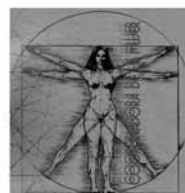


INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES
Y REGIONALES
DE PROTECCIÓN
A LAS MUJERES
CONTRA LA VIOLENCIA



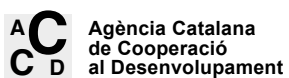
Instrumentos internacionales y regionales de protección a las mujeres contra la violencia



**COORDINADORA
DE LA MUJER**



Esta publicación es posible gracias al auspicio de la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo (ACCD),
Generalitat de Catalunya



Instrumentos internacionales y regionales de protección a las mujeres contra la violencia

Primera edición: diciembre de 2009

© Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, integrada por:

- Corporación Humanas de Chile
- Coordinadora de la Mujer de Bolivia
- Corporación Humanas del Ecuador
- Corporación Humanas de Colombia
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género de la Argentina (ELA)
- DEMUS del Perú
- La Cuerda de Guatemala

Compiladora: Maritza Jiménez Bullaín

Diseño de tapa
e interior: Patricia Montes

Corrección de estilo: Patricia Montes

Depósito legal: 4-I-3002-09

Impresión: Creativa 2 488 588



Índice

Presentación	5
Introducción	7
Propuesta metodológica	7
Módulo 1	
Violencia contra las mujeres en el Sistema de Naciones Unidas	9
1. Definición de la violencia contra la mujer	9
2. El movimiento de mujeres y las Naciones Unidas	10
3. Violencia contra la mujer: una forma de discriminación y una violación de los derechos humanos	14
4. Mecanismos internacionales para el cumplimiento de los derechos humanos	15
Bibliografía	22
Módulo 2	
Violencia contra las mujeres en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	23
1. Derecho internacional de los derechos humanos	23
2. Marco normativo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.....	25
3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	26
4. Mecanismos de denuncia en el Sistema Interamericano.....	29
Bibliografía	32
Módulo 3	
Feminicidio	33
1. Definición de feminicidio o femicidio.....	33
2. Clasificación del feminicidio	33
3. Controversias respecto a la tipificación penal del feminicidio	35
Bibliografía	



Módulo 4

Observatorio de Sentencias Judiciales: una experiencia regional

para el monitoreo y análisis de casos nacionales.....39

1. Presentación del Proyecto de Observatorio de Sentencias Judiciales.....39
2. Metodología para el relevamiento de casos40
3. Las sentencias nacionales en casos de violencia contra las mujeres.....41
4. Función y uso del derecho penal42
5. Ejes de análisis44
6. Reflexiones finales48
- Bibliografía50

El conflicto entre principios constitucionales

en el caso del delito de aborto por violación sexual53

1. El conflicto entre principios constitucionales54
2. El juicio de proporcionalidad en la legislación penal
3. La aplicación del test de ponderación a la penalización
del aborto por violación sexual.....61
- Bibliografía68

ANEXOS

Anexo I

Estudio de caso: Violencia desarrollo y tratamiento
en el ámbito de Naciones Unidas.....71

Anexo 2

Estudio de casos en el Sistema Interamericano73



Presentación

La Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género, conformada por la representación de instituciones de seis países de la región —la Coordinadora de la Mujer, de Bolivia, DEMUS, del Perú, ELA, de la Argentina y Corporación Humanas de Chile, Colombia y Ecuador— se ha planteado desarrollar una estrategia de incidencia política, control social y exigibilidad para la inclusión y cumplimiento de los estándares de derechos humanos y de justicia de género en el ámbito de violencia y violación sexual en contra las mujeres, en los procesos judiciales en cada uno de nuestros países.

En este marco, y con el propósito de contribuir a una mayor vigencia de los derechos humanos y la justicia de género, se ha propuesto una acción coordinada para alcanzar una actoría regional y nacional de organizaciones de mujeres capaz de incidir en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y fiscalizar su cumplimiento. Una de las estrategias propuestas tiene que ver con el fortalecimiento de espacios de formación de juezas, fiscalas, defensoras públicas y personal institucional en materia de derechos humanos internacionales ratificados o no por los países en los que trabaja la Articulación, incluida la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) y su aplicación en los sistemas de justicia nacional y regional. Cualificar las capacidades en materia de género y derechos humanos de las mujeres, con énfasis en violencia y violencia sexual, es también otro desafío que la Articulación se ha planteado para los próximos años.

Esta publicación recoge los instrumentos internacionales y regionales de protección a las mujeres contra la violencia, insumos que se pretende tengan utilidad para los operadores de justicia, mujeres y hombres, interesados en profundizar sus conocimientos en la materia, de modo que les permita seguir casos y emitir sentencias recurriendo a instrumentos que muchas veces son desconocidos o están dispersos y no son de fácil acceso.

La Paz, diciembre de 2009

Katia Uriona Gamarra
Secretaria Ejecutiva
Coordinadora de la Mujer



Introducción

Con el propósito de contribuir a una mayor vigencia de los derechos humanos y la justicia de género en seis países de América Latina —Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú— es que, a partir de una actoría regional y nacional de organizaciones de mujeres capaz de incidir en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y fiscalizar su cumplimiento, las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género implementan el Proyecto Estrategia Regional de Incidencia Política y Jurídica en Derechos Humanos y Justicia.

Esta estrategia plantea desarrollar incidencia política, control social y exigibilidad para la inclusión y cumplimiento de los estándares de derechos humanos y de justicia de género en el ámbito de la violencia y la violencia sexual contra las mujeres en los procesos judiciales de los seis países del proyecto.

Propuesta metodológica

El Proyecto Estrategia Regional de Incidencia Política y Jurídica plantea como uno de sus resultados “capacidades fortalecidas en materia de género, derechos humanos de las mujeres, violencia y violencia sexual en las seis instituciones de mujeres e instancias judiciales que hacen parte del proyecto, en particular en el ámbito de violencia y violencia sexual”.

Con el propósito de difundir la estrategia, se hace necesario desarrollar un proceso de capacitación

a juezas, fiscalas, defensoras públicas y organizaciones no gubernamentales.

Para el cumplimiento de esta etapa, la presente guía consta de cuatro módulos:

Módulo 1. Violencia contra la mujer en el Sistema de Naciones Unidas, con el siguiente contenido temático:

1. Definición de la violencia contra la mujer
2. El movimiento de mujeres y las Naciones Unidas
3. Violencia contra las mujeres: una forma de discriminación y una violación de derechos humanos
4. Mecanismos internacionales para el cumplimiento de los derechos humanos

Módulo 2. Violencia contra las mujeres en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el siguiente contenido temático:

1. Derecho internacional de los derechos humanos
2. Marco normativo del Sistema Interamericano
3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos
4. Mecanismos de denuncia en el Sistema Interamericano



Módulo 3. Femicidio

1. Definición de feminicidio o femicidio
2. Clasificación del feminicidio
3. Tipificación penal del feminicidio

Módulo 4. Observatorio de Sentencias Judiciales: una experiencia regional para el monitoreo y análisis de casos nacionales, con el siguiente contenido temático:

1. Presentación del Proyecto del Observatorio
2. Metodología para el relevamiento de casos
3. Las sentencias nacionales en casos de violencia contra las mujeres
4. Función y uso del derecho penal

Reflexiones finales

Este material está orientado a:

- la interpretación y aplicación de los tratados internacionales;
- la aplicación y análisis de las normas internacionales y nacionales de derechos humanos;
- la socialización del conocimiento respecto a sus obligaciones en materia de derechos humanos y cooperación con la Corte Penal Internacional y un sesgo de género en los casos de violencia sexual;

- la información e insumos jurídicos necesarios para el ejercicio de su función respecto al derecho internacional y la justicia de género.

Para la formación, se recomienda la utilización de técnicas participativas. Éstas ayudan a incorporar la experiencia y el conocimiento de las personas, permitiendo: (i) un proceso colectivo de discusión y reflexión, (ii) la socialización del conocimiento individual, enriqueciéndolo y potenciando el conocimiento colectivo, (iii) el desarrollo de una experiencia de reflexión educativa común, y (iv) la creación colectiva del conocimiento.

Las técnicas elegidas en este documento para el desarrollo de los módulos son:

- mesas de diálogo,
- plenarias,
- estudio de caso.

Las mesas de diálogo son espacios colectivos de intercambio de información y reflexión sobre temas que se abordan y en cuyo análisis se profundiza. Están conformadas por grupos de cuatro a cinco personas.

Las plenarias son espacios en los que el grupo ampliado de participantes intercambia las reflexiones y los análisis de las mesas de diálogo.

Los estudios de caso parten de la documentación y sistematización de un caso particular, el que es analizado sobre la base de una síntesis de los problemas y soluciones (anexo I).



Módulo I

Violencia contra la mujer en el Sistema de Naciones Unidas*

I. Definición de la violencia contra la mujer

La violencia contra la mujer es un problema que persiste en el mundo. Su fuerte presencia se percibe porque el número de denuncias es cada vez mayor. Por tanto, ha logrado una importante visibilidad social. Sin embargo, la elaboración de un diagnóstico actualizado sobre la naturaleza, la prevalencia, las causas y las consecuencias de la violencia contra las mujeres es una tarea pendiente en la mayoría de los países de la región.

Las expresiones de violencia y discriminación contra las mujeres en la familia, en la comunidad, en el trabajo y en diferentes ámbitos sociales constituyen una constante vulneración de sus derechos humanos.

La violencia se expresa en actos que infligen daño o sufrimiento físico, psíquico o sexual, cometidos por agentes estatales, parientes o extraños en los ámbitos público o privado, en tiempos de paz o de conflictos armados.

La violencia contra la mujer es una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, e impide a ésta gozar total o parcialmente de dichos derechos y libertades. Por lo tanto, es un deber de los Estados prevenir, erradicar y castigar los actos de violencia contra la mujer.

Al incorporar al debate la experiencia de las mujeres, este enfoque permite hacer más inclusivo el

derecho internacional de los derechos humanos pues no sólo considera la perspectiva de género, sino también las diferencias de raza, origen étnico, clase, edad, orientación sexual, discapacidad, nacionalidad, religión y cultura, lo que trae consigo el empoderamiento de las mujeres como titulares de derechos.

Este enfoque integral e inclusivo enfatiza la indivisibilidad e interdependencia de los derechos y la universalidad de su aplicabilidad. Por tanto, debe producir desde el Estado y la sociedad una respuesta de carácter holístico y multisectorial, fortaleciendo las iniciativas para prevenir la violencia, particularmente en materia de justicia penal, salud, desarrollo, actividades humanitarias y consolidación de la paz y la seguridad.

En este marco es importante recuperar las definiciones sobre violencia contra la mujer de las Naciones Unidas. La Asamblea General emite el 20 de diciembre de 1993 la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, a través de la Resolución 48/104, en la que reconoce “que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a su discriminación por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”.

* Este capítulo ha sido elaborado sobre la base de una presentación en Power Point preparada por Helena Olea, abogada de la Corporación Humana de Chile, y sobre bibliografía secundaria consultada.



La Resolución establece en su artículo 1 que, a efectos de dicha Declaración, se entiende por “violencia contra la mujer a todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. Asimismo, establece que la violencia física, sexual y psicológica se produce en la familia, en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, y es perpetrada o tolerada por el Estado.

En el artículo 3 establece que la mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole. Entre estos derechos figuran:

- (a) el derecho a la vida;
- (b) el derecho a la igualdad;
- (c) el derecho a la libertad y la seguridad de la persona;
- (d) el derecho a igual protección ante la ley;
- (e) el derecho a verse libre de todas las formas de discriminación;
- (f) el derecho al mayor grado de salud física;
- (g) el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables;
- (h) el derecho a no ser sometida a tortura, ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En el artículo 5 establece que los órganos y organismos especializados del Sistema de las Naciones Unidas deberán contribuir, en sus respectivas esferas de competencia, al reconocimiento y ejercicio de los derechos y a la aplicación de los principios establecidos en la presente Declaración.

Este concepto ha sido reforzado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) al considerar que “la violencia contra las mujeres es una emergencia de salud pública, ya que es una realidad que afecta la integridad física, mental y social de las mujeres y constituye, además, una negación extrema del derecho a la libertad, a la dignidad humana y a la salud como parte sustantiva del derecho a la vida”.

2. El movimiento de mujeres y las Naciones Unidas

La presencia de los movimientos de las mujeres en las Naciones Unidas se manifiesta desde los inicios de esta institución internacional y constituye uno de los espacios de lucha por el reconocimiento de sus derechos. En la primera Asamblea General de las Naciones Unidas en San Francisco, las mujeres delegadas exigieron una atención especial a sus demandas. Como resultado, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) creó una subcomisión sobre la Condición de la Mujer; la que aprobó por unanimidad la instalación de una comisión que se dedicara exclusivamente al análisis de la condición de la mujer.

En el preámbulo a la Carta de las Naciones Unidas de 1945 se reafirma la “fe en los derechos humanos fundamentales del hombre [...] en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta y proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 2 señala: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Es importante destacar la lucha librada por Eleanor Roosevelt y las delegadas latinoamericanas para lograr el cambio de la expresión “derechos del hombre” por “derechos humanos”.



Durante los años siguientes se impulsaron diferentes iniciativas para aprobar tratados internacionales que contribuyeran a sancionar y eliminar diversas formas de discriminación contra las mujeres. En estos años, el abordaje de la cuestión de la mujer por las Naciones Unidas impulsó cambios substanciales, los que se reflejan principalmente en las conferencias mundiales de este organismo.

En este marco, las conferencias mundiales tienen particular importancia para el movimiento de mujeres pues promueven la discusión y la reflexión entre un vasto contingente social a nivel mundial, el que puede dar a conocer su opinión a través de la sociedad civil organizada en ONG y agencias especializadas; estas últimas expresan la voluntad política de la comunidad internacional para impulsar y cumplir los resultados del proceso del debate. Éstos son expresados en un plan o plataforma de acción, que no implica una obligación legal o vinculante para el Estado parte, pero que resulta útil porque produce recomendaciones para la adopción de convenciones y protocolos, los que, una vez firmados y ratificados por los gobiernos, tienen carácter obligatorio.

Los foros de ONG son encuentros representativos de la sociedad civil de expertos y personas interesadas en temas a debatir. Constituyen espacios para intercambiar información y experiencia entre personas y grupos independientes de los gobiernos. También son lugares en los que los ciudadanos hombres y mujeres de todo el mundo aprovechan para coordinar acciones a través de redes u otros mecanismos de organización. Su objetivo principal es influir en las delegaciones oficiales durante las conferencias mundiales para que los planes o plataformas de acción consideren los acuerdos a los que han llegado los foros de ONG. Por tanto, las negociaciones de la sociedad civil a través de estas delegaciones son fundamentales para que los gobiernos incorporen nuevas propuestas.

La Primera Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, realizada en México en 1975, inauguró la Década de la Mujer. De ésta surgieron la Declaración de México sobre la Igualdad de la Mujer y su Contribución al Desarrollo y la Paz y el Plan Mundial de Acción para la Puesta en Práctica de los Objetivos del Año Internacional de la Mujer. Asimismo, se convocó a la preparación y adopción de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), incluyendo procedimientos efectivos para su implementación.

El Foro de ONG paralelo contó con la participación de seis mil mujeres. Este Foro no produjo declaraciones, pero fue la base para el establecimiento de redes entre organizaciones de mujeres a nivel mundial y proyectos para la eliminación de la discriminación y subordinación de género.

La ONU declaró el periodo entre 1976 y 1985 como el Decenio de Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz. En diciembre de 1979 la Asamblea General aprobó la CEDAW, que es considerada como la Convención de los Derechos Humanos de las Mujeres. Ésta se propone garantizar el pleno desarrollo de las mujeres con el fin de modificar las estructuras sociales y culturales fundadas en estereotipos de género, y asegurar la igualdad de derechos para la mujer en todas las esferas de su vida.

Con referencia a la violencia, el enfoque internacional estaba dirigido especialmente a la lucha contra la violencia en la familia, por ser la más clara expresión de la violencia contra las mujeres, poniendo énfasis en que la resolución de los problemas familiares podía garantizar la igualdad y seguridad de todos los miembros de la familia.

En 1980 se realiza en Copenhague la II Conferencia Mundial sobre la Mujer, cuyo objetivo primordial es evaluar los avances obtenidos para las mujeres desde 1975 en las áreas de salud, educación y empleo. Al constatarse los indicado-



res negativos se adoptó un Programa de Acción Mundial para la segunda mitad del decenio, que buscaba lograr la plena e igualitaria participación de la mujer en el desarrollo, la política, la toma de decisiones, la cooperación internacional y la paz.

El Foro de las ONG, que se efectuó de manera paralela, contó con la participación de más de diez mil mujeres y hombres. Este Foro permitió tomar conciencia sobre las dificultades existentes para que los Estados implementaran el Programa de Acción y se comprometieran a crear las condiciones para erradicar la discriminación contra las mujeres. Las ONG y las organizaciones de mujeres revalorizaron su papel en los procesos para lograr el cumplimiento de los compromisos gubernamentales y la necesidad de conseguir la aprobación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Asimismo, se desarrollaron nuevas redes de mujeres a través de todo el mundo.

La Tercera Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, realizada en Nairobi en 1985, revisó y evaluó los logros y los obstáculos de la Década y recomendó 372 acciones a los Estados para la eliminación de prácticas discriminatorias que mantienen subordinadas a las mujeres. Estas acciones se materializaron en un documento denominado Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer, Igualdad, Desarrollo y Paz, cuyas metas fueron:

En materia jurídica

Igualdad de derechos para las mujeres, abolición de la esclavitud y la prostitución, establecimiento de una edad legal mínima para el matrimonio y castigo por el infanticidio femenino.

En material social

Acceso para todas las mujeres a licencia de maternidad, atención de la salud materna, planificación de la familia, nutrición y educación, aumento de los presupuestos de salud nacionales.

En materia de derechos y ciudadanía

Incremento del porcentaje de mujeres en política y en posiciones administrativas, aprobación de leyes para prevenir la violencia contra la mujer y eliminación de la mutilación genital femenina.

El Foro de ONG se llevó a cabo paralelamente con la presencia de aproximadamente quince mil mujeres de todas partes del mundo. Las organizaciones de mujeres expandieron su programa y debatieron temas como mujer, leyes y desarrollo, investigación y artes. Además, el Foro inspiró la creación de nuevas organizaciones y esfuerzos en el trabajo de redes.

La Década de las Naciones Unidas para la Mujer posibilitó avances importantes. Por ejemplo:

- Llamó la atención de los Estados, las Naciones Unidas y la cooperación, colocando en sus agendas los problemas derivados de la desigualdad entre hombres y mujeres.
- Favoreció el desarrollo de la normativa internacional para la eliminación de la discriminación contra la mujer y la protección de sus derechos se materializó en la CEDAW, que sin embargo no contiene elementos explícitos sobre la violencia contra la mujer.
- Las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer reinterpretaron los conceptos de igualdad, desarrollo y paz a la luz de la CEDAW, así como algunas formas de violencia que afectan a las mujeres, como la violencia intrafamiliar, la violencia sexual, la trata de personas y la prostitución forzada. Aún no se reconoce explícitamente que las violaciones a los derechos de las mujeres son violaciones a los derechos humanos.

La Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, realizada en Viena en junio de 1993, en la que participaron 167 gobiernos y más de 1.500



ONG provenientes de todo el mundo, dio origen a la Declaración de Viena y a un programa de acción. Entre los acuerdos principales referidos a la violencia tenemos:

- La propuesta del nombramiento de un Alto Comisionado para los Derechos Humanos y de una Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, concretada en 1994.
- La aprobación del proyecto de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que fue aprobada en diciembre de 1993. Se logró también el compromiso de las Naciones Unidas a promover la ratificación universal de la CEDAW para el año 2000.
- La conferencia reconoció que “los derechos humanos de las mujeres y las niñas son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales”.
- Otro logro importante fueron las recomendaciones dirigidas a la integración de la igualdad de la condición de la mujer y sus derechos humanos en todo el Sistema de Naciones Unidas, así como su compromiso para apoyar acciones encomendadas a eliminar la violencia contra las mujeres en las esferas públicas y privadas.
- La conferencia solicitó a la Asamblea General la aprobación de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la que fue aprobada en diciembre de 1993.

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en septiembre de 1995, participaron 189 países y treinta mil mujeres representantes de organizaciones sociales e instituciones que trabajan por los derechos de las mujeres. Esta conferencia dio origen a la Declaración de Beijing, por la que los gobiernos ratifican su adhesión a la eliminación de la discriminación contra la mujer y a la Plataforma de Acción Mundial, que propone doce esferas de especial preocupación, entre ellas la violencia contra las mujeres.

Las recomendaciones generales para los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, las instituciones de educación, los medios de información, Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales son:

- Condenar la violencia contra la mujer y abstenerse de invocar costumbres o tradiciones religiosas para eludir su obligación de eliminar la violencia.
- No cometer actos de violencia contra la mujer y tomar medidas para prevenir, investigar y sancionar actos cometidos por el Estado o particulares.
- Introducir sanciones en las legislaciones nacionales para castigar y reparar los daños a las mujeres víctimas de violencia de cualquier tipo.
- Ratificar los convenios y normas internacionales en relación con la eliminación de la violencia contra la mujer.
- Promover una perspectiva de género en las políticas y programas relacionados con la violencia contra la mujer.
- Ofrecer a las víctimas acceso a los sistemas judiciales.
- Trabajar para modificar los modelos de conducta del hombre y la mujer, especialmente en la enseñanza.
- Crear mecanismos para que las mujeres y niñas puedan denunciar, en condiciones de seguridad y confidencialidad, actos de violencia cometidos contra ellas.
- Garantizar el acceso de mujeres discapacitadas a información y servicios en el ámbito de la violencia.
- Promover el cambio de actitud del personal judicial, médico, social, pedagógico, policial y de inmigración para evitar violencia contra la mujer.



- Promulgar leyes que consideren penas para miembros de la policía o fuerzas de seguridad u otras del Estado que, en el desempeño de sus funciones, cometan actos de violencia contra la mujer.
- Asignar recursos en el presupuesto del Estado para acciones relacionadas a eliminar la violencia contra la mujer.

Finalmente, el Consejo de Seguridad de la ONU emite dos resoluciones: la 1325, del año 2000, relativa a las mujeres, la paz y la seguridad, que pide a los gobiernos la protección a mujeres y niñas en conflictos armados, y la 1820, de 2008, relativa a la violencia sexual en conflictos armados.

3. Violencia contra la mujer: una forma de discriminación y una violación de los derechos humanos

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos constituyen aportes substanciales para la comprensión de la ciudadanía de las personas, la que supone no sólo el otorgamiento y reconocimiento de los derechos y deberes, sino también el conocimiento y la apropiación de los mismos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la CEDAW el 18 de diciembre de 1979. Esta Convención, que entró en vigor en septiembre de 1981, ha sido ratificada por 150 países, lo que la hace vinculante para los Estados parte, que deben expresar su adhesión a través de la elaboración de leyes, la formulación de políticas públicas y la creación de instituciones responsables de aplicar estas decisiones estatales.

La CEDAW busca eliminar la discriminación a las mujeres, la que es definida en el artículo 1 como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga como 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”.

Uno de los aspectos más importantes es que se aplica tanto a la discriminación intencional como a los actos que tienen un efecto discriminatorio, prohibiendo cualquier práctica que perpetúe la desigualdad de las mujeres. Por ejemplo, el artículo 3 obliga a los Estados a “tomar en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

La CEDAW, en su artículo 2, obliga a los Estados a:

“seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y con tal objeto, se comprometen textualmente a:

- (a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada, el principio de la igualdad del hombre y la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio;
- (b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- (c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- (d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades actúen de conformidad con esta obligación;
- (e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

- (f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.
- (g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se creó para supervisar el cumplimiento de la CEDAW o Convención de la Mujer. Está constituido por 23 expertos, hombres y mujeres, en los campos que abarca la CEDAW, elegidos por los Estados parte de esta Convención, que trabajan a título personal por períodos de cuatro años.

El Comité afirma en la Recomendación N° 19 que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”. En este sentido, la violencia contra la mujer:

- incide negativamente o impide el goce de sus derechos humanos;
- es una forma de discriminación;
- la violencia contra una persona en razón de ser mujer, y debe considerarse el impacto desproporcionado que tiene sobre ella.

4. Mecanismos internacionales para el cumplimiento de los derechos humanos

Los mecanismos internacionales de cumplimiento de los derechos humanos pueden dividirse en tres categorías:

- los establecidos por la Carta de las Naciones Unidas,
- los establecidos por tratados,
- los organismos especializados de las NN UU.

Los establecidos por la Carta de las Naciones Unidas son: el Consejo Económico y Social (ECOSOC), el Consejo de Derechos Humanos y la Comisión sobre la Condición Social y Jurídica de la Mujer.

Los establecidos por tratados son: el Comité de Derechos Humanos, el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial.

Los organismos especializados de Naciones Unidas son: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Fondo de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Todas estas instituciones están en capacidad de abordar asuntos sobre derechos humanos en su ámbito de acción.

A continuación presentamos el cuadro sobre mecanismos internacionales.



Mecanismos internacionales de cumplimiento de los derechos humanos

Mecanismos	Qué supervisan
Consejo Económico y Social (ECOSOC)	Cuestiones sobre derechos humanos en general; actividades de la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión de Minorías, la Comisión sobre la Condición Social y Jurídica de la Mujer y organismos de supervisión de tratados y otros organismos.
Consejo de Derechos Humanos Procedimiento 1503 - Grupos de trabajo - Relatores especiales - Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías Comisión sobre la Condición Social y Jurídica de la Mujer.	Cuestiones sobre derechos humanos en general y temas específicos: <ul style="list-style-type: none"> - Violaciones flagrantes y sistemáticas - Temas específicos - Asuntos temáticos y geográficos - Derechos humanos de las minorías en todo el mundo. - Derechos humanos de las mujeres en todo el mundo - Tiene amplia facultad para iniciar estudios, recomendar, promover, estimular, discutir y dar sus recomendaciones para contribuir al cumplimiento de los derechos humanos.
- Comité de Derechos Humanos.	- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.	- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.	- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.	- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Fuente: Cuéllar y Pacheco, 1999.

El Consejo de los Derechos Humanos es el organismo prioritario para atender las cuestiones de los derechos humanos. Se origina en el Consejo Económico y Social, el que tenía el mandato de “establecer comisiones en los campos económico y social para la promoción de los derechos humanos”. El Consejo es el organismo de mayor jerarquía; debe supervisar la aplicación de las normas existentes de nivel internacional, recomendar la aplicación de nuevas normas, investigar violaciones y ofrecer servicios de asesoría a los países que lo necesiten.

Las quejas sobre derechos humanos pueden presentarse directamente ante la Comisión, de acuerdo con el procedimiento de la Resolución 1503, así como ante los diversos grupos de trabajo creados por la Comisión, entre ellos la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres, con inclusión de sus causas y consecuencias.

La Comisión de las Naciones Unidas sobre la Condición de la Mujer es otro comité funcional del ECOSOC, responsable de elaborar recomendaciones e informes sobre la promoción de los



derechos humanos de las mujeres en las áreas política, económica, civil, social y educativa. Actualmente es uno de los organismos responsables de supervisar la implementación de la Plataforma de Acción Mundial de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en Beijing. Las esferas de acción de estos organismos son supervisar y establecer normas sobre derechos universales a nivel mundial.

Los organismos creados a partir de los tratados sobre derechos humanos son comités o comisiones encargados de supervisar el cumplimiento por parte de los Estados que los ratifican. Entre los comités más conocidos se encuentran los siguientes:

- El Comité de Derechos Humanos, que supervisa el cumplimiento del PIDCP.
- El Comité de Derechos Económicos y Culturales, que supervisa la aplicación del PIDESC.
- El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, responsable de supervisar el cumplimiento de la Convención de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, encargado de la supervisión de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Los procedimientos de estos mecanismos de protección de los derechos humanos son los de queja y de supervisión a través de la presentación de informes. El objetivo de los procedimientos de queja es la compensación por violaciones específicas. La o el demandante tiene derecho a participar en diferentes niveles del proceso. Una persona que haya reclamado con éxito podría obtener un mecanismo de reparación vinculante o un recurso específico —por ejemplo, una orden para obligar al Estado a compensar a la víctima, sancionar al perpetrador o incluso cambiar las políticas y prácticas gubernamentales—, aunque su aplicación no sea obligatoria desde el punto de vista formal.

Las decisiones de los órganos de las Naciones Unidas obtenidas mediante los procedimientos de queja no son vinculantes para los Estados desde un punto de vista técnico, pero la mayor parte de ellos se cumplen.

El objetivo del procedimiento de información no es reparar los daños por ofensas específicas, sino más bien identificar violaciones de los derechos humanos que afecten a poblaciones amplias. La petición se presenta como parte de la información ante un organismo que considere el asunto; el peticionario no tiene derecho a un mecanismo de reparación.

Los procedimientos de supervisión y de presentación de informes no derivan en mecanismos de reparación legalmente ejecutables; tampoco dependen de quejas. Más bien son reportes sobre la conducta gubernamental, y dan como resultado recomendaciones imperativas pero no vinculantes.

Los tratados, llamados también convenciones o pactos, sirven para definir conceptos específicos y establecer estándares sobre la conducta gubernamental. Los tratados sobre derechos humanos constituyen un acuerdo formal que crea derechos y obligaciones de carácter vinculante. Los Estados acuerdan garantizar, a todos los individuos que se encuentran dentro de su jurisdicción, la vigencia de derechos humanos específicos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Los Estados deben adoptar leyes y políticas internas para implementar los estándares sobre derechos humanos; aquellos que no acaten deben rendir cuentas.

En este proceso educan al público y contribuyen a crear condiciones para una mejor protección. Al ratificar un tratado, un Estado adquiere una doble obligación: la de aplicar sus disposiciones y la de aceptar medidas de supervisión internacional. De hecho, queda obligado a informar de manera regular sobre el cumplimiento de las convenciones que adopte.

Mecanismo del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Mecanismo	El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Qué abarca	La esfera de acción de la CEDAW, también llamada Convención de la Mujer.
Tipo de procedimiento	De supervisión y presentación de informes.
Disponibilidad del procedimiento	Las personas y grupos de personas carecen de acceso al procedimiento de supervisión, pero a veces pueden enviar sus comunicaciones. Las ONG pueden colaborar con el Comité.
Requisitos de accesibilidad	Sólo los Estados parte tienen acceso al comité: tanto grupos como personas particulares carecen de esta posibilidad.
Procedimientos y funcionamiento del sistema	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los Estados presentan informes periódicos de cumplimiento. 2. El Comité se reúne una vez al año para estudiar los informes y analizar el progreso alcanzado al amparo de la Convención respecto a los derechos de las mujeres. 3. El Comité emite sus comentarios y recomendaciones generales. 4. El Comité puede recomendar a los Estados medidas para rectificar situaciones de incumplimiento y abusos contra los derechos humanos de las mujeres.
Papel de las personas activistas	Pueden presentar informes alternativos, ya sea ante miembros individuales del Comité o ante el Comité en su conjunto.
Mecanismos de reparación	No cuenta con mecanismos de reparación inmediatos para tratar casos de mujeres cuyos derechos hayan sido violados.
Ventajas y desventajas	<p>Ventajas:</p> <p>La CEDAW define la discriminación en términos amplios.</p> <p>Los informes alternativos de las ONG han incrementado la eficacia del comité.</p> <p>La obligatoriedad de presentar informes establecida por el comité mantiene a los Estados conscientes de su responsabilidad jurídica con respecto a la discriminación contra las mujeres y ha impulsado a algunos países a modificar sus leyes para cumplir con la Convención.</p> <p>Desventajas:</p> <p>La aplicación de la CEDAW resulta débil y no puede imponer a los Estados la obligación de presentar sus informes.</p> <p>Las reservas a la CEDAW expuestas por diferentes Estados minan su utilidad.</p>

Fuente: Cuellar y Pacheco, 1999.



Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres, con inclusión de sus causas y consecuencias

El mandato de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres, con inclusión de sus causas y consecuencias abarca la recolección y análisis de amplia información, así como la recomendación de medidas orientadas a eliminar la violencia a nivel nacional, regional e internacional. Este mandato abarca tres aspectos:

1. Obtener información sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias. Sus fuentes son los Estados, los organismos de supervisión de tratados, agencias especializadas e intergubernamentales y ONG.
2. Recomendar medidas a nivel nacional, regional e internacional dirigidas a eliminar la violencia contra las mujeres y sus causas, así como remediar sus consecuencias.
3. Trabajar de cerca con otras relatorías especiales, enviados especiales, grupos de trabajo y expertos independientes, hombres y mujeres, de la Comisión de Derechos Humanos.

El Informe de 2003 plantea la violencia como un problema multifacético, para el que no existe una solución simple o única. Por tanto, debe abordarse en múltiples niveles y sectores de la sociedad de manera simultánea, en consulta con la población mediante:

- Promoción de los derechos de las mujeres.
- Mejoramiento de datos estadísticos sobre violencia.
- Adopción de legislación especial para garantizar igual protección ante la ley.
- Crear bases de un sistema capaz de responder más eficazmente a la violencia sexista.
- El mayor escollo para los derechos de la mujer se origina en la idea del relativismo cultural y en que la articulación de los derechos sexuales es la última frontera del movimiento de mujeres.

Las recomendaciones son las siguientes:

- (a) Abordar las causas fundamentales de la violencia, incluida la precaria situación económica, social y política de la mujer, que le impide conocer sus derechos y tener acceso a oportunidades y recursos.
- (b) Velar por la igualdad de acceso al sistema de justicia penal.
- (c) Hacer frente al problema de la impunidad para la violencia sexista.

El Informe 2006 está referido a la debida diligencia. Este concepto viene de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que en el artículo 4, inciso c) insta a los gobiernos a “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”. Éste se constituye en un criterio para determinar si un Estado cumple con las obligaciones con la debida diligencia. Para esto se deben revisar los siguientes aspectos:

- Ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos.
- Garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer.
- Leyes nacionales y sanciones administrativas que ofrezcan reparación adecuada a mujeres víctimas de la violencia.
- Políticas o planes de acción que se ocupen de la violencia contra la mujer.
- Sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo.
- Aumento de la sensibilización y modificación de las políticas discriminatorias en educación y medios de información, recopilación de datos y estadísticas.
- No discriminación entre formas de violencia.
- Aplicación actual de prevención, protección, castigo y reparación.



Los retos provenientes de este informe son tratar la dicotomía entre lo público y lo privado. Las políticas de identidad y el relativismo cultural y la reestructuración geográfica mundial, como las migraciones y su relación con la violencia.

El cumplimiento de todos estos aspectos por los Estados da las siguientes posibilidades para el cumplimiento de los derechos de las mujeres:

- Potenciar el papel de la mujer en la sociedad.
- Dar acceso a la justicia y a los servicios de atención de salud; proponer marcos legislativos, sistemas de vigilancia policial y procedimientos judiciales apropiados para proteger adecuadamente a las mujeres.
- Ofrecer un entorno seguro y propicio para que informen sobre los actos de violencia contra las mujeres y adoptar medidas tales como órdenes de interdicción o expulsión y procedimientos de protección de las víctimas.
- Cuando es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de la violencia, los órganos encargados de aplicar la ley tienen la obligación de establecer mecanismos de protección efectivos y apropiados para impedir que se produzcan otros daños.
- Las víctimas de violencia deben tener acceso a servicios de salud física y psicológica y asistencia jurídica de calidad.
- Debe adoptarse medidas encaminadas a proporcionar asistencia material inmediata, como centros de acogida, manutención de los hijos, empleo y educación.
- Con referencia a la indemnización, se debe:
 - garantizar a la mujer el acceso a acciones penales y civiles y la creación de servicios efectivos de protección y apoyo;
 - compensación por actos de violencia contra la mujer, consistente en una indemnización económica;
 - acceso a servicios apropiados de rehabilitación y apoyo;

- el concepto de reparación puede incluir el elemento de justicia restitutiva.

Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (CPI) es la primera corte permanente que investiga y lleva ante la justicia a los individuos, no a los Estados, responsables de cometer las violaciones más graves contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

A diferencia de la Corte Interamericana, que resuelve sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte surgidos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la CPI establece la responsabilidad penal individual, que es complementaria a los sistemas de justicia nacionales, ya que actúa sólo cuando los Estados no pueden o no tienen la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes.

La responsabilidad primaria de investigar y juzgar estos crímenes recae sobre los Estados. Como resultado, los Estados modernizarán sus sistemas penales, tipificarán crímenes internacionales y fortalecerán la independencia del Poder Judicial, lo que tendrá un efecto positivo en la protección de los derechos humanos a escala mundial, al mismo tiempo que asegurará una mejor cooperación entre los países y la CPI.

La normativa que regula la CPI es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, elaborado en Roma el 17 de julio de 1998. En su artículo 1 se instituye a la CPI como una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas con relación a los crímenes más graves de trascendencia internacional, de conformidad con dicho Estatuto. La CPI tendrá carácter complementario a las jurisdicciones penales nacionales. La sede de esta Corte está en La Haya, Países Bajos.

Los crímenes de competencia de la CPI establecidos en el artículo 5 son:



- el crimen de genocidio;
- los crímenes de lesa humanidad;
- los crímenes de guerra;
- el crimen de agresión.

En el artículo 7, acápite sobre crímenes de lesa humanidad, punto 3, establece “para efectos del presente Estatuto se entenderá que el término género se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término género no tendrá más acepción que la que antecede”.

En los crímenes de lesa humanidad, el inciso g) considera como un acto de lesa humanidad “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”.

El numeral XXII define que los crímenes de guerra son “Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, [...] esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”.



Bibliografía del módulo I

- Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe Regional de Derechos Humanos de las Mujeres y Justicia de Género, 2001-2004*. Santiago: Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2005.
- Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2008*. Santiago: Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2009.
- Benvenuto Lima Jr., Jayme. *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales*. Diakonia, Secao Brasileira de Dereitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. Río de Janeiro: Renovar, 2001.
- Chiarotti, Susana y Verónica Matus. *Derechos Humanos de las Mujeres y las Niñas. Manual de la Capacitación*. Rosario, Argentina: Unión Europea. Instituto de Género, Derecho y Desarrollo, 2000.
- Cuéllar, Roberto y Gilda Pacheco (coord.) *Derechos humanos de las mujeres: paso a paso. Guía práctica para el uso del derecho internacional de los derechos humanos y de los mecanismos para defender los derechos humanos de las mujeres*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Women, Law & Development International. Human Rights Watch Women's Rights Project, 1999.
- Instituto Nacional de las Mujeres. *Compilación de los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México: Instituto Nacional de las Mujeres, 2004.
- Laura Guzmán Stein y Gilda Pacheco Oreamuno (comp.) *Estudios Básicos de Derechos Humanos IV. Serie Antonio A. Cancado Trindade*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Comisión de la Unión Europea, 1996.
- Ministerio de Desarrollo Sostenible – MDS, *Los derechos de la mujer en los convenios internacionales*. La Paz: MDS, Viceministerio de la Mujer, Asdi, Embajada de los Países Bajos, 2005.
- Olea, Helena. “Violencia contra la mujer en Naciones Unidas”. Presentación del tema en el Seminario/Taller Internacional con Juezas, Fiscalas y Defensoras Públicas. La violencia contra las mujeres en el marco de tratados internacionales y regionales de protección en derechos humanos. Lima, Perú, del 21 al 23 de octubre de 2009. Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género.



