

REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO **MERCOSUL**



N. 5
JANEIRO-DEZEMBRO/2017

**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL
FEDERAL**

Carlos Eduardo Barbosa Paz

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL
FEDERAL**

Edson Rodrigues Marques

CONSEJO EDITORIAL

Argentina

Julietta Di Corleto

Silvia Martínez

Brasil

Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior

Olinda Vicente Moreira

Chile

Sofía Libedinsky Ventura

Colombia

Juan Manuel Iguaran Mendoza

Paraguay

Graciela Rojas

Andrés Zilbervarg

Uruguay

Beatriz Gilardino

2017

Es una publicación anual de las Defensorías
Públicas del Mercosur

Distribución gratuita

**DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA
UNIÃO**

Setor de Autarquias Norte, Quadra 5, Lote C,
Torre C, 18º andar, Centro Empresarial CNC
70.040-250 – Brasília/DF

**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL
FEDERAL**

Carlos Eduardo Barbosa Paz

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL
FEDERAL**

Edson Rodrigues Marques

CONSELHO EDITORIAL

Argentina

Julietta Di Corleto

Silvia Martínez

Brasil

Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior

Olinda Vicente Moreira

Chile

Sofía Libedinsky Ventura

Colômbia

Juan Manuel Iguaran Mendoza

Paraguai

Graciela Rojas

Andrés Zilbervarg

Uruguai

Beatriz Gilardino

2017

Publicação anual das Defensorias Públicas
do Mercosul

Distribuição gratuita

**DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA
UNIÃO**

Setor de Autarquias Norte, Quadra 5, Lote C,
Torre C, 18º andar, Centro Empresarial CNC
70.040-250 – Brasília/DF



REDPO

Reunión Especializada de Defensores
Públicos del Mercosur

Reunião Especializada de Defensores
Públicos Oficiais do Mercosul

REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS **MERCOSUL**

n. 5

enero-dic./2017

jan-dez./2017

Brasília, Distrito Federal

Brasil

ISSN 2238-149X

R. Defensorias Públs. Mercosul	Brasília	DF	n. 5	p. 1-208	jan./dez. 2017 enero - dic./2017
--------------------------------	----------	----	------	----------	-------------------------------------

© 2017 Defensoria Pública-Geral da União
- Brasil

Todos los derechos reservados. Está permitida la reproducción total o parcial de esta obra, sin fines comerciales, desde que citada la fuente.

COORDINACIÓN, DISTRIBUCIÓN E INFORMACIONES:

Escola Superior da Defensoria Pública da União - Brasil

Teléfono: + 55 61 3318-0287

Sitio: www.dpu.def.br/esdpu

Correo electrónico: publicacoes@dpu.def.br

SECRETARÍA DE ASUNTOS INTERNACIONALES

Coordinación de Cooperación y Relaciones Internacionales

Teléfono: + 55 61 3318-4364

Sitio: www.dpu.def.br/internacional

Correo electrónico: internacional@dpu.def.br

DIAGRAMACIÓN

Assessoria de Comunicação Social – ASCOM

Teléfono: +55 61 3318-4336

Correo electrónico: ascom@dpu.def.br

TRADUCCIÓN

Caio César Freitas de Deus

© 2017 Defensoria Pública-Geral da União
- Brasil

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

COORDENAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES:

Escola Superior da Defensoria Pública da União

Telefone: (61) 3318-0287

Site: www.dpu.def.br/esdpu

e-mail: publicacoes@dpu.def.br

SECRETARIA DE ASSUNTOS INTERNACIONAIS

Coordenação de Cooperação e Relações Internacionais

Telefone: (61) 3318-4364

Site: www.dpu.def.br/internacional

e-mail: internacional@dpu.def.br

DIAGRAMAÇÃO

Assessoria de Comunicação Social – ASCOM

Telefone: +55 61 3318-4336

e-mail: ascom@dpu.def.br

TRADUÇÃO

Caio César Freitas de Deus

Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL/ Defensoria Pública da União. – n.5 (jan/dez.2017) - . – Brasília: DPU, 2017.
v. ; 27 cm.

Annual.
Texto em espanhol e português.
ISSN 2238-149X

1. Defensoria Pública. 2. Assistência Jurídica.
I. Defensoria Pública da União. II. Título.

CDDir 341.413

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
PRESENTACIÓN	9
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. LINEAMIENTOS PARA UNA DEFENSA TÉCNICA EFICAZ	11
<i>Julieta Di Corleto y María Lina Carrera</i>	
EL ACCESO A LA JUSTICIA DE VICTIMAS DE TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL. EL ROL DE LA DEFENSA PUBLICA. NUEVOS DESAFIOS	33
<i>Natalia Eloísa Castro</i>	
PARTICIPAÇÃO DOS GRUPOS DE INTERESSE EM ORGANISMOS MULTILATERAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	65
<i>Érico Lima de Oliveira.</i>	
IGUALDADE MATERIAL – IGUALDADE DE GÊNERO BANHEIRO UNISSEX – COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO	79
<i>Michelle Valéria Macedo Silva</i>	
VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: MUJERES VÍCTIMAS Y DELINCUENTES	91
<i>Catherine Ríos Ramírez</i>	

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	101
<i>Luz Mila Cardona Arce</i>	
<hr/>	
¿CUÁL ES LA JUSTICIA QUE QUIEREN LAS MUJERES Y LAS PERSONAS CON ORIENTACIONES SEXUALES E IDENTIDADES DE GÉNERO DIVERSAS?	121
<i>Diana Rodríguez Uribe y Juan Fernando Sánchez Jaramillo</i>	
<hr/>	
VIOLENCIA DE GÉNERO Y SISTEMA INTERAMERICANO	145
<i>Juan Marcelino González Garcete</i>	
<hr/>	
LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEFENSOR PÚBLICO PENAL COMO GARANTIA DE LA LIBERTAD Y DEL DEBIDO PROCESO.-	155
<i>Selva Morel de Acevedo</i>	
<hr/>	
LA VOZ DEL NIÑO EN EL PROCESO: ROL DE SU DEFENSOR. ANÁLISIS CON REFERENCIA A UN CASO REAL TRAMITADO ANTE LA JUSTICIA URUGUAYA.	167
<i>Beatriz Nossar Gómez y Sandra Edén Cardozo</i>	
<hr/>	
ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA VIOLENCIA DOMESTICA EN EL URUGUAY	183
<i>Jhonny Bertinat Ferrari</i>	

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que a Defensoria Pública da União lança o quinto número da Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, referente a 2017, ano em que o Brasil exerce a Presidência Pro Tempore do Mercosul.

Esta edição traz o resultado das reflexões sobre a atuação das defensorias públicas do Mercosul, e reflete os esforços no sentido de aprimorar a editoração do periódico, a partir da implementação de um corpo editorial mais robusto e de um novo fluxo editorial para a Revista.

A edição contou com chamadas de artigos e orientações para os autores tanto em espanhol como em português, em busca de eficácia na comunicação com os atores envolvidos no processo editorial. Trabalha-se, ainda, no sentido de se promover uma melhor divulgação da Revista em ambiente digital de forma a se alcançar um maior número de leitores em todos os países do Mercosul e da aquisição do ISSN eletrônico.

Os esforços da Escola Superior da Defensoria Pública da União seriam, todavia, em vão caso não contássemos com a contribuição não só de todos aqueles que enviaram seus artigos para a Revista, mas também daqueles que mediarão esse processo em seus países, dando ampla divulgação à chamada de artigos, e daqueles que contribuíram com a seleção de trabalhos. A Revista permanece, portanto, como resultado de um processo mais amplo de cooperação internacional, que vem continuamente se aprimorando.

Essa atuação conjunta se consolida como um importante meio de lidar com os desafios que encontramos em nossa região. Dentre esses desafios, esta edição aborda a violência de gênero, contribuindo para o aprofundamento da inclusão da perspectiva de gênero no processo de integração regional. Neste sentido, os artigos não só apresentam iniciativas voltadas para a erradicação de todas as práticas de violência contra as mulheres, bem como nos levam a questionar o próprio significado da noção de violência.

Trata-se, portanto, de um material de extrema relevância para as Defensorias Públicas de cada país membro do Mercosul, uma vez que ressalta a necessidade de estarmos atento às questões de gênero e às formas pelas quais podemos melhor contribuir para o combate à violência de gênero.

CARLOS EDUARDO BARBOSA PAZ

Defensor Público-Geral Federal

PRESENTACIÓN

La Defensoría Pública de la Unión tiene el gran placer de lanzar la quinta edición de la Revista de las Defensorías Públicas Oficiales del Mercosur, que se refiere al año 2017, el que Brasil ejerce la Presidencia Pro Témpore del Mercosur.

Esta edición trae el resultado de las reflexiones sobre la actuación de las Defensorías Públicas del Mercosur y refleja los esfuerzos en mejorar la publicación de la revista a partir de la implementación de un cuerpo editorial más influyente y de un nuevo flujo editorial para la Revista.

La edición contó con llamadas de artículos y orientaciones para los autores, tanto en español como en portugués, en busca de eficacia en la comunicación con los actores involucrados en el proceso editorial. Además, se trabaja con el objetivo de promover una mejor difusión de la Revista en el entorno digital para alcanzar un mayor número de lectores en todos los países del Mercosur y de la adquisición del ISSN —*International Standard Serial Number*— electrónico.

Sin embargo, los esfuerzos de la Escuela Superior de la Defensoría Pública de la Unión serían en vano si no contáramos con la contribución no sólo de todos aquellos que enviaron sus artículos para la Revista, pero también de aquellos que realizaron este proceso en sus países, a través de la amplia difusión a la llamada de artículos, y de aquellos que contribuyeron con la selección de trabajos. Así, la Revista permanece como el resultado de un proceso amplio de cooperación internacional que sigue continuadamente mejorando.

