia de la impunidad³⁸, es decir, de la inactividad o falta de diligencia del Estado –con sesgos discriminatorios– en la investigación y sanción de estos crímenes, como ha sido claro, por ejemplo, en el caso *Campo Algodonero*. Por ello, los principales interpelados por esta denuncia han sido los organismos estatales y sus autoridades –tanto en las diversas entidades federativas, como a nivel nacional– y así lo reflejan los múltiples

35 Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo en revisión 83/2012. 20 de septiembre de 2012. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1333.

36 Hasta diciembre de 2012, el feminicidio se ha tipificado como delito en Guerrero, el Estado de México, Guanajuato, Tamaulipas, Morelos, el Distrito Federal, San Luis Potosí, Veracruz, Colima, Chiapas, Durango, Tlaxcala, Tabasco, Sinaloa, Baja California, Oaxaca, Jalisco, Coahuila, Puebla, Campeche, Nayarit y Quintana Roo.

37 Como se desprende del informe sombra presentado por organizaciones del Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio (OCNF) ante el Comité CEDAW “*Feminicidio e impunidad en México: Un contexto de violencia estructural y generalizada*”, de fecha 17 de julio de 2012.

38 En efecto, la referencia a la impunidad como parte del concepto de feminicidio ha sido especialmente trabajada en México –en particular por Marcela Lagarde–, y este elemento se ha considerado como la principal diferencia entre las palabras *femicidio* y *feminicidio* a nivel latinoamericano.

pronunciamientos en esta materia desde organismos internacionales de derechos humanos.

A este marco debe sumarse, especialmente desde 2011, un contexto político marcado por las elecciones presidenciales de julio de 2012 en México y, por tanto, muy sensible a las denuncias de las organizaciones de mujeres relativas al feminicidio. En el Estado de México, por ejemplo, las autoridades habían sido expresamente cuestionadas desde las organizaciones del Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio (OCNF) por la impunidad de los feminicidios en dicha entidad federativa³⁹. Tales cuestionamientos fueron el antecedente de diversas medidas en torno al feminicidio promovidas por el gobierno del entonces precandidato presidencial Enrique Peña Nieto, incluyendo una iniciativa de tipificación que fue aprobada por el Poder Legislativo de la entidad en apenas diez días⁴⁰.

En el Distrito Federal, el Jefe de Gobierno y también precandidato presidencial Marcelo Ebrard, presentó una iniciativa para tipificar el feminicidio elaborada con la participación de las organizaciones del OCNF, siendo presentada a tramitación el mismo día que hacía lo propio en el Estado de México el precandidato Peña Nieto, lo que muestra la relevancia del momento político-electoral en el impulso de tales iniciativas⁴¹. Luego, la gran repercusión mediática de estas iniciativas y leyes contribuyó también a animar los procesos de tipificación en otras entidades federativas.

39 Organizaciones del OCNF habían solicitado la declaración de "alerta de violencia de género", indicando que, de los 922 homicidios dolosos contra mujeres cometidos entre enero de 2005 y agosto de 2010 en dicha entidad federativa, "las autoridades ignoran o desconocen quién es el homicida en el 56.72% de los crímenes y sólo en los casos donde el asesinato fue cometido por una persona conocida (pareja, familiar o vecino), la autoridad conoce la identidad del victimario (35.47%). Sin embargo, la solicitud resultó desestimada (Gómez, 2011, 12 de enero).

40 Decreto N.º 272, publicado en la "Gaceta del Gobierno", el 18 de marzo de 2011.

41 Al día siguiente de ser presentada la iniciativa en el Distrito Federal se presentó otra a nivel federal, en base al mismo tipo penal, por la diputada Teresa Incháustegui, presidenta de la *Comisión Especial para conocer y dar Seguimiento Puntual y Exhaustivo a las Acciones que han emprendido las Autoridades Competentes en relación a los Feminicidios registrados en México* de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados, iniciativa que resultaría aprobada en abril de 2012.

El peso de estos factores políticos también se expresa en el contenido de las leyes, esto es, en las diversas formas en que se ha tipificado el feminicidio en las diversas entidades federativas. En tal sentido, no es llamativo que una característica común a todas las legislaciones actualmente aprobadas en las diversas entidades es que todas ellas han eliminado la referencia a la responsabilidad de los agentes estatales en la adecuada investigación y sanción de estos crímenes. Por el contrario, se ha aprobado una preocupante disposición en el Estado de Durango –al tipificar el feminicidio–, que busca exculpar los feminicidios cometidos por autoridades "en ejercicio de sus funciones":

No comete feminicidio quien, en ejercicio de sus funciones como autoridad de la Fuerza Pública del Estado, prive de la vida a una mujer que se encuentra cometiendo delito en flagrancia.

Esta disposición supone que autoridades del Estado *podrían* cometer un delito de este tipo –que supone conductas graves como violencia sexual, lesiones infamantes, amenazas, etc.⁴²– "en ejercicio de sus funciones", cuando la víctima esté cometiendo un delito de modo flagrante. Esta disposición, además, es contraria al espíritu de la norma que agrava los delitos de violación y abuso sexual en los casos en que sean cometidos por autoridades prevaleciéndose de su cargo, prevista en el mismo Código⁴³, lo que parece mostrar la grave preocupación que genera a nivel político que las autoridades puedan ser acusadas de feminicidio.

Pero más allá de este caso –referido a la autoría en estos delitos– la principal preocupación respecto de

42 De acuerdo al art. 147 bis del Código Penal de la entidad, que señala en su primera parte:

Se entiende que hay feminicidio cuando se presentan algunas de las circunstancias siguientes:

- I. El cuerpo de la víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se le hayan inferido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, antes o después de haberla privado de la vida;
- III. Existan datos que establezcan que se han cometido amenazas, acoso, violencia o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. El cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público; o
- V. La víctima haya sido incomunicada sin ánimo de obtención de lucro, cualquiera que sea el tiempo previo a su fallecimiento.

43 De acuerdo al art. 180 del Código Penal de la entidad.

las autoridades en la denuncia y el desarrollo teórico y político del feminicidio en México, ha sido la impunidad y la consecuente responsabilidad del Estado por la falta de una debida investigación y sanción de estos crímenes. Y este aspecto no ha sido incorporado en los procesos de tipificación en todas las entidades federativas, a pesar de la importancia que tienen las sanciones—incluso penales—para mejorar la competencia y cultura institucional, como lo señaló la Corte IDH en la sentencia del caso Campo Algodonero⁴⁴.

La única excepción en este punto se encuentra en la legislación federal que, al tipificar el feminicidio en abril de 2012, incluyó una disposición para integrar de manera expresa la responsabilidad de autoridades que impiden la investigación adecuada de estos crímenes⁴⁵. Sin embargo, la tipificación a nivel federal—incluido el feminicidio y esta norma— tiene poco interés práctico, pues la mayor parte de los delitos no cumplen los

requisitos necesarios para constituir delitos federales, sumamente excepcionales⁴⁶. De esta manera, la norma posee principalmente un importante valor simbólico y político.

Otro de los aspectos preocupantes de los procesos de tipificación del feminicidio en México es que, en algunos Estados, la tipificación posee características que generarán una prácticamente nula aplicación de esta nueva figura, no por la complejidad de la acreditación de los elementos del tipo, sino por la inclusión de normas que directamente desincentivan la aplicabilidad de esta figura.

Uno de los casos más graves se encuentra en el Estado de Guerrero, la primera entidad que tipificó el feminicidio como un delito específico en México, en diciembre

44 El párr. 377 de la sentencia señaló que “El Tribunal resalta que *las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican el contexto de violencia contra la mujer que ha sido probado en el presente caso (...)*” (Destacado propio).

45 El art. 325 señala del Código Penal federal señala: 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 concorra alguna de las siguientes circunstancias:
I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
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;
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;
IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;
V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público. (...)

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. (...) (Destacado propio).

46 De acuerdo al art. 50 N° I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, son delitos del orden federal:

(...) En el caso del Código Penal Federal, tendrán ese carácter los delitos a que se refieren los incisos b) a l) de esta fracción;
b) los señalados en los artículos 2º. a 5º. del Código Penal (*);
c) los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la república y cónsules mexicanos;
d) los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;
e) aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;
f) los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
g) los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
h) los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio este descentralizado o concesionado;
i) los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque este se encuentre descentralizado o concesionado;
j) todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la federación;
k) los señalados en el artículo 389 del código penal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del gobierno federal, y
l) los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción ii del artículo 401 del código penal.

(*) Los arts. 2º. a 5º del Código Penal Federal incluyen ciertos delitos cometidos en el extranjero respecto de los cuales se permite su juzgamiento en México.

de 2010⁴⁷. En Guerrero, junto con la tipificación del feminicidio⁴⁸, 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 asignaba al recién creado feminicidio. Con ello, la figura específica del feminicidio—que requiere la acreditación de más elementos que únicamente el sexo de la víctima y victimario—queda sin posibilidades de aplicación en la práctica, pues simplemente en base al principio de economía procesal, no existe razón alguna para que se investiguen aquellos complejos elementos adicionales, si la pena a ser aplicada es exactamente la misma que del homicidio calificado.

Es similar el caso de Guanajuato, al menos en los casos de feminicidios cometidos por cónyuges o convivientes, pues el tipo penal de feminicidio que se ha introducido en el Código Penal de Guanajuato⁴⁹ exige la acreditación de violencia previa, mientras el tipo penal de homicidio en razón de parentesco, sancionado con la misma pena⁵⁰, simplemente requiere acreditar el matrimonio o la convivencia.

Más grave es el caso de Campeche, donde el delito de feminicidio tipificado en el nuevo Código Penal de la entidad⁵¹ *no contempla pena alguna*, sino que señala que "el delito de feminicidio se sancionará conforme a lo dispuesto por la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia". Esta disposición, convierte a la disposición en una ley penal en blanco, que no sólo se remite a otro cuerpo legal en un aspecto tan fundamental como la pena, sino que se remite a un cuerpo legal que no contempla la figura del feminicidio —ni ningún otro delito—, y por consiguiente no contempla pena alguna⁵².

Ahora bien, al analizar los elementos que configuran el tipo penal de feminicidio en las diversas entidades federativas, existe una amplia variedad de formulaciones, y algunas de ellas suponen una severa restricción de los casos que pueden ser calificados como feminicidio⁵³. En Tamaulipas, por ejemplo, el tipo penal exige que se ejerza "violencia extrema" contra la víctima, así como la concurrencia de "razones de género" que se limitan a dos supuestos: indicios de violencia física reiterada o antecedentes de violencia moral o acoso del sujeto activo hacia la víctima⁵⁴. Aunque ninguna de estas expresiones

47 Estado de Guerrero, México. Decreto N.º 493 por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal del Estado de Guerrero. Publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guerrero el día 21 de diciembre de 2010.

48 Artículo 108 bis. Comete el delito de feminicidio y se le impondrán de treinta a cincuenta años de prisión, al que prive de la vida a una mujer, cuando concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:
I.- Para ocultar una violación;
II.- Por desprecio u odio a la víctima;
III.- Por tortura o tratos crueles o degradantes;
IV.- Exista o haya existido una relación de afecto entre la víctima y el agresor;
V.- Se haya realizado por violencia familiar; o
VI.- La víctima se haya encontrado en estado de indefensión.

49 Decreto Legislativo N.º 168, mediante el cual se modifica el nombre y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Estado de Guanajuato. Aprobado por el Congreso de Guanajuato el 26 de mayo y publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato, el 3 de Junio de 2011 (Sin embargo, la norma entró en vigor el 1 de septiembre del mismo año, fecha en la que también entró en vigencia el nuevo proceso penal acusatorio en la entidad). El feminicidio se tipifica en el art. 153.a del Código Penal, en los siguientes términos:
Art. 153 a.- Habrá feminicidio cuando la víctima sea mujer y sea incomunicada o violentada sexualmente, vejada o mutilada o haya existido violencia intrafamiliar del activo contra ella.
El homicidio así cometido, será considerado calificado para efectos de su punibilidad.

50 De acuerdo al art. 156 del Código Penal de la entidad.

51 El nuevo Código Penal de Campeche entró en vigor en septiembre de 2012, y contempla el feminicidio en su artículo 160.

52 La formulación original de la iniciativa de la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia* (en adelante, Ley General), presentada en febrero de 2006, sí contemplaba la tipificación del delito de feminicidio a nivel federal, pero esta disposición no resultó aprobada en definitiva, y la Ley General sólo contempla una definición de "violencia feminicida", sin carácter penal.

53 Esta variedad de formulaciones está también presente al comparar las diversas legislaciones latinoamericanas, siendo los casos más extremos los de países como Costa Rica, Chile o Perú, donde el femicidio únicamente comprende los crímenes cometidos por parejas o ex parejas.

54 El art. 377 bis del Código Penal para el Estado de Tamaulipas, establece:
Art. 377 bis. Comete delito de feminicidio el hombre que dolosamente, y con uso extremo de violencia, prive de la vida a una mujer por razones de género.
Será sancionado con prisión de 30 a 50 años y multa de mil a cinco mil días de salario mínimo.
Existen razones de género de parte del sujeto activo cuando se realice por alguno de los supuestos siguientes:
I. Si la víctima presenta indicios de violencia física reiterada; o
II. Que existan antecedentes de violencia moral o acoso del sujeto activo en contra de la mujer.
Existe el uso extremo de la violencia, a la víctima cuando:
I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; o
II. Se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previa o posterior a la privación de la vida.

supone la existencia de una relación previa entre víctima y victimario, la propia redacción de los supuestos parece requerirla. Por ejemplo, en un caso de violación y homicidio de una mujer por parte de un desconocido, la violación acreditaría el “uso extremo de violencia”, pero esa misma violencia no podría probar la “violencia física reiterada”, pues se estaría utilizando la misma violencia para acreditar ambos elementos del tipo. Esto supone exigir actos de violencia física –que deben ser reiterados– ejercidos de forma previa a la violación –o a las lesiones infamantes, en su caso–, con lo cual parece necesario que el sujeto activo tenga una relación previa con la víctima. Y al exigir antecedentes de violencia moral o acoso es aún más claro, pues la expresión “antecedentes” alude directamente a actos ocurridos con anterioridad al crimen.

Estos ejemplos muestran que, a pesar que el Comité CEDAW ha recomendado que la tipificación del feminicidio “se base en elementos objetivos que permitan su adecuada calificación en los códigos penales locales” (CEDAW, 2012, párr. 19.a), los problemas de la adecuada tipificación no se limitan a tales elementos, pues incluso en algunos casos –como en Guerrero– el problema no se encuentra tanto en la tipificación del feminicidio, sino en la introducción de otra norma que anula sus efectos.

Las organizaciones de mujeres, en particular aquellas que conforman el OCNF, han sido activas promotoras de la tipificación del feminicidio, pero también han criticado abiertamente las leyes e iniciativas que han considerado inadecuadas, como ocurrió con la iniciativa de tipificación de Guanajuato, que estas organizaciones llamaron a no aprobar (Torres, 2011, 18 de mayo), o el tipo penal de Tamaulipas, fuertemente rechazado desde el OCNF. También se ha promovido una tipificación adecuada de esta figura en el país a través de la “*Campaña nacional por la tipificación del feminicidio que México requiere*”, iniciada en abril de 2011 por el OCNF, la Comisión Especial de Feminicidios de la Cámara de Diputados, la Red de Investigadoras por la Vida y la Libertad de las Mujeres –presidida por Marcela Lagarde– y otras organizaciones (Camacho, 2011, 13 de abril). Al respecto, cabe destacar que las organizaciones de mujeres no sólo han enfatizado una adecuada tipificación de esta figura,

sino también que se implementen los protocolos de investigación necesarios y apropiados para salvaguardar el derecho al acceso a la justicia de las víctimas y sus familias⁵⁵.

La incipiente aplicación del tipo penal de feminicidio en México

Para evaluar la aplicación de los tipos penales de feminicidio en México y conocer los criterios que se comienzan a aplicar en la esfera judicial para acreditar los elementos de estas nuevas figuras, sería necesario al menos examinar tanto los casos investigados y terminados por este delito –incluyendo especialmente sentencias condenatorias o absolutorias–, así como los casos de muertes de mujeres no calificados como feminicidios y que son investigados bajo figuras tradicionales como homicidio o asesinato.

Sin embargo, junto a las dificultades de acceso a la información judicial en diversas entidades federativas⁵⁶, es necesario considerar que la mayor parte de las leyes que tipifican el feminicidio en México han sido aprobadas en los años 2011 y 2012, por lo cual, la vigencia de estos nuevos tipos penales es muy reciente, e incluso en varias entidades, esta figura aún no ha sido utilizada –y eventualmente, nunca lo será, como se ha visto en el apartado anterior⁵⁷–. Por ello, en este apartado únicamente se comentarán incipientes líneas jurisprudenciales que se encuentran en las primeras sentencias dictadas en el Estado de México y el Distrito

55 En este sentido, por ejemplo, el *Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial del delito de feminicidio*, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 25 de octubre de 2011, que regula la actuación de los diversos organismos –Ministerio Público, Policía y Poder Judicial– frente a estos casos.

56 Como se desprende también de las dificultades de acceso a tal información desde organismos judiciales a nivel nacional, como el Programa de Equidad de Género en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (M. Talamás, c.p., 20/11/2012).

57 En este sentido, los medios de comunicación no informan sobre aplicación alguna del tipo penal de feminicidio en los Estado de Guanajuato, Tamaulipas ni Guerrero.

Federal⁵⁸, y que apuntan a dos aspectos controvertidos en la interpretación y aplicación de esta figura: primero, la restricción de la aplicación a los crímenes cometidos en la esfera de las relaciones de pareja o familia y, segundo, la peligrosa extensión de la aplicación de esta nueva figura a homicidios cometidos por mujeres⁵⁹.

Tomando en consideración las primeras diez sentencias dictadas en el Estado de México, todas ellas condenatorias, por delitos de feminicidio cometidos contra ocho mujeres y dos niñas⁶⁰, es interesante destacar que todas ellas corresponden a casos en que el crimen había sido cometido por un conocido, pareja o familiar de la víctima. En el caso del Distrito Federal, aunque el número de sentencias dictadas por feminicidio es menor, también allí la mayor parte de los feminicidios que se investigan como tales han sido cometidos por conocidos de las víctimas (Pantoja, 2012, 9 de marzo).

Esto puede indicar tanto la realidad del feminicidio en dichas entidades federativas, o más bien indicar la tendencia de la política de persecución penal que existe en los casos de feminicidios, que no debe desvincularse de la mayor facilidad de reconocer y calificar como feminicidios tales casos, comparados con aquellos en que el agresor es un desconocido. En tal sentido, es necesario

tener presente que la impunidad –como consecuencia de la ausencia o deficiente investigación– suele afectar más severamente a aquellos feminicidios que ocurren “en la esfera pública” –como por ejemplo, en el caso de *Campo Algodonero*– en que los cuerpos de las mujeres son encontrados a menudo en el espacio público, y aparentemente son cometidos por *desconocidos* de la víctima. En estos casos, la investigación es más compleja que cuando se trata de una mujer asesinada en su casa o por personas de su entorno cercano, cuando el autor será normalmente un *conocido* de la víctima y a menudo es identificado por familiares o amistades, o hasta puede entregarse personalmente a la justicia, facilitando la investigación.

La mayor presencia de sentencias en feminicidios cometidos por conocidos –que es un fenómeno común también en el resto de los países continente que tipifican el femicidio/feminicidio– deja un margen de duda respecto de la efectividad del funcionamiento del sistema de justicia respecto de aquellos cometidos por desconocidos, cuestión que reviste gravedad si se considera que, en el actual contexto de violencia en México se ha incrementado el número de asesinatos de mujeres vinculados con la acción del crimen organizado, muchos de los cuales constituyen feminicidios. Este contexto, además, a menudo propicia herramientas para complejizar la comisión de feminicidios íntimos o de pareja, por ejemplo, a través de sicarios, fenómeno que no sólo se presenta en México sino también en varios países centroamericanos afectados por formas de violencia similares (Carcedo, 2010).