Módulo 2

Violencia contra las mujeres en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

I. Derecho internacional de los derechos humanos

La creación de las Naciones Unidas después de la Segunda Guerra Mundial constituye un punto importante en la evolución de la conciencia humana.

Las obligaciones internacionales en el campo de los derechos humanos tienen origen en la Carta de las Naciones Unidas de 1945. Esta carta parte de principios establecidos universalmente sobre la dignidad humana y, como documento constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas, define su estructura, metas y competencia y se reafirman algunos de los principios básicos del derecho internacional. En su preámbulo hace referencia repetidamente a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, cuando afirma “nosotros los pueblos de las Naciones Unidas re-sueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

Sus propósitos se enuncian en el artículo I, párrafo tercero, que propugna: “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades

fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

La Carta de las Naciones Unidas no define con precisión el contenido de los derechos humanos, por lo que más adelante se construyeron otros instrumentos:

- La Declaración de los Derechos Humanos (1948).
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado en 1966, que entró en vigor en 1976.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado en 1966, y que entró en vigor en 1976.
- El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que está en vigor desde 1976. Al suscribir este documento, los Estados acuerdan permitir que el Comité de Derechos Humanos considere quejas individuales presentadas por personas que alegan ser víctimas de violaciones de cualquiera de sus derechos.
- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada en 1984 y que está en vigor desde 1987.

* Este capítulo fue elaborado sobre la base de una presentación en Power Point preparada por Julissa Mantilla Falcón, abogada especializada en estudios de género y en la legislación sobre derechos humanos. Fue miembro del equipo jurídico de la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana (2001-2003). Tiene varias obras sobre el tema. Se ha consultado también otra bibliografía secundaria.



El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIHD) surge como una nueva disciplina a partir de la Segunda Guerra Mundial, en base a tres principios:

- principio pro persona,
- principio de no discriminación,
- principio de interdependencia e indivisibilidad de derechos.

Principio pro persona

Durante mucho tiempo los derechos humanos estuvieron en gran medida reservados a ciertos sectores; representaban una concepción exclusiva. Una gran mayoría de personas de color, de sexo femenino, de creencias no cristianas o de origen extranjero eran excluidas del goce de los derechos humanos. En este sentido, la Carta de las Naciones Unidas, como una cuestión de principios, extiende el alcance de los derechos humanos, que pasan a ser concebidos como derechos humanos universales.

Principio de no discriminación

Una segunda característica de las disposiciones de la Carta es la insistencia en la igualdad o la no discriminación, que se manifiesta en el enunciado “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Esta noción de igualdad o no discriminación está relacionada con el concepto de universalidad. La prevención y la eliminación de la discriminación se han convertido en el objetivo principal de las actividades de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, para lo cual se han redactado instrumentos y mecanismos de supervisión que buscan combatir la discriminación.

Principio de interdependencia e indivisibilidad de derechos.

Los derechos humanos pueden clasificarse en derechos civiles, políticos, culturales, sociales y económicos, que están agrupados en dos pactos. Los preámbulos de ambos pactos subrayan la interdependencia conceptual existente en ambas cate-

gorías de derechos humanos, pues el ideal del ser humano libre no puede realizarse a menos que se creen condiciones que permitan a las personas gozar de todos sus derechos. En consecuencia, todos los derechos deben recibir igual atención y urgente consideración a su aplicación, promoción y protección.

La violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos

Partimos de que los derechos humanos tienen una visión androcéntrica, pues no individualizan las violaciones a los derechos de las mujeres, no reconocen las diferencias entre hombres y mujeres. Al no estar éstas representadas, hay límites para el ejercicio de sus derechos.

La violencia contra las mujeres es un problema persistente en las sociedades; es una forma de ejercicio naturalizado del poder basado en la desigualdad del poder de hombres y mujeres y en el nulo reconocimiento de la otra como igual. La violencia responde a múltiples sistemas de jerarquización que operan retroalimentándose —sexo y género, etnia y clase—, generando desigualdad y exclusión. La violencia derivada de las relaciones de dominación de lo masculino sobre lo femenino perpetúa la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino.

El conjunto de hechos opresivos de la condición patriarcal sobre las mujeres conforma una trama de poderes patriarcales ejercidos sobre éstas por la sociedad, el Estado, las instituciones civiles y políticas, las iglesias, los partidos políticos e incluso las organizaciones sindicales, vecinales y gremiales. La violencia de género contra las mujeres es económica, jurídica, ideológica, psicológica, sexual y corporal.

Las repercusiones de la violencia contra las mujeres son variadas e incluyen desde la lesión de su integridad como personas hasta la pérdida de libertad, la pérdida de la vida, el acoso, el abandono, la negación de sus mínimos derechos e incluso el uso de armas mortales en su contra.



La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, propone la primera definición de violencia contra las mujeres, entendiéndola “como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

2. Marco normativo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es una organización regional intergubernamental que incluye a todos los Estados de las Américas. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos tiene instrumentos legales generales y específicos.

Los instrumentos legales generales son:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, suscrito el 17 de noviembre de 1998.

Los instrumentos legales específicos son:

- El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990.
- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985.

- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará, adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.
- La Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú.
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica en su preámbulo: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”.

Por la Resolución 1591 (XXVIII-0/98), se considera la posibilidad de modificar el Título de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por el de Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona, así como el reemplazo en su texto del término ‘hombre’ por ‘persona’ cuando corresponda, en razón de la necesidad de incorporar la igualdad jurídica y de oportunidades para la mujer y el hombre y la equidad de género en todo nivel, incluso en las expresiones idiomáticas utilizadas en los instrumentos internacionales.

En este sentido:

Resuelve:

1. Estudiar en el marco del Consejo Permanente y proponer, de ser el caso, la modificación del título de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” por el de “Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona”, u otra expresión que se considere pertinente, así como reemplazar en su texto, cuando corresponda la palabra “hombre” por “persona” o la expresión que se acuerde.



3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene varios organismos y mecanismos de protección de los derechos humanos, entre los cuales se encuentran:

- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos
- La Comisión Interamericana de Mujeres

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La CIDH es un órgano principal de la OEA especializado en derechos humanos. En aplicación de las facultades que le otorga la Carta de la OEA, su estatuto y su reglamento, tiene jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la Organización, a los que supervisa en virtud de la Declaración Americana.

La Comisión está integrada por siete expertos independientes, nombrados por la Asamblea General de la OEA, con un mandato de cuatro años y la posibilidad de ser reelectos. El organismo cuenta con un mecanismo de queja individual y otro para la presentación de informes generales por país, realizados con base en visitas al terreno en que se han denunciado violaciones.

El Estatuto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos ha sido aprobado mediante la Resolución N° 447, adoptado por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período Ordinario de Sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

En el Estatuto, numeral I Naturaleza y Propósitos, dice:

Artículo I

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los dere-

chos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

2. Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende:

Los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados parte en la misma,

Los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros.

El Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue aprobado por la Comisión en diciembre de 2000 y modificado en octubre de 2006.

En el Capítulo I. Naturaleza y Composición, dice:

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos que tiene las funciones principales de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.
2. La Comisión representa a todos los Estados miembros que integran la Organización.
3. La Comisión se compone de siete miembros, elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización, quienes deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Para cumplir sus objetivos, la Comisión debe:

- Recibir, analizar e investigar denuncias (peticiones individuales) que alegan violaciones de los derechos humanos. Asimismo, presenta casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y comparece ante ésta en el litigio de los mismos.
- Solicita a los Estados la adopción de medidas cautelares para evitar un daño irreparable a los derechos humanos de las personas en casos graves y urgentes. Puede también solicitar que la Corte Interamericana ordene la adopción de medidas provisionales en casos urgentes que entrañen peligro para las per-



sonas, aunque no se haya presentado un caso ante el Tribunal.

- Durante sus períodos de sesiones, celebra audiencias sobre casos, medidas cautelares, determinados temas o situaciones.
- Observa la situación general de derechos humanos en los Estados miembros y, cuando lo considera apropiado, publica informes especiales sobre la situación de derechos humanos de Estados específicos.
- Crea conciencia en la opinión pública acerca de los derechos humanos en América, para lo cual lleva a cabo y publica estudios sobre temas específicos, tales como las medidas que deben adoptarse para garantizar una mayor independencia de la justicia, la situación de los derechos humanos de niños, niñas, mujeres o pueblos indígenas.

Establece relatorías para el estudio de temáticas de interés y relevancia regional.

Realiza visitas a los países para llevar a cabo análisis en terreno y profundidad de la situación general y/o investigar una situación especial.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el tribunal interamericano de derechos humanos que aplica e interpreta la Convención Americana, ya sea en la resolución de casos contenciosos contra Estados parte de la misma que hayan aceptado su competencia o por medio de la emisión de opiniones consultivas.

La Corte Interamericana está integrada por siete jueces electos por los Estados parte de la Convención. Estos jueces deben ser ciudadanos de un Estado parte de la Convención. Sirven durante un período de seis años y pueden ser reelectos. La

Corte se reúne al menos dos veces al año en San José de Costa Rica; en los últimos años lo hace cuatro veces al año.

El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada en su Noveno Período Ordinario de Sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

Sus primeros artículos establecen lo siguiente:

Artículo 1. Naturaleza y Régimen Jurídico

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto.

Artículo 2. Competencia y Funciones

La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva:

1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención.
2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

El Reglamento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos fue aprobado por la Corte el 25 de noviembre de 2003. En las Disposiciones Preliminares establece:

Artículo 1. Objeto

1. El presente Reglamento tiene por objeto regular la organización y procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. La Corte podrá dictar otros reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
3. A falta de disposición en este reglamento, o en caso de duda sobre su interpretación, la Corte decidirá.



Órganos del Sistema Interamericano

Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<ul style="list-style-type: none"> • 7 miembros comisionados hombres o mujeres • Elegidos por la Asamblea General de la OEA • Actúan independientemente • Mandato de 4 años, con posibilidad de una reelección <p>Funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Promover y defender los derechos humanos • Elaborar informes sobre la situación de los derechos humanos en Estados miembros de la OEA • procesar casos individuales. 	<ul style="list-style-type: none"> • 7 miembros – jueces hombres o mujeres • Elegidos por Estados parte de la CADH • Actúan independientemente • Mandato de 6 años, con posibilidad de una reelección <p>Funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Contenciosa – resolución de casos individuales y medidas provisionales. • Consultiva – competencia para interpretar la Convención y otros tratados de derechos humanos.

Fuente: CEJIL y Fundación Sueca para Derechos Humanos, 2007, p. 47.

La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belém do Pará

La Comisión Interamericana de Mujeres es un organismo especializado de carácter permanente para controlar y supervisar las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer por los Estados miembros que ratificaron la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, llamada también Convención Interamericana de la Mujer o Convención de Belém do Pará, adoptada el 9 de junio de 1994, y que entró en vigor en marzo de 1995.

La Convención afirma en su preámbulo que “la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”. Luego continúa:

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier

acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer; comprende, entre otros, violación y abuso sexual,
- b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona; que comprende, entre otros violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y
- c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.



Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.

Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja su familia;
- f. el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a la libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley;
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados parte reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación; y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

La Convención ofrece, además, la posibilidad de someter casos ante la CIDH por violaciones a su artículo 7. Asimismo, la Convención posibilita un mayor control mediante la presentación a la Comisión Interamericana de la Mujer de los informes de los Estados parte sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer y asistir a la mujer afectada por la violencia, así como las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyen a la violencia contra la mujer.

4. Mecanismos de denuncia en el Sistema Interamericano

Entre las principales características del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos cabe mencionar:

- El desarrollo de un sistema progresivo de protección de los derechos humanos a través de la Convención Americana y cuatro convenciones sectoriales, entre ellas la relativa a la mujer.
- Es un sistema mixto, ya que cumple labores de promoción de los derechos, pero a la vez desarrolla actividades de protección para casos concretos, tanto mediante el procedimiento ante la CIDH como mediante la Corte Interamericana.
- Es el único sistema que permite que cualquier persona o grupo de personas presente peticiones individuales ante la CIDH sin que necesariamente sean víctimas o familiares de quienes sufrieron violaciones.
- Antes de que el caso sea llevado a la Corte, debe agotarse el procedimiento de queja individual ante la CIDH.
- El peticionario no puede llevar un caso directamente ante la Corte; sólo pueden hacerlo la CIDH o los Estados. Tampoco es parte del proceso ante ese Tribunal, salvo en la fase de reparaciones.

- Tiene un sistema combinado de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana; permite la ejecución en el país de que se trate de las sentencias que contengan indemnizaciones compensatorias por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias. Además, posee un sistema de sanción moral por medio del artículo 65 de la Convención, que permite señalar ante la Asamblea General de la OEA a los Estados que no han cumplido con sus fallos.
- En la emisión de opiniones consultivas sobre temas de interés general, cabe destacar las opiniones sobre el habeas corpus y las garantías judiciales en estado de emergencia.

Peticiones individuales

La CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos están facultadas para interpretar las normas de la Convención Americana y de la Declaración, de acuerdo con la CIDH, para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Esta medida rompe con la diferencia entre el ámbito público y el privado en casos de violencia contra las mujeres.

El procedimiento es el siguiente:

- La presentación de una queja/recurso está disponible para toda persona o grupo de personas, así como para ONG reconocidas legalmente en uno o más Estados miembros de la OEA; por tanto, tienen derecho a acceder a este mecanismo.
- El o la reclamante debe agotar los mecanismos internos de reparación, salvo cuando no existiere o no se respetare el debido proceso o hubiere un retraso injustificado en el mismo.
- La denuncia debe contener datos relevantes sobre el peticionario —salvo que, por razones de seguridad y confidencialidad, se omita dicha información—, indicación de los he-

chos que provocaron la violación, así como las pruebas correspondientes, las disposiciones de la CIDH que se presume violadas y el nombre del Estado contra el que se formula la denuncia.

- La Corte sólo puede aceptar un caso después de que haya sido abordado por medio del procedimiento de queja individual de la CIDH; se puede tener acceso al procedimiento únicamente contra los Estados que hayan aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.
- Después de recibir la denuncia, la CIDH comunica al Estado, solicita sus observaciones y se pone a disposición de las partes por si desean llegar a un arreglo amistoso.
- Si el Estado incumple las recomendaciones, el caso puede ser presentado ante la Corte Interamericana, la que atiende demandas individuales por medio de casos contenciosos y de procedimiento consultivo.
- La Corte sólo puede aceptar un caso después de que haya sido abordado por medio del procedimiento de queja individual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- En el proceso contencioso, la Corte realiza sesiones anuales en las que planifica las distintas audiencias sobre excepciones preliminares, fondo o reparaciones, según corresponda a la etapa en que se encuentren los casos.
- El Estado presenta su defensa y la CIDH representa a la víctima o sus familiares como parte acusadora.
- La Corte, una vez valorada la prueba presentada por las partes y comprobados los hechos correspondientes, decide si el Estado incurrió en una violación de la Convención Americana y fija las reparaciones adecuadas en favor de la víctima.



Opiniones consultivas

- En la opinión consultiva, la CIDH, otros órganos de la OEA —en lo que les compete— o los Estados miembros, solicitan a la Corte una opinión consultiva para que se interprete cierta situación hipotética que guarde relación con la Convención Americana u otros tratados, en la materia en que dos o más Estados americanos sean parte. La Corte realiza una audiencia pública en la que los Estados, los órganos de la OEA o cualquier persona o grupo de personas pueden presentar sus observaciones por medio de *amicus curiae*.
- La Corte emite su opinión consultiva con base en su interpretación de la Convención Interamericana u otro tratado relativo a la protección de los derechos humanos, la que sirve de directriz general interpretativa.



Bibliografía del modulo 2

- Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe Regional de Derechos Humanos de las Mujeres y Justicia de Género, 2001-2004*. Santiago: Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2005.
- Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2008*. Santiago: Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2009.
- Benvenuto Lima Jr, Jayme. *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales*. Diakonia, Secao Brasileira de Dereitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. Río de Janeiro: Renovar, 2001.
- CEJIL y Fundación Sueca para Derechos Humanos. *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Buenos Aires: CEJIL y Fundación Sueca para Derechos Humanos, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social El camino hacia fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. La Paz: 2007.
- Cuéllar, Roberto y Gilda Pacheco (coord.) *Derechos humanos de las mujeres: paso a paso. Guía práctica para el uso del derecho internacional de los derechos humanos y de los mecanismos para defender los derechos humanos de las mujeres*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Women, Law & Development International. Human Rights Watch Women's Rights Project, 1999.
- Chiarotti, Susana y Verónica Matus. *Derechos Humanos de las Mujeres y las Niñas. Manual de la Capacitación*. Rosario, Argentina: Unión Europea. Instituto de Género, Derecho y Desarrollo, 2000.
- Instituto Nacional de las Mujeres. *Compilación de los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México: Instituto Nacional de las Mujeres, 2004.
- Mantilla Falcon, Julissa. “Violencia Contra las Mujeres: el ámbito del SIDH.” Presentación del tema en el Seminario/Taller Internacional con Juezas, Fiscalas y Defensoras Públicas. La Violencia Contra las Mujeres en el Marco de Tratados Internacionales y Regionales de Protección de Derechos Humanos. Lima, Perú del 21 al 23 de octubre de 2009. Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género.
- Ministerio de Desarrollo Sostenible – MDS, *Los derechos de la mujer en los convenios internacionales*. La Paz: MDS, Viceministerio de la Mujer, ASDI, Embajada de los Países Bajos, 2005.



Módulo 3

Feminicidio*

I. Definición de feminicidio o femicidio

Derechos humanos y discriminación son conceptos y prácticas excluyentes por definición. Las distintas formas de discriminación contra las mujeres producen la desigualdad de género. Los derechos humanos tienen como base la igualdad, en tanto que la discriminación de género niega a las mujeres el goce y el ejercicio de sus derechos. En este sentido, la no discriminación es un principio fundamental de los derechos humanos y la discriminación es la negación de la igualdad. Ésta se asienta sobre personas únicas que tienen el derecho a ser diferentes, lo que no puede constituirse en desigualdades que legitiman prácticas discriminatorias; por tanto, el vínculo entre violencia y discriminación de género es insoluble y debe ser considerado para entender la violencia contra las mujeres.

La violencia patriarcal constituye uno de los principales mecanismos que perpetúan la posición subordinada de las mujeres. “La violencia es un dispositivo político-cultural de dominación. La violencia de género se basa en el preconcepto de inferioridad de las mujeres que sustenta la cultura de desigualdad y discriminación que rige en la mayoría de los países de la región. Esta noción subyace a la impunidad e inhabilita a las mujeres

para desplegar todas sus capacidades y ejercer plenamente sus derechos”¹.

Es importante destacar que la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará señala “que debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción u conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Como puede apreciarse, esta definición incluye expresamente los casos de muerte de las mujeres, tanto en el ámbito familiar como en el comunal o aquellos perpetrados o tolerados por el Estado.

La expresión más grave y dramática de la violencia contra las mujeres basada en la inequidad de género es la muerte de las mujeres a manos de los hombres. El móvil de estos crímenes denota la intención de dominación, de ejercicio de poder o de control de los agresores sobre sus víctimas.