Esa actuación conjunta se consolida como un medio importante para hacer frente a los desafíos que encontramos en nuestra región. Uno de los desafíos que en esta edición se aborda es la violencia de género, lo que contribuye con la profundización de la inclusión de la perspectiva de género en el proceso de integración regional. En este sentido, los artículos no sólo presentan iniciativas para la erradicación de todas las prácticas de violencia contra las mujeres, como nos hacen pensar sobre el real significado de la noción de violencia.

Se trata, por lo tanto, de un material de extrema relevancia para las Defensorías Públicas Oficiales de cada país miembro del Mercosur, una vez que resalta la necesidad de atentarnos a las cuestiones de género y a las formas en las que podemos contribuir para el combate a la violencia de género.

CARLOS EDUARDO BARBOSA PAZ

Defensor Público-General Federal

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. LINEAMIENTOS PARA UNA DEFENSA TÉCNICA EFICAZ¹

Julieta Di Corleto

(Abogada, Universidad de Buenos Aires. LLM Harvard Law School. Doctora en Historia, Universidad de San Andrés. Secretaria General de Capacitación y Jurisprudencia – Defensoría General de la Nación de Argentina)

María Lina Carrera

(Abogada, Universidad de Buenos Aires)

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el desarrollo de una estrategia de defensa técnica penal con perspectiva de género. A partir del análisis de un caso en concreto, con las herramientas conceptuales provistas por los estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación y defensa técnica eficaz, el artículo ofrece una relectura de las categorías dogmáticas del derecho penal tradicional y propone una particular forma de trabajar con los elementos probatorios, todo ello para ilustrar la orientación que debe adquirir una defensa sensible a los condicionamientos de género.

Palabras claves: derecho penal. violencia de género. defensa técnica eficaz. Igualdad y no discriminación

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o desenvolvimento de uma estratégia de defesa criminal técnica com perspectiva de gênero. Com base na análise de um caso específico, com as ferramentas conceituais fornecidas pelos padrões internacionais de igualdade e não discriminação e defesa técnica efetiva, o artigo oferece uma relectura das

¹ Agradecemos a los integrantes de la Defensoría Pública Oficial N° 1 ante los Tribunales Orales Federales de la ciudad de Rosario por la facilitación de los antecedentes del caso comentado. Asimismo, agradecemos el valioso intercambio mantenido con las asistentes al Seminario de Género e Interpretación Judicial coordinado por Paola Bergallo y Cecilia Hopp en el marco de la Universidad Torcuato Di Tella, en el cual discutimos una versión preliminar de este trabajo.

categorías dogmáticas do direito penal tradicional e propõe um particular para trabalhar com os elementos de evidência, tudo para ilustrar a direção de uma defesa sensível ao condicionamento de gênero.

Palavras chave: direito Penal. violência de gênero. defesa técnica efetiva. Igualdade e não discriminação.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the development of a strategy of effective assistance of counsel with a gender perspective. Based on the analysis of a specific case, with the conceptual tools provided by international standards on equality and non-discrimination and effective assistance of counsel, the article offers a rereading of the dogmatic categories of traditional criminal law and proposes a particular to work with the elements of evidence, all to illustrate the direction of a defense sensitive to gender conditionings.

Keywords: criminal law. gender violence. effective technical defense. Equality and non-discrimination

SUMARIO. I. Introducción. II. Los hechos del caso. III. Elaboración de una estrategia de defensa con perspectiva de género. III.A. Dogmática penal con perspectiva de género. III.B. La producción de prueba con perspectiva de género III.C. Sensibilidad de género y defensa técnica eficaz. IV. Conclusiones

I. Introducción

En las últimas dos décadas, la Argentina ha emprendido importantes procesos de reformas legislativas orientadas a prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres. Asimismo, bajo la definición que brinda la Convención de Belém do Pará, la administración de justicia se ha mostrado más sensible a la necesidad de hacer realidad la garantía de acceso a la justicia para las mujeres que sufren violencia, en especial cuando éstas se presentan ante los tribunales en calidad de víctimas.

A pesar de estos avances, la violencia de género aún permanece invisible en otros supuestos, en particular en los casos en los que las mujeres acuden a los tribunales en calidad de imputadas. En este sentido, parecería que las enseñanzas sobre las características de la violencia de género —en particular su desarrollo bajo fuertes esquemas de sumisión, con altos niveles de aislamiento, y con pocas posibilidades de denunciarla— no han permeado lo suficiente en la consciencia de los operadores judiciales, al punto que pueden desconocer que este tipo de violencia no reconoce diferencias de clase y menos aún calidades procesales. Ya sea que se presenten como víctimas o como imputadas, las mujeres comparten patrones de victimización en cualquiera de las formas en las que se manifiesta la violencia de género².

La desatención de la violencia en supuestos en los que las mujeres se encuentran imputadas invierte el eje del conflicto ya que la falta de consideración del fenómeno conduce a la criminalización de la víctima. Este tipo de inacción es una nueva agresión pues los mismos defectos sistemáticos que impiden al Estado prevenir, erradicar y sancionar la violencia son aquellos que determinan su involucramiento en hechos delictivos, círculo que consuma definitivamente la discriminación.

No obstante, este panorama desalentador, el trabajo tiene como objetivo presentar un caso en el que, gracias a la intervención oportuna de la defensa pública oficial, y como consecuencia del pedido efectuado por el Ministerio Público Fiscal, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Rosario absolvió a una mujer que, en un contexto de violencia de género, había sido acusada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. La asistencia técnica legal estuvo a cargo de Jimena Sendra, quien, con una solvencia ejemplar, pudo revelar la matriz de violencia de género que había condicionado el accionar de su asistida, JMG.

II. Los hechos del caso

La investigación que derivó en el proceso seguido a WLC y a JMG se inició en el mes de agosto de 2010, a partir de una denuncia anónima en la que se informó que los imputados comercializaban estupefacientes en un automóvil particular, bajo la modalidad *delivery*.

² El artículo 4 de la Ley de Protección Integral a las Mujeres N° 26.485 ofrece una definición integral del concepto de violencia. El artículo 5 enumera y detalla los tipos de violencia contra la mujer, entre los que se encuentran la violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y simbólica.

Como consecuencia de las tareas de inteligencia ordenadas por el Juzgado Federal, el 27 de agosto del mismo año, personal policial identificó al vehículo denunciado en las inmediaciones del Boulevard Casado a la altura de calle General Roca, en la localidad de Chabás, Rosario. Según el relato policial, el conductor del automóvil primero aceleró su marcha, luego se detuvo de manera repentina, y finalmente arrojó un objeto a la vía pública desde el lado del acompañante. Por esa razón, la policía interceptó el vehículo, detuvo a sus ocupantes y secuestró el paquete arrojado, que contenía sustancia estupefaciente.

Tras ordenar el allanamiento del domicilio donde convivían WLC y JMG -donde se secuestró droga, material de fraccionamiento y una balanza digital-, con fecha 29 de junio de 2012 el juez dispuso el procesamiento de los dos imputados por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (artículo 5, inciso c, ley 23.737). Durante toda la etapa de instrucción, la defensa técnica estuvo en manos de un único abogado particular, quien representaba tanto los intereses de WLC como los de JMG.

Una vez radicado el expediente en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal, JMG solicitó la intervención de la defensa pública. En esa oportunidad, la asistencia letrada solicitó la separación del trámite de su causa con respecto a la que se seguía a su coimputado e instó su sobreseimiento, previo a la realización del juicio. Para fundar su posición, acreditó que su asistida era víctima de violencia de género por parte de WLC e invocó, en ese contexto, la existencia de un estado de necesidad justificante.

Si bien el planteo de la defensora no pudo evitar el inicio del debate, éste sólo se extendió por un día. En la primera audiencia prestó testimonio María Eva Martínez, trabajadora social integrante del equipo técnico del Ministerio Público de la Defensa, quien había entrevistado a JMG a partir de la llegada del caso a la defensa pública. La nombrada relató la situación de violencia a la que habían sido sometidos JMG y sus hijos y aportó detalles sobre todos los episodios de severo maltrato físico, psicológico y económico que habían padecido. Con estos elementos, y sobre la base de la argumentación ofrecida preliminarmente por Jimena Sendra, el Ministerio Público Fiscal solicitó la desvinculación del proceso de JMG. Finalmente, el 7 de septiembre de 2016,

con remisión al precedente Tarifeño³ de la CSJN, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Rosario absolvió a JMG.

III. Elaboración de una estrategia de defensa con perspectiva de género

La Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Ley N° 27.149) ha sido pionera al establecer en su artículo 42 inc. n) que es un deber del abogado defensor promover una defensa con perspectiva de género. Se trata, en definitiva, de una norma que reconoce el contexto de desigualdad estructural en el cual están insertas las mujeres y advierte a los encargados de llevar adelante la asistencia legal su obligación de elaborar una estrategia de defensa diferenciada⁴.

Con igual preocupación por garantizar una asistencia jurídica especializada, en forma reciente, los organismos internacionales también se han ocupado de señalar que las consideraciones de género deben estar presentes en todo trámite judicial. Así, por ejemplo, desde Naciones Unidas se ha destacado la importancia de adoptar medidas especiales para garantizar un acceso a la justicia en términos igualitarios⁵, y en términos similares, el Comité CEDAW, recomendó que los sistemas de asistencia jurídica y defensa pública sean competentes y sensibles a las cuestiones de género⁶, para evitar que un abordaje de tipo neutral tenga consecuencias discriminatorias para las mujeres.

3 Francisco Tarifeño fue condenado por un tribunal oral a pesar de que la fiscalía, en la audiencia de debate, había solicitado su absolución. Para decidir de esa manera, el tribunal tuvo en consideración la acusación vertida por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación anuló la sentencia y sostuvo que "...en materia criminal, la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales..." (Fallos 325:2019).