Otro de los aspectos que llama la atención en las primeras sentencias es la aplicación del tipo penal de feminicidio a crímenes cometidos por mujeres, un tema que ha sido objeto de debate teórico a nivel comparado (Russell, 2009 : 28; Larrauri, 2009 : 6; Laurenzo, 2005 : 17)⁶¹. En el Distrito Federal se ha dictado una sentencia por feminicidio contra una joven que mató a su madre

58 Se examina estas normativas porque la legislación sobre feminicidio en el Estado de México y en el Distrito Federal se encuentran dentro de las primeras aprobadas y aplicadas en México, y responden a modelos distintos de tipificación. El Estado de México ha sido el primero en dictar condenas por el delito de feminicidio y lo ha hecho en un mayor número: la primera sentencia por este delito en el Estado de México –y en el país– fue dictada en diciembre de 2011, nueve meses después de la creación de una Fiscalía especializada y la aprobación del nuevo tipo penal en la entidad; y al mes de octubre de 2012, tal Fiscalía informa de 19 sentencias condenatorias por este delito (Fuente: Subprocuraduría para la atención de delitos vinculados a la Violencia de Género, Procuraduría General de Justicia del Estado de México (2012). Dossier sobre el delito de feminicidio en el Estado de México, Octubre de 2012). En tanto, la tipificación del Distrito Federal, si bien no ha tenido tanta aplicación como en el Estado de México, se ha reproducido ampliamente en otras entidades –con ciertas variaciones– como Morelos, Veracruz, Colima, Chiapas, Durango, Tabasco y Sinaloa.

59 Este análisis se hace considerando las sentencias que han sido dadas a conocer a través de los medios de comunicación –atendidas las dificultades de acceso a la versión pública de las mismas tanto en el Estado de México como en el Distrito Federal.

60 Un recuento de estos casos se encuentra en Huerta, 2012, 14 de junio.

61 Diana Russell no se refiere a ellos como *femicide*, aunque reconoce que muy excepcionalmente puede haber casos de asesinatos contra mujeres *por el hecho de serlo*, cometidos por mujeres, como por ejemplo, los casos en que las suegras participan de los asesinatos por dote, en que las mujeres son asesinadas por la familia de su marido, por considerar insuficiente su dote (Russell, 2009, p. 28).

(Alvarado, 2012, 8 de noviembre) y en el Estado de México, a una joven que asesinó a su novia (El Universal, 2012, 21 de febrero).

El caso del Distrito Federal, a pesar de su excepcionalidad, fue tomado como “ejemplo” de feminicidio en las declaraciones del Fiscal de Homicidios de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a la prensa, ya que evidenciaba el contenido de “odio” en estos delitos, pues la acusada habría declarado que odiaba a su madre (Pantoja, 2012, 9 de marzo). Sin duda, estos casos plantean dudas sobre el nivel de comprensión de la violencia contra las mujeres en general, como un fenómeno que posee características propias que la diferencian de otras formas de violencia en la esfera doméstica, así como del resto de formas de violencia en las relaciones de pareja.

En el caso del Estado de México, la pena más severa dentro de las diez primeras condenas⁶² fue precisamente la de 58 años de prisión impuesta a la joven que asesinó a su novia, única mujer condenada por feminicidio entre aquellos primeros casos (El Universal, 2012, 21 de febrero). Si bien no es posible analizar en detalle las circunstancias de cada caso, sólo considerando la información que proveen los medios de comunicación, esta severidad es llamativa si se considera la gravedad que revestían otros de los casos, como los dos en que las víctimas habían sido niñas –menores de cinco años– y además había habido violencia sexual, casos en los que las penas impuestas no han superado los 40 años de prisión (Huerta, 2012, 14 de junio). La severidad del sistema penal hacia las lesbianas ya ha sido documentada en algunos estudios (Streib, 1995; Robson, 1992, 2004) que indican que, al igual que factores raciales y socioeconómicos, ser lesbiana es un factor que hace más probable que una mujer sea juzgada, condenada o condenada a una pena privativa de libertad y, en tal caso, también a condenas más largas (Robson, 2000 : 208).

Lo anterior ha resuelto, por la vía de la práctica jurisprudencial, la que fuera una de las controversias sobre la figura teórica del femicidio / feminicidio, y la

⁶² Considerando que en 8 de los 10 primeros casos, la condena impuesta fue de 40 años de prisión, es decir, la pena mínima prevista para el feminicidio (Huerta, 2012, 14 de junio).

posibilidad de que pudiera ser cometido por una mujer (Russell, 2001). También en España, donde la actual legislación ha agravado las sanciones en diversos delitos cometidos contra mujeres en el contexto de relaciones de pareja⁶³ –aunque no al homicidio–, se ha debatido si la agravación se aplicaría también a los delitos cometidos por mujeres, esto es, relaciones entre lesbianas. A nivel jurisprudencial, sin embargo –a diferencia de lo ocurrido hasta ahora en México–, se ha sostenido que tales sanciones agravadas no son aplicables a parejas lésbicas⁶⁴, sin perjuicio de que tales actos –al igual que la violencia en parejas gays– se sancionen de acuerdo a las normas de violencia doméstica. Esta opción deja como únicos sujetos activos posibles a los hombres, lo cual se ajustaría tanto a las finalidades preventivas de la norma –al dirigir el mensaje a los potenciales agresores (Ruiz, 2006 : 44)– como a la mayor lesividad en estas conductas, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, al lesionar la seguridad, libertad y dignidad de las víctimas (STCE 59/2008, de 14 de mayo).

Gran parte de estos problemas son consecuencia de una comprensión penal de la violencia contra las mujeres que tiende a “la transformación de un problema social de violencia machista en hechos puntuales”, sin entender las especificidades de la violencia estructural contra las mujeres (Bodelón, 2012 : 353).

Conclusiones

Las recomendaciones formuladas a México sobre la tipificación del delito de feminicidio constituyen el reconocimiento de que la existencia de esta figura en el ordenamiento jurídico penal mexicano es parte de las medidas legislativas que el Estado debe adoptar para

⁶³ A través de la ya referida Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. La agravación es aplicable a los delitos de lesiones agravadas (art. 148), malos tratos (art. 153), amenazas de un mal no constitutivo de delito (art.171) y coacciones (art. 172).

⁶⁴ En este sentido, la Sentencia 66/2010 de la Audiencia Provincial de Cantabria de 2 de marzo, que revocó la sentencia del Juzgado Penal Nº. 2 de Santander, que había condenado en 2009 a una mujer por maltratar a su esposa. A pesar de ello, de acuerdo al CCPJ, del total de las personas enjuiciadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el primer trimestre de 2012, un 1,2% son mujeres (61 mujeres frente a 4.750 hombres enjuiciados).

cumplir adecuadamente con instrumentos internacionales de derechos humanos como la CEDAW y el PIDCP.

Sin embargo, la implementación de las recomendaciones referidas a la tipificación del feminicidio supone mayores dificultades que cuando se trata de figuras penales expresamente consagradas en los instrumentos internacionales –como ocurre con la tortura y otros crímenes–, pues el feminicidio es una noción amplia desarrollada desde la sociología y antropología feministas, y no se encuentra recogido explícitamente en tales instrumentos. La diversidad en su contenido se ha visto reflejada en las variadas formas que adopta su tipificación a nivel latinoamericano, ya sea bajo la denominación de femicidio o de feminicidio.

La implementación de estas recomendaciones en México se ha transformado en un intenso proceso de tipificación –favorecido también por diversos factores políticos y jurídicos– que ha dado lugar a figuras que presentan, al igual que entre los diversos países latinoamericanos, importantes diferencias entre unas y otras entidades federativas y a nivel federal. Las diversas configuraciones penales –consecuencia de la legítima autonomía normativa penal de las entidades–, sin embargo, en algunos casos dificultan, restringen e incluso impiden la sanción penal de tales crímenes en la práctica, lo que pone de manifiesto los límites de la implementación de esta figura en el país.

Tales dificultades y obstáculos se deben, en algunos casos, a deficiencias en la configuración objetiva de la figura, que suponen problemas para su acreditación –como en Guanajuato y Tamaulipas–, aspecto que ya ha sido abordado por las más recientes recomendaciones sobre tipificación del feminicidio en México (CEDAW, 2012)–. Sin embargo, los problemas más graves asociados a la tipificación exceden a estos aspectos, y se hallan en la virtual inaplicabilidad de algunas de estas figuras por la existencia de otras normas que les quitan toda posibilidad de aplicación práctica –como en Guerrero– o por la ausencia de elementos tan fundamentales para la correcta configuración del delito, como la pena –en el caso de Campeche.

Las tendencias de la incipiente aplicación de estas nuevas figuras, en tanto, también plantean preguntas respecto de los límites de la implementación de las recomendaciones sobre la tipificación. La aplicación mayoritaria de este nuevo delito a crímenes cometidos por conocidos puede ser consecuencia de los desafíos que supone de la persecución penal de aquellos cometidos por desconocidos. En tanto, la aplicación de las sanciones agravadas sobre violencia contra las mujeres a mujeres que agreden a otras mujeres, como ya ha ocurrido en algunas entidades federativas, puede constituir una forma de discriminación contra las mujeres por su orientación sexual (Bodelón et al., 2009 : 255) y, en todo caso, una utilización que no se compadece con los fines que han tenido las recomendaciones sobre la penalización del feminicidio.

La aplicación del delito de feminicidio a mujeres que matan a otras mujeres, desde mi perspectiva constituye una desviación del sentido de una normativa especialmente creada para sancionar la violencia contra las mujeres. Desde una perspectiva social e histórica, las mujeres se encuentran una posición más vulnerable no en abstracto o por sí mismas, sino en el contexto las relaciones sociales con o ante los hombres. Incluso es posible reconocer que la violencia en el ámbito de las parejas gays y de las parejas lésbicas merece un tratamiento específico, pero aquel no es homologable al de la violencia machista (Bodelón et al., 2009 : 251), ni en lo privado ni en lo público.

Estas cuestiones reflejan algunas de las dificultades que supone la implementación de las recomendaciones sobre la tipificación del feminicidio en México, así como sus límites. Si bien tales recomendaciones constituyen un reconocimiento fundamental de lo que implica el adecuado cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres por parte del Estado mexicano, la tipificación se transforma, a su vez, en un nuevo desafío. Probablemente, serán necesarias recomendaciones adicionales de organismos internacionales a fin de precisar el contenido y la extensión que debe tener esta nueva figura penal para favorecer su aplicación atendida la impunidad que mayormente afecta a estos casos, así como su relación con las –hasta ahora prácticamente no abordadas– sanciones por el proceder negligente de las autoridades encargadas de su investigación.

Bibliografía

- Acale, María (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Editorial Reus, Madrid.
- Adolfi, Laura; Giusti, Sara; Breveglieri, Agnese; Ottaviani, Elisa; Karadole, Cristina; Venneri, Virginia y Verucci, Cinzia (2010). *Il costo di essere dona: Indagini sul femicidio in Italia. I dati del 2010*. Casa delle donne per non subire violenza di Bologna.
- Bodelón, Encarna (2012). *Violencia de género y la respuesta de los sistemas penales*, Editorial Didot, Buenos Aires.
- Bodelón, Encarna; Bonet, Margarita; Garrido, Lorena; Heim, Daniela; Igareda, Noelia y Toledo, Patsilí (2009). La limitada perspectiva de género en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008. Comentarios a la STC 59/2008, de 14 de mayo, cuestión de inconstitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal. En: Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna (Comps.), *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Desafío(s) 7, Ed. Anthropos, Barcelona, pp. 247 – 262.
- Campbell, Jacquelyn y Runyan, Carol (1998). Femicide: Guest Editors Introduction. *Homicide Studies*, Vol. 2 (4), pp. 347-352.
- Carcedo, Ana (Coord.) (2010). No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000-2006, CEFEMINA, San José de Costa Rica.
- Carcedo, Ana y Sagot, Montserrat (2000). Femicidio en Costa Rica. 1990-1999, Organización Panamericana de la Salud - Programa Mujer, Salud y Desarrollo, San José de Costa Rica.
- Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDH) (2007). Femicidio en Chihuahua. *Asignaturas pendientes*, México.
- Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) (2008). *Femicidio. Monitoreo sobre femicidio/feminicidio en Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana*, Lima.
- Comité de Derechos Humanos (2010). *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 40 del Pacto: México*. CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) (2012). *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México, 52º periodo de sesiones*. CEDAW/C/MEX/CO/7-8, 7 de agosto de 2012.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) (2006). *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México, 36º periodo de sesiones*.
- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Consejo DHNU) (2012). *Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo*. Adición: *Informe resumido de la reunión del grupo de expertos sobre los asesinatos de mujeres por motivos de género*, 16 de mayo de 2012, A/HRC/20/16/Add.4.
- Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), España (2011). *Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja en 2011*.
- (2004). Dictamen N.º 1485/2004, sobre el “Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres”, de 24 de junio de 2004.
- Crawford, Maria y Gartner, Rosemary. (1992). *Women killing: Intimate femicide in Ontario, 1974-1990*, Women We Honour Action Comitee. Toronto - Ontario.
- Fregoso, Rosa-Linda y Bejarano, Cynthia (Eds.) (2010). *Terrorizing Women. Femicide in the Americas*, Duke University Press, Durham / Londres.
- Giari, Sonia (2008). *Femminicidio. Recerca sulla stampa italiana nell'anno 2007*. Casa delle donne per non subire violenza di Bologna.
- Gimbernat, Enrique (2004). Prólogo. En: *Código Penal*, 10ª edición, Tecnos, Madrid.
- González-Méndez, Rosaura y Santana-Hernández, Juana (2012). Professional opinions on Violence against Women and Femicide in Spain, *Homicide Studies 2012, 16 (I)* pp. 41 – 59.
- Hosseini, Rana (2009). Asesinatos “por honor” en Jordania. En: Agudelo, Irene y Largaespada, Ruth (Eds.), *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropriate Technology in Health, InterCambios, Medical Research Council of South Africa, World Health Organization; Washington D.C., pp. 119 – 126.
- Incháustegui, Teresa y López, María (Coords.) (2011) *Femicidio en México. Aproximación, tendencias y cambios, 1985 – 2009*, México: ONU Mujeres, Instituto Nacional de las Mujeres (México), Comisión Especial para el Seguimiento de los Femicidios de la LXI Legislatura, Cámara de Diputados.
- Instituto Centro Reina Sofia (ICRS) (2010). *Informe: Mujeres asesinadas por su pareja. España (2000-2009)*. Instituto Universitario para el Estudio de la Violencia / ICRS.
- (2007). *Mujeres asesinadas por su pareja. España, 2007*.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (CCPDH) (2006). *I Informe Regional: Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana*, San José de Costa Rica.
- Juliano, Dolores (2006). *Les altres dones. La construcció de l'exclusió social. Els discursos que ens uneixen i ens separen*, Institut Català de les Dones, Barcelona.
- Karadole, Cristina (2007). *Femminicidi in Italia nel corso del 2006: indagine sulla stampa*. Casa delle donne per non subire violenza di Bologna / Università degli Studi Roma Tre.

- Kluger, Viviana (2003). Casarse, mandar y obedecer en el Virreinato del Río de la Plata: Un estudio del deber-derecho de obediencia a través de los pleitos entre cónyuges. *Fronteras de la Historia*, Vol. 8, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, pp. 131 - 151.
- Kumar, Virendra (2009). Muertes por dote (quema de la novia) en la India. En: Agudelo, Irene y Largaespada, Ruth (Eds.), *Fortaleciendo la comprensión del feminicidio. De la investigación a la acción*. Program for Appropriate Technology in Health, InterCambios, Medical Research Council of South Africa, World Health Organization; Washington D.C., pp. 127 - 134.
- Lagarde, Marcela (2005). El feminicidio, delito contra la humanidad. En: CEFIRM, *Feminicidio, justicia y derecho*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión - LIX Legislatura México, pp. 151 - 164.
- Landau, Simha y Hattis-Rolef, Susan (2001). Intimate femicide in Israel: Temporal, social and motivational patterns, *European Journal of Criminal Policy and Research*, Vol. 6, pp. 75 - 90.
- Laporta, Elena (2013). España: una restringida acepción de la "violencia de género" y los feminicidios. En: Heinrich Böll Stiftung - Unión Europea. *Feminicidio: Un fenómeno global. De Madrid a Santiago*, Bruselas, Bélgica, pp. 38 - 40.
- Larrauri, Elena (2009). Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho 1 / 2009*.
- Laurenzo, Patricia (2005). La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político-criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-08, pp. 1 - 23.
- Maldonado, Alba Estela (2005). *Feminicidio en Guatemala. Crímenes contra la Humanidad. Investigación Preliminar*. Bancada de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca del Congreso de la República de Guatemala, Guatemala.
- Maqueda, María Luisa (2006). La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral, *Revista Penal*, núm. 18, pp. 176 - 187.
- Monárrez, Julia (2009). *Trama de una injusticia. Feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez*, El Colegio de la Frontera Norte, Miguel Ángel Porrúa, México, D. F.
- (2000). La cultura del feminicidio en Ciudad Juárez. *Frontera Norte*, Vol. 12, N.º 23, enero - junio 2000, pp. 87 - 117.
- Nieto-Navia, Rafael (2011). El valor jurídico de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad, 18 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 155 - 190.
- Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio (OCNF) ante el Comité CEDAW "Feminicidio e impunidad en México: Un contexto de violencia estructural y generalizada", de fecha 17 de julio de 2012.
- (2011), *Una mirada al feminicidio en México 2010 - 2011*, México.
- (2010), *Una mirada al feminicidio en México 2009 - 2010*, México.
- (2008), *Una mirada al feminicidio en México 2007 - 2008*, México.
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2011). *Global Study on Homicide 2011. Trends, contexts, data*.
- Organización de Mujeres Salvadoreñas por la Paz (ORMUSA) (2006). *El feminicidio en El Salvador. Análisis de los protocolos - registros*, San Salvador.
- Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual / Corporación La Morada (2004). *Femicidio en Chile*, Corporación La Morada, Santiago de Chile.
- Robson, Ruthann (2004). Lesbianism and the Death Penalty: A "Hard Core" Case. *Women Studies Quarterly* (32: 3 - 4): Women, Crime and Criminal Justice, pp.181 - 191.
- (2000). *Crime and Criminology*. En: Zimmerman, Bonnie (Ed.), *Lesbian Histories and Cultures: an encyclopedia*, Garland Publishing Inc., Nueva York, pp. 206 - 209.
- (1992). *Lesbian (Out)Law: Survival Under the Rule of Law*. Firebrands Books, Universidad de Michigan; Ann Arbor - Michigan.
- Russell, Diana (2009). Femicidio: politizando el asesinato de mujeres. En: Agudelo, Irene y Largaespada, Ruth (Eds.), *Fortaleciendo la comprensión del feminicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropriate Technology in Health, InterCambios, Medical Research Council of South Africa, World Health Organization; Washington. D.C., pp. 41 - 48.
- Russell, Diana y Caputi, Jane (1990). 'Femicide': Speaking the unspeakable. *Ms.*, Septiembre-Octubre / 1990, pp. 34 - 37.
- Russell, Diana y Harmes, Roberta (Eds.) (2006). *Feminicidio: una perspectiva global*, UNAM, México. Originalmente publicado en 2001, *Femicide in Global Perspective*, Serie Athene Vol. 57, Teachers College Press. Nueva York.
- Russell, Diana y Radford, Jill (Eds.) (2006). *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*, UNAM, México. Originalmente publicado en 1992: *Femicide: the politics of women killing*, Twayne Eds, Nueva York.
- Segato, Rita (2011). Femi-geno-cidio como crimen en fuero internacional de los derechos humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho. En: Fregoso, Rosa-Linda, Bejarano, Cynthia y Lagarde, Marcela (Eds.), *Feminicidio en América Latina*, UNAM - Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, México, pp. 249 - 277.
- (2006). *Qué es un feminicidio*. Notas para un debate emergente. Serie Antropología, Brasilia
- Spinelli, Barbara (2006). *Violenza Sulle Donne: Parliamo di Femminicidio. Spunti di riflessione per affrontare a livello globale il*

problema della violenza sulle donne con una prospettiva di genere. Giuristi Democratici.