El reconocimiento internacional de que la violencia contra la mujer es una violación de los derechos humanos compromete a los Estados y a las sociedades a tomar medidas legislativas, a formular políticas públicas y a crear instituciones responsables que atiendan la violencia y movilización de la ciudadanía para la erradicación de la violencia contra las mujeres.

* Este capítulo ha sido elaborado por Maritza Jiménez Bullaín, experta en derechos humanos. Trabaja en la Fundación La Paz, Bolivia.

1 Montaña, 2007.



Marcela Lagarde propone definir feminicidio como “genocidio contra mujeres, y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de las mujeres, todos tienen en común que las mujeres son usables, prescindibles, maltratables y desechables, desde luego, todos coinciden en su infinita crueldad y son, de hecho crímenes de odio contra las mujeres”.

Esta definición ha generado debate porque los genocidios constituyen jurídicamente actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo étnico o religioso. Utilizar este término para el feminicidio puede acarrear confusiones y problemas si se quiere incorporar la figura como un tipo penal.

La expresión más grave y brutal de la violencia contra las mujeres es la muerte de la mujer a manos de los hombres, que conocemos con el término de ‘feminicidio’ o ‘femicidio’. El último eslabón de las diversas formas de violencia contra las mujeres es el asesinato selectivo por razones de género, denominado feminicidio.

El feminicidio es la expresión de violencia que tiene diversas manifestaciones según el espacio social en que ocurra y los rasgos del perpetrador, ya sea por parte de una pareja o ex pareja en el espacio privado o como punto final de la violencia sexual en el ámbito público.

La expresión ‘femicidio’ (*femicide* en inglés) se origina especialmente en el trabajo de Jill Radford y Diana Russell de principios de los noventa, donde la utilizan para aludir a los asesinatos de mujeres cometidos por razones de género o por el hecho de ser mujeres. Nace como un concepto eminentemente político para visibilizar y denunciar la forma extrema de violencia contra las mujeres, que permite remover el velo de la neutralidad que encubre el asesinato de éstas.

El concepto de feminicidio se encuentra en proceso de construcción. Así, en el informe elaborado con motivo de la Audiencia sobre “Feminicidio

en América Latina” ante la CIDH en marzo de 2006, se establece “que los términos feminicidio o femicidio se encuentran aún en proceso de construcción y su referente no se limita a lo jurídico penal. Su conceptualización ha servido para poner de relieve la existencia de una grave violación de derechos humanos de las mujeres que se diferencia del simple homicidio”.

El concepto y el término son asumidos por diversas organizaciones de mujeres de América Latina y el Caribe. Así, en el año 2001, la Red Feminista Latinoamericana y del Caribe decide iniciar una campaña contra el femicidio con el lema “Por la vida de las mujeres ni una muerte más”; esta campaña continúa vigente.

La categoría “femicidio” incluye tanto los homicidios de mujeres cometidos por sus maridos o novios, como los cometidos por otros conocidos o extraños, siempre que exista una motivación de género o sexista, como en los casos de violencia sexual y homicidio y en los homicidios en serie o masivos de mujeres.

Esta categoría ha sido desarrollada en algunos países latinoamericanos, expresándose en iniciativas legislativas en Chile, Paraguay y México. La incorporación de esta categoría tiene como contexto los avances en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en torno a la violencia contra la mujer. A principios de los años noventa se inicia el reconocimiento expreso en diversos instrumentos internacionales de que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos. La más importante es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres o Convención de Belém do Pará.

2. Clasificación del feminicidio

La categoría original de *femicide* tiene dos traducciones al español: femicidio y feminicidio. Aunque se produjo un grado de controversia para el uso de uno u otro término, actualmente se utilizan indistintamente.



El feminicidio puede tomar tres formas: el feminicidio íntimo, el feminicidio no íntimo y el feminicidio por conexión.

El feminicidio íntimo o familiar íntimo es el asesinato cometido por un hombre con quien la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia o afines a ésta; es común encontrar casos que presentan al mismo tiempo delitos de tipo sexual.

El feminicidio no íntimo es el asesinato cometido por un hombre con quien la víctima no mantenía relaciones íntimas, familiares o de convivencia. Frecuentemente el feminicidio no íntimo involucra un previo ataque sexual a la víctima.

El feminicidio por conexión hace referencia a las mujeres asesinadas en la “línea de fuego” de un hombre tratando de matar a una mujer. Son los casos de parientas, niñas u otras mujeres que intervinieron para evitar el hecho o que simplemente fueron atrapadas en el hecho violento.

3. Controversias respecto a la tipificación penal del feminicidio

En los años 2006 y 2007 fueron aprobadas leyes que introducen el feminicidio en la normativa penal de países como Costa Rica y Guatemala. Estas leyes brindan reconocimiento jurídico expreso a esta forma extrema de violencia contra las mujeres y que ha sido visibilizada desde principios de los años noventa.

Una primera limitación es que las legislaciones penales han abordado la violencia contra las mujeres limitándose a la violencia doméstica o intrafamiliar; la segunda otorga la protección a las mujeres en términos neutros en cuanto a género, con el fin de resguardar la igualdad formal. En la tipificación del feminicidio el énfasis se encuentra en la renuncia a la neutralidad de género en tipos penales relativos a la violencia doméstica.

Para plantear el debate sobre la tipificación del feminicidio utilizaremos el documento de Toledo Vásquez, 2009a², que encuentra que la penalización específica de la violencia contra las mujeres plantea un conflicto con una parte importante de la doctrina penal, que actualmente se manifiesta en la discusión sobre la tipificación del feminicidio. Los principales cuestionamientos aluden a la vulneración del principio de igualdad, al de culpabilidad y a la garantía de tipicidad de las leyes penales.

Con referencia a la vulneración del principio de igualdad, es inaceptable desde la perspectiva constitucional y de derechos humanos sancionar más gravemente el homicidio de una mujer que el de un hombre, aunque incurran aparentemente las mismas circunstancias, como la relación de pareja; supone dar mayor valor a la vida humana femenina que a la masculina. Vemos que hay un aspecto centrado fuertemente en la penalidad a la conducta en relación con otras similares cometidas contra hombres.

En diversas legislaciones, este cuestionamiento, al optar por normas penales género-específicas en que se sanciona separadamente la violencia contra las mujeres en relaciones de pareja, no altera la penalización, que será idéntica para cualquier caso de violencia ejercida en este tipo de relaciones. Esta alternativa privilegia el efecto simbólico de la ley penal haciendo visible la violencia que afecta a las mujeres.

Otros modelos, como el español, introducen una agravación de la pena en diversos delitos que sean cometidos contra la esposa o mujer con pareja. Esta propuesta ha dado lugar a controversias en el ámbito constitucional. Este modelo supone un abandono substancial de la neutralidad de género porque se asigna una penalización mayor a conductas que se estiman más graves.

2 También consultar Toledo Vásquez, 2009b, pp. 41-50.



Una segunda controversia en relación con las figuras penales género-específicas es suponer un sujeto activo masculino; es una vulneración al principio de culpabilidad al transformar la condición de hombre en una presunción de culpabilidad en estos delitos. También alude a la penalidad.

Un tercer aspecto que afecta a la tipificación del feminicidio y la eventual vulneración de las garantías de legalidad y tipicidad es la indeterminación o imprecisión al trasponer conceptos sociológicos o antropológicos a las normas penales. Por ejemplo, en “el marco de relaciones desiguales de poder entre hombres o mujeres, matar a una mujer por el hecho de ser mujer” provoca una indeterminación normativa que puede llevar a impugnaciones constitucionales y a la no aplicación de estas disposiciones. Este es un cuestionamiento central.

En el plano simbólico hay varios cuestionamientos al adoptar leyes, como equiparar la condición de la mujer con la de víctima, pues en tanto las mujeres, son, en estos delitos las víctimas por de-

finición, se corre el riesgo de reforzar este rol y reducir aun más en el imaginario social el empoderamiento de las mujeres.

Otro problema es que estas leyes conduzcan a la esencialización biologicista de la calidad de mujer, que puede tener consecuencias con las diversidades sexuales. Esto se plantea como un conflicto con diversos sectores feministas y del movimiento de derechos humanos.

En resumen, el concepto de feminicidio tiene actualmente una amplia utilización como categoría analítica y política que explica fenómenos extremos de violencia contra las mujeres. En este sentido, la tipificación es una reducción legal del contenido del concepto y una pérdida parcial de su potencial político.

El reto es buscar los instrumentos y mecanismos legales para castigar los asesinatos de mujeres, sin necesidad de crear tipos penales nuevos. Tal vez sólo alcance con el agravante de la pena cuando se trata de causar muerte al cónyuge.



Bibliografía del módulo 3

Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe Regional de Derechos Humanos de las Mujeres y Justicia de Género, 2001-2004*. Santiago: Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2005.

Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2008*. Santiago: Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2009.

Centro de Promoción de la Mujer Gregoria Apaza. *Femicidio en las ciudades de La Paz y El Alto: una expresión del dominio patriarcal*. El Alto, Bolivia: Centro de Promoción de la Mujer Gregoria Apaza, 2003.

CIDEM. “Reporte Estadístico Violencia Contra las Mujeres. Gestión 2007. Datos Parciales Gestión 2008”. *Sistema de Información para la Vigilancia Ciudadana desde una Perspectiva de Género*. Año 7, Número 7, 2009. La Paz: USAID, CIDEM, Compañeros de las Américas.

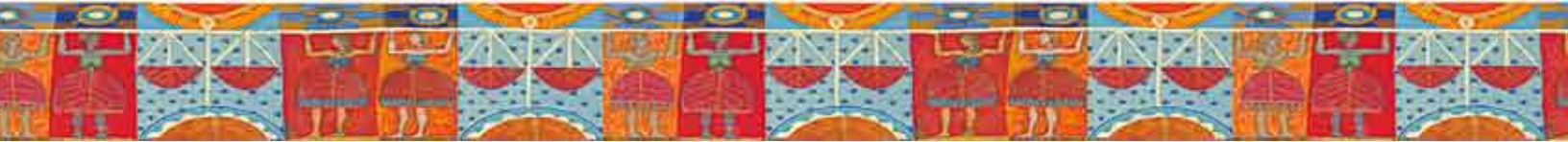
Dador, Jennie y Lupe Rodríguez. “Feminicidio en el Perú” en *Feminicidio en el Perú. Expedientes judiciales*. Lima: DEMUS, 2006 (CD).

Sonia Montaña *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2007.

Toledo Vásquez, Patsilí. “La controversial tipificación del femicidio/feminicidio. Algunas consideraciones penales y de derechos humanos.” 2009a (mimeo).

Toledo Vásquez, Patsilí. “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes”, en *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*. Santiago: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual 2009b.

UNIFEM, Centro Gregoria Apaza y RED-ADA. *El Inventario de la Muerte. Femicidio en Bolivia*. La Paz: UNIFEM, Centro Gregoria Apaza y RED-ADA, 2005.



Módulo 4

Observatorio de Sentencias Judiciales: una experiencia regional para el monitoreo y análisis de casos nacionales

I. Presentación del Proyecto de Observatorio de Sentencias Judiciales

El Equipo Latinoamericano de Justicia y Género – ELA, como miembro de la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, coordina el Observatorio de Sentencias Judiciales, que se propone contribuir al empoderamiento de las mujeres de los países participantes mediante la promoción de una mayor conciencia de los derechos de las mujeres y los medios legales para hacer efectivos estos derechos.

El Observatorio de Sentencias Judiciales se plantea tres objetivos principales:

- Contribuir a un mejor conocimiento de los derechos de las mujeres y los medios legales para hacer efectivos estos derechos, en particular con respecto a los derechos sexuales y reproductivos, la participación política de las mujeres, la relación entre trabajo productivo y reproductivo y la violencia contra las mujeres.
- Contribuir a la promoción de los derechos de las mujeres a través de la difusión de los argumentos jurídicos y las mejores prácticas judiciales para optimizar la utilización de las herramientas legales por parte de organi-

zaciones de mujeres, organizaciones de derechos humanos, instituciones académicas, profesionales del derecho e integrantes del poder judicial.

- Contribuir a la consolidación de un consenso en la región de América Latina mediante el intercambio de experiencias nacionales para promover una mayor utilización de los mecanismos regionales e internacionales para la protección y promoción de los derechos humanos.

Justificación del Observatorio

La Articulación Regional Feminista se propuso crear el Observatorio de Sentencias Judiciales en el que, a partir del relevamiento de las decisiones de los tribunales de justicia de los países participantes, se pudiera indagar acerca de la distancia existente entre el reconocimiento normativo de los derechos y las dificultades para hacerlos efectivos.

En este sentido, las decisiones de los tribunales de justicia proveen un insumo fundamental para mejorar las condiciones de acceso a la justicia para las mujeres, las organizaciones e instituciones de promoción de los derechos humanos debido a la posibilidad de aprendizajes que brindan tanto las buenas como las malas prácticas judiciales.

* Este módulo ha sido elaborado por Natalia Gherardi, Directora Ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y Profesora de la Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de Lanús y por Josefina Durán, Responsable del Observatorio de Sentencias Judiciales por la Argentina.



Actualmente se tienen normas internacionales, Constituciones Políticas y leyes nacionales que reconocen ampliamente los derechos humanos y, en particular, los de las mujeres. Sin embargo, todavía existen dificultades en el acceso a la justicia para las mujeres y sus organizaciones y las decisiones de los tribunales de justicia nacionales no son ampliamente conocidas.

Alcance regional

El Observatorio de Sentencias Judiciales utiliza las decisiones judiciales de los Tribunales Superiores de Justicia de Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, a fin de determinar el grado de cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) por parte de los poderes judiciales locales y difundir las buenas prácticas en la defensa y reconocimiento de los derechos de las mujeres.

Es por ello que el criterio para la organización del Observatorio es aplicar el derecho reconocido por la CEDAW en el caso concreto, incluso cuando esta Convención no hubiera sido invocada como fundamento legal para la decisión¹.

2. Metodología para el relevamiento de casos

Cortes de justicia, objeto del monitoreo

El Observatorio de Sentencias Judiciales incluye la revisión de todas las decisiones vinculadas con los derechos de las mujeres emitidas por las “altas cortes”. Corresponde a cada país definir, de acuerdo con sus competencias y diseños institucionales, qué cortes serán monitoreadas.

En Argentina, dada su forma federal de gobierno y la distribución de competencias entre las auto-

ridades federales y los tribunales provinciales, se realiza un seguimiento a todos los tribunales supremos en cada jurisdicción provincial, y además a la Corte Suprema de Justicia.

En los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, que cuentan con un Tribunal Constitucional, también son supervisadas las decisiones de la Corte Suprema Nacional, dependiendo de la jurisdicción otorgada a cada país en función de la legislación local.

Adicionalmente, debido a que muchas sentencias de tribunales inferiores no son apeladas ante las cortes supremas respectivas a causa de una cantidad de motivos vinculados con las dificultades de acceso a la justicia y los tiempos de los procesos judiciales, el Observatorio incluye, bajo el campo genérico de “Otros Tribunales”, aquellas decisiones relevantes para la protección y vigencia de los derechos de las mujeres. En este caso, sólo se incluyen aquellas sentencias que han llegado a conocimiento de las instituciones responsables del Observatorio.

Período del monitoreo

El período objeto del monitoreo del Observatorio incluye todas las decisiones relevantes para la vigencia de los derechos de las mujeres posteriores al 1° de enero de 2009, fecha de inicio del proyecto. Sin embargo, las organizaciones nacionales han incorporado a la base de datos aquellas decisiones de fecha anterior al inicio del proyecto que fueron paradigmáticas en cada país para la defensa y respeto de los derechos de las mujeres.

Recopilación de la información

La recopilación de las sentencias se realiza a través de las sentencias dictadas por las cortes relevadas, publicadas en sus páginas en Internet y en las revistas especializadas.

1 En diciembre de 2009 se han cumplido 30 años de la aprobación de la CEDAW y, sin embargo, algunas investigaciones han concluido que es menos conocida e invocada que convenciones más recientes, como la Convención por los Derechos del Niño. Véase Corporación Humanas, 2007, que contiene un diagnóstico de la situación de las mujeres dentro de los sistemas de administración de justicia, las nociones jurídicas y las percepciones culturales en seis países de América Latina: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú.



A lo largo de los meses de implementación del proyecto se han enfrentado ciertos obstáculos para la obtención del material de estudio, causados por la limitación en el acceso a la información pública provocada por algunos tribunales recelosos de divulgar sus decisiones y desconociendo el principio de publicidad de los actos de gobierno.

Por otra parte, la dispersión de aquellos tribunales distintos a las altas cortes dificulta la recopilación exhaustiva de estas decisiones, en cuyo caso se limitan a aquellos pronunciamientos que son particularmente relevantes por ser históricos para la jurisprudencia local en razón de haber tenido repercusión pública o de ser especialmente interesantes.

3. Las sentencias nacionales en casos de violencia contra las mujeres

Si bien la CEDAW no se refiere en sus normas explícitamente a la violencia contra las mujeres, el Comité encargado del monitoreo de la Convención afirmó en su Recomendación General N° 19 que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” y que vulnera varias disposiciones de la CEDAW.

En esta recomendación se estableció que “los Estados parte deben alentar la recopilación de estadísticas e investigación de causas y efectos de la violencia, así como la eficacia de las medidas para prevenir y responder a ella”, y que “los Estados deben informar sobre todas las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo datos acerca de la frecuencia de cada una de ellas y de los efectos para las mujeres víctimas”.

A pesar de las diferencias conceptuales que existen entre las distintas formas de violencia que afectan de un modo desproporcionado a las mujeres (violencia psicológica, violencia en el ámbito de las relaciones interpersonales, violencia sexual

y lesiones de diversa gravedad), a efectos de su clasificación temática, en el Observatorio de Sentencias Judiciales todos los casos se incluyen bajo el genérico tema de violencia contra las mujeres.

La violencia familiar constituye una de las manifestaciones más brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros, ya que se basa en el abuso del poder y la dominación de los varones sobre las mujeres en el ámbito de sus relaciones íntimas.

En América Latina, las discusiones públicas sobre la violencia en el ámbito de las relaciones interpersonales se iniciaron en la década de los años ochenta, en el marco de los procesos de transición democrática. En este contexto hay dos debates conceptuales recurrentes en torno a la problemática de la violencia familiar.

- En primer lugar, la conceptualización de la violencia familiar ya sea como delito (que requiere, por lo tanto, de la intervención del poder punitivo del Estado por medio de la sanción penal) o como conflicto social, que exige, además, otras intervenciones.
- En segundo lugar, se debate la definición de la “violencia de género” en contraposición al concepto de “violencia familiar”, que puede afectar a distintos integrantes de la unidad familiar.

No hay duda de que diversos aspectos conviven en una problemática tan compleja como la que encierra la violencia familiar. En los casos en que el agresor inflige lesiones graves (u otras formas de violencia conceptualizadas como delitos en las normas penales), resultan plenamente aplicables los tipos delictivos específicos contemplados en el Código Penal; el Estado tiene la responsabilidad de perseguir penalmente al agresor con la misma seriedad y recursos con que se persigue todos los delitos.

Sin embargo, no son pocas las dificultades que enfrentan las mujeres que recurren al sistema penal como única alternativa para denunciar hechos de violencia de distinta magnitud. Si bien no



existen investigaciones empíricas rigurosas, hay señales de fracaso de las políticas establecidas en aquellos países que han optado por tipificar la violencia familiar como delito e incorporarla al Código Penal como principal estrategia para prevenir y erradicar esta forma de violencia. Como afirma Elena Lurrari, reconocer una situación como problemática no equivale a sostener que el derecho penal sea la mejor forma de solucionarla.