4 Ya con anterioridad, en 2008, mediante Resolución N° 1154/07, la Defensora General de la Nación creó la Comisión sobre Temáticas de Género con la misión de favorecer la implementación de estrategias de defensa con perspectiva de género, en particular en los casos vinculados a mujeres víctimas de violencia o en conflicto de la ley penal. La experiencia desarrollada en el transcurso de los años, permitió extender los objetivos de trabajo hacia el efectivo respeto de los Derechos Humanos de otros colectivos que sufren violencia y discriminación por razones de género. La Comisión tiene entre sus funciones: participar directa o indirectamente en la elaboración de estrategias de defensa a requerimiento de todos los defensores públicos del país (nacionales, federales y provinciales); coadyuvar en los casos que sean declarados de interés institucional por la Defensora General de la Nación, siempre y cuando quien ejerza la defensa sea un integrante del Ministerio Público de la Nación; participar en la elaboración de proyectos de instrucciones y recomendaciones para garantizar la adecuada defensa de los derechos de mujeres involucradas; así como recopilar y distribuir entre los Defensores Oficiales información y jurisprudencia sobre los estándares internacionales de la mujer; realizar investigaciones y firmar convenios de cooperación con entidades estatales o privadas cuyo objetivo sea la protección de los derechos de la mujer.

5 UNODC, Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal, 2013. La directriz 9 dispone que: "Los Estados deben adoptar medidas aplicables y adecuadas para garantizar el derecho de la mujer a recibir asistencia jurídica, en particular, deben: a) Aplicar una política activa de incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas, leyes, procedimientos, programas y prácticas relativos a la asistencia jurídica para garantizar la igualdad entre los géneros y un acceso igual y equitativo a la justicia" y la directriz 17 establece que: "Los Estados pueden adoptar medidas para: d) Impartir a los proveedores de asistencia jurídica capacitación intercultural, culturalmente apropiada, sensible a las cuestiones de género y adecuada a las diversas edades".

6 Comité CEDAW, Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 3 de agosto de 2015.

Para dotar de sentido a la elaboración de una estrategia de defensa con perspectiva de género se debe tener en cuenta la necesidad, en primer lugar, de realizar una relectura de las categorías dogmáticas difundidas por los más tradicionales tratados de derecho penal; en segundo término, de identificar y producir la prueba con una mirada atenta a las experiencias de las mujeres; y en tercer lugar, de reconocer la existencia de eventuales intereses contrapuestos en supuestos en que las asistidas son acusadas junto con sus parejas.

III.A. Dogmática penal con perspectiva de género

En el contexto argentino, la doctrina penal feminista ha realizado importantes esfuerzos para poner en evidencia cómo la mirada de género, y en particular la violencia en el ámbito intrafamiliar, pueden tener un impacto en la imputación penal. Esta corriente ha demostrado que el padecimiento de violencia doméstica debe ser una variable para el análisis de la legítima defensa⁷; una circunstancia a tener en cuenta en la atribución de responsabilidad en los tipos penales omisivos⁸, y una pauta determinante para evaluar la exclusión de culpabilidad⁹.

En línea con estas lecturas, la defensa de JMG diseñó una estrategia de defensa que incluía a la violencia de género sufrida por la imputada como uno de los factores a tener en cuenta en la evaluación de su responsabilidad penal.

a. La delimitación del hecho imputado

Un presupuesto para la discusión razonada de los elementos que componen la teoría del delito es la correcta descripción de la conducta atribuida, una exigencia que estuvo ausente en el caso analizado. Este requisito no sólo era relevante para encuadrar la conducta en un tipo penal determinado, sino que también resultaba fundamental para garantizar el derecho de defensa de la imputada; en particular, el derecho a ser informada en forma expresa, clara e integral sobre la acusación que se le formulaba¹⁰.

7 DI CORLETO, J. Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal** N° 5. LexisNexis. Buenos Aires. Mayo 2006; SÁNCHEZ, L; SALINAS, R. Defendarse del femicidio. **Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres**. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, p. 181-216. 2012.

8 HOPP, C. M. Buena madre, buena esposa y buena mujer. **Género y justicia penal**. Buenos Aires: Didot, 2017, p. 36.

9 PITLEVNIK, L; ZALAZAR, P. Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia. **Género y justicia penal**. Buenos Aires: Didot, 2017.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva. 17 de noviembre de 2009, p. 28-30. Caso López Álvarez vs. Honduras. 1° de febrero de 2006, p. 149, Caso Palamara Iribarne vs. Chile. 22 de noviembre de 2005, p. 225. Caso Acosta Calderón. 24 de junio de 2005, p. 118,

Según lo que surge de la sentencia absolutoria, se le había imputado a JMG tener, junto con su pareja LCW, sustancias estupefacientes con fines de comercialización. En la construcción de esta acusación, el Ministerio Público Fiscal tuvo en cuenta el secuestro realizado en la vía pública -oportunidad en la que se procedió a la detención de los imputados- y el allanamiento llevado adelante en su domicilio. Sin embargo, el representante del Ministerio Público Fiscal no realizó ninguna precisión sobre cuál fue el aporte de cada uno de los imputados: no especificó quién conducía el vehículo, quién estaba en el asiento del acompañante, quién había arrojado la droga o cuál había sido el grado de disponibilidad de la sustancia en la vivienda respecto de cada uno de los imputados. En este punto en concreto, no hubo por parte del Fiscal una descripción discriminada sobre el rol de la mujer en esa imputación genérica de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

La observación no es menor si se tienen en cuenta las particularidades que presentan algunos casos en los que las mujeres son acusadas como partícipes de los delitos cometidos por sus parejas. Un ejemplo paradigmático es el de la mujer que fue llevada a juicio acusada de haber participado de un secuestro extorsivo cometido por su esposo, en virtud de haber lavado la ropa de la víctima de un cautiverio forzado¹¹. La imputada fue condenada en primera instancia y luego absuelta por el Tribunal Supremo español, por considerar que lavar la ropa es una conducta estereotipada que no puede constituir delito¹².

Más allá del resultado positivo que se obtuvo en el caso aquí comentado, lo correcto hubiera sido que el Ministerio Público Fiscal identificara de manera clara y precisa cuál había sido el aporte de JMG al hecho juzgado. El resultado del proceso puso en evidencia que, como en otros supuestos, las mujeres no suelen estar en condiciones de controlar las actividades de sus parejas ya que su rol tradicionalmente subordinado en la esfera económica y simbólica dificulta cualquier intento de impedir conductas ilícitas por parte de sus compañeros; ello sin contar que tampoco podrían ser consideradas responsables de encubrimiento¹³.

Mayores recaudos por parte de la acusación podrían contribuir a develar en una instancia previa a la realización del juicio los márgenes de acción de las mujeres en casos

11 BLANCO CORDERO, I. Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado. **Casos que hicieron doctrina en el derecho penal**. Madrid: La Ley, 2011, p. 855-869.

12 Tribunal Supremo de España. Sala Penal 2. Sentencia 185. 21 de febrero de 2005.

13 HOPP, C. M. Buena madre, buena esposa y buena mujer. **Género y justicia penal**. Buenos Aires: Didot, 2017, p. 36.

en los que, como en el aquí analizado, existe un contexto de violencia constante que determina fuertes lazos de dependencia económica y emocional.

b. Estado de necesidad justificante

En el caso analizado, una vez que la imputada fue requerida a juicio, la asistencia letrada que intervenía en esa instancia realizó un planteo con antelación a la realización del debate. En los términos del artículo 361 del Código Procesal Penal de la Nación¹⁴, la defensa pública solicitó que se considerara que su asistida había obrado bajo un estado de necesidad justificante que excluía toda posibilidad de imponer un reproche penal.

En nuestra legislación nacional, el estado de necesidad está contemplado en el artículo 34, inciso 3 del Código Penal¹⁵. Se trata de una eximente que se estructura sobre la base de una decisión donde se evalúa la ponderación de diversos factores. Esta norma, junto con los demás preceptos permisivos, es fruto de la necesidad de reconocer que la injerencia del poder punitivo es irracional cuando el agente realiza la acción antinormativa como parte del ejercicio de su libertad. En estos supuestos, se excluye la aplicación irracional de la pena ante un hecho donde existía un permiso para actuar en lo que, de otra manera, podía ser visto una oposición al orden establecido. Por eso, todos los que se denominan permisos legales se inscriben en la categoría general de ejercicios de derechos, lo cual acredita que son la manifestación de permisos de orden y jerarquía superior¹⁶.

De allí resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sólo es antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común regulada por el orden jurídico. Es decir, en caso de colisión ineludible de intereses, el sujeto actúa conforme a derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso¹⁷. En este sentido, como criterios generales para la apli-

14 El artículo 361 del CPPN establece que: “Cuando por nuevas pruebas resulte evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad o exista o sobrevenga una causa extintiva de la acción penal y para comprobarla no sea necesario el debate, o el imputado quedare exento de pena en virtud de una ley penal más benigna o del artículo 132 ó 185 inciso 1 del Código Penal, el tribunal dictará, de oficio o a pedido de parte, el sobreseimiento”.

15 No son punibles [...] el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.
16 ZAFFARONI, R. E.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Tratado de derecho penal, parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 592.

17 ROXIN, C. **Derecho Penal, Parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 672.

cación de esa causa de justificación, en principio, pueden señalarse los siguientes: a) la jerarquía del bien jurídico, b) la intensidad de la afectación, sea por lesión o por peligro, c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita y d) la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares¹⁸.

Siguiendo estos lineamientos, en general, los inconvenientes se presentan al momento de establecer cuál es el bien de mayor relevancia que ha de ser protegido, pues su valoración no puede realizarse en abstracto. El estado de necesidad justificante debe evaluarse de acuerdo con el contexto de cada hecho y especialmente en casos como el presente, en los que la prueba contextual, que en otros procesos podría considerarse impertinente, constituye un elemento fundamental para comprender lo acontecido¹⁹.

En contextos de violencia de género, las mujeres sólo pueden cumplir las conductas que en cada caso se les exige o se espera de ellas pues éstas son las que les permitirán salvaguardar su vida y su integridad física, entre otros bienes que pueden ser objeto de amenazas. En consecuencia, para demostrar que la acción ha sido necesaria en el caso concreto, resulta imperativo evaluar la severidad del sufrimiento físico y mental padecido o el otro bien jurídico amenazado. Esta evaluación contextual, además, resulta válida para demostrar que la víctima no dispuso de un medio menos lesivo e igualmente idóneo para disipar el peligro inminente que la amenazaba²⁰.