- Stevens and Sons (1935). (Sin título) *The Law Quarterly Review*, Vol. 51.
- Streib, Victor (1995) Death Penalty for Lesbians. *The National Journal of Sexual Orientation Law*, Vol. 1, 1, pp. 105 – 127.
- Toledo, Patsilí (2013). La violencia contra las mujeres y el femicidio/feminicidio a nivel global y latinoamericano: Las persistentes cifras que interpelan a los Estados. En: Heinrich Böll Stiftung - Unión Europea. *Feminicidio: Un fenómeno global. De Madrid a Santiago*, Bruselas, Bélgica, pp. 5 – 8.
- (2010). Tipificación del femicidio / feminicidio: Otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres. En: Bodelón, Encarna y Heim, Daniela (Coords.), *Derecho, Género, Igualdad*, Vol. 2, Grupo Antígona, de la Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 163 – 178.
- (2009). Leyes sobre Femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes. En: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, *Tipificación del feminicidio en Chile. Un debate abierto*, Andros, Santiago de Chile. pp. 41 a 50.
- (2009). *Feminicidio*. Consultoría para la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, Ciudad de México.
- Subprocuraduría para la atención de delitos vinculados a la Violencia de Género, Procuraduría General de Justicia del Estado de México (2012). Dossier sobre el delito de feminicidio en el Estado de México, Octubre de 2012.
- Widyono, Monique. (2009) Introducción. En: Agudelo, Irene y Largaespada, Ruth (Eds.), *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*. Program for Appropriate Technology in Health, InterCambios, Medical Research Council of South Africa, World Health Organization; Washington D.C., pp. 15 – 39.

Sentencias

- México, Sentencia del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo en revisión 83/2012. 20 de septiembre de 2012. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1333.
- España, Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de Mayo de 2008, Cuestión de Inconstitucionalidad del Artículo 153.1 del código Penal (en su redacción vigente, resultante de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre).
- España, Audiencia Provincial de Cantabria, Sentencia 66/2010 de 2 de Marzo.

Artículos de prensa

- Alvarado, Noel (2012, 8 de noviembre). Dieron 30 años a mujer que asesinó a su madre, La Prensa. Policía. <http://www.oem.com.mx/laprensa/notas/n2763180.htm> [Consultado el 10 de febrero de 2013].
- Camacho, Fernando (2011, 13 de abril). La Jornada, Promueven campaña sobre correcta tipificación del delito de feminicidio, disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2011/04/13/sociedad/050n2soc> [Consultado el 10 de febrero de 2013].
- El Universal (2012, 21 de febrero). Mujer asesina a su novia en Edomex; pasará 58 años en la cárcel, El Mexicano. Nacional. <http://www.el-mexicano.com.mx/informacion/noticias/1/2/nacional/2012/02/21/548891/mujer-asesina-a-su-novia-en-edomex-pasara-58-anos-en-la-carcel.aspx> [Consultado el 10 de febrero de 2013].
- Gómez, Ricardo (2011, 12 de enero). Desechan declarar alerta por feminicidios en el Edomex. El Universal. <http://www.eluniversal.com.mx/primer/36174.html> [Consultado el 10 de febrero de 2013].
- Huerta, Josué (2012, 14 de junio). Feminicidios a castigo, El Universal, <http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/112045.html> [Consultado el 10 de febrero de 2013].
- Pantoja, Sara (2012, 9 de marzo). PGJDF: lidera odio en los feminicidios. El Universal. <http://www.eluniversaldf.mx/alvaroobregon/nota43264.html> [Consultado el 10 de febrero de 2013].
- Torres, Gladis (2011, 18 de mayo). Llamen a no aprobar "fast track" ley de feminicidio en Guanajuato, Cimac Noticias, <http://www.cimacnoticias.com.mx/site/11051807-Llamen-a-no-aprobar.47056.0.html> [Consultado el 10 de febrero de 2013].

➤ De la norma a la acción: Rompiendo las barreras invisibles del acceso a la Justicia

María Paula Poblete Bravo*

Desde el advenimiento de la democracia, el Estado chileno ha realizado esfuerzos importantes por adecuarse a los estándares internacionales sobre violencia de género, principalmente a través de la dictación de leyes¹ y de la incorporación de normas de derecho internacional de los derechos humanos². En este contexto, la Ley 20.066, sobre violencia intrafamiliar, constituye el cuerpo legal más relevante y el principal instrumento de quienes trabajamos en la materia, al establecer los lineamientos básicos del tratamiento de los actos de violencia, tanto en el ámbito penal como de familia. Podemos afirmar que hoy, bajo el amparo de la normativa vigente, una mujer puede denunciar un acto de violencia en su contra, puede solicitar medidas de protección e incluso el agresor puede recibir una sanción.

Sin perjuicio de que es necesario abogar para que dicha normativa sea objeto de importantes reformas que garanticen de mejor manera los derechos humanos de las mujeres, parece interesante detenerse en otra perspectiva de análisis y observar cómo se desenvuelven los operadores jurídicos dentro del marco existente, ya que en Chile el acceso a la justicia en casos de violencia doméstica no se encuentra limitado por la inexistencia de instituciones, normas y procesos, sino que entra en crisis cuando estos mecanismos deben operar en el ámbito de la realidad y los agentes estatales no se encuentran capacitados para dar una adecuada respuesta.

Así, el objeto de este trabajo es abordar la actuación de los funcionarios públicos (policías, fiscales, funcionarios/as judiciales, jueces/as, etc.) que deben interactuar con

las víctimas en los casos de violencia intrafamiliar, y a su vez, en la forma en que se relacionan las diversas reparticiones públicas que trabajan en la materia, lo que evidentemente influye en el acceso efectivo a la justicia.

En el contexto del trabajo realizado por los Centros de la Mujer³, programas dependientes del Servicio Nacional de la Mujer⁴ que otorgan atención psicosocial y jurídica a las mujeres que sufren violencia en los términos de la referida Ley 20.066, es posible obtener una visión general respecto de los procesos judiciales a los que se ven enfrentadas las víctimas. En muchos casos se detecta un escaso conocimiento técnico y sensibilización de los funcionarios públicos frente a los hechos de violencia de género. A fin de dar cuenta de esta realidad, se analizarán a continuación: (1) las prácticas policiales frente a una denuncia por violencia; (2) el rol que ejerce el Consejo Técnico en la fase de evaluación del riesgo; (3) el perfil de la “mujer agredida” que manejan y aplican los operadores de justicia; y (4) los mecanismos de coordinación interinstitucional en la materia. Estos cuatro tópicos constituyen nudos críticos en la búsqueda de justicia por parte de las mujeres afectadas por la violencia de género.

Denuncia por Violencia de Género: Minimización

La redacción de los partes policiales no recoge de manera exhaustiva el relato de la víctima, ya que se realiza en términos demasiado escuetos, generales e imprecisos. En consecuencia, en la mayoría de los casos, de su lectura no es posible extraer cuáles son las manifestaciones del maltrato, determinar los tipos de violencia ejercidos por el agresor, la magnitud y frecuencia de las agresiones y los detalles del hecho puntual que motiva la denuncia, elementos esenciales para evaluar la situación de riesgo, sostener judicialmente la persecución al agresor y probar la ocurrencia de los hechos. Se abusa de expresiones

* Abogada (Universidad de Talca, Chile). Trabaja en el Programa Centro de la Mujer de Molina, dependiente del Servicio Nacional de la Mujer y la Municipalidad de Molina (Chile). Fue pasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Diplomada en “Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica” por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile (2012).

1 La primera ley de Violencia Intrafamiliar promulgada en Chile fue la Ley 19.325 del año 1994; posteriormente se promulgó la Ley 20.066 del año 2005. En el año 2010 se promulgó la ley 20.084, que introduce modificaciones a la Ley 20.066 y que tipificó el femicidio.

2 La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) fue ratificada por el Estado de Chile en 1989, por su parte la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará) fue ratificada en 1994.

3 En la actualidad existen 94 Centros de la Mujer distribuidos a lo largo del país, cuyo objetivo general es contribuir en el ámbito local a reducir la violencia contra la mujer, especialmente en el marco de relaciones de pareja.

4 El Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) es un organismo creado por el Gobierno de Chile para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Fue creado en 1991 y cuenta con rango ministerial.

genéricas sin evidenciar el relato de la víctima y su situación particular. Además, las denuncias se redactan con un marcado sesgo de género, siendo la frase más común la que señala que el agresor “profirió palabras obscenas menoscabándola en su calidad de mujer y madre”, que implica reforzar la idea de que la dignidad de la mujer está íntimamente ligada a su rol materno, lo que es claramente sexista.

Asimismo, el trato que se les da a las mujeres al momento de denunciar no se condice con su calidad de víctimas, pues la actitud policial es cuestionadora respecto al comportamiento de éstas, lo que resulta en la revictimización de las mujeres denunciadas. Lo anterior, debido a que subyace la concepción de que la violencia es un asunto privado, que distrae a los funcionarios policiales de sus “labores naturales”, discurso que sostienen incluso algunas autoridades comunales de la policía uniformada.

Por último, muchas veces se conmina a las mujeres a desistir de las denuncias, señalando que los hechos son difíciles de probar, ya que es la palabra de la víctima contra la palabra del agresor, o que el Tribunal no acogerá la denuncia pues lo sucedido no tiene la suficiente gravedad.

Evaluación del Riesgo por parte del Consejo Técnico⁵: Conciliación Informal

Otra situación preocupante ocurre respecto de los actos de violencia intrafamiliar que no son constitutivos de delito penal, cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados de Familia. Cuando se interpone una denuncia, un/a miembro/a del Consejo Técnico cita a la víctima o a ambas partes para efectos de evaluar el nivel de riesgo, en conformidad con el artículo 5.d) de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Sin embargo, en la práctica esta instancia, que debiese conducir a determinar si corresponde o no adoptar medidas cautelares a favor de la víctima, se transforma en un *filtraje* de los casos que tienen mérito para judicializarse,

es decir, el consejero o consejera realiza un juicio previo respecto de la viabilidad de la denuncia, lo que genera finalmente el archivo de una gran cantidad de procesos. En el marco de esta evaluación de riesgo, muchas veces la consejera o el consejero persuade a las denunciadas para que solucionen extrajudicialmente el conflicto con sus parejas, que le den “otra oportunidad” al agresor, o que usen la denuncia como una forma de darle “un susto”. Incluso sostienen entrevistas en conjunto con la mujer y el denunciado, conminándolos a que resuelvan sus problemas, los que son interpretados como desavenencias de índole romántica o problemas de comunicación. Comprendiendo que en muchos casos las mujeres ejercen el legítimo derecho a solucionar el conflicto con su pareja, se entiende que el rol de los agentes del estado no puede estar orientado a priorizar la recomposición familiar por sobre la integridad de las personas, principalmente cuando son éstas las que se dirigen a un tribunal de justicia para que éste realice su labor.

Perfil de la Mujer Agredida: Estereotipos

Las prácticas de los funcionarios públicos en el marco de las instancias judiciales dan cuenta de que éstos tienen una visión estereotipada de las mujeres víctimas de violencia, atribuyéndoles ciertas características típicas, por ejemplo, ser mentirosas, conflictivas, manipuladoras o tener algún tipo de problema mental. Esto se manifiesta en comentarios que se dan tanto en audiencias como en contextos informales. Es común ver que los jueces se dirijan a la mujer desconfiando de los motivos por los que inició el proceso judicial; por ejemplo, al momento de otorgar una medida cautelar, refuerzan insistentemente que dicha medida se otorga sin perjuicio de las visitas del padre a los hijos, como si el objetivo de la denunciante fuese destruir la relación paterno-filial; o bien, aclaran que el juicio no tiene como fin “sacar al marido de la casa”, acusándolas de instrumentalizar el sistema de justicia.

Al establecer coordinaciones con funcionarios judiciales, fiscales o carabineros, es común que emitan comentarios respecto a la mujer que operan como justificantes de la violencia, tales como “esa mujer es loca”, “ella lo anda buscando”, “es que tiene otro hombre”. También se justifica la falta de diligencia de los operadores de justicia en el hecho de que probablemente la mujer

⁵ El Consejo Técnico es un organismo interdisciplinario, integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia cuya función es asesorar a los jueces de familia en las materias sometidas a su conocimiento (artículos 5, 6 y 7 de la Ley 19.968).

volverá con su pareja, manifestado el desconocimiento de la dinámica cíclica de las relaciones de poder y control. En este sentido, una opinión generalizada es que no sirve de nada que las parejas lleguen a un tribunal de justicia por un caso de violencia si finalmente “van a salir tomados de la mano”.

Esta imagen construida socialmente de lo que son o buscan las mujeres agredidas, constituye una barrera para que los funcionarios públicos asuman con la diligencia debida la persecución judicial de los agresores y la protección de las víctimas.

Mecanismos de Coordinación entre Instituciones Públicas: Revictimización

Se observa con preocupación que las instituciones públicas actúan de manera parcelada, sin protocolos que permitan una coordinación rápida y efectiva cuando se toma conocimiento de casos de violencia doméstica en el nivel local. En efecto, se derivan víctimas de una institución a otra sin remitir la información necesaria del caso, obligando a que las mujeres deban ser objeto de las mismas preguntas en cada oficina pública a las que son derivadas, generando revictimización.

Tampoco existe una evaluación estandarizada de la situación de riesgo de la víctima, por cuanto la policía, el Tribunal de Familia, el Ministerio Público y el Servicio Nacional de la Mujer cuentan con sistemas diferentes de ponderación, lo que constituye una barrera a la hora de establecer medidas cautelares.

Finalmente, es alarmante que no exista un trabajo coordinado entre Carabineros, Ministerio Público y Poder Judicial con las instituciones públicas de salud y educación para propiciar que sus funcionarios cumplan con la obligación legal de denunciar los hechos de violencia doméstica que llegan a su conocimiento, ya que son las instancias en que es más fácil pesquisar casos. Sólo en muy pocas ocasiones se cumple este mandato normativo, probablemente como consecuencia del profundo arraigo que tiene la noción de la violencia como un asunto privado.

Las situaciones hasta aquí relatadas son meros ejemplos de un contexto en que toda demanda de justicia

respecto a la violencia de género es permeada por el desconocimiento de los funcionarios públicos sobre la especial naturaleza de estos actos, y por una serie de estereotipos de los que ninguno de los profesionales estamos exentos, los que evidentemente guardan relación con la cultura patriarcal en que vivimos. En un estudio especializado respecto a la violencia de género y la administración de justicia se explica esta situación señalando que “[e]sto tiene que ver con la manera de entender el conflicto y cómo se analiza la vulnerabilidad de las condiciones de la mujer, lo que está estrechamente vinculado con las historias, prejuicios y valores de los propios operadores del sistema. Ello, pues, al momento de intervenir y decidir la manera de hacerlo, éstos se ven cuestionados en la propia forma de actuar en sus relaciones familiares y de pareja, las construcciones que tienen sobre masculinidad y femineidad en la sociedad actual y los grados de tolerancia que permiten frente a la violencia como una forma de solución de conflictos, disciplinamiento o control familiar”⁶ Por otra parte, al tratarse de prácticas deficientes que ocurren dentro de un marco institucional formal, éstas cuentan con una apariencia de validez, siendo difícil visualizar las mencionadas deficiencias, lo que hace más perniciosos sus efectos y más compleja su erradicación.

Sabemos que esto no ocurre solamente en el país; la propia Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, Rashida Manjoo, indica que los testimonios recibidos en el ejercicio de su labor dan cuenta de que los órganos públicos le restan importancia a estos delitos, disuadiendo a las víctimas de iniciar acciones judiciales y promoviendo la conciliación, por lo cual “se presenta un número cada vez menor de denuncias y se sigue restando importancia y visibilidad a estos delitos, lo que contribuye a reforzar la presencia constante de la violencia contra la mujer”⁷.

6 CASAS, L., RIVEROS, F., VARGAS, M. *Violencia de Género y Administración de Justicia*. Santiago, SERNAM y Universidad Diego Portales, 2011, p. 164.

7 NACIONES UNIDAS. *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, Rashida Manjoo. [En línea] A/66/215, Agosto de 2011. <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_sp.pdf> [Consulta 5 de Julio de 2013]

Con el mérito de la situación planteada es posible concluir que se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado en el marco de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos y el principio de no discriminación.

En cuanto a las obligaciones de respeto, particularmente en lo referente a la garantía del debido proceso, se vulnera el derecho de la mujer víctima de violencia a ser oída, se presiona su voluntad para actuar en un sentido determinado por el funcionario del Estado, por ejemplo, cuando intenta denunciar un hecho de violencia y la policía le señala que no vale la pena efectuar la denuncia porque el juez no la tomará en cuenta, o se le persuade para resolver el conflicto en una especie de conciliación con el agresor, sin ningún tipo de garantía de igualdad de condiciones para negociar. A su vez, se transgrede el principio de legalidad, toda vez que el Consejo Técnico excede las facultades que la ley le otorga, realizando un juicio previo en torno a los hechos de violencia. Finalmente, no se respeta el principio de imparcialidad, ya que priman opiniones personales fundadas en estereotipos de género o desconocimiento técnico sobre la violencia doméstica y sus dinámicas.

En el ámbito de las obligaciones estatales de garantía de los derechos humanos, el Estado no asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las víctimas, entendiendo esta obligación como "una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente de los derechos y libertades consagrados internacionalmente"⁸. En efecto, no existe un aparato estatal capacitado, organizado y coordinado para hacer otorgar una respuesta efectiva ante la violencia, situación que compromete la responsabilidad internacional del Estado. La imputación de responsabilidad estatal en este tipo de casos ha sido sostenida por la jurisprudencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de

Naciones Unidas en los casos Goecke⁹ y Yildirim¹⁰, ambos contra Austria. En ambos casos, el Comité manifestó que si bien el Estado contaba con mecanismos legales para responder a la violencia doméstica, igualmente incurrió en una violación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), configurada por la falta de diligencia de los operadores de justicia para aplicar los mecanismos disponibles de manera oportuna y efectiva. En atención a ello, el Comité recomendó al Estado "[...] Velar por una mayor coordinación entre los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los funcionarios judiciales, y velar también porque todos los niveles del sistema de justicia penal (policía, fiscales, magistrados) cooperen habitualmente con las organizaciones no gubernamentales que trabajan para proteger y apoyar a las mujeres víctimas de la violencia basada en el género; [...] Fortalecer los programas de capacitación y la educación en materia de violencia doméstica para los magistrados, abogados y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, incluida la formación relativa a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la recomendación general 19 del Comité y el Protocolo Facultativo de la Convención"¹¹.

Las deficiencias del sistema comentadas precedentemente también implican la violación del principio de no discriminación¹², por cuanto los agentes del Estado responden a los hechos de violencia ocurridos en el marco de las relaciones de la pareja de una manera diferente a los hechos de violencia ocurridos en otros contextos, por ejemplo, delitos comunes, ya que

8 NASH, Claudio. La protección internacional de los derechos humanos en contexto. En su: *El sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México, Editorial Porrúa, 2009. Capítulo II, p. 32.

9 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LA MUJER. *Şahide Goekce v. Austria*. Comunicación No. 5/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005

10 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LA MUJER. *Fatma Yildirim v. Austria*. Comunicación No. 6/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/6/2005

11 *Ibid.*, párr. 12.3, letras c y d.

12 La CEDAW define como discriminación: "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".

minimizan su gravedad, tienden a establecer soluciones informales, cuestionan y revictimizan a las mujeres. Así, el criterio de distinción utilizado por los funcionarios públicos es precisamente que se trata de una mujer que es víctima de su pareja, y el fundamento de la distinción son los estereotipos respecto a las víctimas, las ideas culturalmente arraigadas en torno a la familia como bien supremo, y la ignorancia en torno a la naturaleza de la violencia de género, argumentos que no resisten ningún juicio de razonabilidad y que implican finalmente que no se priorice la investigación y sanción de los hechos, con el consecuente menoscabo de los derechos de las mujeres.