Por tanto, es fundamental encarar investigaciones empíricas que revisen las dificultades que enfrentan las mujeres que denuncian hechos de violencia ante las fiscalías y juzgados penales, ya que no en pocas ocasiones esos hechos se profundizan hasta causar la muerte de las mujeres denunciadas. Una investigación de la Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina da cuenta del acelerado trámite y posterior archivo que reciben las denuncias por casos de violencia; el estudio señala que los casos de violencia extrema fueron precedidos por episodios de violencia menores que la justicia penal no atendió.

4. Función y uso del derecho penal

Las vías de acción para encarar el fenómeno difieren según las opciones legislativas de cada país; hay legislaciones que incluyen la violencia familiar, sexual y/o de género como delito y, por ende, la incluyen entre las competencias del fuero penal. Por oposición, en otros países la violencia familiar se encuentra regulada dentro de la vía civil. Asimismo, en muchos casos se dan combinaciones entre las regulaciones civiles y penales. Los delitos contra la integridad sexual, las lesiones, el homicidio y su tentativa constituyen delitos penales, aunque se manifiesten en el ámbito de las relaciones interpersonales, en países como Argentina, que dispone de normas civiles. Aun dentro de los delitos tipificados como tales, algunos


pueden depender de la denuncia de la víctima o su ratificación para ser investigados, o ser instancia pública, con lo cual existe, de parte del Estado, la obligación de investigar.

Para ilustrar este dilema entre las vías civil y penal, y en el marco de un caso de violación dentro del matrimonio que tenía una condena menor que los hechos de violación sexual entre personas no unidas por el matrimonio, la Corte Constitucional de Colombia ha fijado su postura declarando:

Si bien el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello cuando el legislador, por razones de política criminal, opta por recurrir a ese medio de control para garantizar un bien jurídico determinado, todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias tienen derecho a recibir igual protección [...] Asignar a unos mismos hechos sanciones diferentes implica que el legislador considera que las conductas o no son igualmente lesivas o no merecen el mismo reproche. (Sentencia C-285/97.)

El problema de encarar la violencia familiar o doméstica exclusivamente como delito penal y no como conflicto social surge principalmente de la imposibilidad del derecho penal para dar soluciones. Es conocido que el derecho penal resocializa, no previene sino que revictimiza a las mujeres con el tipo de pericias y relatos reiterados sobre los hechos². Además el derecho penal requiere necesariamente estándares probatorios más altos que el derecho civil a consecuencia del respeto o las garantías constitucionales del debido proceso. No resuelve el problema concreto de la mujer que quiere terminar con una relación violenta, ya que esta vía no resuelve el divorcio, la tenencia de los hijos menores, el régimen de visitas y la pensión alimenticia, sino que expropia el conflicto a la víctima.

2 Véase, en general, Zaffaroni, 2000 y Bovino, 2000.



A continuación presentaremos un pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones Penal y Correccional de la Argentina que ilustra los límites de la intervención penal y civil:

Si bien es cierto que el Derecho Penal, en tanto expresión del poder punitivo del Estado, debe ser la última herramienta para intentar poner fin a los conflictos, y que los hechos producidos en un contexto de violencia doméstica o de género merecen un abordaje multidisciplinario, ello no permite evadir el deber de la justicia penal de investigar los delitos que llegan a su conocimiento. Antes bien, los hechos ilícitos que pudieran producirse en el marco apuntado merecen de los jueces la máxima prudencia tanto en su investigación —de modo de evitar o minimizar la revictimización— como así también al momento de evaluar la prueba producida. (Caso “S. B.E.I. sobre lesiones leves”. Cámara de Apelaciones Penal y correccional de la Capital Federal.)

En los casos de violencia sexual en particular, hay ciertos nudos críticos que se ponen de manifiesto ante la ausencia de políticas públicas para el acceso a la justicia para las víctimas de violencia que se ilustran en la siguiente cita:

Se denuncian una de cada 10 ó 20 violaciones (la mayoría de las cuales corresponden a mujeres menores de edad). Y se condena a menos del 10% de los acusados (en general a los confesos). Sin embargo, mejorar la situación no implica, ante todo, mejorar esos guarismos. Antes sería mejor escuchar a las víctimas sin desconfiar de ellas. Luego, abstenerse de indicarles los caminos para su redención. En estos temas son obligatorios la humildad y la cautela³.

La opción por la regulación de la violencia de género o contra la mujer, en contraposición a la conceptualización de la violencia familiar o doméstica, también tiene implicancias diferentes. Si bien la violencia familiar tiene como principales víctimas a las mujeres, las leyes de violencia de género llevan a una protección y tratamiento diferenciado de la violencia contra los niños, por ejemplo, llevando al dispendio jurisdiccional innecesario de conformar procesos distintos, si en el

contexto de una familia violenta el varón ejerce violencia contra la mujer y los hijos.

En los pronunciamientos judiciales incorporados al Observatorio de Sentencias se identifican diversos fallos que ilustran qué entienden los jueces por violencia y qué dicen sobre ella.

La violencia puede ser física o moral. La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo de vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros. Por contraste, la violencia moral consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado [...] que no implican el despliegue de fuerza física [...] pero que tienen capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no atente contra su vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho propio o de sus allegados. (Caso Diego Garzón. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Casación 29.308.)

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, al entender un caso de violación dentro del matrimonio, sostuvo que la violencia no se encuentra dirigida sólo contra las mujeres sino que, en el marco de otras formas de relaciones interpersonales, pueden registrarse hechos de violencia sexual en relaciones de parejas del mismo sexo:

En relación con los delitos de violación sexual, las regulaciones legales y los análisis dogmáticos han estado referidos fundamentalmente a la mujer como sujeto pasivo del hecho. Ello obedece, de una parte, a las referencias de la casuística penal y de otra, al reconocimiento de que las únicas relaciones protegibles por el derecho son las heterosexuales. Hoy debe aceptarse que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos de violencia sexual proveniente de la persona (hombre o mujer) con quien aquellos han optado por compartir su sexualidad, y, en consecuencia, la protección debe brindarse en todos los casos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-285/97.)

3 Herculovich, 2000.



Sin embargo, es preocupante la forma en que en algunos discursos judiciales se registra un alto grado de discrecionalidad respecto de los criterios para determinar qué se entiende por resistencia al ataque sexual como requisito para la configuración del delito. Si bien existen muchos pronunciamientos respetuosos de los derechos de las mujeres, hemos advertido que también existen decisiones sumamente restrictivas al respecto, como imponer que:

[...] entre agresor y agredido debe mediar una lucha, que tanto la fuerza material o moral, se entiende como la resistencia, [...] deben ser físicas [...] constituye fuerza toda energía física exterior a la víctima que, proyectada inmediatamente sobre ésta, la determina, por haber vencido su resistencia seria y continuada, a realizar la voluntad del que la usa. (Caso Diego Garzón. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 29.308.)

En este caso, el salvamento de voto realizado por el juez Espinoza Pérez afirma atinadamente:

[...] resulta cuando menos peligroso advertir [...] que en todos los casos las mujeres o cualquier víctima de delitos sexuales violentos, deben manifestar amplia y contundentemente su oposición al vejamen, pues ello es casi obligarla a comprometer otros bienes valiosos como la integridad personal o incluso la vida. (Del salvamento de voto realizado por el Juez Espinoza Pérez en el caso Diego Garzón. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 29.308.)

5. Ejes de análisis

Diversos casos nacionales resueltos por los tribunales locales de los países que conforman el Observatorio de Sentencias Judiciales ponen de manifiesto que existen ciertas tensiones que se pueden analizar a partir de tres ejes transversales:

- **La autonomía** de las mujeres adultas en relación con la protección de sus derechos: ¿Qué resoluciones adoptan los tribunales de justicia ante una mujer capaz, mayor de edad, que decide no continuar con un proceso judicial? ¿Cómo se resuelven las tensiones entre el

respeto por la autonomía y las disposiciones legales y judiciales contrarias a la voluntad de la mujer pero protectoras de sus derechos?

- **La valoración de las pruebas** en casos tanto de violencia sexual como familiar, cuando se pone de manifiesto la diversa valoración que se realiza acerca de los testimonios de las víctimas y los testigos. ¿Qué actitud toman los tribunales de justicia respecto de la valoración de las pruebas de contexto cuando la víctima se retracta? Además, ¿cómo se resuelve la posible tensión entre la persecución penal de un delito y las garantías procesales del imputado?
- **El respeto por la diversidad cultural** es particularmente relevante en los países de América Latina. Hay pocos casos en los que los tribunales de justicia ponen de manifiesto las posibles tensiones en relación con la protección de los derechos de las mujeres y el respeto por la identidad cultural de un pueblo.

A continuación se presentan algunos casos que ilustran las tensiones implícitas y explícitas en los pronunciamientos judiciales de los tribunales locales de la región a partir de los ejes de análisis propuestos.

Ejes ordenadores

(a) **El respeto por la autonomía y la imposibilidad de celebrar acuerdos reparatorios de violencia intrafamiliar**

El Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará (MESECVI) recomendó a todos los Estados parte de la Convención “Derogar las disposiciones que permitan el uso de los métodos de mediación o conciliación judicial o extrajudicial en los casos de violencia contra las mujeres, considerando las desiguales condiciones de poder entre las partes, que pueden llevar a la denunciante a aceptar acuerdos que no desea o que tienden a terminar con dicha violencia”.



En el mismo sentido, algunas legislaciones nacionales prohíben la celebración de acuerdos de mediación o reparatorios cuando se ha entablado un proceso de violencia familiar con fundamentos, en la preocupación de que las partes no se encuentran en una situación de paridad como para negociar equitativamente.

Sin embargo, hay situaciones en que puede entrar en tensión la voluntad de la víctima con la prohibición legal, según puede verse en el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de la Serena, Chile, en relación con un episodio de violencia entre hermanos en que la víctima quiso acordar la finalización del conflicto mediante un acuerdo:

La norma prohibitiva tiene su razón de ser [...] en el cuestionamiento del eventual “consentimiento” que en los acuerdos reparatorios podría verse forzada la víctima a otorgar, dada su condición de tal, situación que se une a la relevante circunstancia de ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, de manera que siempre existirá un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal en los actos ilícitos que horaden de cualquier forma su integridad. (Caso ROL 60-2009.)

(b) La autonomía, la retractación del testimonio de la víctima y la expropiación del conflicto por parte del derecho penal

En el caso “García s/ lesiones graves calificadas”, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Córdoba, Argentina, condenó a un hombre por el delito de lesiones graves al encontrarlo responsable de haber provocado a su pareja un golpe de magnitud que le desprendió la retina. La sentencia se basó en la valoración del testimonio de los padres, los vecinos y el médico de la víctima, ya que la mujer, pese a haber denunciado a su pareja como agresor, luego desmintió los hechos.

Al respecto, la Corte entendió que:

Si bien la damnificada realizó declaraciones negando estas situaciones a las que era sometida (incluso negó haber hecho una denuncia por lesiones) [...] luego de valorar todos los testimonios recibidos y la prueba documental [...] tuvo por acreditados los dichos (de la testigo)

desvirtuando así el testimonio de la damnificada y arribando a la conclusión de que esta actitud [...] que la llevó a negar todo lo que sucedía, se debe a que la misma ha sido fuertemente sometida por la personalidad del acusado tanto física como psíquicamente, que a través de discusiones, actitudes violentas y fundamentalmente a través de golpes propinados por éste. (Caso García s/ lesiones graves calificadas”, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Córdoba, Argentina.)

En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Tucumán al entender en un caso en el que, habiéndose condenado a un hombre como autor de la violación sexual cometida contra una ex empleada suya, que luego se retracta ante un escribano público, dice:

[...] La declaración de la víctima ha sido apreciada como toda prueba testimonial, atendiendo a las características del relato, la razón que pueda exponer en respaldo de sus dichos, el cotejo con las restantes pruebas. La sola declaración efectuada por la víctima no es apta para provocar la apertura de la vía impugnativa intentada, y esta conclusión no se ve desmerecida por el hecho de haber sido expuesta ante escribano [...] Es también oportuno recordar que, una vez puesta en movimiento, la acción penal deja de ser disponible para la víctima, y por expreso mandato no puede ser objeto de transacción o renuncia. (Caso “Ferrari/violación”, Corte Suprema de Justicia de Tucumán.)

(c) La valoración de pruebas y el respeto por las garantías personales

La Corte Constitucional del Ecuador ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la rapidez con que deben efectuarse determinados análisis probatorios cuando se investigan los delitos sexuales —por la naturaleza urgente de determinadas pericias— y la posible tensión en relación con el respeto por las garantías del proceso penal.

En el caso 0002-08-CN, la Corte Constitucional sostuvo que:

El cuestionamiento jurídico plantea un análisis de los derechos constitucionales de las víctimas y del debido proceso. En esencia, la Corte responderá las siguientes cuestiones: qué derechos

prevalecen ante el caso concreto de violación: los del debido proceso o los de la víctima [...] Por excepción pueden incorporarse medios probatorios en procura de la eficacia de la función pública en el debido proceso para evitar que por meras formalidades éste se dilate [...] esta excepcionalidad desarrolla los principios de celeridad y eficiencia y se conecta con los delitos que causan mayor alarma social [...] Ahora bien, es indispensable que estas normas se entiendan en el marco de las garantías constitucionales y el derecho procesal penal, lo que implica que las garantías de excepción deben ser justificadas por el fiscal, la policía o las artes que son las que solicitan al juez que, por urgencia, realice un acto probatorio.

La protección de los derechos de las mujeres no puede buscarse en detrimento del respeto de las garantías procesales del imputado en un proceso penal, por el contrario, el respeto de las garantías constitucionales es fundamental para la vigencia del Estado de derecho, que sea respetuoso de los derechos de las mujeres y también de los agresores.

(d) La valoración de pruebas y el riesgo de estigmatización de la víctima

Las legislaciones penales de la región fueron objeto de modificaciones en la década de los noventa en relación con la tipificación de los delitos contra la integridad sexual, adecuando así la antigua y discriminatoria calificación de “delitos contra la honestidad” o “atentados al pudor”. Pese a ello, el resabio de estas concepciones aún se advierte en diversas sentencias que hacen una valoración del comportamiento social y sexual de la víctima, ignorando por completo que el objeto del juicio penal es la averiguación de la verdad material, y de ninguna manera realizar juicios morales acerca de la conducta de la víctima.

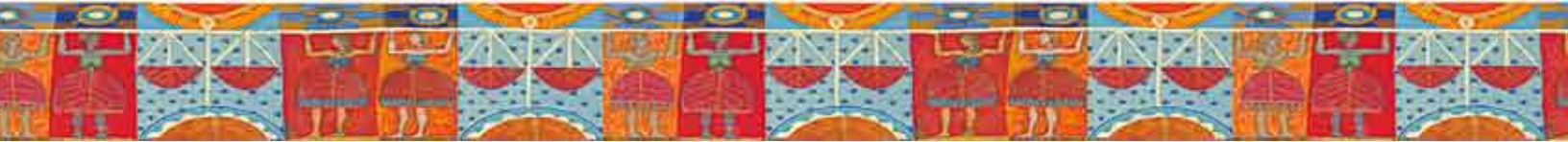
La Corte Constitucional de Colombia ha dicho, en relación con un caso de violación en el que se sustrajeron cartas de la víctima a su novio para dar cuenta de su conducta sexual, que:

Es preciso determinar si la introducción de una prueba relativa al comportamiento sexual y social de una víctima de un delito sexual resulta razonable y proporcional como mecanismo

para garantizar la defensa del procesado. La evaluación de la limitación del derecho a la intimidad [...] ha de realizarse en cuatro pasos: 1) se analizará el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; 2) se examinará si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; 3) se estudiará la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad; 4) de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad para determinar si el grado de afectación de derecho a la intimidad es desproporcionado. La intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores en juego. En el caso bajo estudio, dado que se trata la colisión entre el derecho a la defensa y el derecho a la intimidad de la víctima, para permitir un examen de comportamiento social y sexual de la víctima con anterioridad a los hechos que se investigan o juzgan, el fin que justifica una intromisión de esa dimensión en la vida íntima de la víctima debe ser imperioso, pues sólo (eso) haría razonable limitar el derecho constitucional a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales [...] Dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) si, como consecuencia de impedir esta indagación, se vulnera gravemente el derecho de defensa del procesado, por ejemplo, porque un examen de la vida íntima común y anterior de la víctima y del acusado permitiría demostrar que hubo consentimiento. Si la intromisión en la vida íntima [...] sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores. Tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por tanto, debe ser rechazada. (Sentencia O.S. c/ Juzgado Séptimo penal del circuito de Bucaramanga. s/ Acción de tutela contra sentencia judicial T-453/05, Corte Constitucional de Colombia.)

(e) El respeto por la diversidad cultural y la posible tensión con la protección de los derechos de las mujeres

El relativismo cultural y el respeto por los derechos de las mujeres no son ejes necesariamente contrapuestos; sin embargo, ha habido casos en que la pertenencia a un pueblo originario de la víctima de un delito sexual es causal de impunidad. Es el caso “C/C Ruiz, José Fabián s/recurso de Casación” de la Corte de Justicia de Salta, Ar-



gentina, por creer que con ello se respetan los derechos culturales del acusado, perteneciente al mismo pueblo.

Las mujeres de los pueblos originarios sufren discriminaciones múltiples, por lo que, a la dificultad para el acceso a la justicia con que se encuentra cualquier víctima de violencia sexual, se suman más obstáculos por su condición.

Al pronunciarse sobre la baja de la edad mínima para prestar consentimiento en las relaciones sexuales, la Corte Suprema de Justicia de Perú estableció los siguientes criterios

Es necesario adecuar la cantidad y calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito se inflinge a la sociedad y al grado de culpabilidad [...] [para eso] el órgano jurisdiccional debe considerar [...] factores complementarios de atenuación como los siguientes: (a) que la diferencia etárea entre sujetos activo y pasivo no sea excesiva; (b) que exista entre [ellos] un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente; (c) que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad; (d) la admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas. (Pleno jurisdiccional de las salas penales permanente y transitorias. Acuerdo Plenario 7-2007/CJ 116.)

De los casos incluidos en el Observatorio de Sentencias Judiciales, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Salta, en el caso “C/C Ruiz, José Fabián s/recurso de Casación” es el que, de un modo más explícito, expone las tensiones señaladas. Este caso ilustra la forma en que el derecho al respeto de la diversidad cultural es utilizado como mecanismo exculpatario en el caso de delitos sexuales, de modo tal que deslegitima un derecho reconocido en desmedro del derecho de alguien que, perteneciendo a la misma comunidad, se encuentra en una posición desventajosa por su condición de mujer y menor de edad.

En este caso, la Corte de Justicia de Salta anuló la detención de un ciudadano wichí acusado de violar a su hijastra, entendiendo que al procesarlo

no se había ponderado correctamente el respeto a la identidad indígena. La madre de la víctima, perteneciente también a la comunidad wichí, denunció a su pareja por haber violado a su hija, quien se encontraba embarazada al momento de formular la denuncia. Al ser llamada a ratificar sus dichos en sede judicial, la madre de la menor modificó su declaración y afirmó que él estaba conviviendo desde hacía un año con su hija, lo que sería costumbre entre la comunidad. La Corte justificó su decisión argumentando que:

en el caso concurre un supuesto de necesidad de respeto a la identidad étnica y cultural del imputado [...] el informe pericial antropológico agregado a la causa fue objeto sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se tuvieran en cuenta aspectos esencialmente importantes que surgen de su contexto, tales como la aceptación social que en estos grupos tendría que las mujeres tengan relaciones sexuales desde temprana edad, más concretamente a partir de la primera menstruación. (Del caso “C/C Ruiz, José Fabián s/recurso de Casación”, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Salta, Argentina.)