La defensa de JMG sostuvo que la participación en el proceso donde se encontraba imputada encuadraba en un caso de estado de necesidad justificante. Entre otras cuestiones, argumentó que el estado de coacción al que se encontraba sometida la mujer provocaba que no tuviera reales posibilidades de actuar de otra manera, sino siendo parte o cómplice de la actividad ilícita cometida por su pareja. En este punto debe recordarse que, además del historial de violencia intrafamiliar que pesaba sobre esa pareja, existían amenazas concretas de atentar contra la vida de la señora JMG y la de sus hijos.

18 ZAFFARONI, R. E; ALAGIA, A; SLOKAR, A. *Ob. Cit.*, p. 635.

19 LAURÍA MASARO, M; SARDAÑONS, N. S. Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género. **Género y justicia penal**. Buenos Aires: Didot, 2017, p. 61.

20 ANITUA, G. I; PICCO, V. A. Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres 'mulas'. **Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres**. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, 2012, p. 237.

En cuanto a los requisitos del estado de necesidad justificante, en primer lugar, era evidente la diferente jerarquía de los bienes jurídicos en juego; de un lado, en términos abstractos se encontraba involucrada la salud pública - el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacientes N° 23.737-, y de otro, en términos bien concretos, la vida y la integridad física de la imputada y la de sus hijos. En este sentido, no existían dudas en cuanto que la vida era el bien con mayor protección legal frente a todos los demás, por lo que no había mayores disquisiciones que realizar sobre este punto.

En segundo término, en cuanto a la intensidad de la afectación, el grado de proximidad respecto del inminente peligro y las circunstancias personales de los respectivos titulares, en el proceso era clara la afectación sufrida por la mujer, quien se había mantenido por más de catorce años en una relación de violencia y subordinación. Ese vínculo se hallaba marcado por golpes, amenazas cometidas con armas, agresiones verbales, y sometimiento económico. Esos maltratos, que además implicaban promesas de daño contra su vida e integridad física o contra las de su familia, contribuían a la creación de un peligro apremiante, que se encontraba latente ante cada conducta requerida a JMG por su pareja.

Incluso la doctrina penal tradicional ha identificado a estas circunstancias como situaciones prototípicas de peligro permanente²¹, por lo que la conducta se juzga adecuada y necesaria para evitar el peligro. Así, por ejemplo, en el caso de las mensajeras de drogas (también conocidas como mulas), la negativa a colaborar para importar o exportar sustancias estupefacientes trae aparejado el aumento de la probabilidad de ser asesinadas o sometidas a múltiples formas de maltrato físico, como lesiones y violaciones; o bien de ser testigos de la perpetración de esas conductas, o de otras igualmente graves, contra sus seres queridos. En este contexto, la concreción del traslado transfronterizo de la droga termina siendo un medio eficaz, dado que suele disminuir la probabilidad de que esos riesgos se concreten²².

En efecto, las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar viven un proceso psicológico complejo que se desarrolla de manera cíclica. Esto determina, primero, que la mujer no sólo viva

21 ROXIN, C. *Ob. Cit.*, p. 380.

22 ANITUA, G. I.; PICCO, A. *Ob. Cit.*, p. 237.

en un ambiente de temor o miedo constante, sino que también pueda aprender a prever episodios de agresión, por lo que es capaz de identificar los factores que llevan a la violencia de su marido. La relevancia penal de este factor es trascendental, ya que permite comprender por qué, a pesar de que la agresión del marido no se esté produciendo en un determinado momento, la mujer aun así se encuentra en un estado de peligro inminente²³.

En esos términos, ¿Qué posibilidad habría tenido JMG de no participar, no encontrarse presente, no ser “cómplice” de alguna manera del ilícito de su pareja? ¿Qué debía haber hecho, cuando se encontraba marcada por una relación de violencia física y psicológica extrema? En este escenario, era evidente que en ese entorno de sometimiento, JMG “eligió” por el mal menor para salvar su propia vida o la de sus hijos. Desde esta perspectiva, su persecución penal no fue más que una consecuencia de su condición de víctima de violencia de género.

c. Estado de necesidad disculpante

Otro aspecto interesante a destacar del caso comentado es la introducción por parte de la defensa pública de una segunda línea de defensa sustentada en los mismos elementos de prueba empleados para alegar una causa de justificación. De acuerdo con la estrategia escogida, la violencia padecida por la imputada también habilitaba la aplicación de una causal de inculpabilidad²⁴.

El principio de culpabilidad puede enunciarse de manera sintética con la fórmula no hay pena sin reprochabilidad, lo que presupone que para que haya capacidad de culpabilidad es indispensable la autodeterminación de la voluntad. La doctrina clásica ha explicado que para reprochar un injusto penal se deben comprobar ciertos umbrales de autodeterminación vinculados, por un lado, con la posibilidad del sujeto de conocer y comprender la criminalidad el acto, y por el otro, con la posibilidad de la persona de actuar conforme a dicha comprensión²⁵.

23 VILLEGAS DÍAZ, M. Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad. **Revista de Derecho Penal**. Santiago de Chile, v. XXIII, n° 2, 2010, p. 167.

24 La presentación de una segunda línea de defensa, o el planteo de un argumento en subsidio se entiende desde el momento que, a pesar de que la respuesta que se ofrece desde la dogmática es variada, la afectación de la culpabilidad parecería ser la categoría dogmática que, por el momento, brinda mayores posibilidades de éxito a la defensa. Aunque son cada vez más los tribunales que intentan aproximarse a una mirada de género que reduzca o neutralice la pena, existen todavía aquellos que se niegan a ampliar la perspectiva fuera de los cánones tradicionales y solo están dispuestos a trabajar con esta perspectiva a nivel de la culpabilidad. Ver PITLEVNIK, L; ZALAZAR, P. *Ob. Cit.*

25 ZAFFARONI, R. E; ALAGIA, A; SLOKAR, A. *Ob. Cit.*, p. 672.

Siguiendo esa línea de argumentación, la defensa sostuvo que el poder ejercido por WLC había anulado el ámbito de autodeterminación de JMG y que, en consecuencia, el Estado no podía reprocharle otra manera de actuar²⁶. No se discutía si el comportamiento imputable a la mujer víctima de violencia de género podía considerarse permitido por el orden jurídico, sino si la reducción de libertad que ésta había sufrido habilitaba que el Estado le formulara un reproche penal por no haber actuado de otro modo²⁷. En consecuencia, no se trataba de si su acto había sido ejercido conforme a derecho, sino de si podía exigírsele otro comportamiento. En estos términos, de acuerdo con la defensa, la situación juzgada se correspondía con la de una persona que sabe con claridad que un comportamiento está mal o es incorrecto; pero que, sin embargo, el obrar conforme a derecho le representaría un acto heroico. Se trata, como en el caso objeto de estudio, de ocasiones en los que el sujeto actúa coaccionado²⁸.

En esa misma línea, como lo sostuvo el Juez Maqueda en su voto en el caso de Romina Tejerina, la culpabilidad presupone la capacidad de autodeterminación y la conciencia moral. En sus palabras:

“...la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor”²⁹.

Bajo este marco de análisis, la constatación por parte del Ministerio Público Fiscal de la

26 Esta previsión se encuentra contemplada de manera expresa en la cláusula de no punibilidad del art. 5 de la Ley de Trata N° 26.364: “No punibilidad. Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”. En este punto se destaca el distinguido trabajo elaborado por: MARTINEZ, S. M. Criminalización de víctimas de trata de personas. **Revista das Defensorias Públicas do Mercosul**. N° 3. Brasilia, p. 52-72, junio 2013,

27 ANITUA, G. I; PICCO, V. A. *Ob. Cit.*, p. 238.

28 RUSCONI, M; KIERSZENBAUM, M. **Elementos de la parte general del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 109.

29 Voto del ministro Maqueda, considerando 6°, en CSJN “Tejerina, Romina Anahí”, 8 de abril de 2008.

existencia de una situación de violencia previa determinó el pedido de una absolución. Sin brindar precisiones sobre la categoría dogmática que correspondía aplicar, el Fiscal consideró prioritario reconocer que JMG se encontraba inmersa en una situación de vulnerabilidad extrema y que, teniendo en cuenta la historia de violencia sufrida, no podía recibir reproche penal alguno³⁰.

III.B. La producción de prueba con perspectiva de género

Para el desarrollo de una estrategia de defensa con perspectiva de género no se requiere solamente de la elaboración de un marco teórico adecuado, sino que también es necesario realizar un ofrecimiento de prueba acorde con la defensa material y técnica presentada. En el caso concreto analizado, el gran acierto de la defensa pública fue advertir el contexto de violencia que había desatendido el abogado anterior.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) enseña que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres y que, como fenómeno que puede darse tanto en el ámbito público como en el privado, limita total o parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Si bien son múltiples las manifestaciones de la violencia contra las mujeres, internacionalmente se ha constatado que la violencia en el ámbito intrafamiliar es una de las más frecuentes, con mayores secuelas, y ante la cual las mujeres se encuentran en una situación de mayor indefensión³¹.

30 A pesar de este acierto, no se entiende por qué la fiscalía había dispuesto diferir la resolución de la solicitud de sobreseimiento hasta la audiencia de debate. Esto llama la atención especialmente si se tiene en cuenta que, una vez iniciado el juicio, le bastó con escuchar una sola declaración testimonial para pronunciarse de manera favorable sobre los planteos efectuados por la defensa. Esa declaración fue, justamente, la de la asistente que había elaborado los informes sociales de la imputada y su familia, por lo que ya se contaba de manera previa con esa información en el expediente. Debe tenerse especial cuidado en este tipo de disposiciones dilatorias del proceso, que provocan la prolongación en prisión de quien está solicitando una solución liberatoria. En muchos casos ya se cuenta con suficientes elementos probatorios para fundar una decisión y no tiene sentido esperar hasta la celebración del juicio oral, cuyo inicio, por cuestiones estructurales de las agencias judiciales, se extiende más allá de lo necesario. Por lo demás, la continuación del proceso hasta la realización de la audiencia de debate se revela como especialmente inadecuada cuando el Estado ya había intervenido en las denuncias previas realizadas por JMG, había establecido órdenes de restricción e incluso había dictado una sentencia de condena respecto de su agresor.