En atención a las situaciones analizadas en este artículo, es fundamental que el Estado de Chile fortalezca los mecanismos de capacitación y coordinación de los funcionarios públicos que se enfrentan a casos de violencia contra la mujer, enfocándose en dos tópicos fundamentales: la violencia como violación a los derechos humanos y la incorporación de perspectiva de género, lo que contribuirá al cumplimiento de los estándares internacionales en la materia.

Para la efectividad de tal labor es necesario estructurar una red interinstitucional desde el ámbito local, a través de la creación de mesas de trabajo comunales en las cuales intervengan Carabineros, Ministerio Público, Tribunales de Justicia, organismos de salud y educación, programas de gobierno y organizaciones de la sociedad civil que trabajen en la temática, y en las que se propenda a establecer protocolos de derivación de casos, de evaluación de riesgo y de trato adecuado con las víctimas. Un elemento fundamental es establecer principios rectores del trabajo a realizar, por ejemplo, una estructura horizontal de equipo, un enfoque multidisciplinario, estrategias adaptadas a las particularidades locales y la superación de los discursos basados en estereotipos de género, clase, etnia, edad, etc.

En conclusión, y considerando el contexto relatado, es imprescindible enfocar los esfuerzos en el trabajo con las personas llamadas a ejecutar las normas, pues son las que finalmente actúan como garantes frente a estas violaciones de derechos humanos. No tiene sentido

dictar leyes o crear políticas públicas si finalmente el Estado no establece mecanismos eficientes para que éstas tengan operatividad en la práctica, considerando especialmente que en comunas pequeñas, alejada de los lugares donde se toman las decisiones de poder, muchas de estas estrategias llegan como nada más que declaraciones de buenas intenciones.

► El enfoque diferencial. La necesidad de implementar una política pública integral que garantice los DESC de las mujeres víctimas de violencia de género

María Laura Iseas*

En Argentina, y precisamente en la Ciudad de Buenos Aires, en los últimos años se logró un amplio consenso acerca de que la violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres. El avance logrado hacia su erradicación se manifestó principalmente en la implementación de dispositivos normativos, mientras que la deuda pendiente continúa siendo la implementación de políticas públicas integrales.

Uno de los factores que configura el incumplimiento del estándar internacional de debida diligencia por parte del Estado y los Estados locales es la ausencia de un abordaje integral en la asistencia a las víctimas de violencia.

El Estado de situación actual. Indicadores.

Un claro indicador de la ausencia de una política pública integral para hacer frente a la violencia contra las mujeres es la falta de continuidad en los procesos judiciales en materia de violencia. Un gran número de denuncias de violencia exponen este problema, que los operadores de justicia mal denominan como “casos de abandono” por parte de las denunciadas¹.

Numerosas investigaciones² dan cuenta de que los verdaderos motivos de este supuesto abandono del proceso radican en la omisión por parte del Estado de garantizar a las víctimas el goce de los derechos económicos y sociales, que les permitirían llevar adelante los procesos de denuncia y vivir una vida independiente de sus agresores. En este sentido, se precisa identificar la necesaria interdependencia entre las políticas públicas

(sociales, de salud, de empleo) y el servicio de justicia, ya que el Poder Judicial en soledad no puede responder de forma efectiva a una problemática multidimensional y compleja³.

Otro indicador que demuestra la necesidad de implementar de una vez por todas un enfoque integral lo constituye el perfil de las víctimas. El informe anual del año 2009 del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género sostiene que “el eslogan de que ‘toda mujer puede ser víctima’ expresa sólo una parte de verdad, pues toda mujer puede ser víctima, pero no toda mujer tiene el mismo riesgo de ser víctima de violencia doméstica. Sobre la base de los estudios de Sokoloff y Supont (2005), Larrauri sostiene que la mayor probabilidad de ser víctimas de estos comportamientos se produce en las mujeres pobres, o en diversas situaciones de exclusión social o pertenencia a minorías étnicas”⁴.

La mayoría de las mujeres que denuncian situaciones de violencia en la ciudad de Buenos Aires son mujeres pertenecientes a sectores socioeconómicos vulnerables, que presentan dificultades en el goce de sus derechos económicos y sociales (y los de los niños, niñas y adolescentes dependientes) tales como vivienda, trabajo, salud y educación⁵.

* Abogada, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Diplomada en “Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica” por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile (2012).

1 Según las Estadísticas de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 83% de los casos derivados a la Fiscalía de la Ciudad fueron archivados.

2 GHERARDI, N., DURÁN, J. y CARTABIA, S. La ley de protección integral contra la violencia hacia las mujeres: una herramienta para la defensa en la ciudad de Buenos Aires. En: CHINKIN, C. et.al. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres. Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2012; y GHERARDI, N. Más allá de la denuncia: Los desafíos del acceso a la justicia. Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), 2012.

3 ALMERÁS, D. y CALDERÓN, C. (coords.). Acceso a la Justicia: Efectividad de las normas y procesos. *En su*: Si no se cuenta, no cuenta. Información sobre la violencia contra las mujeres. Santiago, CEPAL, 2012.

4 ELA. Derechos de las mujeres y discurso jurídico: Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009. Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), 2010, p. 65. En el mismo sentido, un estudio reciente realizado en Argentina, Brasil y Colombia revela la íntima conexión entre el acceso a la vivienda por parte de mujeres maltratadas y sus posibilidades efectivas de escapar de sus agresores: CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS (COHRE). Un lugar en el mundo: El derecho a una vivienda adecuada como elemento esencial de una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia. [En línea] <http://www.cohre.org/sites/default/files/100715_un_lugar_en_el_mundo_final.pdf>. Visitado el 30.08.2010 > [Consulta: 8 de julio de 2013].

5 Sólo a modo de ejemplo, si bien la tasa de desempleo se redujo para ambos sexos en los últimos años, lo que evidencia la mejora en las oportunidades laborales, el desempleo se mantiene más alto para las mujeres que para los varones. Vale consignar también que la mayor incorporación de las mujeres al mundo del trabajo no necesariamente ha traído aparejadas modificaciones significativas en sus formas de inserción. Debido a que continúan siendo las principales proveedoras de cuidado dentro de sus hogares, muchas deben aceptar empleos flexibles y por pocas horas semanales, por lo general precarios. Las mujeres se concentran, fundamentalmente, en

Según los últimos datos estadísticos de la oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema Justicia de la Nación, de 7.188 casos de denuncias, 3.091 son mujeres desocupadas. Sobre el total de las denunciadas el 42% son mujeres pertenecientes a sectores sociales bajos⁶.

Cuando sale a la luz la situación de violencia a través de la presentación formal de la denuncia, la vulneración de los derechos económicos y sociales de las víctimas se acrecienta, ya que en la mayoría de los casos las mujeres dependen económicamente de los hombres denunciados, tienen trabajos informales de los cuales obtienen salarios que representan el menor aporte a la economía familiar, o son desocupadas.

Si a este cuadro de situación le sumamos el modo de abordar las causas en la actualidad, la problemática se complejiza aún más: las prácticas judiciales locales enfocadas a establecer responsabilidades de tipo penal, limitar culpabilidades y establecer sanciones, omiten brindar a las víctimas una asistencia integral que les

garantice la continuidad o el acceso al goce de estos derechos.

La situación de violencia económica y patrimonial, que de acuerdo a la definición de la Ley Nacional de Protección Integral (Ley 26.485) consiste en la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o la privación de los medios indispensables para vivir una vida digna, no es considerada relevante por los operadores de justicia frente a la denuncia de otros tipos de violencia.

Este tipo de violencia económica generada por el denunciado es, a su vez, perpetrada por el Estado y los estados locales cuando éstos no consideran las situaciones que la originan y en consecuencia omiten brindarles a las víctimas una protección integral que garantice sus derechos.

En el abordaje de las causas no se vincula la situación de violencia con la situación económica y social que atraviesan estas mujeres, lo cual trae aparejada la vulneración sistemática de los derechos sociales y económicos de las víctimas. Ello constituye una de las mayores debilidades del sistema, ya que obstaculiza con frecuencia el seguimiento y la culminación de los procesos de denuncia.

La ausencia de una protección integral genera en la práctica que ciertas víctimas no se animen a denunciar, no sólo por el miedo que puedan tener hacia su maltratador y las posibles consecuencias, sino también porque en muchas ocasiones no son capaces de desarrollar su vida con independencia de éstos, por carecer de recursos económicos.

Esta situación trae como consecuencia una restricción al acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia y constituye una violación a sus derechos humanos, ya que es el Estado quien debe garantizar a los grupos vulnerables el acceso a ciertos derechos básicos como son el trabajo, la salud y la vivienda, entre otros.

La mayoría de las mujeres víctimas de violencia de la ciudad se encuentran atravesadas por una multiplicidad de formas de discriminación relacionadas entre sí y profundamente vinculadas a su situación social y económica. Las prácticas y el modo de llevar adelante las denuncias en el sistema judicial omiten la interdependencia de los derechos humanos afectados

ocupaciones vinculadas al cuidado: servicio doméstico, la atención de personas, la enseñanza, el cuidado de la salud y las actividades secretariales (segregación horizontal). Asimismo, pesar de su mayor presencia en la fuerza de trabajo, la representación femenina en sectores de baja productividad se mantiene inalterada. La precariedad continúa siendo superior entre las mujeres que entre los varones. Si bien en los últimos 10 años la brecha de ingresos a favor de los varones profesionales se achicó y la correspondiente a los varones de bajos niveles de educación se agrandó, siguen siendo las mujeres las que ganan menos que sus pares por trabajo de igual valor. La creciente participación de las mujeres en el mundo del trabajo no estuvo acompañada de cambios significativos en la división sexual del trabajo doméstico. Sin contar a las trabajadoras domésticas, el número de mujeres que realiza la mayor parte del trabajo doméstico en su hogar es 3,8 veces mayor que el número de varones. La llamada "revolución estancada" expresa que la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo no vino acompañada de modificaciones significativas en la participación de los varones en las tareas domésticas. En el campo de la salud, la mortalidad materna es de aproximadamente 4,0 muertes por cada 10.000 nacidos vivos; cifra aún más preocupante si se considera la importante proporción de dichas muertes que son evitables. Sobre la base de las causas de muerte registradas en las estadísticas vitales en 2006, alrededor del 30% de las muertes maternas se deben a complicaciones de abortos. (Fuente: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). Aportes para el desarrollo humano en Argentina / 2011. Género en cifras: mujeres y varones en la sociedad Argentina. Buenos Aires, PNUD, 2011).

6 OFICINA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. Estadísticas. [En línea] <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_temaovd.jsp?temaID=K186> [Consulta: 8 de julio de 2013].

de las mujeres y a su vez invisibilizan la infinidad de obstáculos que se le presentan para acceder a realizar una denuncia, sostener los procesos y continuar, luego de finalizados éstos, su vida libre de la injerencia del agresor.

El problema muchas veces no radica en los recursos disponibles. En la práctica se da la situación que existen varios actores involucrados en distintas jurisdicciones y poderes del estado, pero estos no trabajan de manera coordinada.

El actuar de los Estados frente a los compromisos internacionales.

La situación descrita configura el incumplimiento a las obligaciones contenidas en los artículos 7, 8 y 9 de la Convención de Belem Do Pará y una violación a los derechos protegidos por el artículo 5⁷ en relación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Asimismo, las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad" establecen que la pobreza supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia, especialmente en aquellas personas en las que también concurra alguna otra causa de vulnerabilidad (R.15), mientras que en lo relativo al género identifica que éste supone un obstáculo que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad (R. 17).

Paralelamente, es posible constatar el incumplimiento a las obligaciones establecidas en los artículos 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y una violación a los derechos consagrados en los artículos 5, 11,12 y 13 del mismo Pacto.

Respecto a las obligaciones estatales definidas en el PIDESC, el Estado incumple el Principio de Progresividad y la Prohibición de Regresividad al permitir que las

víctimas de violencia familiar sufran restricciones en el goce de sus derechos económicos y sociales a consecuencia de la situación de violencia. Si aplicamos el principio de no regresividad al modo en que el Estado aborda las causas de violencia, lo cual constituye una política pública que tiene como marco legal el deber de obrar de modo integral y con debida diligencia, vemos que la situación de las víctimas, tomando como punto de partida su situación antes de atravesar los procesos de denuncia, empeora en lo relativo al goce de sus derechos sociales⁸.

Por otra parte, el Estado incumple también con sus obligaciones generales de garantía, que suponen que el Estado adopte medidas efectivas, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas. En particular, implica una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales. En el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que no es suficiente que el Estado cuente con un marco jurídico adecuado, sino que además se requiere que la legislación opere dentro de un sistema eficiente.

Cuando no se garantiza la protección de la mujer ante la violencia se limita aún más su acceso a los derechos económicos y sociales. Las consecuencias de las múltiples discriminaciones que afectan a las mujeres víctimas de violencia y que viven en condiciones socioeconómicas vulnerables, requieren una respuesta integral de parte del Estado.

En numerosas ocasiones las respuestas a la violencia consisten en intervenciones que tienen como objetivo incrementar la autoconciencia, la autoestima y la autoconfianza de las mujeres, permitiéndoles comprender que la subordinación y la violencia no son su destino, buscando que ellas se resistan a la internalización de la opresión, que desarrollen sus

7 "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"

8 Para ver cómo opera este principio en el derecho a la vivienda, ver: RICCIARDI, V. El derecho a la vivienda como elemento imprescindible para vivir una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia. [En línea] Trabajo presentado en el Congreso Internacional "Las políticas de equidad de género en perspectiva: nuevos escenarios, actores y articulaciones". Área Género, Sociedad y Políticas, FLACSO Argentina, Noviembre, 2010. <http://www.prigepp.org/congreso/documentos/ponencias/1_Victoria_Ricciardi.pdf> [Consulta: 8 de julio de 2013].

capacidades como seres autónomos y que renegocien en forma constante los términos de su existencia en los ámbitos público y privado⁹. Sin embargo, muchas veces estas intervenciones no resultan exitosas sin que, en forma previa o simultánea, el Estado garantice el acceso a la salud, al trabajo y a la vivienda para las mujeres víctimas.

Por último, el Estado incumple su deber de proteger a las víctimas. Según da cuenta el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer¹⁰, las principales deficiencias en la aplicación de los deberes de proteger a las víctimas de violencia incluyen la falta de servicios eficaces de protección y apoyo. Los remedios se centran en la presentación de servicios a corto plazo y no en proporcionar a las mujeres que han sido víctimas de violencia los medios para que no vuelvan a serlo.

La obligación de proteger se incumple también en la medida que el Estado no establece las directrices de política pública intersectorial necesarias para garantizar una prestación de servicios coordinada, rápida y eficaz a las mujeres víctimas de violencia.

El hecho de que el Estado no vincule la violencia con los demás sistemas de opresión dificulta el empoderamiento de la mujer y el camino hacia su igualdad de condiciones en la sociedad. La situación actual no aleja a las mujeres de una nueva victimización y de sucesivos actos de violencia. Por ello, el Estado debe promover y apoyar su empoderamiento a través del acceso a los derechos económicos y sociales. No brindar a las víctimas una asistencia integral en los casos de violencia afecta los derechos a gozar de un nivel de vida adecuado, la integridad física y la autodeterminación personal.

9 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 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.

10 MANJOO, Rashida. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. [En línea] U.N.Doc A/66/215, 1 de agosto de 2011. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/439/48/PDF/N1143948.pdf>> [Consulta: 8 de julio de 2013].

Propuestas y consideraciones finales

La perspectiva integral reconoce que todas las formas de violencia afectan el bienestar económico y social de las mujeres y en consecuencia, requiere que los Estados brinden intervenciones que tengan en cuenta las realidades que ellas enfrentan. En este sentido, cabe recordar que "los Estados deben tener en cuenta que han de cumplir con sus obligaciones jurídicas para con todas las mujeres mediante la formulación de políticas, programas y marcos institucionales de carácter público que tengan por objetivo satisfacer las necesidades específicas de la mujer a fin de lograr el pleno desarrollo de su potencial en pie de igualdad con el hombre"¹¹.

Así, los funcionarios judiciales deben ser capaces de identificar y atender los hechos que en la práctica obstaculizan la efectiva aplicación de las órdenes de protección.

En la práctica, deben existir iniciativas de coordinación entre los distintos operadores/as que garanticen este abordaje, brindando una solución a la realidad que se les impone a las víctimas como son la falta de recursos económicos, y de vivienda en particular.

Para lograr la aceptación e implementación por parte de las autoridades un enfoque integral, que tenga en cuenta la situación de vulnerabilidad de las víctimas, dichas autoridades deben ser capaces de visibilizar de qué forma las prácticas actuales constituyen una violación a las obligaciones establecidas en las leyes y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Para ello se debe disponer de criterios generales de actuación en los casos en que se presente la problemática de violencia, a fin de auxiliar a las víctimas al denunciar y generar el apoyo y el seguimiento necesario que amerita el estado de vulneración al que se ven sometidas durante todo el transcurso del proceso.

11 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General Nº 28, relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Op. cit.

Como criterios generales de actuación se debe establecer:

- El deber para todos los/as funcionarios/as de identificar y atender los hechos que obstaculicen la correcta aplicación de las órdenes de protección.
- Garantizar a las víctimas durante y finalizados los procesos de denuncia el acceso a los servicios y programas orientados a garantizar el acceso a los DESC, ya sea por la vía administrativa o judicial¹².
- En particular, asistir a las víctimas en la búsqueda de empleo, en la obtención de subsidios de distintos tipos, en el acceso a planes o programas sociales y en el acceso a atención de la salud. En lo referente a garantizar el derecho a la vivienda, deben realizarse las acciones administrativas pertinentes para que la víctima acceda a los subsidios habitacionales existentes o a los refugios o paradores, en caso de ser necesario.

Ejemplos exitosos de los cuales se pueden extraer buenas prácticas lo constituyen las experiencias en el tratamiento de la violencia de género de países como Francia y España. En España se tiene como eje de las políticas públicas para combatir la violencia de género el garantizar a las víctimas el acceso a los derechos sociales y económicos. Estas previsiones están no solo internalizadas en el actuar de los operadores y en programas sino que a su vez se encuentran establecidas directamente en distintas legislaciones como la Ley de Medidas De Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. Estos dispositivos expresamente garantizan la obtención de ayuda en la búsqueda de empleo y subsidios específicos para víctimas de violencia. Con respecto al derecho a la vivienda, las mujeres víctimas de violencia de género son consideradas colectivos prioritarios en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas¹³.

Las acciones que propongo fomentan el cumplimiento por parte del Estado de los estándares internacionales de debida diligencia, ya que se orientan a asegurar que las víctimas de violencia puedan acceder efectivamente a las medidas dispuestas por el Estado para hacer frente a la violencia y que estas resulten eficaces y oportunas.

Una función importante de los operadores del sistema de justicia será reconocer esas situaciones y recurrir a las herramientas disponibles para lograr las derivaciones necesarias para la efectiva atención de las necesidades de las afectadas. Sin duda, hay menos coordinación interinstitucional e interjurisdiccional que la necesaria; la disponibilidad de servicios posiblemente no alcance a satisfacer la demanda y la información pública no siempre refleja la realidad del servicio cuando se recurre a él. La frustración de las expectativas depositadas en las instituciones por parte de mujeres en situaciones de violencia puede resultar arrolladora para las fuerzas de las que disponen. Por ese motivo, la contribución que las operadoras y operadores de justicia podamos brindar para allanar ese camino en su práctica cotidiana tendrá seguramente un efecto decisivo para la real satisfacción de sus derechos¹⁴.