Debe destacarse que el fallo no fue unánime, y que en su voto en disidencia la jueza Garrós Martínez entendió que:

El Estado de Derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca [...] Desde tal punto de vista, la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen [...] Sostener que en [esa] cultura no hay agresión porque se trata de “otra concepción cultural de la integridad sexual” o por no haber sufrido ningún daño psico-emocional la supuesta víctima, significa apartarse del concepto de integridad personal, del cual la integridad sexual es sólo uno de los componentes: cobija además los efectos en la salud física, riesgos en la salud por la sexualidad en sí y por la temprana iniciación, maternidad precoz, etc. [...] No se trata de poner en marcha un mecanismo de ponderación de derechos —derecho a la integridad personal, derechos del niño, derecho a la cultura,



derechos de los indígenas—, sino de ordenar el centro de gravedad del problema planteado [...] Sin perjuicio del derecho de la sociedad de que se trate en la preservación de sus valores culturales, toda agresión a los superiores intereses de los niños agrede su libertad, en el concepto amplísimo que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos acuerda a ésta en relación a la esencialidad de la persona. (Del voto en disidencia de la Jueza Garrós Martínez en el caso “C/C Ruiz, José Fabián s/recurso de Casación”, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Salta, Argentina.)

En contraposición a este polémico fallo, en el caso “González Rubén y otros s/abuso sexual” el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa (también en Argentina), en que, en un fallo dividido, los jueces confirmaron la condena a dos hombres que habían violado a una menor de edad de origen indígena.

En el caso se dio por probado que el abuso existió, aunque los condenados alegaron que la relación fue a cambio de dinero y pese a que una de las pericias fue sumamente deficiente, al punto de ser calificada de esquizofrénica por el tribunal. También se valoró el contexto cultural en una interpretación protectora de los derechos de las mujeres, haciendo mención a que:

No es ocioso señalar que las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas, como producto de un proceso histórico-cultural que no sólo puede verificarse empíricamente. (Del caso “González Rubén y otros s/abuso sexual” del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, Argentina.)

Es curioso señalar que, aun dentro de los votos de la mayoría, uno de los jueces realizó la siguiente afirmación:

[...] se sabe que el “chineo” es una pauta cultural de nuestro oeste provincial. Se trata de jóvenes criollos que salen a buscar “chinitas” (aborígenes niñas o adolescentes) a las que persiguen y toman sexualmente por la fuerza. Se trata de una pauta cultural tan internalizada que es vista como un juego juvenil y no como una actividad,

no ya delictiva, sino denigrante para las víctimas. La dificultad con que generalmente se tropieza en estos delitos es la denuncia necesaria por tratarse de abusos sexuales [...] Y se produce una paradoja porque en la cultura aborigen la mujer es dueña de su cuerpo desde la menarca [pero] cuando va a denunciar el hecho de haber sido violada se le pide a la menor que venga con los padres [...] que no lo hacen porque dan por sentado que la hija es libre sexualmente y es ella la que debe denunciar el hecho. (Del caso “González Rubén y otros s/abuso sexual” del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, Argentina.)

En significativo que se mencione el avasallamiento de los derechos de las mujeres de los pueblos originarios como una “pauta cultural” de los jóvenes “criollos”, naturalizando la agresión sexual a las mujeres al asimilarla a un juego. Es preocupante que esta afirmación no merezca ningún tipo de juicio de valor acerca de lo terrible de esta violencia cotidiana y cuasi deportiva que se ejerce sobre las mujeres jóvenes de los pueblos originarios, según la descripción realizada.

6. Reflexiones finales

La amplia variedad de decisiones que se incorporan periódicamente al Observatorio de Sentencias Judiciales permite analizar los modos en que, frente a un mismo derecho en juego, los tribunales toman decisiones diversas: desde la protección a la víctima, incluso por sobre su propia voluntad, hasta fallos en los que la violación a los derechos de las mujeres es flagrante.

Esta disparidad y riqueza de pronunciamientos en países que han ratificado la CEDAW (entre muchos otros instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos) muestra claramente la insuficiencia de contar con instrumentos internacionales específicos para considerar debidamente protegidos los derechos de las mujeres. La profusión de tratados internacionales de derechos humanos da cuenta de que no alcanza con su consagración normativa para que los mismos se vuelvan operativos.



La importancia de recopilar los discursos de los integrantes del Poder Judicial radica entonces en promover, replicar y mejorar, en la medida de lo posible, los buenos argumentos existentes para la protección de los derechos de las mujeres. Al mismo tiempo, el Observatorio de Sentencias Judiciales permite hacer visible en qué medida la CEDAW puede erigirse como instrumento útil para promover la protección de los derechos de las mujeres, aun cuando se advierte en las sentencias que esta Convención no ha sido mencionada

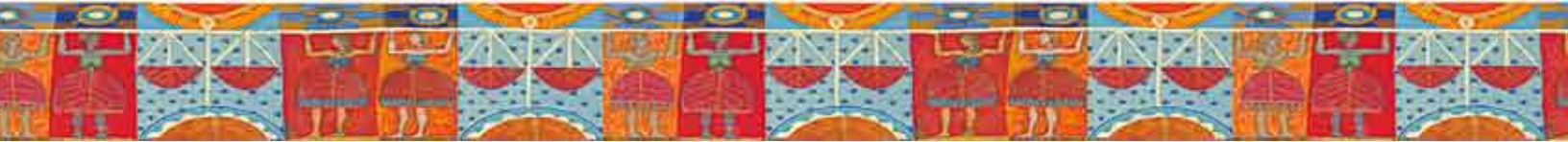
como base legal para las decisiones. Las decisiones relevadas en el Observatorio permiten también anticiparse a los argumentos regresivos de los que a veces hacen uso los operadores del derecho para elaborar herramientas superadoras.

Después de todo, el camino a partir del cual un derecho se hace efectivo es en la vía jurisdiccional: es allí donde, en última instancia, los derechos adquieren virtualidad o se convierten en letra muerta.



Bibliografía del módulo 4

- Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe Regional de Derechos Humanos de las Mujeres y Justicia de Género, 2001-2004*. Santiago: Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2005.
- Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2008*. Santiago: Articulación Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2009.
- Benvenuto Lima Jr, Jayme. *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales*. Diakonia, Secao Brasileira de Dereitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. Río de Janeiro: Renovar, 2001.
- Bovino, Alberto. “Delitos sexuales y justicia penal” en Haydee Birgin (comp.) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- CEJIL y Fundación Sueca para Derechos Humanos. *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires: CEJIL y Fundación Sueca para Derechos Humanos, 2007.
- Corporación Humanas. *Informe Regional 2007. Iguales en méritos, desiguales en oportunidades: acceso de las mujeres a los sistemas de administración de justicia*. Santiago: Corporación Humanas, 2007.
- Cuéllar, Roberto y Gilda Pacheco (coord.) *Derechos humanos de las mujeres: paso a paso. Guía práctica para el uso del derecho internacional de los derechos humanos y de los mecanismos para defender los derechos humanos de las mujeres*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Women, Law & Development International. Human Rights Watch Women’s Rights Project, 1999.
- Chiarotti, Susana y Verónica Matus. *Derechos Humanos de las Mujeres y las Niñas. Manual de la Capacitación*. Rosario, Argentina: Unión Europea. Instituto de Género, Derecho y Desarrollo, 2000.
- Gherardi, Natalia y Josefina Durán. “Observatorio de Sentencias Judiciales: una experiencia regional para el monitoreo y análisis de casos nacionales” Presentación del tema en el Seminario Taller Internacional con Juezas, Fiscalas y Defensoras Públicas La violencia contra las mujeres en el marco de tratados internacionales y regionales de protección en derechos humanos. Lima, Perú, del 21 al 23 de octubre de 2009. Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género.



Hercovich, Inés. “El enigma sexual de la violación”, en Birgin (comp.) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

Instituto Nacional de las Mujeres. *Compilación de los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México: Instituto Nacional de las Mujeres, 2004.

Zafforoni, Eugenio Raúl. “El discurso feminista y el poder punitivo” en Haydee Birgin (comp.) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000.



El conflicto entre principios constitucionales en el caso del delito de aborto por violación sexual*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que la violencia de género supone agresiones especialmente dirigidas a las mujeres, lo que las convierte en un mayor blanco de ataque por su condición de tales¹. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la violencia sexual ocurre en todas las culturas, en todos los niveles de la sociedad y en todos los países del mundo². La violación sexual no sólo tiene lugar en tiempos de paz, sino sobre todo durante los conflictos armados, en los cuales son las mujeres las víctimas más frecuentes de las distintas formas de violencia sexual. Por ello, la Corte IDH ha afirmado que durante tales conflictos las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como los actos de violencia sexual, pues las partes que se enfrentan utilizan esta clase de violencia como un medio de castigo y de represión³. Las cifras demuestran que la violencia sexual afecta a las mujeres en proporciones mucho mayores que a los hombres, siendo una de las formas en las que se manifiesta la violencia de género.

En este artículo me ocuparé de los argumentos que pueden invocarse en el debate sobre la des-

penalización del aborto en casos de violación sexual, haciendo hincapié en aquellos que han sido utilizados por el Tribunal Constitucional español, por la Corte Constitucional de Colombia y por la Suprema Corte de Justicia de México al resolver demandas de inconstitucionalidad en materia de despenalización del aborto⁴.

Aunque parezca obvio, al discutir sobre la constitucionalidad de la despenalización del aborto en casos de violación sexual conviene resaltar que la discusión no versa sobre la despenalización absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo, sino del aborto que se lleva a cabo en circunstancias extremas. Por otro lado, no deberían estar en juego en esta discusión los motivos religiosos o las convicciones personales sobre el aborto, sino aquellos argumentos que encuentran respaldo en la Constitución. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español, el aborto es un caso límite en el ámbito del Derecho porque, en primer lugar, el vínculo entre el *nasciturus* y la mujer gestante fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social, y, en segundo lugar, porque se trata de un tema en cuya considera-

* Artículo elaborado por Rocío Villanueva Flores, abogada peruana experta en Derechos Humanos.

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de enero de 2009, párrafos 279 y 280 (caso Ríos y otros vs. Venezuela) y sentencia de 28 de enero de 2008, párrafos 295 y 296 (caso Perozo y otros vs. Venezuela).

2 World Health Organization, 2003, p. 1.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrafos 223 y 224 (caso Miguel Castro Castro vs. Perú).

4 También pueden verse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (caso Roe vs. Wade, 1973) y del Tribunal Constitucional alemán (sentencia de 28 de mayo de 1993).

ción inciden, con más profundidad que en ningún otro, ideas, creencias, convicciones morales, culturales y sociales⁵. Sin embargo, en el debate constitucional hay que hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico⁶.

Tanto el Tribunal Constitucional español como la Corte Constitucional de Colombia han planteado que el análisis de la despenalización del aborto que se produce en determinados supuestos no puede ser realizado sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección del *nasciturus*, ya que ni la vida del no nacido puede prevalecer incondicionalmente frente a los derechos de la mujer; ni éstos pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*⁷. Nos encontramos, más bien, ante un conflicto entre bienes o derechos constitucionales, pues se da una colisión entre, por un lado, la protección que la Constitución brinda al no nacido⁸ y, por el otro, la que brinda a los derechos de la mujer (dignidad, integridad, honor, intimidad y libertad personal)⁹.

1. El conflicto entre principios constitucionales

Los derechos fundamentales son el ejemplo típico de principios constitucionales. Un principio, según Alexy, es una norma que ordena “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo

depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”¹⁰.

Los principios constitucionales pueden entrar en conflicto pues, por ejemplo, las Constituciones reconocen la libertad de expresión pero también el derecho a la intimidad, la libertad de empresa pero también el derecho a la no discriminación, el derecho a la diversidad cultural pero igualmente el libre desarrollo de la persona, etc. Si bien entre estas normas no se advierte ninguna contradicción en abstracto (no es contradictorio que el ordenamiento jurídico proteja la libertad de expresión y el derecho a la intimidad), pueden generarse conflictos en supuestos concretos. Estos supuestos son los siguientes¹¹:

- (a) Cuando en el enjuiciamiento de una conducta particular se confrontan el derecho constitucional que ampara esa conducta con otro bien o derecho constitucional, que resulta afectado o limitado por ella¹². Este tipo de conflicto puede presentarse, por ejemplo, cuando un periodista, amparado por el derecho de libertad de expresión, publica una información sobre la vida privada de una persona, que tiene derecho a la intimidad.
- (b) Cuando en el enjuiciamiento de una norma, medida o decisión pública, se confrontan el derecho o bien constitucionalmente protegido por ella y otro bien o derecho constitucional que resulta afectado o limitado por la misma¹³. Este tipo de conflicto es el que se presenta con el delito de aborto por violación sexual, tipificado en el inciso 1) del artículo

5 STC 53/85 del Tribunal Constitucional español, fundamento jurídico 1.

6 *Op. cit.*

7 STC 53/85 y sentencia C-355/06, respectivamente.

8 Constitución peruana: Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

9 Estos derechos están reconocidos en los artículos 1° y 2° incisos 1) y 7) de la Constitución.

10 Alexy, 1997, p. 86. Alexy afirma que los principios no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. *Op. cit.*, p. 99.

11 Gascón Abellán y García Figueroa, 2005, p. 304.

12 *Op. cit.*, p. 304.

13 *Idem*.



120° del Código Penal peruano. Este artículo establece que el aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: “1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente [...]”. Si bien la mencionada norma tiene como finalidad garantizar la protección que la Constitución brinda al *nasciturus*, esa protección colisiona con los derechos a la dignidad, intimidad, honor, integridad y libertad personal de la mujer, que también se encuentran protegidos por la Constitución.

Los supuestos de confrontación entre principios constitucionales son múltiples¹⁴. La técnica que se usa, especialmente por los tribunales constitucionales, para resolver el conflicto entre principios “es la que se conoce con el nombre de ponderación”¹⁵, “aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad”¹⁶. A los conflictos que se originan entre principios constitucionales se les denomina antinomias contingentes o en concreto, o antinomias externas o propias del discurso de aplicación¹⁷.

Los conflictos entre principios constitucionales han cobrado una especial relevancia en el marco de la aplicación de las Constituciones caracterizadas por un importante contenido sustantivo y dotadas de una fuerza jurídica desconocidos en el

viejo constitucionalismo¹⁸. Por ello, se afirma que la ponderación es uno de los rasgos centrales de la aplicación del Derecho en la cultura del constitucionalismo¹⁹, a través de la cual se resuelven los conflictos entre normas de un mismo rango o jerarquía y respecto de las cuales no hay una especificación de los supuestos de prioridad²⁰. Habida cuenta de la naturaleza constitucional de los principios en conflicto, la colisión o antinomia entre ellos no se resuelve declarando la invalidez de uno de los principios constitucionales, ni concibiendo uno de los principios como excepción permanente del otro²¹.

De acuerdo con Guastini, la ponderación consiste en atribuir a los principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil. Para ello, hay que tener en cuenta que:

- (a) Instituir una jerarquía axiológica móvil consiste en atribuir —por el intérprete— “a uno de los dos principios en conflicto mayor ‘peso’, es decir, mayor valor, respecto del otro”²². El principio dotado de mayor peso prevalece, mientras que el otro se deja de lado. Sin embargo, ello no significa declarar inválido el principio desplazado, sino “lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro”²³. Debe resaltarse que a través de la ponderación no siempre se logra armonizar o conciliar los principios en pugna, pues ella puede desembocar en el triunfo de alguno de ellos y en el sacrificio de otro²⁴. De ahí que el Tribunal Constitucional español haya sostenido lo siguiente:

14 *Ibid.*

15 Guastini, 2003, p. 145.

16 Prieto Sanchís, 2003, p. 189.

17 *Op. cit.*, p. 178.

18 Prieto Sanchís, 2008, p. 94.

19 Zagrebelsky, 2002, pp. 147-150.

20 Prieto Sanchís, 2008, p. 97. A diferencia de los conflictos entre principios, los conflictos entre reglas se solucionan aplicando los criterios jerárquico, cronológico y de especialidad. A las antinomias entre reglas se las denomina antinomias en abstracto, internas o propias del discurso de validez.

21 *Op. cit.*, p. 94.

22 Guastini, *op. cit.*, p. 145.

23 Alexy, 1997, p. 89.

24 Prieto Sanchís, 2003, p. 189.



El intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos²⁵.

Una de las características más resaltantes de los derechos fundamentales es que son limitables (no absolutos), y, por lo tanto, pueden no sólo verse sujetos a restricciones, sino que incluso pueden ser desplazados cuando entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales.

- (b) Una jerarquía móvil es una relación de valor mudable, que vale para el caso concreto pero que puede cambiar o invertirse en un caso concreto distinto. Por ello, si en un determinado caso se ha atribuido mayor peso al principio constitucional A en relación al principio constitucional B, nada impide que en otro caso se atribuya mayor peso al principio constitucional B y menor peso al principio constitucional A.

De acuerdo con Alexy, la ponderación consiste en determinar cuál de los intereses en colisión, “abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”²⁶. La solución de la colisión consiste en que, “teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras *condiciones*, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”²⁷.

Las reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad)

En resumen, puede afirmarse que la ponderación consiste “en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”²⁸.

Cuando una ley es enjuiciada por un Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema, dependiendo del país, la ponderación da lugar a una declaración de invalidez de la norma cuando se estime que su aplicación resulta injustificadamente lesiva para uno de los principios en juego²⁹.

Las sentencias que expiden los tribunales constitucionales cuando resuelven demandas de inconstitucionalidad evidencian que el control de constitucionalidad de las leyes no se limita a comparar la ley enjuiciada con las disposiciones constitucionales que aparentemente vulnera, y a resolver su aparente incompatibilidad aplicando el criterio jerárquico para resolver antinomias, sino que el razonamiento que llevan a cabo es bastante más complejo. Esta mayor complejidad obedece, al menos, a dos razones. La primera, a la indeterminación de los contenidos materiales de la Constitución, que suele dificultar establecer aquello que la Constitución ordena, prohíbe o permite, como ocurre con el derecho a la vida. La segunda razón obedece a que la Constitución contiene, como se ha afirmado, preceptos susceptibles de entrar en colisión³⁰.

En países como Alemania³¹, España³² o Colombia³³, la ponderación ha sido objeto de una elabo-

25 STC 53/1985, fundamento jurídico 9.

26 Alexy, 1997, p. 90.

27 *Op. cit.*, p. 92.

28 Bernal Pulido, *op. cit.*, 2005, p. 97.

29 Prieto Sanchís, 2003, p. 194.

30 Lopera Mesa, 2005, pp. 39-40.

31 Alexy, 2004, pp. 39 y ss.

32 Prieto Sanchís, 2003, pp. 199 y ss.

33 Bernal Pulido, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

ración jurisprudencial detallada por parte de los tribunales o cortes constitucionales. Los pasos (o subprincipios) de la ponderación que permiten establecer la constitucionalidad o legitimidad de una ley que afecta o limita derechos son los siguientes³⁴:

- (a) **Fin legítimo.** La ley enjuiciada debe presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento para la afectación o limitación de un derecho³⁵.
- (b) **Idoneidad o adecuación.** La ley enjuiciada debe ser idónea, apta o adecuada para la protección o consecución del fin legítimo. Si la ley no es adecuada para la realización del fin, ello significa que la ley en cuestión resulta indiferente para este último, y como sí afecta a otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención. No se puede afectar un derecho si con ello no se gana nada. El subprincipio de idoneidad es un criterio negativo que permite determinar qué medios no son idóneos; su función no es determinar qué medios son más idóneos y eficaces, sino excluir aquellos claramente ineficaces³⁶. El juicio de idoneidad es de carácter técnico y empírico³⁷.
- (c) **Necesidad.** Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que entre dos medios igualmente idóneos, se escoja el más benigno con el derecho fundamental afectado. Según Prieto Sanchís, la aplicación del subprincipio de necesidad invita a los jueces a imaginar o

pronosticar si el fin legítimo podría alcanzarse con una medida menos lesiva³⁸.