31 Según la Organización Mundial de la Salud y la Organización de Naciones Unidas (ONU) Mujeres, el 35% de las mujeres de todo el mundo ha sufrido violencia física y/o sexual por parte de su pareja en algún momento de su vida. La Oficina de las Naciones Unidas contra el Delito y la Droga, informó que, en casi el 50% de los casos de mujeres asesinadas a nivel mundial en 2012, el autor de la agresión fue su

Una de las primeras dificultades existentes es la naturalización del fenómeno por las propias víctimas. En efecto, en muchas instancias, son las mismas mujeres quienes no reconocen que sus propias vivencias se condicen con las definiciones de maltrato que aporta la legislación³². En este sentido, uno de los desafíos iniciales de la defensa será desplegar un diálogo empático con la asistida que transite de manera progresiva de las preguntas más generales a las más particulares y que, sin evitar el planteamiento directo del interrogante, lo concrete en un ámbito privado y sosegado³³.

De verificarse un extremo como la victimización en el ámbito intrafamiliar, la defensa deberá recurrir a la recolección de denuncias en agencias policiales o judiciales, de registros de atenciones médicas por eventuales lesiones sufridas y eventualmente a la indagación entre familiares o vecinos que podrían haber llegado a conocer de estos hechos de manera directa o indirecta. En el contexto normativo argentino, la ley N° 26.485 ha incorporado la exigencia de estándares probatorios amplios; circunstancia que habilita un sinnúmero de medios de prueba que, a la luz de las características en las que se desarrolla la violencia de género, permiten llenar los vacíos que puedan dejar las dificultades de las mujeres para denuncia la violencia³⁴.

De esta manera, la inexistencia de denuncias previas ante la administración de justicia no debe constituir un límite en la presentación del problema pues, a las dificultades en

pareja o un familiar. En el ámbito local, diversas oficinas de la Defensoría General de la Nación, sólo en el año 2013, atendieron 1492 casos de violencia de género en el ámbito familiar. En promedio, las oficinas recibieron mensualmente 287 casos. Las personas asistidas fueron mujeres (99%), jóvenes (77% entre 21 y 45 años), de nacionalidad argentina (66%) y madres (87%) con un promedio de 2 hijos a su cargo (93% de los casos). De las estadísticas elaboradas por la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se observa que las denuncias se han incrementado en un 40% desde el año 2010 al 2015, siendo las mujeres las afectadas en un 65% de los casos y niños y niñas en un 25%. La mitad de las personas denunciadas son ex parejas, mientras que los demás son convivientes, familiares o cónyuges. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires informó que de las denuncias recibidas por violencia familiar durante el 2016, el 46% fue efectuada contra ex parejas, y el 15% contra parejas convivientes.

32 ESTRICH, S. *Violación. Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Librería, 2010.

33 Vgr. Guía de organismos gubernamentales y organizaciones sociales para la prevención, asistencia y erradicación de la violencia contra las mujeres en el marco de la Línea Nacional de Atención Telefónica y Gratuita 144, Consejo Nacional de las Mujeres. Guía de actuaciones en casos de violencia doméstica contra las mujeres, Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). Guía de Acompañamiento del proceso de atención a mujeres víctimas de violencia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Protocolo de actuación del personal policial de las Comisaría de la Mujer y la Familia y Protocolo de Organización y Funcionamiento de los equipos interdisciplinarios para la atención de las víctimas de violencia familiar, creados por Ley de la provincia de Buenos Aires N° 12569 de Violencia Familiar, entre otros.

34 DI CORLETO, J. *Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: Estándares probatorios en casos de violencia de género. Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot, 2017.

el reconocimiento del problema por parte de las mujeres, se suma el aislamiento de la afectada de todas las potenciales fuentes de ayuda y las estrategias de silenciamiento desplegadas por el agresor mediante amenazas, todo lo cual anula la voluntad de la mujer para resistirse o denunciar³⁵.

En última instancia, el recurso de un informe social o de una pericia psicológica sobre la mujer puede permitir desandar los prejuicios de los operadores de justicia y profundizar en el conocimiento tanto personal como contextual de la mujer. Este fue uno de los instrumentos fundamentales a los que recurrió la defensa pública que asistió a JMG. En efecto, si bien en el caso en concreto la prueba de la existencia de violencia no requería mayores impulsos pues WLC ya contaba con una sentencia de condena por agresiones contra su pareja y contra sus hijos, el informe social aportado por la defensa fue determinante para iluminar a los jueces sobre la entidad de los hechos que habían precedido a la comisión del delito.

De acuerdo con el informe social presentado, a partir de las entrevistas llevadas a cabo con JMG, se conocieron situaciones de violencia extrema que incluían lesiones y amenazas de muerte con cuchillos o armas de fuego, e incluso suministro de droga sedante en la comida tanto a ella como a sus hijos, lo que derivó en internaciones hospitalarias. Esa dinámica había estructurado una relación de catorce años, que motivaba que también sus hijos vivieran con miedo. En algunas oportunidades, JMG había abandonado el hogar para solicitar protección en casas de familiares en otras provincias, ya que ella provenía de Santiago del Estero, y en Santa Fe no contaba con familiares ni con red de contención alguna.

De los informes incorporados al expediente, se concluyó que la voluntad de la señora JMG:

“...se encuentra condicionada por una historia de sumisión, transitando las distintas fases de la violencia en la pareja, donde se puede observar que el proceso del maltrato, se mantiene en forma cíclica, quedando atrapada en dicha relación violenta [...]. Destacándose el poder psicológico ejercido por [su pareja], que se encarga de disminuir la autoestima de

³⁵ DI CORLETO, J; PIQUE, M. Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. **Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schone**. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

G., haciéndola sentir vulnerable, lo que conlleva que la misma pierda su personalidad y sentido de la realidad, determinándola a lo que el victimario quiere y desea. Respondiendo esto a la propia naturaleza de la violencia de género –sobre todo intrafamiliar–, que es la cronicidad y repetición en el tiempo y a los propios ciclos de esta dinámica”.

Como conclusión con los informes elaborados, se pudo tener por probado que la violencia de género sufrida por la mujer había condicionado y limitado su autonomía; base material que dio sustento al argumento de que JMG había visto restringido su ámbito de libertad y elección.

III.C. Sensibilidad de género y defensa técnica eficaz

Los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia emanada de los órganos encargados de su aplicación garantizan una amplia protección al derecho de defensa en juicio. Si bien los alcances otorgados a dicha garantía varían según la jurisdicción, en todos los casos los tribunales han reconocido su condición de garantía básica del debido proceso³⁶. En el ámbito interamericano, el precedente Ruano Torres vs. El Salvador, fue uno de los primeros en los que se desarrolló un abordaje integral de la temática³⁷.

En el marco de una investigación por el delito de secuestro extorsivo, José Agapito Ruano Torres fue detenido en un operativo llevado a cabo con niveles extremos de violencia física y psicológica. La sentencia de condena dictada con posterioridad a este procedimiento presentó serias deficiencias probatorias, a lo que se sumó la violación de las garantías mínimas de debido proceso, entre ellas el derecho de defensa en juicio. Sobre este último punto en particular, la Corte distinguió, por un lado, “los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le

36 Para un análisis de estos estándares, se pueden consultar las publicaciones: BINDER, A. **Defensa penal efectiva en América Latina**. Bogotá, junio 2015. MARTINEZ, S. M. La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz. **Revista del Ministerio Público de la Defensa de Nación N° 9**. Buenos Aires, p. 7-22, 2014. LÓPEZ PULEIO, M. F. Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente. **Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal**. Buenos Aires, p. 23-48, septiembre 2002. HEGGLIN, M. F. Al rescate de una defensa técnica adecuada. **Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. Para un trabajo netamente de recopilación de jurisprudencia, cf. “Boletín de Jurisprudencia internacional sobre Derecho de Defensa en Juicio”, confeccionado por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación. Disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines>.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Serie C-303. 5 de octubre de 2015.

atribuyen” y, por otro lado, “la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas...”³⁸.

En lo que a este trabajo interesa, el Tribunal Interamericano indicó que:

“...el derecho de defensa comprende un carácter de defensa eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, que permita fortalecer la defensa del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende, cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana [...]. ‘La relación de confianza debe ser resguardada en todo lo posible dentro de los sistemas de defensa pública [por lo que d]eben existir mecanismos ágiles para que el imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa y [n]ingún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la `justicia’”³⁹.

Una observación especial mereció la construcción de una relación de confianza entre el funcionario y el asistido, para lo cual la Corte exigió que la actuación fuera diligente⁴⁰.

Ya con anterioridad la Comisión Interamericana había sostenido que la defensa legal adecuada no podía reducirse a la mera participación formal del abogado⁴¹, y que a los fines de resguardar la garantía de la defensa en juicio, no sólo se debía garantizar el suministro de un defensor, sino también asegurar que éste ejerza su patrocinio en forma competente⁴². Ahora bien, una de las cuestiones a definir es cuándo se está frente a un asunto de defensa técnica ineficaz, y qué significa desarrollar una defensa técnica competente cuando se trata de brindar asistencia técnica legal a una mujer.

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres vs. El Salvador, párr. 153.

39 Corte IDH, caso “Ruano Torres vs. El Salvador”, Serie C Nº303, sentencia del 5/10/2015, párr. 158. La Corte, además, remarcó que la actuación de un defensor de oficio dependerá en buena medida del respaldo institucional que tenga la defensa pública, la cual debe estar dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio (párr. 157).