Más allá de la consagración normativa que ha alcanzado la protección a la violencia contra las mujeres, y que mencionara al principio del artículo, queda pendiente para el resto de los poderes del estado la implementación de políticas públicas específicas y la generación de leyes que establezcan como colectivo prioritario a las víctimas de violencia en los programas de acceso a derechos económicos y sociales. Mientras tanto, al Poder Judicial le cabe el desafío de realizar la conexión entre la situación socioeconómica de las víctimas y la situación de violencia que atraviesan o atravesaron, a fin de abordar estos casos tomando en consideración las desigualdades sociales.

¹² Sin duda parte de estas discusiones aún quedan pendientes en materia de divorcio.

¹³ Una buena medida reciente es la creación de un seguro de desempleo para víctimas de violencia doméstica: MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Resolución 332/2013. Fecha de Publicación: B.O. 7/05/2013.

¹⁴ GHERARDI, N., DURÁN, J. y CARTABIA, S. La ley de protección integral contra la violencia hacia las mujeres: una herramienta para la defensa en la ciudad de Buenos Aires. Op. cit.

ESTRATEGIAS E INICIATIVAS PARA EL AVANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS

► ¡El factor ciudadanía lo consiguió!

A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú que reconoce la libertad sexual de los y las adolescentes como manifestación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad

Ana Victoria Suárez Farfán *

Antecedentes

El 5 de Abril de 2006 se publica en el Diario “El Peruano” la Ley 28.704¹, norma que modifica el artículo 173º del Código Penal Peruano² agregándole un tercer inciso, el cual tuvo como efecto el sancionar indistintamente todo tipo de relación sexual con y entre adolescentes de 14 a 18 años, sin considerar en absoluto el consentimiento que éstos pudieran expresar.

Desde la vigencia de la norma mencionada, tanto en el ámbito público como privado se presentaron diferentes iniciativas con la finalidad de interpretar, modificar o dejar sin efecto la norma en cuestión. Así, se realizaron las siguientes acciones³:

Desde el Poder Judicial

En atención al incremento de denuncias y procesos judiciales promovidos por el delito de violación sexual en adolescentes, las Salas Penales Permanentes, Transitorias

y Especial de la Corte Suprema emiten los siguientes Acuerdos Plenarios⁴:

- Acuerdo Plenario No. 7-2007/CJ- 116
Desarrolla el alcance interpretativo del artículo 173.3 del Código Penal. Reconoce y obliga a los jueces y Salas Penales a considerar algunas situaciones o factores de atenuación⁵ del tipo penal de violación sexual. Además de ello se reconoce la libertad sexual del supuesto agraviado adolescente entre los 16 y 18 años y exime de responsabilidad al sujeto activo partícipe del acto sexual.
- Acuerdo Plenario No. 4-2008/CJ-116
Determina la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que tengan catorce años de edad o más, en tanto no medie violencia, grave amenaza o engaño.
- Acuerdo Plenario No. 01-2012/CJ-116
Plantea la reconducción del delito de abuso sexual a adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad al artículo 170º del Código Penal, vaciando de contenido a lo estipulado en el artículo 173-3º del Código Penal.

* Abogada (Pontificia Universidad Católica del Perú), egresada de la Maestría de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Representante de 10.609 ciudadanos y ciudadanas que demandaron la inconstitucionalidad del numeral 3 del artículo 173 del Código penal ante el Tribunal Constitucional. Miembro del equipo de incidencia jurídico-política del Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INPPARES), que estuvo conformado por Yolanda Tito (litigó en el proceso), Juan Manuel Sosa, Mariano González, Hazel Rosas (Directora de Programas y Proyectos Sociales de INPPARES) y Katherine Romero (Abogada en Women’s Link Worldwide).

- 1 PERÚ. Ley 28.704: modifica artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena. 5 de Abril 2006.
- 2 La norma contemplaba lo siguiente:
“Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad. El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:
1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.”
- 3 SUÁREZ, A.V. y ROSAS, H. Informe Periódico Universal. 14º sesión de las Naciones Unidas, 2012.

Desde el Poder Ejecutivo

En septiembre de 2010, el Presidente de la República presentó una propuesta de modificación normativa de varios artículos del Código Penal (entre ellos el artículo 173-3 del Código Penal). A la fecha, no ha sido debatido en el Pleno del Congreso para su aprobación.

Desde la sociedad civil:

Durante años, organizaciones de defensa de derechos humanos llevaron adelante acciones de incidencia ante

- 4 SUÁREZ, A.V. y ROSAS, H. Informe Periódico Universal. 14º sesión de las Naciones Unidas, 2012.
- 5 Teníamos los siguientes:
(a) Que la diferencia de edad entre el sujeto activo y pasivo no sea excesiva; (b) que exista entre sujeto activo y pasivo vínculo sentimental carente de impedimento o tolerado socialmente (c) que se reconozcan costumbres o exista la percepción cultural que postule la realización de prácticas sexuales o convivencia temprana; d) la admisión o aceptación voluntaria de las prácticas sexuales realizadas.

el Congreso de la República con la finalidad de modificar la norma, sin embargo, no se logró el objetivo.

En agosto de 2011, el Colegio Médico del Perú demandó la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Su demanda fue ingresada y declarada improcedente por el Tribunal Constitucional, que resolvió que la materia penal contenida en dicha norma era ajena a la especialidad del Colegio Médico⁶.

La movilización ciudadana - Plataforma Nacional de Organizaciones Juveniles

Frente a la declaración de improcedencia de la demanda interpuesta por el Colegio Médico del Perú, jóvenes de distintas regiones del país decidieron organizarse y poner fin a una situación que generaba, a todas luces, una grave y continua afectación a sus derechos fundamentales. Así, se formó una red de organizaciones juveniles⁷ que impulsó la movilización de más de 14.000 ciudadanos/as, que plasmaron sus firmas en planillones que concretaban el deseo y necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la vulneración de sus derechos.

El desarrollo de la estrategia de intervención incluía tres frentes: el jurídico/político, comunicacional y el de la plataforma de las organizaciones juveniles (ciudadanos y ciudadanas). Estos últimos eran actores clave, pero inadvertidos por ciertos sectores opositores

6 Expediente No. 00018-2011. Resolución emitida por el Tribunal Constitucional de fecha 29 de setiembre de 2011.

7 Entre ellas el Centro Juvenil Futuro de las 11 Sedes del INPPARES, Consejo Regional de adolescentes y jóvenes para la prevención del embarazo- CORAJPEA, Colectivo de adolescentes y jóvenes por la prevención del embarazo en adolescentes - CRAJPEA, Consejo regional de adolescentes y jóvenes de Ucayali para la prevención del embarazo en adolescentes - CRAJUPEA, Consejo de Coordinación Distrital de la Juventud "CCDJ" Alto Selva Alegre, Encuentro Regional de Organizaciones Juveniles - EROJ, Consejo Regional de Adolescentes y Jóvenes para la Prevención del Embarazo Adolescente - CRAJPEA - LORETO entre otras, alrededor de más de ocho regiones del país (Ancash, Ayacucho, Arequipa, Lambayeque, Lima, Loreto, Tumbes, Ucayali y otras). Ver: INPPARES. Los jóvenes hicieron sentir su voz. Movilización juvenil a favor de la despenalización de las relaciones sexuales consentidas con adolescentes. [En línea] <<http://www.slideshare.net/INPPARESinforma/pronunciamiento-los-jovenes-hicieron-sentir-su-voz>> [Consulta: 5 de julio de 2013]

y conservadores, actores decididos/as a accionar mecanismos como la acción de inconstitucionalidad y a participar en cada una de las etapas del proceso.

El 3 de abril de 2012, tras un arduo proceso de capacitación, recolección de firmas y validación y certificación de éstas en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y Jurado Nacional de Elecciones (JNE), respectivamente, se solicitó al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad del numeral 3º del artículo 173 del Código Penal.

Pero ¿por qué estos ciudadanos y ciudadanas decidieron participar en este proceso? ¿Para promover el ejercicio de la sexualidad de los y las adolescentes? ¿Para que la declaración del Tribunal Constitucional supliera la obligación de los padres/madres/tutores y la escuela de educar en la materia? ¿O tal vez porque pensaron desproteger a los y las adolescentes del país?

Ninguna de las anteriores. Su participación se explica por "la falta de satisfacción de los intereses de la ciudadanía"⁸. No olvidemos que "al participar los ciudadanos irrumpen en el espacio público para satisfacer esas necesidades que no ha logrado el Estado"⁹. En tal sentido, ante la acción e inacción de ciertos sectores estatales, ciudadanos/as peruanos/as de diez regiones del país exigieron a la administración de justicia constitucional que se pronunciara sobre la vigencia de una norma cuyo efecto se traduciría en la afectación al derecho a la salud, integridad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad y libertad personal de los y las adolescentes y jóvenes del país.

La demanda – el proceso de inconstitucionalidad

¿Qué implicó para los ciudadanos/as acudir a una instancia que tenía algunos precedentes jurisprudenciales poco alentadores en materia de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos? Implicó efectivizar un mecanismo democrático y jurídico que nos asiste

8 GUILLEN, A., SÁEZ, K., BADI, M.H., y CASTILLO, J. Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. [En línea] Daena: International Journal of Good Conscience. 4(1):179-193, marzo 2009, p. 1983 <[http://www.spentamexico.org/v4-n1/4\(1\)%20179-193.pdf](http://www.spentamexico.org/v4-n1/4(1)%20179-193.pdf)> [Consulta: 5 de julio 2013].

9 Ibid. p.182.

como ciudadanos/as organizados/as y creer en siete magistrados que tienen la obligación de resolver atendiendo a sus competencias y sus atribuciones como órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

La demanda tuvo como petitorio la declaración de inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173 del Código Penal. Se argumentó que la norma afectaba, entre otros, los siguientes derechos de los y las adolescentes:

- (1) El libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de su sexualidad (derechos sexuales).
- (2) El derecho a no ser privado de información que permita el ejercicio libre, responsable y saludable de la sexualidad de los y las adolescentes (maternidad o paternidad responsable).
- (3) El derecho a la salud (sexual y reproductiva), la intimidad y la vida privada de los/as adolescentes. La penalización de las relaciones sexuales consentidas con adolescentes generaba limitaciones para acceder libremente a los establecimientos de salud y solicitar información respecto de infecciones de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como también dificultaba la atención oportuna en caso de gestación temprana.
- (4) El derecho a la igualdad y a no ser discriminado, pues la norma establecía una regulación carente de razonabilidad cuando diferenciaba entre adolescentes, adolescentes mayores de dieciocho años y adultos en general que deciden ejercer su sexualidad con libertad.
- (5) Asimismo, se sostuvo que la norma transgredía el principio de interés superior del niño y el adolescente, que genera diversos mandatos para el Estado y que se venían incumpliendo sistemáticamente. Del mismo modo, se argumentó que la norma contravenía los principios de lesividad, proporcionalidad y finalidad de las penas, y el carácter subsidiario del Derecho Penal.

En adición a lo recién señalado, se solicitó la declaración de un “estado de cosas inconstitucional”. El estado de cosas inconstitucional se entiende como un “conjunto de hechos, acciones u omisiones que dan como resultado una violación masiva de los derechos

fundamentales de un número considerable de personas. Estos hechos pueden emanar de una autoridad pública específica que vulnera de manera constante los derechos fundamentales, o de un problema estructural que no solo compromete una autoridad en particular sino que incluye consigo la organización y funcionamiento del Estado, y que por tanto se puede calificar como una política pública”¹⁰.

En el caso específico se sostuvo que el Congreso de la República, por acción, al emitir la norma penal impugnada; y el Ejecutivo, por omisión en la viabilización de políticas públicas en materia de educación sexual y acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, no sólo dieron lugar al “estado de cosas inconstitucional” que desprotegió a adolescentes, sino que generaron una barrera en la implementación de políticas públicas a favor de éstos/as.

Durante el desarrollo del proceso de inconstitucionalidad logramos probar que se produjeron afectaciones concretas, tales como:

- La reclusión de adolescentes y jóvenes en prisión y reformatorios por haber ejercido su sexualidad voluntariamente. Para acreditar la afectación de derechos se presentaron algunos expedientes que se tramitaron como procesos penales por el delito de violación sexual, en circunstancias en que no había un real atentado contra la libertad sexual.
- La afectación a la salud de los y las adolescentes. Se presentaron informes¹¹ y estadísticas oficiales¹² que daban cuenta de la situación de salud sexual y reproductiva de las y los adolescentes.
- Los/as profesionales de la salud tenían la obligación de denunciar una presunta violación sexual y de mantener retenidas a las adolescentes en los hospitales. Se presentó un informe del Instituto

¹⁰ ALZATE RÍOS, L.C. El estado de cosas inconstitucional. [En línea] Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 13, 2004. <http://www.ripj.com/art_jcos/consti/consti.html> [Consulta: 5 de julio de 2013]

¹¹ Informe “Situación del embarazo adolescente”, elaborado por la Dirección General de las Personas – Ministerio de Salud, 2012.

¹² INEI. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar -ENDES 2011 [En línea] <<http://desa.inei.gob.pe/endes/>> [Consulta: 3 de julio de 2013].

Nacional Materno Perinatal¹³ que daba cuenta del número de casos denunciados como violación sexual que en realidad no lo eran, situación que además acarrea implicancias sanitarias, administrativas y económicas.

El fallo emitido por el Tribunal Constitucional Peruano

Luego de nueve meses en proceso, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda¹⁴ y expulsó del ordenamiento jurídico el numeral 3º del artículo 173 del Código Penal¹⁵, por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los y las adolescentes entre 14 y 18 años de edad. Además de ello la sentencia reconoció y declaró lo siguiente:

- La norma penal declarada inconstitucional no era necesaria, ya que sancionaba indistintamente todo tipo de relación sexual con adolescentes y no otorgaba relevancia al consentimiento que éstos/as pudieren expresar en su calidad de titulares del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en circunstancias que existían medios alternativos idóneos y menos gravosos para cumplir los objetivos perseguidos por el legislador con la norma impugnada.
- La norma no era proporcional, puesto que el grado de intervención en el derecho a la libertad

sexual, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, anulaba el ejercicio de la autodeterminación sexual.

- Los y las adolescentes entre 14 y 18 años son titulares del derecho a la libertad sexual. Para sustentar esta afirmación el Tribunal recurre a tesis de la evolución progresiva de sus facultades y a la capacidad legal que se les reconoce para realizar actos como el matrimonio, demandar el reconocimiento de sus hijos/as, la tenencia y alimentos, entre otras situaciones jurídicas contempladas en el Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes y Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros¹⁶.

13 Informe No. 3321-DG-INMP-12 del 18 de Julio de 2012, emitido por el área jurídica y ratificado por el Director General del Instituto Nacional Materno Perinatal.

14 El 24 de Enero de 2013, se publica en el "Diario El Peruano", la sentencia que declara fundada la demanda y se reconoce expresamente que los y las adolescentes son titulares del derecho a la libertad sexual, siendo este un componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Texto completo de la sentencia: [En línea] <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>> [Consulta: 3 de julio de 2013]

15 Actualmente, su contenido es el siguiente:
"Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad. El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:
1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco."

16 La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 25278 de 3 de agosto de 1990, establece en su artículo 5º: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos" (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. [En línea] Sentencia de 22 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas). <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf> [Consulta: 5 de julio de 2013]). Los artículos I y II del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes prevén, respectivamente, que "se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad" y "el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica (...)". El Código Civil, aparentemente, determina ese punto en sus artículos 44º (Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad); 46º (La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1.Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos); y 241º (No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años

- Se reconoce expresamente que los y las adolescentes son titulares de los derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad en asuntos vinculados con su sexualidad.
- Se mantiene la vigencia del tipo penal general contemplado en el artículo 170º (violación sexual) y otros estipulados en el Código Penal referentes al delito de violación de la libertad sexual.
- La declaración de inconstitucionalidad de la norma no supone la liberación inmediata de todos los/as condenados/as o procesados/as en virtud de la norma declarada inconstitucional¹⁷.
- Se solicita al Congreso de la República regular adecuadamente la agravante en caso de delito contra la libertad sexual de los y las adolescentes.

cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse). Las normas citadas permiten afirmar que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal.

17 Párrafo 115 de la sentencia de inconstitucionalidad: "Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173º, inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704: el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultarán sancionados penalmente; y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170º del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente".

La sentencia de inconstitucionalidad y sus potencialidades como herramienta jurídica

En el marco jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional urge que se implementen, modifiquen y/o apruebe normas vinculadas con el ejercicio libre de los derechos de las y los adolescentes peruanos/as. Resultan particularmente urgentes:

- (1) La modificación del artículo 4º de la Ley General de Salud, cuya aplicación somete el tratamiento en salud (sexual y reproductiva) de los y las adolescentes a la autorización del madre/padre/tutor.
- (2) La implementación de las Ordenanzas Regionales emitidas por los gobiernos regionales de Tumbes, Lambayeque, Ancash, Cusco, Ucayali, Puno, entre otros¹⁸, que reconocen la problemática en salud adolescente y que permiten que puedan acceder a servicios de salud sexual y reproductiva sin el consentimiento del padre/madre/tutor, a adolescentes mayores de 14 años.
- (3) La reforma integral del Código del Niño y el Adolescente considerando los lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional al reconocer la titularidad del derecho a la libertad sexual, información, intimidad y salud sexual en adolescentes.

Además de ello, el fallo constitucional ofrece un marco favorable para la implementación de instrumentos de política pública del Estado Peruano:

- La aprobación del Plan Multisectorial de Prevención del Embarazo en Adolescentes.
- La implementación de los Lineamientos Pedagógicos de Educación Sexual Integral en las instituciones educativas.

18 Ordenanza Regional No.025-2008 TUMBES/CR, Ordenanza Regional No.11- 2009 GR/UCAYALI, Ordenanza regional No.04-2009 CR-RL/HUACHO, Ordenanza regional N°059-2009-CR-GRC.CUSCO, Ordenanza regional No. 031/2009 GR-LAMBAY/CR, Ordenanza Regional No.012-2012 GRP-PUNO, entre otras. Todas estas reconocen el acceso a los servicios de salud sexual a mayores de catorce años sin el consentimiento de madre/padre de familia o tutor.

- La implementación de los Lineamientos y Normas Técnicas vinculadas con el acceso a servicios diferenciados para adolescentes, en materia de salud sexual y reproductiva.
- La Implementación del Plan Nacional de Población 2010-2014, al encontrarse ante brechas en la salud sexual y reproductiva de la población adolescente.
- La implementación del Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017, que tiene entre sus resultados la provisión de servicios de salud diferenciados para adolescentes hombres y mujeres que contribuyan a la reducción del embarazo en adolescentes.
- La implementación del Plan Nacional por la Acción de la Infancia y la Adolescencia 2012-2021.

Finalmente, la sentencia de inconstitucionalidad significa el reconocimiento de la capacidad de los y las adolescentes para autodeterminarse en aspectos vinculados con el ejercicio de su sexualidad y el fortalecimiento de una movilización ciudadana que logró la declaración de inconstitucionalidad de la norma penal impugnada. Somos conscientes de que algunas trabas legales (algunas más razonables que otras), sociales y culturales se mantienen, pero estamos seguros/as de que lo dictaminado por nuestro Tribunal Constitucional genera un impacto normativo positivo y viabiliza la implementación de políticas públicas dirigidas a adolescentes, particularmente, en materia de salud y educación.

► Algunas reflexiones sobre las razones que justifican una Ley de Identidad de Género para Chile y una mirada al proyecto de ley ingresado el 7 de mayo de 2013 al Congreso Nacional

Ximena Gauché Marchetti *

El derecho a la identidad de las personas trans en Chile y su inadecuada judicialización: un problema con consecuencias sociales que requiere ser abordado.

La lucha para superar las discriminaciones que sufren en distintos ámbitos los grupos y personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (en adelante LGTBI) se ha convertido en una importante demanda de derechos humanos en Chile en los últimos años y ha tenido como uno de sus resultados la aprobación de la Ley N° 20.609 (de 24 de julio de 2012), que establece medidas contra la discriminación y que tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Esta ley, perfectible en muchos sentidos¹, vino a cumplir una deuda del Estado tanto con las obligaciones contraídas al ratificar tratados internacionales, como en relación al reclamo de una sociedad civil empoderada contra la discriminación y las exclusiones, lo cual se

ha manifestado, por ejemplo, en el trabajo colectivo de organizaciones de la sociedad civil chilena como la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), la Fundación Iguales y el MOVILH, que han sido activas en sacar adelante este proyecto y convertirlo en ley, promoviendo una asistencia masiva diversas marchas a favor de la igualdad en distintas regiones del país, o generando conciencia pública ante la muerte de Daniel Zamudio².