- (d) **Test de proporcionalidad en sentido estricto.** Ha de acreditarse que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la ley o medida limitadora examinada, en orden a la protección de un derecho o bien constitucional, y los daños que de esa ley o medida se derivan para el ejercicio de otro derecho o bien constitucional. “En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular [...]”³⁹. De acuerdo con Alexy, “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la satisfacción del otro”⁴⁰. Prieto Sanchís afirma que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entraña un juicio normativo o jurídico, “pues ya no se trata de indagar si en la práctica o desde un punto de vista técnico la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión. Se trata, en suma, de determinar el peso definitivo que en el caso concreto tienen ambos principios, un peso definitivo que no coincide necesariamente con su peso abstracto [...] sino que se obtiene de esa valoración conjunta y relativa entre satisfacción y sacrificio”⁴¹.

34 Véanse Alexy, 1997, pp. 111 y ss; Prieto Sanchís, pp. 199 y ss; Gascón Abellán y García Figueroa, *op. cit.*, pp. 308 y ss. Algunos autores se refieren a tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, aunque al explicar el primer subprincipio afirman que “la medida debe ser apta para alcanzar el fin pretendido”; véase, por ejemplo, Aguado Correa, 1999, p. 147.

35 Lopera Mesa, 2005, p. 40.

36 Alexy, 2004, p. 41.

37 Prieto Sanchís, 2008, p. 111.

38 *Op. cit.*, p. 111.

39 Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 67.

40 Alexy, 1997, p. 161.

41 Prieto Sanchís, 2008, p. 112.

2. El juicio de proporcionalidad en la legislación penal

Tanto el Tribunal Constitucional español como la Corte Constitucional de Colombia han señalado que, si bien el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la configuración de los delitos y el establecimiento de las penas, esta discrecionalidad no es absoluta, ya que “encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas”⁴². Dado que toda ley penal es una intervención en la libertad personal o en el derecho que resulte afectado (la propiedad en el caso de una multa), estas restricciones deben estar siempre fundamentadas en favorecer a otros derechos o bienes constitucionales y deben ser proporcionadas⁴³. La “prohibición de exceso” actúa “como límite a la criminalización de conductas que el legislador lleva a cabo a través de la creación de tipos penales [...]”⁴⁴.

Para que las restricciones a los derechos fundamentales originadas en una norma penal sean válidas en un Estado constitucional, también deben cumplir con los subprincipios del principio de proporcionalidad, que en el ámbito penal implican lo siguiente:

Finalidad legítima

En primer lugar, es preciso establecer qué bien o bienes jurídicos busca proteger el legislador a través de la ley o norma penal enjuiciada, es decir, identificar los principios constitucionales que constituyen la razón de ser o fin de la ley enjuiciada. Se trata de verificar si la protección penal de ese bien o bienes encuentra cobertura constitucional. Por el contrario, no se cumpliría con este

subprincipio si es que es posible sustentar que la protección penal de ese bien o bienes está prohibida por la Constitución de manera definitiva⁴⁵.

Dado el carácter abierto e indeterminado de las normas constitucionales, no resulta difícil sustentar que una ley se dirige a la protección de un principio constitucional.

Idoneidad

En segundo lugar, debe acreditarse que la medida legislativa es idónea para conseguir el fin legítimo. El Derecho Penal debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz para prevenir el delito, pues debe evitarse su intervención cuando sea inoperante o ineficaz. La justificación de dicha intervención se pierde si es que se demuestra que la norma penal es inútil, por ser incapaz de servir para evitar el delito⁴⁶.

De acuerdo con Lopera Mesa, el contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción. Cuando el juicio de idoneidad se proyecta sobre la norma de conducta, habrá que verificar si la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar el bien jurídico que se pretende tutelar. En este caso, el subprincipio de idoneidad acoge las exigencias derivadas del principio de lesividad⁴⁷.

En el segundo supuesto, es decir cuando el juicio de idoneidad se proyecta sobre la sanción, el subprincipio “exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida”⁴⁸. Se trata de examinar la eficacia preventiva, los efectos preventivos generales de la norma enjuiciada⁴⁹.

42 Sentencia C-355/06, fundamento 8.

43 Bernal Pulido, 2005, pp. 124-125.

44 Aguado Correa, *op. cit.*, p. 114.

45 Lopera Mesa, 2005, p. 41.

46 Aguado Correa, *op. cit.*, pp. 151-152.

47 Lopera Mesa, 2005, p. 41.

48 *Op. cit.*, p. 42.

49 Para Lopera Mesa la única exigencia de prevención especial que cobra importancia en el control abstracto es la derivada del mandato constitucional de resocialización, razón por la cual hay que excluir del conjunto de medios penales idóneos aquellas sanciones abiertamente desocializadoras [sic], como la cadena perpetua.



Aguado Correa recuerda que “el carácter de pronta e ineludible que se predica de la pena, se deriva tanto de la finalidad de prevención general como de la prevención especial”⁵⁰.

Necesidad

En tercer lugar, hay que verificar que la disposición penal enjuiciada sea la menos gravosa entre los medios alternativos para conseguir el fin legítimo. Para ello, hay que tomar en cuenta dos parámetros: su idoneidad para lograr el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la disposición penal enjuiciada⁵¹.

En materia penal, este subprincipio está estrechamente vinculado con el principio de intervención mínima, de acuerdo con el cual el derecho penal sólo debe intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos penales, pues todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico⁵². Sin embargo, como sostiene Aguado Correa, “la existencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal no es suficiente para justificar la creación de un tipo penal: el bien jurídico debe necesitar protección penal para llegar a convertirse en un bien jurídico penal”⁵³. Igualmente, conviene recordar, como lo ha hecho la Suprema Corte de Justicia de México, “que la mera existencia de un derecho fundamental no implica la penalización de una conducta que lo afecte”⁵⁴.

Si bien el legislador cuenta con un amplio margen de libertad para la selección de los bienes jurídicos a ser protegidos por el Derecho Penal, “no cuenta con una discrecionalidad absoluta para

definir los tipos delictivos, por cuanto encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas”⁵⁵.

El principio de intervención mínima del Derecho Penal se subdivide en el principio de fragmentariedad y en el principio de subsidiaridad. De acuerdo con el principio de fragmentariedad, los bienes jurídicos sólo merecen protección penal frente a los ataques que revisten cierta gravedad, mientras que el principio de subsidiaridad (carácter *ultima ratio*) determina que “sólo están necesitados de protección penal aquellos bienes jurídicos merecedores de la misma, que no pueden ser tutelados por otros medios menos lesivos”⁵⁶.

Cuando se analiza el subprincipio de necesidad resultan muy relevantes las investigaciones socioempíricas que puedan ilustrar en qué medida es necesario el Derecho Penal para conseguir los fines de prevención y en qué medida las políticas sociales o las sanciones civiles o administrativas, siendo igualmente idóneas o eficaces para conseguir esos fines, constituyen una alternativa menos gravosa⁵⁷. Se trata de un tema que forma parte de las decisiones que toma el Estado en el ámbito de la política criminal.

El subprincipio de necesidad también puede proyectarse sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción. En el primer caso, el subprincipio exige acreditar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico, pero menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal. En este primer supuesto, las exigen-

50 Sentencia C-355/06, fundamento 8.

51 *Op. cit.*, p. 42.

52 *Op. cit.*, pp. 159-161. Por ello, Aguado Correa señala que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se corresponde con el principio de ofensividad ya que todo delito debe comportar la lesión puesta en peligro de un bien jurídico.

53 Aguado Correa, *op. cit.*, p. 216.

54 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, considerando octavo, Planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida, I. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana?

55 Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia, fundamento 8.

56 Aguado Correa, *op. cit.*, p. 217.

57 *Op. cit.*, p. 239.

cias del subprincipio de necesidad se asocian a las del principio de fragmentariedad⁵⁸.

En palabras de Lopera Mesa, el juicio de necesidad debe orientarse “a establecer si aquellas modalidades de regulación alternativa resultan ser globalmente más eficientes, lo que ocurrirá cuando éstas se limiten a excluir del ámbito de lo punible las conductas que carecen de suficiente relevancia social para ser reguladas a través del derecho penal. Relevancia social que, a su vez, se determina en función de los criterios de merecimiento y necesidad de la pena: mientras que el primero de éstos atiende a la importancia del bien jurídico y la gravedad del ataque, de modo tal que a menor importancia del bien jurídico, más graves deben ser los ataques contra el mismo para que se consideren penalmente relevantes, el segundo de ellos obliga a considerar la frecuencia de afectación del bien jurídico a través de la conducta incriminada o los efectos secundarios lesivos que puede desencadenar su prohibición penal”⁵⁹.

Por su parte, cuando el subprincipio de necesidad se proyecta sobre la norma de sanción incorpora las exigencias del principio de subsidiariedad, las mismas que se traducen en:

- (a) Búsqueda de alternativas al derecho penal, que incluyen sanciones extrapenales (como las de tipo administrativo) o medidas no penales (como las medidas de política social o las campañas socioeducativas). Sin embargo, Lopera Mesa reconoce ciertas dificultades en la comparación de estas medidas no penales y la norma enjuiciada, habida cuenta, por ejemplo, de la heterogeneidad de las primeras o del hecho de que puedan contener opciones distintas u opuestas a la contenida en la ley cuestionada. Por ello, sostiene que el juicio de necesidad que lleva a cabo el Tribunal Consti-

tucional debe limitarse a “indagar si la norma penal enjuiciada estuvo precedida o acompañada de otro tipo de medidas no sancionadoras dirigidas a proteger el bien jurídico cuya tutela sirve de fundamento a la intervención penal”⁶⁰.

Es importante destacar que no es posible fundamentar la necesidad de la pena alegando que (i) la importancia social del bien jurídico se vería disminuida si es que se lo protege a través de medidas no penales, o (ii), que se requiere mantener una medida penal para expresar repudio frente a las conductas disvaliosas. Este tipo de alegatos supone que el derecho penal puede ser utilizado de manera simbólica, lo que está vedado precisamente porque la fundamentación de la intervención penal radica en su capacidad preventiva⁶¹.

- (b) Búsqueda de penas alternativas, esto es, si tras la comparación con otras medidas extrapenales no se logra desvirtuar la necesidad de recurrir al derecho penal, corresponde determinar si es posible obtener el mismo efecto preventivo con una sanción penal menos drástica⁶². Por otro lado, es posible sostener la inconstitucionalidad, por innecesaria, de una norma penal que aumente la pena de un delito, cuando “no se logre establecer, con base en premisas dotadas de respaldo empírico, una mayor idoneidad preventiva de la nueva pena respecto de la anterior”⁶³.

En síntesis, el carácter *ultima ratio* del Derecho Penal exige que las penas, que son la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de las personas, sean el último instrumento para prevenir los ataques contra los bienes fundamentales de una sociedad. Al constituir la imposición de la pena una intromisión manifiesta y grave del Estado en los derechos

58 Lopera Mesa, 2005, p. 42.

59 *Op. cit.*, pp. 42-43.

60 *Op. cit.*, p. 43.

61 *Op. cit.*, p. 44.

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*



fundamentales de las personas, debe tomar en cuenta los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. El Derecho Penal no puede ser utilizado como una herramienta simbólica; por el contrario, debe servir para sancionar aquellas conductas que impliquen un perjuicio insoportable para la coexistencia social y cuando, además, no sea posible recurrir a otras formas de control menos agresivas.

Proporcionalidad en sentido estricto

Por último, la aplicación de este subprincipio “requiere efectuar una ponderación entre los principios que operan a favor y en contra de la constitucionalidad de la ley enjuiciada, esto es, entre los derechos fundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de la pena aplicable y entre el bien o los bienes jurídicos que se aducen como fundamento de la intervención legislativa”⁶⁴. Como afirma Lopera Meza, “se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos”⁶⁵.

Para determinar el peso de los principios en juego, Lopera Meza, siguiendo a Alexy, propone emplear las siguientes tres variables:

- (a) El grado de afectación-satisfacción que se alcanza en cada uno de ellos en virtud a la norma enjuiciada.
- (b) El peso abstracto de cada uno de ellos, que se vincula a la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de aquellos protegidos por la norma enjuiciada.

- (c) La seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención legislativa. La comprobación de que el legislador no ha utilizado el derecho penal como *prima* o *única ratio* sí debilita la certeza de las premisas que sustentan la intervención legislativa⁶⁶.

3. La aplicación del test de ponderación a la penalización del aborto por violación sexual

Antes de aplicar el test de ponderación, conviene recordar que todos los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía y no son absolutos, tal como lo han sostenido el Tribunal Constitucional español, la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México⁶⁷. Tanto la Corte Constitucional de Colombia cuanto la Suprema Corte de Justicia de México han señalado que los tratados internacionales en materia de derechos humanos no brindan una protección absoluta al derecho a la vida⁶⁸.

Por otro lado, cuando se analiza la penalización del aborto por violación debe tenerse en cuenta que se trata de una situación extrema, de características singulares. En primer lugar, la mujer se encuentra en estado de gestación contra su voluntad, con frecuencia embarazada de su propio padre o de un familiar cercano. En segundo lugar, la continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias permanentes y profundas para una mujer, que sólo recaen en ella, independientemente de que cuente con el apoyo de otras personas para su continuación⁶⁹. En tercer lugar,

64 Lopera Mesa, 2006, p. 499.

65 Lopera Mesa, 2005, p. 46.

66 *Op. cit.*, p. 43.

67 STC 53/85, fundamento jurídico 9, C-355/06, fundamento 6 y fundamento 6 y Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, considerando octavo, Planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida, I. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana? C).

68 Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia, fundamento 6 y Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, considerando octavo, Planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida, I. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana? C).

69 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, de 28 de agosto de 2008, considerando octavo, Planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida, II. ¿Violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?

imponer la obligación de llevar a término el embarazo producto de un delito supone exigir a la mujer un comportamiento heroico, exigencia que no se aprecia en ninguna otra norma del Código Penal. En cuarto lugar, no suele haber interés estatal en perseguir penalmente a las mujeres que abortan a consecuencia de una violación sexual. Como veremos a continuación, éstas y otras consideraciones van a ser tomadas en cuenta al aplicar el test de ponderación a la disposición penal que sanciona el aborto por violación sexual.

Finalidad legítima

Este subprincipio se cumple, pues la finalidad de la disposición penal es proteger la vida del que está por nacer. El Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional de Colombia han afirmado que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido⁷⁰.

Idoneidad

Para Aguado Correa, un ejemplo en que una concreta tipificación de un delito se muestra ineficaz es la regulación del aborto cuando existe una elevada cifra negra de la comisión del delito⁷¹. Esa es la realidad en América Latina. En efecto, se sabe que, a pesar de las normas penalizadoras del aborto, éste se lleva a cabo clandestinamente, siendo además una de las principales causas de mortalidad materna en nuestra región. La penalización del aborto no evita la comisión del delito; por el contrario, tiene un resultado contraproducente pues las mujeres más pobres acaban muertas por someterse a prácticas inseguras. Según la OMS, alrededor de 70.000 mujeres mueren anualmente debido a las complicaciones del aborto inseguro⁷². Para esta organización, los abortos llevados

a cabo en un contexto de ilegalidad son probablemente inseguros, realizados por personas no cualificadas y en condiciones antihigiénicas. Las mujeres pobres y aquellas afectadas por crisis y conflictos son las que están particularmente en riesgo⁷³.

La Suprema Corte de Justicia de México afirma que la penalización del aborto en una etapa primaria del embarazo no resulta idónea para salvaguardar la protección del embarazo, ya que es una realidad social que las mujeres que no quieren ser madres recurren al aborto clandestino, “con el consiguiente detrimento para su salud e incluso, con la posibilidad de perder sus vidas”⁷⁴. Sostiene, por el contrario, que la penalización, “lejos de impedir que las mujeres recurran a la interrupción voluntaria del embarazo de una manera segura, las orilla a someterse a procedimientos médicos en condiciones inseguras en las que, incluso, ponen en riesgo su vida”⁷⁵.

La norma que penaliza el aborto por violación no es idónea porque no es eficaz para proteger al *nasciturus*.

Necesidad

Como se acaba de señalar, la disposición que penaliza el aborto en casos de violación sexual no se cumple, razón por la cual no es eficaz para proteger al que está por nacer. En los casos peruano y chileno, la situación se agrava pues los respectivos tribunales constitucionales han prohibido la distribución gratuita de la anticoncepción oral de emergencia (AOE)⁷⁶. Si la AOE fuera accesible, algunas víctimas de violación sexual podrían evitar un embarazo no deseado.

70 STC 53/1985, fundamento jurídico 7 y C-355, fundamento 5, respectivamente.

71 Aguado Correa, *op. cit.*, p. 154.

72 World Health Organization, 2009, p. 42.

73 *Op. cit.*, pp. 42-43.

74 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, considerando octavo, Planteamientos de fondo e relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida, I. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana?

75 *Op. cit.*

76 Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional peruano de 16 de octubre de 2009 (Expte. N° 02005-2009-PA/TC) del Tribunal Constitucional chileno de 18 de abril de 2008.



La prohibición de acceder gratuitamente a la AOE es evidencia de que el derecho penal está siendo utilizado como *prima ratio* y no como *ultima ratio*. A esta consideración se aúna el hecho de que no existen políticas sociales por parte del Estado para apoyar a la mujer que decide continuar con el embarazo.

Por otro lado, al analizar la aplicación del aborto por violación sexual hay que tener en cuenta la situación excepcional y extremadamente difícil en la que se encuentra la víctima, que determina que la decisión de interrumpir el embarazo no sea reprochable y, por tanto, la mujer no merezca una sanción. El Tribunal Constitucional alemán ha afirmado que “la posición jurídica de la mujer permite que en situaciones excepcionales sea admisible no proteger al que está por nacer, siendo competencia del legislador, atendiendo al criterio de no exigibilidad, la determinación de estos supuestos excepcionales”⁷⁷. En ese mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha afirmado que “existen situaciones singulares o excepcionales respecto de las que el legislador no puede emplear la máxima constricción —la sanción penal—, para imponer la conducta que, en otros supuestos, sería exigible; pero que no lo es en ciertos supuestos concretos [...]”⁷⁸. En tales situaciones no se justifica imponer la máxima constricción del Estado, esto es, una sanción penal.

En efecto, en un Estado constitucional de derecho no se puede obligar a los individuos a tener comportamientos heroicos o propios de mártires, sino los que corresponden a una persona común, ya que tales comportamientos exceden “lo que razonablemente la moral y el derecho pueden exigir”⁷⁹. Una mujer que ha quedado

embarazada a causa de una violación sexual “no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación”.⁸⁰ La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser interpretados “de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social”⁸¹.

El Tribunal Constitucional español también se ha referido a la inexigibilidad de un comportamiento distinto a la mujer que se encuentra embarazada a consecuencia de una violación sexual: “el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la propor-

77 Véase Domingo, 1994, p. 275.

78 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, considerando noveno, Planteamiento de fondo en relación con los principios en materia penal, II. Proporcionalidad de las penas. En idéntico sentido véase la STC 53/1985, fundamento jurídico 9.