40 Según el Tribunal, para evaluar una eventual afectación al derecho de defensa se debe evaluar si la acción u omisión del defensor público constituyó una negligencia inexcusable o una falla manifiesta en el ejercicio de la defensa que tuvo o pudo haber tenido un efecto decisivo en contra de los intereses del imputado. Corte IDH, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párr. 164.

41 Cf. CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito. 16 de Mayo de 1984, 2º parte.

42 Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 41/04. Caso 12.417. Whitley Myrievs. Jamaica. 12 de octubre de 2004. Párrs. 62 y 63.

Sin pretender establecer una única línea de acción, el caso comentado es ejemplar en términos de un desempeño diligente, en tanto orienta la reflexión, en primer lugar, a la indagación del historial de violencia previa padecido por la mujer y su relación con el delito y, en segundo término, a la identificación de posibles intereses contrapuestos entre la asistida y su pareja.

En este sentido, en ocasiones como la presente, además de la realización de entrevistas independientes en supuestos de coimputados, resulta obligatoria la oportuna excusación en caso de que por cuestiones de organización judicial se hubiera designado un único defensor y se identifiquen intereses contrapuestos o diferencias en las líneas de defensa que impidan la realización de la más amplia estrategia para uno de los imputados.

En cuanto a la realización de una entrevista individual, ésta genera un marco de contención y exclusividad que fomenta la libertad de diálogo, la confidencialidad y la confianza entre las partes. Además, colabora a que la defensa se oriente con parámetros que de otra manera (como puede ser una defensa conjunta de víctima y victimario) no se lograría. En el marco de una entrevista individual, la asistencia técnica accede a circunstancias que van más allá de la relación típica entre hecho ilícito, persona imputada y responsabilidad penal. Sólo de esta manera es posible conocer el contexto social de la víctima y entender en qué medida su pasado pudo haber funcionado como condicionante definitivo del hecho atribuido.

En cuanto a la necesidad de identificación de posibles líneas de defensa independientes o contrapuestas, una defensa técnica eficaz también requiere un letrado cuyo desempeño sea leal; circunstancia que se descarta cuando no puede tomar decisiones independientes acerca de cómo conducir una estrategia de defensa. Por eso, para que se pueda materializar una actuación competente, la asistencia letrada debe responder de manera exclusiva a los intereses de su asistido y ningún otro interés puede condicionar esa relación⁴³.

⁴³ En abono a esta postura, el artículo 271 del Código Penal establece: “Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada”.

Tanto las Reglas de Mallorca como los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados contienen normas que iluminan el alcance de la importancia de la lealtad en el ejercicio de la asistencia técnica. En cuanto al Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (conocidas como Reglas de Mallorca), se garantiza a los abogados "...el ejercicio libre e independiente de su actividad profesional en relación con la defensa de los derechos del imputado"⁴⁴. Por su parte, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados establecen que los abogados deben velar "lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes"⁴⁵.

En el marco del Ministerio Público de la Defensa, el Régimen Jurídico para los Magistrados, Funcionarios y Empleados establece el deber de asistencia o representación obligatoria⁴⁶, pero también regula sus excepciones, entre las que se encuentra la vigencia de intereses contrapuestos que habilita el trámite de la excusación. En estos supuestos cobra plena vigencia el artículo 35 inc. j) de la ley N° 27.149, que obliga al Defensor General, a "asegurar, en todo proceso, la debida asistencia por la Defensa Pública de cada una de las partes con intereses diversos o contrapuestos, y designar tantos integrantes del Ministerio Público de la Defensa como lo exija la naturaleza del caso". En estos trámites, el secreto profesional y el deber de confidencialidad⁴⁷ tienen preeminencia por sobre la exigencia de poner en conocimiento de la autoridad los fundamentos de la excusación, ya que de lo contrario se podría poner en serio riesgo al derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, tal como lo demuestra el caso comentado, en supuestos de violencia de género, la identificación de eventuales intereses contrapuestos solo será posible en la medida que se garanticen las condiciones mínimas de privacidad en una primera entrevista. Por esa razón puede ser recomendable, si la defensa de las personas imputadas se encontrara en la misma dependencia, que se separe la atención de la mujer a fin de verificar si ha sido víctima de violencia de género o, cuanto menos, si habilita la presentación de líneas de defensa diferenciadas.

44 Cf. Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal, elaborado en sesiones de trabajo que tuvieron lugar en Palma de Mallorca, España, entre 1990 y 1992.

45 Regla 15 de los "Principios Básicos sobre la Función de los Abogados", aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), 1990.

46 Artículo 118, Anexo I de la Resolución DGN 1628/10: "Deber de representación. La asignación que recaiga en un/a Defensor/a Público/a sobre un caso, torna obligatoria su gestión en el mismo". En igual sentido, ver artículo 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149

47 Ambos con sustento normativo en los artículos 20 y 47, inciso e), de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149.

IV. Conclusiones

La premisa de una defensa con perspectiva de género es el reconocimiento de que existen relaciones asimétricas de poder entre varones y mujeres que obligan a valorar rigurosamente las características del hecho, pero fundamentalmente su contexto.

El diseño de una estrategia de defensa con perspectiva de género exige, por un lado, asumir que nuestras valoraciones pueden estar informadas por prejuicios de género, y por el otro lado, desafiarlas con medidas apropiadas. Entre estas últimas, una de las primeras consideraciones a tomar es ofrecer una escucha activa de la asistida en privado, que contemple –pero que no asuma– la posibilidad de un contexto previo de violencia.

A partir de allí, las estructuras de la teoría del delito deben ser reanalizadas, la prueba debe ser recolectada con especial precaución y, en caso de que el agresor de la mujer sea un co-imputado, se deben separar los niveles de intervención para garantizar la más amplia gama de líneas de defensa.

Referencias

ANITUA, G. I; PICCO, V. A. Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’. **Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres**. Ministerio Público de la Defensa. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2012.

BLANCO CORDERO, I. Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado. **Casos que hicieron doctrina en el derecho penal**. Madrid: La Ley, 2011.

DI CORLETO, J. Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 5**. LexisNexis. Buenos Aires: Mayo 2006.

DI CORLETO, J. Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: Estándares probatorios en casos de violencia de género. **Género y justicia penal**. Buenos Aires: Didot, 2017.

DI CORLETO, J. Valoración de la prueba en casos de violencia de género. **Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia.** Buenos Aires: Del Puerto, 2015.

DI CORLETO, J; PIQUE, M. Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. **Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schone.** Lima: Instituto Pacífico, 2017.

ESTRICH, S. Violación. **Justicia, género y violencia.** Buenos Aires: Librería, 2010.

HEGLIN, M. F. Al rescate de una defensa técnica adecuada. **Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.** Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

LAURÍA MASARO, M; SARDAÑONS, N. S. Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género. **Género y justicia penal.** Buenos Aires: Didot, 2017.

LÓPEZ PULEIO, M. F. Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente. **Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal.** Buenos Aires, septiembre 2002, p. 23-48.

MARTINEZ, S. M. La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz. **Revista del Ministerio Público de la Defensa de Nación N° 9.** Buenos Aires, 2014, p. 7-22.

PITLEVNIK, L; ZALAZAR, P. Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia. **Género y justicia penal.** Buenos Aires: Didot, 2017.

ROXIN, C. **Derecho Penal, Parte general.** Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

RUSCONI, M; KIERSZENBAUM, M. **Elementos de la parte general del derecho penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 109.

SÁNCHEZ, L; SALINAS, R. Defenderse del femicidio. **Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres.** Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, 2012, p. 181-216.

SCHNEIDER, E. La violencia de lo privado. **Justicia, género y violencia**. Buenos Aires: Librería, 2010, p. 43-56.

VILLEGAS DÍAZ, M. Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad. **Revista de Derecho Penal**. Santiago de Chile, v. XXIII, n. 2, diciembre 2010, p. 149-174.

ZAFFARONI, R. E; ALAGIA, A; SLOKAR, A. **Tratado de derecho penal, parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2011.

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE VICTIMAS DE TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL. EL ROL DE LA DEFENSA PUBLICA. NUEVOS DESAFIOS

Natalia Eloisa Castro

Defensora Pública Oficial

Doctora en Derecho

Mar del Plata

RESUMEN

El presente trabajo pretende generar un conocimiento de la normativa internacional y local que permita nutrir de reflexiones críticas en relación a aspectos vinculados a normas o actuaciones, que violentan o toleran acciones de discriminación de género en intervenciones institucionales frente al delito de trata de mujeres con fines de explotación sexual.

Se intentarán cuestionar algunas prácticas judiciales en las que se verifica un alto porcentaje de persecución penal de mujeres en calidad autoras de las diferentes modalidades que contempla la figura penal. Con esta finalidad, se realizará un breve recorrido de la normativa internacional de reconocimiento de los derechos de las mujeres. Además, se efectuarán algunas manifestaciones respecto a las acciones institucionales a partir de la lectura de avances normativos en materia de medidas de protección y asistencia a las víctimas, para intentar comprender que, si se piensa en clave de derechos humanos, las intervenciones no deben asociarse sólo a casos judicializados y a políticas de asistencia dirigidas a las mujeres “rescatadas”, sino también a aquellas que son doblemente reprochadas, por violar la ley y por no cumplir el “perfil” de víctima. En definitiva, esta presentación intenta dar inicio a un proceso que permita implementar buenas prácticas y estrategias de defensa técnica con la finalidad de provocar una recepción favorable en los criterios de los operadores de justicia.

Palabras clave: trata de mujeres, acceso a la justicia, defensa pública, víctimas, violencia de género, derechos humanos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo gerar um conhecimento dos regulamentos locais e internacionais, que a educação reflexões críticas em relação aos aspectos ligados às regras ou ações que violem ou toleram ações de discriminação de gênero intervenções institucionais frente ao delito de trata de mulheres para fins de exploração sexual.