La ley adopta una definición de discriminación que se nutre en buena medida de los desarrollos que en el Derecho Internacional vienen dándose desde la década del sesenta y recoge elementos de este ordenamiento jurídico tanto para determinar los verbos rectores de una conducta discriminatoria³, como al optar por un listado de categorías sospechosas, en una enumeración cerrada pero bastante inclusiva de los nuevos criterios de identidad que operan en la práctica como estas llamadas “categorías sospechosas”⁴.

Una de las categorías sospechosas incluidas es la “identidad de género”, lo cual debe ser valorado como un punto positivo en esta ley aún cuando contrasta con la omisión de la categoría “expresión de género”, que provoca más discriminaciones, incluso, que la disociación entre el sexo y el género a que se alude con “identidad de género”.

* Abogada, Universidad de Concepción (Chile). Diplomada en Educación en Derechos Humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José, Costa Rica). Master Interuniversitario en Diplomacia y Relaciones Internacionales (Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y Universidad Complutense de Madrid, España). Doctora en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid, España).

Integrante del Consejo Consultivo del Instituto Nacional de Derechos Humanos (Chile). Profesora Asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Directora del Programa Interdisciplinario sobre Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, y Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia (Universidad de Concepción, Chile).

1 A juicio de esta autora hay aspectos no debidamente considerados o tratados inadecuadamente en la ley. Por ejemplo, se requiere una definición más clara de la discriminación directa e indirecta y una profundización en la conceptualización de otras formas de discriminación, como la discriminación múltiple y la formal o sustantiva; resultan criticables la falta de medidas de prevención y acciones positivas de carácter temporal para ciertos grupos vulnerables, la aplicación de multas a beneficio fiscal y la ausencia de idóneas reparaciones para el o la afectada y la existencia de una cláusula de limitación general en cuya virtud se consideran razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que no obstante fundarse en algunos de los criterios sospechosos se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental o en otra causa constitucionalmente legítima.

2 Daniel Zamudio es un joven chileno que en marzo de 2012 fue brutalmente agredido por un grupo de jóvenes en un parque de la ciudad de Santiago, estimándose que fue por razones homofóbicas. Producto de este ataque, el joven falleció tres semanas después. Su caso se convirtió en un emblema de los movimientos sociales y motivó que el gobierno asignara urgencia a la tramitación parlamentaria de la ley antidiscriminación que se encontraba en el Congreso desde el año 2005 y que hoy se conoce popularmente como “Ley Zamudio”.

3 Dice el inciso 1° del artículo 2° que “[p]ara los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable [...]”

4 “[...] en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

Sin embargo, en la práctica esta ley no es un elemento jurídico determinante para los problemas de discriminación y vulneraciones de derechos que sufren diariamente en Chile quienes viven en una disociación entre el sexo asignado legalmente y el género que vivencian y con el que se identifican, también conocidas como personas transexuales o simplemente trans⁵.

En efecto, si bien muchas veces reciben un trato indigno y discriminatorio en los servicios públicos, en la escuela, en el trabajo o hasta para realizar un acto aparentemente tan simple como comprar en el comercio, cruzar la frontera del país o votar en un proceso político (que por cierto motivarán en muchos casos situaciones que configuren los supuestos de aplicación de la Ley N° 20.609), la verdad es que la demanda más sentida de las personas trans es terminar con la situación irregular y falta de uniformidad que se produce cuando quieren adecuar legalmente su registro identitario a la realidad que viven y sienten, situación que vulnera su derecho a la identidad y, por cierto, afecta directamente el goce de otros derechos como la vida privada y la honra de la persona, la libertad de expresión, la integridad física y psíquica o el mismo derecho a no ser discriminado.

En Chile este tema se ha venido resolviendo por la aplicación de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombre y apellidos, en relación a la Ley 4.808, sobre Registro Civil. El problema radica en que esta legislación no es apropiada a la realidad que presentan ante un juez las personas trans, lo que se ha traducido en una jurisprudencia de criterios dispares. Frente a este problema la Ley N° 20.609 no sólo es insuficiente,

sino que deja en evidencia que se requiere una nueva normativa, cuestión que me interesa relevar con este trabajo.

Una presentación breve y genérica de los criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de las leyes citadas, que permiten el cambio de nombre y apellidos pero no señalan nada sobre el sexo, deja claro que hay un tema de derechos no resuelto adecuadamente por la vía judicial para las personas trans y cuya solución no pasa por la acción de no discriminación arbitraria.

Para simplificar el punto que marca las diferencias en la jurisprudencia en la materia debe centrarse el tema en la exigencia de operaciones o intervenciones quirúrgicas como requisito para la obtención de cambio de nombre y de manera subsecuente del sexo, frente a la sola acreditación de los requisitos que la ley establece.

Desde ya destaco la posición de algunos tribunales domésticos bajo la cual ningún cambio de nombre necesita operación alguna como una condición base para ello⁶, sino que por el contrario, estas operaciones son sólo elementos accidentales que aportan a la formación de la convicción del juez pero en caso alguno la pueden determinar⁷. El fundamento del apoyo a esta posición se encuentra en que no es posible establecer por vía judicial un requisito no previsto por ley, sin perjuicio, además, de la clara vulneración de derechos que establecer tal requisito supone para el o la solicitante y la situación de discriminación en que coloca a este peticionario/a frente a quienes recurren por las otras causales establecidas en las normas invocadas. En esta línea es posible recoger un trabajo teórico que valora positivamente esta visión de la jurisprudencia: “[...] creemos que concierne únicamente a la persona transexual decidir libre y soberanamente si desea someterse a una intervención quirúrgica de reasignación sexual. Conforme a sus principios y convicciones más íntimos. El ordenamiento jurídico no

5 Para los fines de este artículo pueden considerarse como definición de identidad de género aquella contenida en el Preámbulo de los “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”, que indican que 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. Para un mayor desarrollo, véase: GAUCHÉ, X. Sexualidad diversa y discriminación. Una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos. Saarbrücken, Editorial Académica Española, 2011, 600p. Pp. 71-95.

6 Ejemplos de este criterio en las causas: “Otárola León” (Rol N° V-419-2010, del 1er. Juzgado Civil de Rancagua); “Villar Ledesma” (Rol N° V-333-2011, del 1er. Juzgado Civil de Rancagua); y “Fuica Fuica” (Rol N° V-90.2012, del 2º Juzgado Civil de Rancagua)

7 Causas “Rivera Duarte” (Rol 150-2006, del 1er. Juzgado de Letras de Rancagua) y “Villar Ledezma” (Rol N° V-333-2011, del 1er. Juzgado de Letras de Rancagua).

puede imponerla como requisito para el reconocimiento del derecho a la identidad del transexual porque esto implica afectar potencialmente la vida y salud de quien se somete a ella. Tampoco impedirla”⁸.

Ahora bien, junto a esta interpretación, que estimo ajustada a los estándares de derechos humanos que obligan a Chile y a los que me referiré más adelante, existe otra a nivel nacional que, en la ausencia de contenido específico de las leyes 17.344 y 4.808 sobre cambio de sexo en este ámbito, impone la exigencia de operaciones de reasignación genital y se ha traducido a veces en la incongruencia de autorizar el cambio de nombre pero no de sexo, sin solucionar así realmente el problema de identidad que se alega, sino muy por el contrario, agravando la discriminación a una persona que ahora tendrá un nombre acorde con la vivencia de su género pero una partida de identidad que dirá que tiene el sexo contrario, lo cual supone no entender la problemática que está detrás y por la que el/la interesado/a recurre a la justicia. A modo de ejemplo, una resolución judicial en este sentido dispone: “En lo que respecta al cambio de sexo, si bien el peticionario presenta una identidad sexual femenina en su condición de transexual, el informe médico agregado a fojas 22 refiere que presenta genitales externos masculinos con desarrollo normal, concluyéndose que el examen físico en general corresponde a un hombre adulto. En estas condiciones, a juicio de este tribunal sentenciador, no resulta admisible la solicitud de cambio de sexo registral”⁹.

Conceder a un juez la decisión de acceder al cambio de nombre pero no de sexo utilizando una normativa que no es adecuada debería ser resuelto, entonces, con prontitud, ya que recurrir a tribunales para alguien puede significar no sólo una “no solución” sino mantener o agravar el ciclo de vulneración que vive diariamente y lo deja en riesgo de ser víctima de nuevas situaciones de discriminación. Si a ello se suma la consideración de

la actual exigencia legal del plazo de cinco años como requisito para el cambio de nombre, en conformidad con la Ley N° 17.344, la situación puede ser más grave aún para ciertos casos, especialmente aquéllos en que las vulneraciones de derechos se materializan además en constantes agresiones y violencia.

Reseñada así brevemente la realidad del derecho a la identidad de las personas trans en Chile y su judicialización, inadecuada desde la perspectiva de esta autora, asumo la posición de defensa de un nuevo modelo normativo que, desde ya adelante, creo que debe ser similar en lo procesal al que existe hoy para cambio de nombre (con las adecuaciones que se necesitan para evitar vulneraciones de derechos) y manteniendo el tema en sede jurisdiccional y no administrativa, opción que toma el proyecto de ley ingresado al Congreso el 7 de mayo de este año y al que me referiré en la segunda parte de este artículo.

Un camino para mejorar la situación del derecho a la identidad de las personas trans en Chile: la opción por un proyecto de ley

Antes de entrar al análisis del proyecto de ley, parece oportuno poner en evidencia que el “derecho a la identidad” ha sido un derecho de compleja y escasa conceptualización en la doctrina consultada en nuestro idioma, cuestión relevante en tanto que en su reconocimiento debemos comenzar la discusión sobre las vulneraciones que sufren las personas trans. Asimismo, es conveniente tener presente que la dictación de un cuerpo legal que regule la materia que ocupa estas líneas significará para Chile ponerse a tono con los desarrollos, mandatos y recomendaciones internacionales, especialmente los que emanan desde el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

A ambos temas me referiré brevemente.

Sobre el derecho a la identidad, un trabajo interesante es el de Carlos Fernández Sessarego, con quien comparto algunas de las ideas que apunta:

Desde una postura que concibe al ser humano como un ser que no es cerrado o acabado como las cosas y que es libre, entiende “como

⁸ PALAVECINO, A. Derecho a la Identidad de las Personas Transgéneras. Memoria de Magíster. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2010, 125p.

⁹ Causa “Sepúlveda Arenas” (Rol N° 109-2009, del 2° Juzgado de Letras de Talca)

identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro'. Este plexo de características de la personalidad de 'cada cual' se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, [...] en lo que ella es en cuanto específico ser humano. La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida, como el ser mismo. No es algo acabado y finito, sino que ella se crea en el transcurso del tiempo, con el tiempo [...]. Los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables, salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior [...]. Entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como podrían ser el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás [...]. La identidad que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se exhiben en el mundo de la intersubjetividad [...]. Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior¹⁰.

Comparto estos elementos básicos para conceptualizar el derecho a la identidad, particularmente, la conformación dual, entre lo estático y lo dinámico de ella¹¹.

10 Véase en: FERNÁNDEZ, C. Derecho a la Identidad personal. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, 489 p. Pp. 113-114.

11 Disiento, en todo caso, de la concepción que el autor muestra en la obra referida sobre la "identidad sexual", pues parece adherir a la consideración de la operación de reasignación de sexo para poder cambiar esta "identidad sexual" - en el caso de las personas en que hay disociación entre su sexo y su género - como exigencia de orden público y requisito elemental, a partir de ciertas categorías que confunde, como género y orientación sexual, usando además en algunos apartados un lenguaje

Más allá de la discusión doctrinaria sobre este derecho, que no se ha manifestado vivamente en Chile, y una posible discusión adicional sobre un "derecho humano a la identidad de género", adscribo a la posición que entiende que existe justificación en el derecho chileno para entender al menos el derecho a la identidad como uno de carácter fundamental.

En efecto, si bien la Constitución Política no incluye expresamente el "derecho a la identidad", las bases del orden constitucional chileno y lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2°, que complementa nuestro Derecho Nacional con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sirven de fundamento suficiente para entenderlo así y aceptar que debe ser protegido y garantizado.

Así, es indispensable tener presente que el derecho a la identidad está garantizado en la Convención de Derechos del Niño; que el derecho a la integridad, la honra y la intimidad están garantizados en la Convención Americana de Derechos Humanos; y que el Comité de Derechos Humanos, en cuanto órgano que vigila el respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiriéndose a la inclusión de los conceptos de orientación sexual e identidad de género en la categoría "sexo", ha señalado que se entiende que son características propias de las personas que no son modificables sin un detrimento a su identidad.

Por lo demás, nuestro Tribunal Constitucional ha mostrado una posición favorable respecto al reconocimiento del derecho a la identidad bajo esta línea argumental que lo liga a los tratados internacionales y basado en su vinculación con el concepto de dignidad humana¹².

atrasado. En todo caso, ello puede deberse a la fecha en que se ha escrito la obra. Véanse especialmente: pp. 316-329.

12 En sentencia inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha dicho que: "debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está

Asimismo, y como se puede desprender del discurso que articula este trabajo, hay una serie de otros derechos fundamentales directamente relacionados con la identidad que se integran en la complejidad que tiene la situación de derechos de las personas con disociación entre su sexo y su género. Basta pensar en la integridad psíquica y física, la libertad de expresión y de conciencia, el respeto a la vida privada y la honra de la persona e incluso el derecho a la propia imagen, todos los cuales se ven vulnerados por el no reconocimiento del derecho a la identidad.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de los desarrollos, mandatos y recomendaciones que se reciben desde el sistema interamericano de protección de derechos humanos hay que consignar que, si bien no ha llegado todavía ningún caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue por la vulneración del derecho a la identidad de personas trans, hay una notoria preocupación de todo el sistema y sus órganos, como lo prueban hechos concretos. Desde luego, la creación de la Unidad de Derechos de las personas

LGTBI¹³, que comenzó a funcionar el 15 de febrero de 2012 sobre tres pilares conforme con su Plan Estratégico: el tratamiento de casos y peticiones individuales; la asesoría a los estados parte de la Organización de Estados Americanos (OEA) y a los órganos de misma; y la preparación de un informe hemisférico sobre el estado de los derechos de estas personas e informes con recomendaciones de política para los países del continente; en otras palabras, con el mandato de monitorear la situación de los derechos de las personas LGBTI¹⁴. Más recientemente, la aprobación de dos convenciones contra la discriminación abiertas a la firma el 5 de junio de 2013¹⁵ en el marco de la XLIII Asamblea General de la OEA celebrada en Guatemala, una de las cuales condena la discriminación por varios criterios, entre ellos la identidad y la expresión de género.

Esta preocupación del sistema interamericano lleva en todo caso ya un tiempo. Nace formalmente en 2008, año en que se dicta la primera resolución sobre el tema en la OEA, coincidiendo con la resolución que aprueba en similar sentido las Naciones Unidas ese mismo año. En este camino, el 4 de junio de 2012 se adoptó una importante resolución¹⁶ que manifiesta una sentida preocupación por los actos de violencia y otras violaciones de derechos humanos, así como por la discriminación contra personas a causa de su identidad de género, condenando tal discriminación e instando a los Estados "dentro de los parámetros de las instituciones legales de sus sistemas a eliminar, allí donde existan, las barreras que enfrentan las Lesbianas, los Gays y las Personas Bisexuales, Trans, e Intersexo (LGBTI) en el

estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CHILE. Sentencia de 21 de septiembre de 2009, Rol Nº 1340-9). En un pronunciamiento anterior se recoge la misma línea argumental positiva y su relación con la dignidad humana. "El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales– pues ésta sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CHILE. Sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol Nº 834).

13 Sitio oficial: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Unidad para los derechos de las personas LGBTI. [En línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/mandato.asp>> [Consulta: 4 de junio 2013].

14 Ibid.

15 Comunicado de prensa disponible en: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea General de la OEA aprobó Convenciones contra racismo y discriminación. [En línea] 5 de junio de 2013. <http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-227%2F13> [Consulta: 9 de junio 2013].

16 ASAMBLEA GENERAL. OEA. Resolución 2721. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. [En línea] Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012. AG/RES. 2721 (XLII-O/12). <<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/AG%20RES%202721.pdf>> [Consulta: 5 de julio de 2013].

acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada”. También alienta a que los estados miembros, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad de género y condena los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas por dichas causas, instando a los estados a fortalecer sus instituciones nacionales con el fin de prevenirlos, investigarlos y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

En algo especialmente importante hoy para Chile, se solicita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “que preste particular atención a su plan de trabajo titulado “Derechos de las personas LGBTI”, y que prepare el informe hemisférico en la materia; que haga un estudio sobre las leyes y disposiciones vigentes en los Estados Miembros de la OEA que limiten los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género y que, con base en ese estudio, elabore una guía con miras a estimular la despenalización de la homosexualidad”.

A lo anterior hay que sumar como un desarrollo en curso para el sistema de la OEA lo que, hasta ahora, sólo ha sido un proyecto y que se refiere al Programa Interamericano para el Registro Civil universal y “derecho a la identidad”, que se viene trabajando en la OEA desde 2007¹⁷. En junio de 2008 se aprobó una resolución que adopta este Programa¹⁸, que ha dado lugar al “Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas” (conocido por su sigla PUICA) enmarcado en el Departamento para la Gestión Pública Efectiva de la Secretaría de Asuntos Políticos de la

OEA¹⁹, y que tiene como meta para el año 2015 cumplir con el registro universal de nacimiento, a través del cual se asegura el derecho a la identidad, con énfasis en las personas en situación de pobreza y vulnerabilidad. El PUICA establece cinco objetivos que son aquellos hacia los cuales confluye toda su actividad: universalización y accesibilidad del Registro Civil y el Derecho a la Identidad; fortalecimiento de las políticas, las instituciones públicas y la legislación; participación ciudadana y sensibilización; identificación de mejores prácticas; y promoción de la cooperación internacional y regional.

Finalmente y complementando estos desarrollos y recomendaciones del sistema interamericano hay que tener presente que en los “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos”, el Principio 3° se refiere al derecho a la igualdad ante la ley y hace énfasis en que la definición sexual de cada persona es parte integral de su personalidad y uno de los aspectos más básicos de la autodeterminación, la dignidad y la libertad de las personas: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito

17 Doc. OEA/Ser.G CP/CAJP-2465/07 rev. 4 corr. 1 y Doc. OEA AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad.

18 ASAMBLEA GENERAL. OEA. Resolución 2362. Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”. [En línea] Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008. Doc. OEA AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) <http://www.oas.org/sap/docs/puica/RES_2362_ProgramaInteramericano_s.pdf> [Consulta: 5 de julio de 2013].

19 El tema tiene un fuerte componente de derechos de las personas a pesar de estar actualmente adscrito al trabajo de la Secretaría de Asuntos Políticos. En efecto, como parte de las Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y Registro Civil Universal de Nacimiento, celebrada entre el 28 y el 30 de agosto de 2007 en Asunción, Paraguay, se dejó establecido que la identificación, registro y documentación debe asumirse con un enfoque de derechos y que todo proceso de identificación, registro y documentación debe respetar y reafirmar la identidad individual y colectiva de la persona (Doc. OEA/Ser.G CAJP/GT/DI/INF. 1/07). Antes de que el Programa se radicara en la Secretaría de Asuntos Políticos, existió un Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Programa, dependiente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA. Véase más información en: GRUPO de Trabajo Encargado de Elaborar un Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad” [En línea] <[http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/Universal%20Registro.asp#Grupo de trabajo](http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/Universal%20Registro.asp#Grupo%20de%20trabajo)> [Consulta: 9 de junio 2013].

para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género”.