79 Sentencia C-563/95 de la Corte Constitucional de Colombia, fundamento 3.

80 Aclaración de voto a la Sentencia C-647/01 de la Corte Constitucional de Colombia, magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda y Clara Inés Vargas Hernández.

81 Sentencia C-355/06, fundamento 5.

cionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado”⁸².

Por su parte, en relación a la despenalización del aborto durante el primer trimestre, la Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que “no parece existir ninguna razón jurídicamente argumentable que nos indique que no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del Legislador democrático, un reproche social”⁸³.

La sanción penal “no puede ignorar la racionalidad y la necesidad pues, de lo contrario, se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza como inmediato fundamento de la sanción”⁸⁴. Por el contrario, el principio de *ultima ratio* en el derecho penal obliga a que las penas sean el último de los instrumentos estatales para prevenir los ataques contra los bienes jurídicos, debiendo ser esta intrusión la mínima posible⁸⁵. La leve pena establecida para el aborto por violación sexual en el caso peruano (no mayor a tres meses de pena privativa de libertad), también pone de manifiesto que se está utilizando el derecho penal como una herramienta simbólica y no como mecanismo de *ultima ratio*.

Proporcionalidad en sentido estricto

La aplicación de este subprincipio requiere establecer si el grado de afectación de los derechos

de la mujer se ve compensado con el grado de satisfacción de la protección de la vida del *nasciturus*.

(a) **El grado de afectación-satisfacción que para los principios constitucionales en conflicto se deriva de la norma penal que sanciona el aborto por violación sexual**

En el caso peruano, si bien la sanción para la mujer que aborta a consecuencia de una violación sexual es mínima, y por lo tanto podría afirmarse que el grado de afectación en la libertad personal es leve, lo cierto es que la satisfacción de la protección de la vida del *nasciturus* no se da, pues la disposición es ineficaz.

A diferencia de lo que ocurre en el Perú, en Estados Unidos de Norteamérica, España, Alemania y Colombia, por poner sólo algunos ejemplos, las víctimas de violación sexual pueden interrumpir su embarazo. Según Lopera Mesa, la “afectación de derechos se considerará especialmente intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida en otros ordenamientos para el mismo delito [...]”⁸⁶.

(b) **El peso abstracto de los principios constitucionales en juego, es decir, la importancia material de los derechos de la mujer afectados y de la protección constitucional de la vida del que está por nacer**

Afirma Lopera Mesa que, “pese a la igual jerarquía formal de los principios en colisión, la importancia de cada uno de ellos desde el punto de vista material puede ser diferente, de acuerdo con el distinto valor que les atribuyan los participantes en la práctica constitucional”⁸⁷.

82 STC 53/1985, fundamento 9.

83 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, considerando noveno, Planteamientos de fondo en relación con los principios en materia penal, II. Proporcionalidad de las penas.

84 *Op. cit.*

85 *Op. cit.* Véase también la sentencia C-355/06 fundamento 5.

86 Lopera Mesa, 2005, p. 46.

87 *Ibid.*



En el caso del Perú, conviene recordar que en julio de 1990 se publicó un proyecto de ley de modificación del Código Penal de 1924, que proponía la despenalización del aborto terapéutico en casos de violación sexual y cuando el feto tuviera graves taras físicas o psíquicas. En 2009, la Comisión Revisora del Código Penal —integrada por congresistas, representantes del Ministerio de Justicia, del Colegio de Abogados, la Defensoría del Pueblo y de las universidades— ha vuelto a proponer la despenalización del aborto en los mencionados tres supuestos. Esta posición coincide con la opinión mayoritaria de la doctrina penal sobre el tema.

Una vez más, a la luz de la jurisprudencia constitucional comparada, es posible sostener que, en determinadas circunstancias, el peso de la protección de la vida del no nacido es menor al peso de los derechos de la mujer. En dicha jurisprudencia se ha sostenido que:

- (a) “La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que *tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital*” (el énfasis es nuestro)⁸⁸.
- (b) Si bien el ordenamiento jurídico otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la vida humana. Tanto es así que en la mayor parte de legislaciones las sanciones para el homicidio e infanticidio son mayores que para el aborto⁸⁹.

- (c) Se justifica que el procedimiento para abortar se lleve a cabo durante las doce primeras semanas pues es el período embrionario y no el fetal, “antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción”⁹⁰.
- (d) “Del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos. En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo, no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo”⁹¹.
- (e) Si bien el Congreso debe dar leyes para cumplir con el deber de proteger la vida, “esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”⁹².

La penalización del aborto en casos de violación sexual colisiona con los derechos a la dignidad, a la integridad física y moral, a la intimidad, al honor y a la libertad personal de la mujer. En la jurisprudencia constitucional comparada también se

88 STC 53/85 del Tribunal Constitucional español, fundamento jurídico 5. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que “la vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta”; véase la sentencia C-355/06, fundamento 5.

89 Sentencia C-355/06, fundamento 5.

90 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, considerando octavo, Planteamientos de fondo e relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida, I. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana?

91 *Op. cit.*

92 Sentencia C-355/06, fundamento 5. En igual sentido véase la STC 53/85, fundamento jurídico 7.

han desarrollado argumentos para otorgar mayor peso a los derechos de la mujer en este caso:

- (a) La despenalización del aborto es idónea para salvaguardar los derechos de la mujer, “pues la despenalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida, pues no podemos desconocer que aún en la actualidad [...] existe mortalidad materna”⁹³.
- (b) El legislador puede excluir en supuestos determinados la vida del *nasciturus* de la protección penal, como ocurre cuando colisiona “con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego”⁹⁴.
- (c) La dignidad personal protege “la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”⁹⁵.
- (d) La dignidad humana prohíbe asignar a la mujer roles de género, estigmatizantes o inflingirle sufrimientos morales deliberados⁹⁶.
- (e) “El legislador, al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.”⁹⁷
- (f) En el supuesto de aborto por violación sexual, “basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexcusable; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos”⁹⁸.
- (g) Es evidente que hay situaciones que afectan a las mujeres de manera diferente, “como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción”⁹⁹.

93 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, considerando octavo, Planteamientos de fondo e relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida, I. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana?

94 STC 53/85, fundamento 9.

95 Sentencia C-355/06, fundamento 8. I.

96 *Op. cit.*

97 *Op. cit.*

98 STC 53/85, fundamento jurídico 10.

99 Sentencia C-355/06, fundamento 7.



- (h) La maternidad es una opción de vida que corresponde al fuero interno de cada mujer, que se halla protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁰⁰.
- (i) El Estatuto de Roma “reconoce por primera vez que las violaciones a la autodeterminación reproductiva de las mujeres, tanto el *embarazo forzado* como la esterilización forzada, se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario” (el énfasis es nuestro)¹⁰¹.

Otro argumento a favor del mayor peso de los derechos de la mujer en el caso de la despenalización del aborto por violación sexual lo constituyen las recomendaciones de los comités de las Naciones Unidas que supervisan el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Humanos (Comité de Derechos Humanos), de la Convención contra la Tortura (CAT) y de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Como ha sucedido en otros países de la región, estos comités han recomendado que el Perú revise su legislación penal en materia de aborto.

(c) *La seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la disposición penal que sanciona el aborto por violación sexual*

Como se ha señalado, se sabe que el aborto clandestino es una grave causa de mortalidad materna, lo que demuestra que las disposiciones que penalizan el aborto que se realiza en circunstancias extremas son ineficaces. Por otro lado, es fácilmente comprobable que no hay políticas sociales de apoyo para la mujer que decide continuar con su embarazo.

En conclusión, es desproporcionado dar una preeminencia absoluta a la protección del *nasciturus* frente a los derechos de la mujer víctima de una violación sexual, pues estos derechos son afectados sin que se logre la protección del no nacido. Sin embargo, que la disposición que sanciona a la mujer que aborta porque quedó embarazada a causa de una violación sexual sea inconstitucional, no es óbice para que el Estado lleve a cabo políticas sociales para apoyar a la mujer que, en esas circunstancias extremas, decide continuar con el embarazo.

100 *Op. cit.*, fundamento 8.2.
101 *Op. cit.*



Bibliografía

- Alexy, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión, 2005.
- Domingo, Rafael. “El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 N° 2, 1994.
- Gascón Abellán, Marina y Alfonso García Figueroa. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra, segunda edición corregida, 2005.
- Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, primera reimpresión, 2003.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- Lopera Mesa, Patricia. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en *Jueces para la Democracia* N° 53, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell (editor). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, 2008.
- World Health Organization. *Women and Health. Today’s Evidence Tomorrow’s Agenda*. Ginebra: WHO, 2009.
- World Health Organization. *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*. Ginebra: WHO, 2003.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2002.



ANEXOS



Anexo I

Ejercicio de caso

Violencia desarrollo y tratamiento en el ámbito de Naciones Unidas

M.A. es una mujer extranjera que ingresó al país a la edad de doce años. Su padre, quien abusaba sexualmente de ella, la vendió a un señor por 5.000 dólares americanos. Ingresó al país con un pasaporte falso y sin ningún documento original de identidad. No se atrevió a decir nada en el paso fronterizo por temor a que la devolvieran a su padre; pensó que le iría mejor con otra persona.

En el país fue entregada al señor Manuel Rodríguez González, que la recibió en su casa como su trabajadora de casa particular, aunque nunca le pagó sueldo. Rodríguez González la encerraba cuando no estaba en la casa.

Rodríguez González abusó sexualmente de M.A. en repetidas ocasiones, y le propuso que si ella estaba dispuesta a tener relaciones sexuales con él y a ser su pareja, más adelante él la ayudaría a sacar sus documentos de identidad. M.A. se rehusó y fue víctima de violencia física, le propinó serios golpes que la dejaron con moretones y, como resultado de su negativa, no la dejó salir de la casa durante casi un año. M.A. era víctima de insultos frecuentes. Rodríguez González tenía un arma y la amenazaba con matarla si intentaba escapar. En ese entonces, MA tenía catorce años y la convicción de no tener alternativa para escapar

de esa situación. Ella no tenía contacto con otras personas que no fueran Rodríguez González, ya que vivían en una zona rural apartada. Ninguna persona se acercaba a la casa. No había teléfono; solamente el celular que él utilizaba y, por otra parte, ella no sabía a quién llamar. A veces Rodríguez González se iba por varios días, y M.A. temía que no volviera y que ella muriera encerrada en esa casa.

Finalmente, M.A. aceptó tener relaciones sexuales con Rodríguez González por temor a morir víctima de las constantes golpizas y con la esperanza de que él la ayudaría a obtener sus documentos de identidad. M.A. pensaba que, siendo extranjera y sin documentos, no tenía posibilidad de denunciar nada ante las autoridades: quién iba a creerle si no había testigos. Temía, además, que si escapaba, podía perderse durante días y que moriría de hambre y frío. Tampoco sabía a dónde ir y no conocía a nadie que pudiera ayudarla. Pensaba que si conseguía sus documentos, podría irse a trabajar a la ciudad y empezar una nueva vida.

Vivió otros dos años así, aceptando tener relaciones sexuales por temor a los golpes, para evitar ser insultada, para que la dejara comer y con la esperanza de que algún día la llevara al pueblo y pudiera sacar sus documentos de identidad.

La situación continuó y un día, desesperada, luego de que Rodríguez González la golpeó porque estaba engordando y le dijo que iba a matarla próximamente, M. A. esperó a que éste se durmiera para golpearlo fuertemente con una olla muy pesada dejándolo inconsciente. M.A. huyó y caminó por varios días hasta llegar a una casa donde una familia la acogió y la llevó al día siguiente al pueblo a presentar el denuncia. Cuando M.A. estaba narrando los hechos, llegó Rodríguez González, quien venía de constatar lesiones, y quien denunció a M.A. por intentar matarlo. M.A. está embarazada.

Instrucciones

1. Divídanse en grupos según sus cargos: juezas, fiscalas, defensoras, ONG. Discutan los siguientes puntos en la próxima hora y media:
 2. ¿Cuál es su análisis de los hechos a la luz de lo discutido hoy? ¿Qué manifestaciones de violencia contra la mujer están presentes en este caso?
 3. ¿Qué harían frente a este caso, según su rol dentro del sistema jurídico?:
 - ¿Qué preguntas es relevante hacer?
 - ¿Qué procedimientos deben seguirse con M.A.?
 - ¿Es posible acusar o condenar a Rodríguez González por los hechos?
 - ¿Cómo pueden tomarse medidas para proteger a M.A.?
 - ¿Cómo defender a M.A. en el proceso penal en su contra?
 - ¿Qué elementos puede tomar una jueza para decidir en este caso?
4. ¿Hay algún aporte desde el sistema de protección de Naciones Unidas que pueda servir para analizar este caso?
5. En su opinión, ¿qué posibilidades tiene M. A. de ser declarada inocente?
6. ¿en su opinión, ¿qué posibilidades tiene Rodríguez González de ser condenado?
7. Una de ustedes deberá presentar la posición del grupo, indicando las posiciones divergentes cuando sea necesario.



Anexo 2

Estudio de casos Sistema Interamericano de Derechos Humanos

1. Caso Silvia Martínez contra el Estado de Vaquedana

Hechos

El Estado de Vaquedana pertenece a la OEA y ha ratificado los documentos referidos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Mercedes Reverte es frecuentemente maltratada por su esposo, quien la insulta constantemente, le ha prohibido trabajar y no la deja salir de su vivienda si él no le da permiso. Asimismo, se burla de su condición étnica, ya que Mercedes pertenece a una comunidad indígena. Mercedes ha intentado presentar varias denuncias en la delegación policial de su distrito. Sin embargo, sus esfuerzos han sido vanos ya que los policías no acogen su denuncia argumentando que en el Estado no existe ninguna ley de violencia familiar y que los insultos del esposo son sólo parte de riñas familiares. Harta de la situación, Mercedes decide presentar una petición ante el Sistema Interamericano.

Preguntas

1. ¿Cómo utilizar el sistema interamericano para su protección?
2. ¿Cuáles son los contraargumentos a lo sostenido por la policía?
3. ¿Existe incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado debido a los actos de los policías?

2. Caso CDH N° 11.154: Maria Elena Loayza Tamayo contra Perú

Hechos

El 6 de febrero de 1993 la señora Loayza fue detenida por la División Nacional contra el Terrorismo de la Policía Nacional del Perú y permaneció retenida administrativamente hasta el 26 de febrero de 1993, privada del derecho de interponer acción de garantía. Fue exhibida en medios de comunicación como terrorista, sin haber sido procesada ni condenada. La Corte Interamericana consideró probado que durante la época de la detención de la señora Loayza existió una práctica generalizada de tratos crueles, inhumanos y degradantes, con motivo de las investigaciones por delitos de traición a la patria y terrorismo.

La víctima agregó que fue objeto de violación sexual por efectivos de la DINCOTE con la finalidad de que se autoinculpara y declarara pertenecer a Sendero Luminoso.

Pronunciamiento de la Corte sobre la denuncia de violación sexual

Aun cuando la Comisión alegó en su demanda que la víctima fue violada durante su detención, la Corte, después de analizar el expediente y, dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado. Sin embargo, los otros hechos alegados, como la incomunicación durante



la detención, la exhibición pública a través de medios de comunicación con un traje infamante, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas, constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana.

Preguntas

1. Con respecto al pronunciamiento de la Corte sobre los actos que finalmente consideró violatorios al artículo 5, ¿está de acuerdo con dicho planteamiento? ¿Por qué?
2. ¿Considera usted que la violación sexual de la que fue objeto la señora Loayza configura un hecho de tortura?

3. Caso CDH N° 11.763: Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala

Hechos

El 18 de julio de 1982 los pobladores de las aldeas vecinas pasaban por Plan de Sánchez hacia sus comunidades. Esa tarde llegó a Plan de Sánchez un comando de aproximadamente 60 personas, compuesto por miembros del ejército, comisionados militares, judiciales, denunciantes civiles y patrulleros, vestidos con uniforme militar y con rifles de asalto. Reunieron a las niñas y a las mujeres jóvenes en un lugar, donde fueron maltratadas, violadas y asesinadas. Las mujeres mayores, los hombres y los niños fueron reunidos en otro lugar, y fueron posteriormente ejecutados, lanzando dos granadas e incendiando la casa en la que se encontraban. Alrededor de 268 personas fueron ejecutadas, en su mayoría miembros del pueblo maya achí.

Miembros del comando saquearon y destruyeron las viviendas, robaron sus pertenencias, su comida,

sus animales y sus efectos personales, volvieron varias veces con ese propósito, y amenazaban a los pobladores que habían regresado. Los sobrevivientes de la masacre, por el temor de lo ocurrido, las amenazas y hostigamientos por parte de los comisionados militares, de los miembros de las PAC y del ejército, decidieron abandonar progresivamente la aldea durante las semanas y meses siguientes a la masacre. Los sobrevivientes desplazados permanecieron por varios años fuera de la comunidad.

Extractos de la Sentencia de la Corte Interamericana

Entre los hechos probados en la sentencia de la Corte se señala que “[...] entre las 2:00 y las 3:00 de la tarde llegó a Plan de Sánchez un comando de aproximadamente 60 personas [...]. Algunos miembros del comando vigilaban los puntos de entrada y salida a la comunidad, interceptando a los habitantes que regresaban de Rabinal hacia sus comunidades y otros iban de puerta en puerta reuniendo a los pobladores. En ese momento, varias personas lograron esconderse, especialmente los hombres, ya que consideraban que a las mujeres y a los niños y niñas no los perseguirían”. Asimismo, “[...] las niñas y las mujeres jóvenes fueron llevadas a un lugar, mientras que las mujeres mayores, los hombres y los niños fueron reunidos en otro. Aproximadamente veinte niñas de entre 12 y 20 años de edad fueron llevadas a una casa donde fueron maltratadas, violadas y asesinadas. Los demás niños y niñas fueron apartados y asesinados a golpes; [...]”.

Preguntas

1. Si usted fuera juez(a) de la Corte, ¿cuál habría sido su pronunciamiento sobre los hechos que afectaron a las mujeres en Plan Sánchez?
2. ¿Considera usted que dichos casos ameritarían disponer un tipo de reparación especial para ellas? Fundamente su respuesta.



4. Caso CIDH Rosa Lopez contra el estado de Bahía

Hechos

En 1993, Rosa Lopez fue víctima de un doble intento de homicidio por parte de su marido, quien le disparó por la espalda mientras ella dormía, causándole paraplejia irreversible, entre otros graves daños a su salud. Posteriormente, intentó electrocutarla en el baño. La víctima asegura que su marido actuó premeditadamente y que semanas antes de la agresión intentó convencerla de hacer un seguro de vida a favor de él y cinco días antes de agredirla trató de obligarla a firmar un documento en donde vendía el automóvil, propiedad de ella, sin que constara el nombre del comprador; posteriormente se enteró de que su agresor poseía un historial delictivo; que era bígamo y tenía un hijo. Después de ochos años de

producidos los hechos se dictó sentencia condenatoria; sin embargo, hasta la fecha, más de quince años después del crimen, y a pesar de que el sujeto cuenta con dos condenas (por tentativa de homicidio y por lesiones graves) en primera instancia judicial, aún no había una decisión definitiva en el proceso, por lo que el agresor permanece en libertad.

Preguntas

1. ¿Considera usted que las agresiones sufridas por la señora Lopez configura un acto de tortura?
2. ¿Podría imputarse responsabilidad internacional al Estado de Bahía por violación de derechos humanos en este caso, no obstante que los hechos no fueron efectuados directamente por agentes del Estado sino por un particular? Fundamente su posición.



Agència Catalana
de Cooperació
al Desenvolupament



Generalitat
de Catalunya