Ele vai tentar desafiar alguns práticas judiciais em que ocorre uma elevada percentagem de

perseguição penal dos autores de mulheres da figura penal prevista de diferentes modalidades. Para esta finalidade, haverá um resumo das regras internacionais para o reconhecimento dos direitos das mulheres. Ademais, efectuassem-se algumas manifestações nas ações institucionais da leitura do progresso da política relativa às medidas de proteção e assistência às vítimas, para tentar compreender que, se você pensa em termos de direitos humanos, intervenções não devem tornar-se somente processados casos e apoiar políticas destinadas às mulheres “resgatadas”, se não também aqueles que são duplamente reprochadas, por violar a lei e por não conhecer o ‘Perfil’ da vítima. Em suma, esta apresentação tenta chutar um processo que permite implementar boas práticas e estratégias de defesa técnica a fim de provocar um acolhimento favorável sobre os critérios de Justiça operadores.

Palavras-chave: estas mulheres, acesso à justiça, defesa pública, vítimas, violência contra as mulheres, os direitos humanos.

I.- INTRODUCCION

A partir de una lectura contextualizada de los diferentes documentos internacionales, la “trata” es considerada una forma de violencia sobre, contra o hacia las mujeres o violencia de género o basada en el género, violencia machista o violencia patriarcal¹. Esta apreciación no se vincula únicamente con la mayoría numérica de mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual -que claramente es evidente-; sino también en tanto se verifica que existen estructuras que permiten y reproducen la violencia de género ínsita en la problemática del delito. Además, la preponderancia de la modalidad de explotación sexual se debe a una serie de factores no excluyentes entre sí, entre ellos, su relación con los movimientos migratorios femeninos -internos o externos- pero, principalmente con el gobierno de la prostitución².

1 Denominaciones utilizadas por Daniela Heim en *Mujeres y Acceso a la Justicia*. Buenos Aires, Didot, 2016, p. 190 para identificar “una de las muestras más evidentes de las desigualdades sociales entre mujeres y hombres más persistente, cuya permanencia es uno de los obstáculos más importantes al proyecto de emancipación femenina, que se viene gestando desde hace siglos”.

2 De manera consciente -ya que su análisis excedería los límites del presente trabajo- omito el desarrollo de los diferentes enfoques jurídicos frente al tratamiento normativo de la prostitución, que van desde la legalización y regulación hasta la absoluta persecución legal -reglamentarismo, prohibicionismo y abolicionismo-. La historia argentina en este punto refleja un claro ejemplo de lo que indico. Son debates y diferencias aún no zanjadas ni siquiera en el seno de los movimientos feministas, donde se sigue discutiendo si frente a la prostitución nos encontramos frente a un trabajo o a una explotación, principalmente ante el reflatado surgimiento de la protección de los DDHH a nivel internacional que incluye al trabajo sexual como una verdadera violación de DDHH y el activismo, que defiende la autonomía y autodeterminación del colectivo de mujeres.

Pero aún, analizando los diferentes enfoques, entiendo que son contestes en admitir la lucha común frente a la existencia de situaciones que evidencian la problemática de trata de personas con fines de explotación sexual; aunque, es cierto que en ocasiones se traduce en una represión indiscriminada contra todas las per-

Por ello, para evaluar si las intervenciones institucionales resultan eficaces para la prevención y persecución de la trata de mujeres debe considerarse que nos hallamos frente a un problema o fenómeno social y no a un supuesto criminal aislado. Es necesario establecer diferencias conceptuales para intentar delimitar, resituar y reanalizar la problemática de la trata de personas, dimensionarla en su complejidad estructural, política, cultural, histórica y geográfica; a través de un "...abordaje... multidisciplinar y poliédrico"³.

Como consecuencia lógica de la dinámica compleja de la trata sexual en Argentina, en consonancia con lo que acontece en otros países, es común la existencia de procesos de conversión de mujeres víctimas a victimarias, cuando luego de haber sido explotadas sexualmente, escalan posiciones en las redes de trata y son elegidas para colaborar con los tratantes⁴, denominadas "víctimas de trata reconvertidas". Así, si una mujer que ha padecido las mismas situaciones de "vulnerabilidad" y explotación es encontrada como participante y colaboradora en el proceso de trata, deja de ser considerada una "víctima" y se convierte para el dispositivo judicial en la responsable criminal⁵. Ello pone en evidencia que aún persisten conceptos discriminatorios en los operadores de justicia que inciden en la resistencia que se percibe para analizar y visibilizar la posible condición de esas mujeres como víctimas de trata de personas⁶.

Por esta razón, me preocupa de manera particular la escasa aplicación, por parte de los operadores judiciales, del mandato legal de protección especial hacia una víctima frente a la comisión de delitos que sean el resultado directo de haber sido objeto de trata⁷.

sonas vinculadas con la prostitución, porque, como aclara Sotelo en "La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas", en Di Corleto, J. (comp.) *Género y Justicia Penal*. Buenos Aires, Didot, 2017, p. 194 "...si bien el abolicionismo enuncia que no debe perseguirse penalmente a las mujeres que ejercen la prostitución, en los hechos se promueve un marco normativo que las expone al control permanente de las agencias punitivas del Estado".

3 Iglesias Skulj, A.; ob.cit., p.30.

4 En investigaciones por trata existe casi una paridad en el porcentaje de mujeres y hombres implicados en las causas (UFASE-INECIP: "La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito". Buenos Aires. <http://www.mseg.gba.gov.ar/Trata/ToDo4deAbril.pdf>.2012). El alto porcentaje de mujeres, pone en discusión la posibilidad de que algunas de éstas hayan sido previamente tratadas o explotadas. Véase también Colombo, M.-Mángano, M.A. "Sobre víctimas victimarias" en *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos. Defensoría General de la Nación*, 2014, pp.11-20.

5 Varela, C. "De la "letra de la ley" a la labor interpretante: la "vulnerabilidad" femenina en los procesos de judicialización de la ley de trata de personas (2008-2011)", en *Revista de Sociología Jurídica*, Brasil Nro. 8. ISSN: 1809-2721, 2009, p. 296.

6 Martínez, S.M. "Criminalización de víctimas de trata de personas", en *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul*, Brasilia, n. 3, 2013, p.73.

7 Previsto en el art. 5 de la Ley 26.364. Este artículo incorpora de manera inédita en nuestro ordenamiento una cláusula de exclusión de punibilidad al señalar que "Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara".

De manera que, si se piensa en clave de DDHH, las intervenciones no deben asociarse sólo a casos judicializados y a políticas de asistencia dirigidas a las mujeres “rescatadas”, sino también a aquellas que son doblemente reprochadas, por violar la ley y por no cumplir el “perfil” de víctima⁸.

Esta situación ha conducido a seguir sometiendo a las víctimas de las redes criminales a procesos judiciales y dirigir la persecución penal hacia los eslabones más débiles y a mujeres que -no obstante asumir un rol específico que las identifica inicial y penalmente como victimarias⁹- padecieron situaciones de extrema vulnerabilidad social, económica y emocional¹⁰, en vez de asistir las para que puedan usufructuar, de inmediato, los derechos que le han sido reconocidos en la Ley Nacional de Trata¹¹.

La cláusula de no punibilidad debe servir para quitarle responsabilidad penal a una víctima del delito de trata en etapas iniciales de una investigación; momento en que “*emergen un conjunto de decisiones y criterios de trabajo variables por parte de distintos actores*”¹². Entiendo que al momento de definir qué mujer es víctima de trata por explotación sexual y quien no lo es -decisión de suma trascendencia para la aplicación de la cláusula mencionada, la práctica judicial se ve influenciada por ciertos valores morales y ello implica reproducir un solo modelo de víctima. Por lo tanto, quien no responda a esa tipología idealizada, será pasible de verse sometida a un proceso penal -procesada o condenada-¹³.

Considerando, entonces, que esta cláusula ha sido poco aplicada en el sistema ju-

8 Martínez, S.M.-Anitua, G.I. “Sobre las vulnerabilidades y los riesgos de las políticas y las leyes”, en Iglesias Skulj, A. *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*. Buenos Aires, Didot, 2013.

9 Martínez, S.M.-Anitua, G.I., ob.cit., p.19.

10 Martínez, S.M.-Anitua, G.I., ob.cit., p.20.

11 arts. 6 a 9 Ley N° 26.364 modif. por Ley N° 26.842

12 Operadores judiciales, agentes policiales, operadores de los servicios de asistencia. Véase Varela, C., ob.cit. , 2009, p. 283.

13 Es prioritario interpretar y comprender las diferentes miradas en torno a la sexualidad y al tratamiento de la prostitución, con un verdadero enfoque de género. Analizar también las distintas posturas asumidas por el feminismo o los feminismos (pasadas y actuales) y de esta manera reconocer en este campo la persistencia de relaciones desiguales de poder.

Tal vez las distintas posturas feministas respecto al fenómeno de la prostitución, puedan en ocasiones generar confusión entre la prostitución, la explotación sexual y la trata de personas con fines de explotación sexual ya que precisamente por ser un movimiento social, se caracteriza por una notable disparidad de enfoques y estrategias. Al respecto, Agustina Iglesias (ob.cit.; p. 283) es contundente al afirmar que la confusión entre la prostitución y la trata de personas con fines de explotación sexual no sólo banaliza el problema de la explotación de mujeres, sino que impide encontrar herramientas efectivas para combatir el delito. Estas manifestaciones requieren un análisis más exhaustivo en torno al propio concepto de feminismo y los distintos modos que entender la opresión que sufren las mujeres en la sociedad contemporánea (Jaramillo, I. “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar” en Robin West, Género y teoría del derecho, Bogotá, Siglo de Hombres editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000).

dicial del país, han surgido nuevas interpretaciones que permiten pensar, como explica Di Corleto, en formas diferentes de culpabilidad novedosas para la legislación argentina: “... no sería imposible imaginar supuestos en que una persona sometida a trata delinca, ya no en razón de la violencia o coacción a la que es sometida, sino... como consecuencia de la situación de vulnerabilidad... Esta situación abre las puertas a nuevas formas de culpabilidad en tanto la Ley está reconociendo una realidad subjetiva sobre la que le es imposible asentar el reproche penal”¹⁴.