Así las cosas, parece claro que hay un escenario que Chile no puede eludir frente a la inadecuada judicialización del cambio de nombre e identidad de las personas trans en el país y las consecuencias que provoca socialmente. En este contexto cobra singular importancia que el 7 de mayo de 2013 haya ingresado al Congreso Nacional el proyecto de ley sobre identidad de género, que tiene el propósito de terminar con las situaciones de discriminación y exclusión que afectan a muchas personas en Chile y que se derivan de la imposibilidad de manifestar abiertamente y vivir conforme con su identidad de género en los casos en que existe una incongruencia entre el sexo asignado de forma legal, el nombre y la apariencia y vivencia personal del cuerpo. Dicho proyecto de ley fue promovido por la sociedad civil, especialmente OTD y la Fundación Iguales, e ingresado como moción parlamentaria con la firma de senadores de distintos partidos políticos lo cual es necesario destacar²⁰.

El objeto que se pretende con esta ley es establecer una regulación eficaz y adecuada, en conformidad con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y protección en general de la dignidad humana, y los derechos y libertades fundamentales, para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo y nombre de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde o no es congruente con la verdadera identidad de género de quien lo solicita, contando así con un cuerpo legal adecuado que ponga término al uso indebido de otras normativas y cumpliendo de paso con estándares internacionales de derechos humanos que obligan a Chile.

Lo primero que conviene destacar es la definición de identidad de género conforme los estándares internacionales que ya se han referido en este trabajo²¹ y la consagración en el artículo 1° del “derecho a la identidad de género” en los siguientes términos:

Artículo 1°. Del derecho a la identidad de género.

Toda persona tiene derecho:

- a) Al reconocimiento y protección de su Identidad de Género.
- b) Al libre desarrollo de su persona, conforme a su Identidad de Género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible.
- c) A ser tratada en conformidad con su Identidad de Género y, en particular, a ser reconocida e identificada de ese modo en los instrumentos públicos que acreditan su identidad respecto del nombre y sexo. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuran en los registros oficiales deben ser coincidentes con dicha identidad.

Toda norma o procedimiento de naturaleza administrativa o judicial deberá respetar el derecho a la identidad de género de las personas. Ninguna norma o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer requisitos no contemplados para el ejercicio de este derecho, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso del mismo.

Parece relevante el que se ponga énfasis en el derecho de resguardar la imagen actual en relación a la anterior, en sus distintos soportes, lo cual es coincidente con el artículo 10 que indica que sólo tendrán acceso al acta de nacimiento y a las imágenes, fotografías, soportes digitales, informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuraran originalmente en los registros oficiales, quienes cuenten con autorización

20 Proyecto de ley, iniciado en moción de los/as Honorables Senadores/as señoras Pérez San Martín y Rincón y señores Escalona, Lagos y Letelier, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género: BOLETÍN 8924-07 [En línea] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9331&tipodoc=mensaje_mocion> [Consulta: 4 de junio 2013].

21 “Para los efectos de esta ley se entenderá por identidad de género 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”.

expresa del o la titular, o con orden judicial fundada, sin perjuicio de la Ley sobre protección de la vida privada, en los casos en que fuera aplicable. El derecho a la identidad tiene un componente activo y dinámico, que incluye la mirada al pasado y al futuro pero que en este caso, sin borrar la historia con que un ser humano llega a solicitar su cambio de identidad, debe resguardar el respeto por la imagen pasada.

Desde el punto de vista procesal, el requisito para el ejercicio del derecho es presentar la solicitud por escrito, siendo suficiente fundamento el ofrecimiento de información sumaria, sin perjuicio de todo antecedente documental que se quiera acompañar por el o la solicitante.

En lo que constituye el gran punto de contraste de esta ley, que procesalmente puede ser vista como similar a la normativa actual, se deja ahora expresamente establecido que para acreditar la identidad de género y solicitar el cambio de nombre y sexo no será exigible por el Tribunal el uso de medios farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos o de tratamientos quirúrgicos. Creo que este un aspecto relevante que por sí solo ya justifica la necesidad de nueva ley y que se entronca con la necesidad de “despatologizar” algo que no es una enfermedad y dejar a cada quien decidir si quiere o no que su cuerpo sea intervenido.

Para conocer de la gestión a que se refiere la ley se ha fijado como competente al Juez de Familia del domicilio del peticionario. Si bien la actual normativa está radicada en sede civil, se estima que la mayor especialización de esta judicatura, por ejemplo, frente a los temas de estado civil, lo hace el foro más adecuado.

En cuanto al procedimiento, el proyecto contempla que, recibida la solicitud, el Juez ordenará que se publique un extracto de ella en el Diario Oficial. La publicación contendrá la individualización del o la solicitante, la indicación de que se solicita la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto a cambiar de sexo y nombre, la fecha en que dicha solicitud se ha efectuado, y la indicación expresa de que dicha diligencia se realiza de conformidad con las disposiciones de la ley. A fin de garantizar el derecho de los terceros, dentro del plazo

de quince días corridos contados desde la publicación del aviso cualquiera podrá oponerse a la solicitud, actuando por escrito ante el mismo tribunal y fundando la oposición en una de las dos causales siguientes: (1) existencia de un perjuicio directo o indirecto de carácter moral o patrimonial que afecte al opositor a consecuencia del cambio de sexo y género del o la solicitante; o (2) existencia de una causa criminal pendiente entre el opositor y el o la solicitante²².

De no existir oposición, el juez procederá con conocimiento de causa, previa información sumaria, que acredite que él o la solicitante es conocido en sus relaciones sociales con una identidad de género que no coincide con su sexo registral. Si la hay, la oposición se tramitará en forma incidental y en cuaderno separado. Resuelta la oposición o sin ella, si el Tribunal estima insuficiente la prueba rendida por el peticionario, lo que deberá señalar por resolución fundada, podrá decretar que se oficie a la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación a fin de que este informe si la persona solicitante tiene órdenes de detención pendientes, u otros antecedentes penales, o para que entregue información relevante a juicio del Tribunal para la resolución de la solicitud y que esté en el marco de sus competencias. En mérito de este oficio, dicho Servicio deberá pronunciarse exclusivamente sobre las materias que le sean requeridas por el Tribunal y no deberá emitir opinión sobre los fundamentos de la solicitud ni sugerir la resolución al Tribunal. En ningún caso podrá el Tribunal decretar de oficio que se realicen exámenes médicos ante el Servicio Médico Legal u otra repartición para formar su convencimiento sobre la solicitud.

²² Este mismo ánimo de proteger derechos de terceros se reitera al consagrar que los efectos jurídicos de la rectificación del nombre y sexo, realizados serán oponibles a terceros desde el momento en que extienda la nueva inscripción en conformidad a la normativa vigente, sin que la nueva inscripción en la partida de nacimiento altere la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio en las partidas de nacimiento, ni afectando las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, sancionando el uso malicioso de los primitivos nombres y la utilización fraudulenta del nuevo nombre para eximirse del cumplimiento de obligaciones contraídas antes del cambio.

Respecto a lo anterior deben destacarse dos aspectos: la restricción de la intervención de un órgano administrativo (el Registro Civil) y la prohibición de que se ordenen exámenes ante el Servicio Médico Legal. Ambos puntos marcan también una sustancial diferencia con lo que puede ocurrir hoy, a falta de texto expreso.

Recibida la prueba ofrecida y cumplidas que sean las diligencias de oficio decretadas por el Tribunal, el juez decretará, mediante resolución fundada, si acoge o no la solicitud, para lo cual tendrá el plazo de sesenta días. Si acoge la solicitud, ordenará que se rectifique la partida de nacimiento del peticionario, procediendo al cambio su sexo y su nombre, oficiando al Director del Registro Civil e Identificación a fin de que realice las rectificaciones; que proceda a emitir un nuevo registro de identidad para el peticionario y que informe en el plazo de veinte días hábiles desde la rectificación en la partida de nacimiento, del cambio de sexo y nombre al Servicio Electoral para la corrección del padrón electoral; al Servicio de Impuestos Internos; a Tesorería General de la República; a Policía de Investigaciones y a Carabineros de Chile.

Rectificada la partida de nacimiento y el sexo y nombre, no se afectará el número de rol único nacional del peticionario y este deberá concurrir en forma personal a las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, con copia autorizada de la sentencia, para que este Servicio emita nuevos documentos de identidad, con una nueva fotografía, los que reemplazarán para todos los efectos legales a los documentos de identidad anteriores, que no podrán ser usados o exhibidos bajo ninguna circunstancia y en ninguna repartición pública o privada.

El proyecto de ley termina con las normas de articulación necesarias para quienes hayan ya obtenido su cambio de nombre por razón de identidad de género, en conformidad a las disposiciones de las leyes 17.344 y 4.808, sin haber obtenido la rectificación de su sexo y, por supuesto, convertido en ley, será necesario adoptar disposiciones para modificar los cuerpos legales que sea necesario.

Reflexiones finales.

Si bien una ley no cambia las concepciones estereotipadas y los prejuicios sociales de un día para otro en una sociedad, el normativo es un camino que hay que recorrer para solucionar problemas sociales. La falta de reconocimiento de la identidad de las personas trans es un problema social. En ese sentido es que se necesita una ley de identidad de género en Chile. Una ley que consagre el derecho de toda persona al reconocimiento y protección de su identidad de género, que establezca un procedimiento judicial adecuado, que no exija la intervención quirúrgica y que vele adecuadamente por los derechos de terceros a fin de que nadie pretenda burlar el espíritu de la ley con fines maliciosos.

El proyecto de ley ingresado en el primer semestre de este año 2013 parece ir entonces en la línea adecuada.

Sin embargo, hay temas complejos que deberán considerarse en una discusión legislativa de altura y exenta de intereses políticos de corto plazo.

En particular me refiero a la protección especial y mejorada que requiere la infancia y adolescencia que manifiesta la diferencia entre el sexo y el género desde los primeros años, cuestión que ha quedado excluida del proyecto ingresado al Congreso Nacional, exclusión por cierto que no es difícil de entender.

Si ya cuesta asumir abiertamente cómo nos situamos como sociedad frente a los reclamos de las personas que tienen identidades sexuales diversas, más complejo es tratar de conjugar “diversidad sexual/infancia” pues confluyen muchos aspectos en su abordaje, desde la real consideración de la autonomía progresiva y la participación en las decisiones de un niño, niña o adolescente en esta materia, hasta cómo afrontar la demanda de una persona en plena formación psicológica, afectiva y física, pasando por el derecho de los padres, tutores o cuidadores.

No es este el trabajo que vaya a dar soluciones o paradigmas desde donde enfrentar este enorme desafío, pero sí es un trabajo que quiere hacer conciencia, pues son pocos quienes se han detenido a pensar en la

realidad que viven muchos niños, niñas y adolescentes que sienten que su cuerpo no responde al nombre legal que les han dado.

En ese sentido el llamado está en considerar también como particularmente vulnerable la infancia trans e intersex, a fin de asegurar que sus cuerpos no sean intervenidos sin su participación o aún contra su opinión libre e informada a fin de imponerles una identidad de género, teniendo siempre en vista el principio de autonomía progresiva para tomar sus decisiones según edad y madurez, sin discriminación y conforme el principio de su interés superior, que debe analizarse en el caso a caso y no por medio de estándares pretendidamente aplicables a todos los niños y niñas en condiciones similares.

Además, estimo que el trabajo de discutir este proyecto debe hacerse desde el enfoque de derechos humanos y no desde ninguna otra mirada. Esto supone entender la importancia que, como derecho humano, tiene para una persona el reconocimiento de su identidad personal, más allá de estar o no de acuerdo con estilos de vida que puedan ser distintos a aquel que tiene quien debe decidir. Las discusiones y decisiones al respecto deben asumir que las diferencias –desde las discrepancias de opinión política hasta las diversas formas de entender el proyecto de vida social o individual y la forma de vivir nuestra sexualidad y manifestar nuestros afectos y erotismo– son legítimas y la expresión más viva de la dignidad humana.

Mientras se respete el derecho de los demás, cada quien es dueño o dueña de dar a su vida el sentido que mejor le parezca y tiene derecho a exigir el mismo respeto por ello.

En un país como Chile la disociación entre el nombre legal, la partida de nacimiento y la vivencia cotidiana de las relaciones privadas tiene consecuencias individuales y sociales frente a las cuales el derecho debe reaccionar, más aún ahora que el sistema interamericano está poniendo luz sobre el tema e instando a los estados para trabajar en ello.

El momento, entonces, ha sido el propicio para instalar el tema en la agenda legislativa nacional. Si bien las leyes no son la solución perfecta –ni aún en un país de “vocación” legalista como Chile– el derecho en último término es una herramienta para solucionar problemas y por lo tanto debe ser el adecuado.

Cuando lo logremos, tendremos una nueva herramienta para avanzar socialmente en la inclusión, cohesión social y respeto por las diferencias, para lograr una verdadera cultura de respeto y reconocimiento de las identidades, desde las diversidades, terminando con los prejuicios y estereotipos que sirven de nido a las discriminaciones.

Ojalá se pongan muchas ideas sobre la mesa en la discusión de este proyecto y se promueva un debate legislativo sano, sin contaminaciones por razón de oportunidad o por una pretendida superioridad moral de saber lo que es “bueno” y “correcto” para todos los chilenos y chilenas. Igualdad, pero desde la diferencia.

PUBLICACIÓN RECOMENDADA

➤ La Justicia en construcción (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género – ELA)

La realidad de las mujeres de América Latina nos muestra una región teñida por la desigualdad: con alarmantes índices de mortalidad materna y mortalidad infantil, desigual acceso a la salud y a la educación de calidad, discriminación de las mujeres rurales y de las mujeres pertenecientes a pueblos originarios, y una violencia sexista que persiste aún frente a las herramientas legales implementadas en los países de la región. Los avances en la conquista de los derechos claramente no encuentran un correlato en la transformación de la realidad de muchas mujeres.

El objetivo de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de las Mujeres en los Medios creados en 2009 por las organizaciones que conforman la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género es contribuir a los debates necesarios sobre las condiciones de vigencia efectiva de los derechos consagrados en los tratados, las constituciones y las leyes. No hay duda que la plena vigencia de estos derechos hace a la construcción misma de la ciudadanía, en un proceso de apropiación y ejercicio efectivo de los derechos que los tribunales de justicia en muchos casos apoyan al mismo tiempo en que se constituyen como un espacio de disputa.

Los Observatorios creados y las reflexiones a las que dieron lugar los materiales incluidos en sus bases de datos de acceso público constituyen herramientas que aspiran a consolidarse como un aporte útil para los debates sobre género y justicia en la región. Esta publicación presenta una selección de artículos que ilustran los desafíos que enfrenta una región que pretende avanzar en la construcción de una sociedad más justa y equitativa, superando el discurso dogmático que sólo invoca los derechos para entrar de lleno en la preocupación por sus condiciones de vigencia efectiva.

Disponible en línea: <<http://goo.gl/Yk2SH>>



LA JUSTICIA EN CONSTRUCCIÓN

Derechos y género ante los tribunales y los medios
de comunicación en América Latina



Articulación
Regional Feminista

Articulación Regional Feminista por los Derechos
Humanos y la Justicia de Género.

ENTREVISTAS

*Por Claudio Navarrete**

* Estudiante de cuarto año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Pasante del Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos del CDH.

➤ Entrevista a Luz Patricia Mejía: La violencia contra las mujeres desde una perspectiva regional

Luz Patricia Mejía es Especialista principal de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). Actualmente es la Secretaria Técnica del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). Fue Comisionada de la CIDH desde enero de 2008 hasta diciembre de 2011. Fue Primera Vicepresidenta de la CIDH en 2008 y Presidenta en 2009.

Es abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, donde realizó estudios en Derecho Administrativo. Fue Directora de Consultoría Jurídica de la Fiscalía General de la República Bolivariana de Venezuela. Anteriormente trabajó en la Defensoría del Pueblo de ese país, ocupando los cargos de Directora de Recursos Judiciales y posteriormente Directora General de Servicios Jurídicos. Asimismo, estuvo a cargo de la ejecución del Programa de Defensa en el Programa de Educación-Acción en Derechos Humanos de Venezuela (PROVEA) y se desempeñó como abogada en la Asociación de Mujeres para la Ayuda Recíproca (AMBAR) y en la Organización Acción Ciudadana contra el SIDA (ACCSI). Fue co-redactora de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Procesales, de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano. Ha publicado investigaciones y artículos especializados y presentado ponencias en cursos y seminarios.

Introducción

Hace 19 años se celebró en la ciudad de Belem Do Pará, Brasil, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer como resultado de un diagnóstico de la comunidad internacional y de los Estados Americanos frente a la situación de las Mujeres en la región. La ratificación de la Convención por casi la totalidad de los Estados de la región es señal de la voluntad común de enfrentar la situación de violencia que viven muchas mujeres de la región, sin perjuicio de lo cual, con el paso del tiempo se han evidenciado grandes desafíos en la implementación y cumplimiento de la Convención.

En este contexto se crea el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente, que pretende dar cuenta de la evolución de la situación en la región y de los compromisos adoptados por los Estados y su nivel de cumplimiento. Luz Patricia Mejía nos dará una mirada respecto de un diagnóstico actual de la problemática de la violencia en la región y de los desafíos del MESECVI.

Entrevista

Considerando las Rondas de Evaluación Multilateral del MESECVI hasta la fecha, ¿cuáles son los desafíos persistentes en las repuestas estatales ante la violencia contra las mujeres? ¿Cuáles considera usted que serán los desafíos prioritarios para los exámenes futuros?

El primer gran desafío en la respuesta estatal a la Violencia contra las Mujeres y las niñas está sobre todo vinculado a la brecha existente entre la multiplicidad de leyes, programas y políticas públicas destinadas a combatir y erradicar la violencia contra las mujeres y al mismo tiempo la realidad de las mujeres en la región. De acuerdo a las cifras que han reportado los Estados durante los casi 10 años de vigencia del Mecanismo, la violencia contra las mujeres y las niñas en la región sigue teniendo características endémicas. El hogar, las escuelas, los centros de salud y los trabajos siguen siendo los lugares más inseguros para las mujeres, adolescentes y niñas de la región.

Todo indica que el desafío futuro está en el combate de los estereotipos que profundizan la violencia. La mayoría de encuestas hechas en la región sobre violencia, ya sean generales, de población o específicas de violencia, aportan información bien interesante que indica o da suficientes elementos para evaluar que existe un rezago importante en los procesos de transformación cultural para la erradicación de la violencia o las diferentes violencias que viven mujeres, adolescentes y niñas de la región. El uso de los medios de comunicación en detrimento de la imagen de las mujeres, la currícula escolar oculta que profundiza el papel de los roles estereotipados y la ausencia de información crítica y plural accesible a las mujeres en estos temas, son partes de los desafíos necesarios de cara a los siguientes

exámenes. Otro elemento importante que creemos se deberá tomar en cuenta es el impacto que están teniendo en las mujeres las violencias derivadas del crimen organizado, la trata y el narcotráfico, y en su caso, el impacto de estas circunstancias en las amenazas de las que están siendo víctimas las defensoras de derechos humanos de mujeres que se enfrentan a estos flagelos o que son víctimas de ellos. Algunos de estos, temas emergentes en la región pero cuya gravedad requiere medidas inmediatas.

La implementación del Convenio 169 de la OIT en los ordenamientos jurídicos de los Estados ha estado mediada por la tensión entre el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias (en tanto no sean incompatibles con los derechos humanos) y las obligaciones internacionales que pesan sobre los Estados para prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia contra las mujeres, particularmente, en aquellos casos en que la justicia indígena o comunitaria no otorga una respuesta adecuada a las mujeres víctimas de violencia pero al mismo tiempo la jurisdicción común no atiende a las particularidades culturales de las víctimas. Considerando la Convención de Belém do Pará y los demás instrumentos y estándares de derecho internacional de los derechos humanos, ¿cómo debieran los Estados enfrentar esta tensión para garantizar la protección efectiva de las mujeres indígenas frente a la violencia?

Esta tensión es muy compleja, porque para ello los Estados deben entender primero cuáles son las características de cada pueblo y sus costumbres, así como su cosmovisión. Sin embargo, en los temas del derecho de las mujeres a vivir en un mundo libre de violencia el abordaje debería ser, tal como lo han planteado en distintas ocasiones las mujeres indígenas de la región, que estos procesos de erradicación de la violencia y de erradicación de estereotipos que la profundizan, deben hacerse en las comunidades y con las comunidades, desde sus propias cosmovisiones, para que cuando sean éstas las encargadas de administrar justicia el eje transversal del proceso que se afronta sea el derecho de las mujeres a vivir libre de violencia. Ello supone un esfuerzo de transformación cultural, tal como ocurre en el resto de la sociedad; lo que está claro es que no hay ninguna cultura por diversa que sea que permita

gravísimos hechos de violencia contra las mujeres y las niñas y ese es el límite del derecho cultural. Por ejemplo, la ablación del clítoris en algunas culturas indígenas latinoamericanas es uno de los casos que clarifican de una manera muy concreta cuáles son los límites entre derechos y costumbres.

Ahora bien, cuando de administración de justicia estamos hablando, creo que sí debemos entender desde la cultura indígena cómo y cuáles son los propios procesos de justicia que pueden garantizar los derechos de las mujeres pero al mismo tiempo las dinámicas de las comunidades. Por ejemplo, la forma como se administra la justicia, las sanciones impuestas, los mecanismos de reparación. En ese sentido es donde creo que cualquier política dirigida a abordar el tema de la violencia que sufren las mujeres indígenas debe entender primero cuáles son las dimensiones de estos temas y así abordar también el proceso de transformación cultural necesario no sólo en los pueblos indígenas sino también en el resto de la región que se caracteriza por una importante brecha entre lo normativo y la realidad de las mujeres.

En el marco del MESECVI, ¿cómo podría mejorarse el cuestionario formulado por el Comité de Expertas para visibilizar la situación de las mujeres que sufren discriminaciones múltiples?

El MESECVI acaba de aprobar un segundo grupo de indicadores para el Seguimiento y la Evaluación de las políticas públicas implementadas por los Estados en aplicación de las obligaciones derivadas de Belém do Pará. Este segundo grupo de indicadores serán publicados una vez sean distribuidos a los Estados para que haya una participación amplia no sólo de los Estados en preparar las respuestas sino también de las mujeres y de las organizaciones que trabajan con los temas de violencia. Eso nos permitirá tener un abanico amplio no sólo de las respuestas de la región sino también de las preocupaciones. A partir de allí, el CEVI está también buscando los mecanismos necesarios para lograr una relación más estrecha con los diferentes actores y actoras que se involucran en el tema, no sólo desde el ámbito privado sino desde la academias, las ONGs, los movimientos populares etc. Buscar espacios más amplios de interacción es uno de los temas que será abordado por las expertas en la próxima reunión.

➤ Entrevista a Josefina Durán: El rol del Estado y la Sociedad Civil frente a la violencia contra las mujeres

Josefina Durán es abogada de la Universidad de Buenos Aires. Es Magister en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid y diplomada en “Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica” por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Fue visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha participado en diversas publicaciones relacionadas con Derechos Humanos y ha sido Profesora invitada en varias oportunidades en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo. Actualmente es Directora del área Jurídica del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA).

Introducción

Las discusiones sobre violencia contra las mujeres suelen centrarse casi exclusivamente en las situaciones de violencia que se dan en el ámbito doméstico o familiar, invisibilizando así otras formas de violencia contra la mujer. Al respecto, la Convención Belem do Pará recoge en su definición de violencia 3 ámbitos en que ésta puede darse: el ámbito privado, el público, y aquellos actos de violencia ejercidos o tolerados por parte del Estado. Esta entrevista aborda la violencia contra la mujer en un sentido amplio y a la forma en que el Estado y la Sociedad Civil enfrentan sus diversas manifestaciones.

Entrevista

La definición de violencia de la Convención Belem do Pará incluye tanto la violencia ejercida en el ámbito público como en el privado. Al respecto, uno de los problemas que se identifica en el segundo informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belem do Pará es que los Estados “concentran sus esfuerzos de prevención y sanción de la violencia contra las mujeres en la lucha contra la violencia familiar, intrafamiliar o doméstica”, con lo cual se deja desprotegidas a las mujeres frente a otras especies de violencia, en particular, la violencia que ejercen los particulares en el ámbito público y la violencia ejercida o tolerada por los Estados. En su opinión, ¿qué características deberían tener las medidas adoptadas por los Estados para dar una

respuesta integral a todas las formas de violencia que afectan a las mujeres?

Antes de introducirme en la respuesta, quiero agregar otros ejemplos a las modalidades y ámbitos de violencia que suelen quedar fuera de las respuestas estatales: la violencia obstétrica, la violencia mediática, y el acoso sexual en todos los ámbitos. ELA, la ONG de la que formo parte, es miembro de la Articulación Regional Feminista, que cuenta con un Observatorio Jurídico de Sentencias en el que se recopilan sentencias judiciales vinculadas a los derechos de las mujeres (www.articulacionfeminista.org). A través del Observatorio se puede diagnosticar que hay una amplia mayoría de sentencias (buenas, malas y regulares) vinculadas a hechos de violencia intrafamiliar, pero hay pocas en relación a las otras modalidades de violencia contempladas en las legislaciones nacionales. Esto no es únicamente achacable a los poderes judiciales: hay pocas/os abogadas/os con formación en estos temas, y ciertos hechos de violencia (como por ejemplo, situaciones de maltrato en los hospitales al momento del parto o de atender a una mujer que ingresa por complicaciones post aborto) están tan internalizados como conductas válidas dentro de las sociedades patriarcales que, a su vez, son pocas las víctimas que se reconocen como tales.

Erradicar la violencia contra las mujeres implica transformar la cultura, y ese es un desafío profundo a largo plazo. Mientras los hechos siguen sucediendo, los Estados deberían, a mi entender:

- 1) Realizar encuestas nacionales de violencia, que involucren tanto a varones como a mujeres, en que se indague en forma no inductiva sobre la prevalencia de determinadas conductas.
- 2) Generar estadísticas transparentes, a nivel nacional y desagregados por región, franja etaria, nivel socioeconómico, etc., respecto de las modalidades y ámbitos de violencia denunciados, en qué lugar se denunciaron, cuántas de esas denuncias obtuvieron un pronunciamiento judicial idóneo.
- 3) Sancionar leyes respetuosas de los estándares internacionales de protección.

- 4) Diseñar políticas públicas focalizadas según los diversos tipos de violencia, lo que incluye campañas de difusión atractivas, y políticas de atención de las víctimas basadas en los datos producidos. Estas políticas públicas debieran ser supervisadas continuamente, para medir su eficacia.
- 5) Transformar las currículas de las facultades de derecho y de las carreras vinculadas a la salud y a la educación, a fin de incorporar la perspectiva de género en materias troncales y que no quede sólo como un módulo aislado optativo, en el mejor de los casos.
- 6) Capacitar a los miembros del poder judicial y a las fuerzas de seguridad, y establecer un sistema de evaluación continua con consecuencias administrativas para quienes incumplan.
- 7) Establecer amplios servicios de patrocinio jurídico gratuito de calidad para las víctimas de violencia.

denuncia es receptada por un equipo interdisciplinario. El equipo está compuesto por un/a abogado/a, un/a trabajador/a social y un/a psicólogo/a. La denuncia se traslada al juzgado correspondiente ya con un informe de riesgo hecho, lo que permitió que se obtenga en el plazo de pocas horas una medida de protección que antes tomaba meses. Este ejemplo abarca sólo a los casos de violencia doméstica, lo que muestra que efectivamente es la violencia familiar en la que el Estado pone más esfuerzos, y no en otras; y es un ejemplo con muchas limitaciones (por ejemplo, no brindan patrocinio jurídico, sólo asesoramiento). Sin embargo, elevó el estándar de atención en forma sustantiva en poco tiempo.

¿Cuáles considera que son los principales desafíos para la Sociedad Civil en la erradicación de la violencia contra las mujeres?

La sociedad civil debería poder dialogar con los agentes estatales encargados de generar datos confiables, participar en el diseño las leyes y supervisar el grado de cumplimiento de los pactos internacionales de protección y políticas públicas implementadas. Sin embargo, a falta de respuestas eficaces, muchas veces suple ausencias: brinda patrocinio jurídico, realiza capacitaciones o genera datos, por ejemplo, cuando es el Estado el obligado a hacerlo.

De acuerdo a su experiencia, ¿qué iniciativas estatales destacaría como buenas prácticas en materia de violencia?

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) cuenta con una oficina de atención a las víctimas de violencia doméstica (OVD), que si bien no es una política pública, constituye un ejemplo de buenas prácticas. La OVD es un centro de recepción de denuncias especializado, lo que redundo en una mayor calidad de respuesta que la obtenida en las comisarías, en que la

➤ Entrevista a Laura Pautassi: El uso de indicadores en materia de violencia contra las mujeres

Laura Pautassi es Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Es especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales y Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Actualmente es Investigadora del Consejo Nacional de Ciencia y Técnica (CONICET) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Es también integrante y socia fundadora del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y Directora Grupo de Trabajo Interdisciplinario Derechos Sociales y Políticas Públicas (www.dspp.com.ar).

Introducción

La violencia contra las mujeres es una problemática persistente en América Latina. Mirar al pasado implica reconocer múltiples manifestaciones de esta violencia y de su invisibilización en la sociedad, pero a la vez permite constatar en qué medida el proceso de reconocimiento de la violencia como un problema de derechos humanos ha derivado en importantes avances en esta materia, entre los cuales destaca la Convención de Belem do Pará, que ha sido ratificada casi por la totalidad de los Estados de la región. En este marco, una herramienta fundamental para avanzar hacia la plena implementación y cumplimiento de la Convención es el desarrollo y uso de indicadores en materia de violencia contra las mujeres, asunto que se examina brevemente en esta entrevista.

Entrevista

¿En qué medida el uso de indicadores contribuye al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos?

Los indicadores de derechos humanos constituyen una herramienta muy poderosa para evaluar y medir el grado de cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas de los Estados en materia de derechos humanos. En este sentido, no sólo miden cuantitativamente el progreso (basado en el principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos), sino que pueden incorporar señales de progreso cualitativas

que integran la percepción y/o grado de satisfacción de los destinatarios de las Convenciones, que son los ciudadanos y las ciudadanas. Asimismo, los indicadores son la unidad de medida de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, que constituyen, a su vez, la interpretación por voces autorizadas del contenido de las obligaciones contenidas en los Pactos y Tratados. Como el estándar no se puede verificar empíricamente, son necesarios los indicadores para precisar y evaluar el cumplimiento estatal.

**¿Se están generando y utilizando indicadores de violencia contra las mujeres en Latinoamérica?
¿Cuáles son los desafíos prioritarios en esta materia?**

En América Latina contamos con la Convención de Belem do Pará, que prevé mecanismos de seguimiento del cumplimiento de la misma (MESECVI). En este marco, el Comité de Expertas (CEVI) del MESECVI se encuentra en proceso de definición de indicadores de progreso para medir la violencia contra las mujeres.

El sistema de indicadores propuesto parte de indicadores de progreso, diferenciando los estructurales, de proceso y de resultados, y suma las señales de progreso cualitativas, conjuntamente con principios y categorías transversales. Esta incorporación de indicadores suma valor al proceso de evaluación del cumplimiento de las obligaciones estatales y permite un avance considerable en los mecanismos de monitoreo internacional, pero debe tenerse claro que también contribuye al Estado, permitiendo la definición de políticas públicas respetuosas de los principios contenidos en la Convención de Belem do Pará. Asimismo, se establece como un mecanismo complementario al sistema de indicadores propuesto para el Protocolo de San Salvador, lo cual consolida al interior del sistema interamericano los mecanismos de evaluación interdependientes, obedeciendo así a la propia naturaleza de los derechos humanos: universalidad, interdependencia e indivisibilidad.

¿Cuáles son los principales desafíos para la sociedad civil respecto al uso de indicadores en materia de violencia contra las mujeres?

Innumerables, ya que no sólo el sistema de indicadores es una herramienta robusta para el monitoreo internacional, sino que es también de utilidad para estimular procesos de rendición de cuentas al interior de los Estados. Permite, además, que los Estados diseñen fuentes de información y que se vaya superando el déficit de producción estadística que atraviesa a todos los estados de América Latina.

Asimismo, se puede avanzar en comprometer a los Estados con una efectiva definición de planes y políticas de lucha contra la violencia contra las mujeres de manera conjunta con la sociedad civil.

La Revista Electrónica "Género, Sexualidades y Derechos Humanos", del Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos del CDH, está recibiendo contribuciones para su próxima edición de diciembre 2013. La Revista se encuentra íntegramente disponible para su descarga gratuita en <http://www.cdh.uchile.cl/>

Se privilegiará la publicación de artículos que aborden temáticas relacionadas con los derechos sexuales y/o los derechos reproductivos de las mujeres y las personas LGTTBI, tales como:

- El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos.
- Estrategias para el avance de los derechos sexuales y reproductivos, tanto a nivel nacional como regional.
- Análisis de sentencias, observaciones generales o resoluciones destacadas del año 2013 en materias relacionadas con derechos sexuales y reproductivos, de organismos tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y los Comités de Naciones Unidas.

Las contribuciones se recibirán hasta el **30 de septiembre de 2013**, y deben cumplir con los siguientes requisitos formales:

REQUISITOS FORMALES

1. Extensión de los artículos

Los artículos remitidos no podrán exceder las **3.000 palabras**, incluyendo notas a pie de página.

2. Formato e información del envío

a) Formato

Los artículos deben ser remitidos en un archivo Word, papel tamaño Carta, margen de 2 cm, fuente Times New Roman, tamaño 12, espaciado simple. Deberá cumplirse con las normas de referencias bibliográficas indicadas en el punto 6 de este documento.

b) Información del autor

El autor deberá remitir, junto con su artículo breve referencia biográfica de no más de 150 palabras que contenga:

- a. nombre y principales acreditaciones académicas, profesionales u ocupación;
- b. institución a la que pertenece (Universidad, Organización No gubernamental, poder del Estado, etc.);
- c. lugar donde está ubicada dicha institución (ciudad y país);
- d. una dirección de correo electrónico

b) Resumen y palabras clave

Además, deberá remitirse un breve resumen del artículo (150-200 palabras) y entre 3 y 5 palabras clave para efectos de la clasificación bibliográfica requerida.

3. Proceso de Publicación

Los artículos sometidos a consideración para su publicación deberán ser remitidos a nlacrampette@derecho.uchile.cl hasta el **31 de septiembre de 2013**.

Puede rechazarse la publicación de cualquier trabajo, sin expresión de causa.

Puede también condicionarse la publicación a la realización de ciertos cambios de fondo o de forma. Los/as autores/as tendrán un plazo fijado por la editora para la realización de los cambios, después del cual, sin respuesta del autor/a, se entenderá que el autor/a ha aceptado los cambios sugeridos a su trabajo, o bien la editora podrá decidir no publicar el artículo en el estado en que se encuentra.

Los/as autores/as son notificados de todas las decisiones por correo electrónico.

4. Originalidad

En principio, la Revista únicamente recibe trabajos originales. Si el artículo ha sido anteriormente publicado –en papel o de forma electrónica–, o presentado en alguna instancia académica (seminario, congreso, simposio, etc.), el/la autor/a deberá indicar estas circunstancias al momento de remitir el artículo y será de su exclusiva responsabilidad el conseguir los permisos o licencias requeridos para la publicación del artículo en la Revista.

Al aceptar la publicación de su obra en la Revista Electrónica “Género, Sexualidades y Derechos Humanos”, el autor/a libera de cualquier responsabilidad a los editores del Anuario por toda infracción legal, reglamentaria o contractual que eventualmente cometa o hubiere cometido en relación a la publicación remitida, y se obliga a reparar cualquier perjuicio ocasionado que hubiese sido causado a los editores por dicha infracción.

5. Derechos de Autor

Los números de la Revista se encuentran íntegramente disponibles en internet para su descarga gratuita. Se publica con algunos derechos reservados.

Al aceptar la publicación de un artículo en la Revista, el/la autor/a autoriza la reproducción del contenido de la publicación, siempre que se reconozca y cite al autor/a original y publicación, no se realicen modificaciones a la obra y no se utilice para fines comerciales.

6. Normas sobre referencias bibliográficas

La Revista utiliza para las referencias bibliográficas el sistema citas norma ISO. A continuación, algunos ejemplos de cita:

Libro:

MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. New York: Oxford University Press, 2003.

Artículo de una publicación seriada:

SHELTON, Dinah. "Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". *Anuario de Derechos Humanos* No. 4, 2008.

LUBAN, David. "A Theory of Crimes against Humanity". *Yale Journal of International Law* No. 29, 2004.

Libro u artículo citado desde la web:

PALACIOS, Patricia. *El tratamiento de la violencia de género en la Organización de Naciones Unidas*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2011. [en línea] <http://www.programamujerescdh.cl/media/publicaciones/tratamiento_violencia_genero.pdf> [consulta: 29 julio 2011].

HODSON, Loveday. "A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria". *Human Rights Law Review*. Advance Access published February 3, 2011. [en línea] <<http://hrlr.oxfordjournals.org/content/early/2011/02/03/hrlr.ngq054.short?rss=1>> [consulta: 27 abril 2012].

Artículo de periódico citado desde la web:

LACALLE HERRERA, Luis Alberto. "Por qué no". *La Patria. Semanario Digital*. 23 de marzo de 2012. [en línea] <<http://patria.com.uy/2012/03/23/por-que-no/>> [consulta: 7 abril 2012].

"Intendenta a padres por marchas: 'Sus hijos arriesgan salir lesionados'". *El Mercurio*. 4 de agosto de 2011. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=496105>> [consulta: 15 marzo 2012].

Sentencias de tribunales nacionales o internacionales:

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

European Court of Human Rights (ECHR) [Grand Chamber]. *A, B and C v. Ireland*. Judgment of 16 December 2010. Application No. 25579/05.

Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC). Sentencia de 3 de noviembre de 2011. Rol No. 1881-10-INA.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. D. 1682. XL. Recurso de Hecho. "Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal". Causa No. 24.079.

Otras resoluciones de organismos internacionales:

Comité de Derechos Humanos. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile*. 17 de abril de 2007. CCPR/C/CHL/CO/5.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. 7 de marzo de 2006. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1.

Tratados internacionales:

OIT. Convenio 189 sobre Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos. Adoptado el 16 de junio de 2011.

ONU. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada el 18 de diciembre de 1959.

OEA. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Adoptada el 9 de junio de 1994.

Leyes y otras normas:

Ley No. 1.448 de 2011 por la cual se Dictan Medidas de Atención, Asistencia y Reparación Integral a las Víctimas del Conflicto Armado Interno y se Dictan otras Disposiciones. Congreso de la República de Colombia, 10 de junio de 2011.

Decreto Supremo No. 1.086 sobre Reuniones Públicas. Ministerio del Interior, República de Chile, 16 de septiembre de 1983.

La compilación y publicación de los artículos reunidos en esta Revista han sido posibles gracias al valioso apoyo brindado por The Sigrid Rausing Trust.

GÉNERO, SEXUALIDADES Y DERECHOS HUMANOS

Revista Electrónica Semestral del Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos
Vol. I, N° 02, Julio de 2013. Dossier: Violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico.



Imagen:
Liú Marino
www.non-liu.com

Editora
Nicole Lacrampette

Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Pio Nono 1, Providencia
Santiago de Chile
Teléfono (56-2)2978 5271
www.cdh.uchile.cl

Diseño y diagramación
Maudie Thompson C.

Algunos derechos reservados.
Se autoriza la reproducción del contenido de esta publicación, siempre que se reconozca y cite al autor/a original y publicación, no se realicen modificaciones a la obra y no se utilice para fines comerciales.