En este mismo entendimiento, Anitua -en concordancia con lo sostenido desde tiempo atrás por Martínez-, señala que “Si se limitase esta norma a lo previsto como exclusión general de la punibilidad, sobraría. Es por ello que debe interpretarse en el sentido de que considera otras situaciones, en las que la explotación es algo más compleja, casi estructural sobre estas víctimas”¹⁵.

Por ello se requiere una mirada crítica que permita visualizar que las transformaciones normativas son insuficientes, ya que deberán atenderse también, las prácticas de judicialización. Martínez advierte que los mismos prejuicios y estereotipos que conducen a la impunidad en las denuncias sobre hechos de violencia de género operan para criminalizar a esas víctimas cuando no se amoldan a las imágenes sociales extendidas sobre las características personales o roles que deben cumplir en la sociedad. “El uso de estereotipos de género puede significar una discriminación en contra de quienes no se adecúan a las imágenes sociales generalizadas sobre las características personales o roles que se espera que las mujeres cumplan en la sociedad”. Y esto lo vincula a los casos de trata de personas cuando “las víctimas no se ajustan a los criterios preacordados o a las imágenes sociales generalizadas sobre cómo deben comportarse para ser consideradas como ofendidas por el crimen”¹⁶.

Sobre el particular, resulta esclarecedor el trabajo de Madriz -citado también por Martínez- ya que algunos tribunales orientan su actuación para proteger a las víctimas “buenas/inocentes”, que son las únicas que se consideran víctimas “reales”, y a castigar a las víctimas “malas/culpables”. El prototipo de víctima buena o real remite a mujeres que representan blancos fáciles de la violencia, son pasivas, vulnerables y necesitadas de protección masculina; deben mantener un comportamiento “decente”, ser trabajadoras y amantes de su familia. A su vez, ese modelo de víctima coincide con el ideal de femineidad imperante. En contraste, la víctima “mala/culpable” es la mujer que realiza actividades im-

14 Di Corleto, J. “Trata de personas con fines de explotación”, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, Año V, N° 6-Abril 2011.

15 Anitua, G. I. (2013). “Se trata de no criminalizar a las víctimas” en *El delito de trata de personas. Herramientas para los Defensores Públicos*. Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2013, p.35.

16 Martínez, S.M.; ob.cit., 2013.

propias para su género, posee dudosa reputación, se relaciona con personas equivocadas, es fuerte y “pudo” haberse protegido o resistido¹⁷.

Entonces, las reformas normativas y las prácticas judiciales deberían atender, desde el inicio de una intervención, al reconocimiento y respeto de los derechos de todas aquellas personas involucradas en un proceso penal que reúnan las características de “víctimas”, las “buenas” y las “malas”.

Por ello, como operadores jurídicos, debemos desarrollar conocimiento sobre los instrumentos internacionales de DDHH que abordan de forma específica la situación de las mujeres, elevando la capacidad crítica en el análisis de la discriminación estructural y su falta de acceso a la justicia -ya sea ante una acción u omisión que visibilice la violación de derechos o por insuficiencia de medidas de protección o falta de acciones positivas de remoción de obstáculos para el disfrute de los mismos, o por presencia de normas o prácticas judiciales discriminatorias-.

Todo ello, con el claro objetivo de dar inicio a un proceso que permita implementar buenas prácticas¹⁸ y estrategias de defensa técnica con la finalidad de provocar una recepción favorable en los criterios de los operadores de justicia. En este campo, el rol de la Defensa Pública Oficial es clave, por cuanto es un organismo imprescindible para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad¹⁹.

II.- VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES COMO VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En el año 1979 la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En paralelo, se celebraron Conferencias Mundiales, donde la violencia fue tratada como un problema que afectaba a las mujeres de todo el mundo, de todas las edades, clases sociales y condiciones²⁰.

Estos acontecimientos impulsaron una serie de medidas legislativas y modificaciones de códigos penales en diferentes países.

17 Madriz, E., *A las niñas buenas no les pasa nada malo. El miedo a la delincuencia en la vida de las mujeres*. México. Siglo veintiuno editores, 2001.

18 El pasado 20 de julio del 2017, el Consejo del Mercado Común del Mercosur (CMC) órgano superior del organismo regional, adoptó la Recomendación Nro. 13/17 “Defensa Pública Oficial y su fortalecimiento como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”. Para acceder a la recomendación: <https://goo.gl/Sih5VQ>.

19 Conf. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, en el año 2008).

20 Estas Conferencias tuvieron lugar en México (1976), Copenhague (1980) y Nairobi (1985).

En junio de 1993 la Conferencia de DDHH de Viena declara que *“la violencia contra las mujeres es una violación a los DDHH”*, lo que constituye un salto conceptual histórico, ya que por primera vez se reconoce que los DDHH podían disfrutarse dentro y fuera del hogar, a la vez que podían violarse, también, dentro y fuera del hogar.

Luego de esta Conferencia, la Comisión de DDHH de las Naciones Unidas designó, en 1994, una Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias.

Sin duda que la evolución del derecho internacional de los DDHH hacia el reconocimiento de los derechos de las mujeres ha sido notable en las últimas décadas, principalmente luego de la aprobación de la CEDAW²¹. Aunque no se refiera explícitamente entre sus normas a la violencia contra las mujeres, el Comité encargado del monitoreo afirmó en su Recomendación General Nro. 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 de las disposiciones del tratado²². Por otra parte, sin nombrarlo expresamente, recoge un extenso catálogo de derechos vinculados al acceso a la justicia de mujeres.

En octubre del año 1999 se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención²³ y, desde entonces, todas las mujeres víctimas de violaciones de los DDHH, reconocidos en la Convención y, ante situaciones de discriminación que no puedan solucionarse localmente, podrán plantear denuncias ante los órganos de protección internacional de DDHH²⁴.

Por su parte, la creación de la Corte Penal Internacional constituyó una oportunidad para codificar la integración del género en el derecho penal internacional.

En el Estatuto de Roma se codificaron por primera vez una serie significativa de crímenes de violencia sexual y de género como los de mayor gravedad bajo el derecho internacional y, así, estas previsiones de género en el Estatuto constituyen

21 Suscripta por la Argentina el 17/VII/1980. Aprobada por ley 23.179, sancionada el 8/V/1985; promulgada el 27/V/1985 y publicada en BO el 3/VI/1985.

22 Uno de los tratados internacionales de DDHH más completos en el sistema de las Naciones Unidas, dado que incorpora todos los derechos humanos en una misma carta; superando así, la división entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Corresponde aclarar que, si bien se han reconocido innumerables avances, también recibió críticas, principalmente desde algunas líneas del feminismo en tanto sus partidarias entienden que avanza poco sobre el enfoque masculino criticado ya que los varones siguen siendo la medida de comparación y el paradigma. Además, se cuestionó que no contempla un mecanismo que permita interponer peticiones individuales por la violación de los derechos reconocidos por ella (ver Rodríguez, Marcela: “Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio”, en Abregú, M.-Courtis, Ch. (Comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*”, Edit del Puerto, CELS, 1997, pág. 594/596).

23 Finalmente, y luego de varias divergencias de índole político, el 15 de noviembre del 2006 fue sancionado en Argentina mediante ley nro. 26.171.

24 Ya que hasta la aprobación del Protocolo el único procedimiento disponible en relación a la CEDAW era el de supervisión y presentación de informes por parte de los Estados.

un ejemplo alentador de cómo el desarrollo de los movimientos internacionales de derechos de las mujeres está impactando en el derecho internacional de DDHH y en el derecho internacional humanitario²⁵.

A nivel regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -“Belem do Para”- fue adoptada por la Asamblea General de la OEA, el 9/7/1994²⁶, constituyéndose en el tratado más ratificado del Sistema Interamericano. En el Preámbulo se reconoce 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; además de considerar que nos encontramos frente a una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres²⁷.

A diferencia de las legislaciones nacionales de América latina y el Caribe, concibe que la violencia de género es aquella que se infringe a las mujeres cómo y por ser tales, abarcando: *“toda 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”*; es decir se incluye aquella violencia que tenga lugar *“en la comunidad y sean perpetradas por cualquier persona, que comprende entre otras violación, abuso sexual, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud u otros lugares”*.

Uno de los logros más trascendentes, es que se aplica para la violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra, considerando la violencia contra las mujeres como una de las mayores violaciones de sus DDHH. Además, si bien los mecanismos de la Convención no se aplican en forma directa a los agresores, la misma responsabiliza al Estado cuando no sanciona o no previene adecuadamente la violencia²⁸.

En base a esta normativa no debe perderse de vista que la falta del Estado de actuar con debida diligencia para proteger a las mujeres frente a situaciones de violencia –inclu-

25 Argentina aprueba el Estatuto por ley 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001, efectuándose el depósito del instrumento de ratificación el 8 de febrero de 2001. Nuestro país ha adecuado su derecho interno a las normas del Estatuto por medio de la ley 26.200, en 2006.

26 Aprobada sin reservas mediante ley 24.632, que rige a partir del 9/4/1996 (LA 1996-A-160) y su aplicación es obligatoria en todo el país.

27 Está compuesta por 25 artículos, distribuidos en 5 capítulos: el primero trata sobre la definición de violencia contra la mujer y el ámbito de aplicación; el segundo establece una innumerable lista de derechos; el tercero trata los deberes de los estados; el cuarto alude a los mecanismos interamericanos de protección y el quinto y último, contiene disposiciones generales relativas a la interpretación, firma, ratificación, reservas, enmiendas, denuncias y vigencia.

28 Lamberti, S. “Violencia familiar. Violencia de género (Aplicación de la ley 24.417, de protección contra la violencia familiar y de la ley 24.632, Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres “Convención de Belem do Pará”; en JA,2000-II; 2000, p. 380.

so, como dije, por parte del mismo Estado o sus agentes, por ejemplo frente a la falta de aplicación a una víctima de la cláusula del art. 5 de la ley de trata- constituye una forma de discriminación y una negación de su derecho a la igual protección de la ley²⁹.

Como consecuencia, los Estados deben prevenir, investigar y, eventualmente, sancionar toda violación de los DDHH; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los DDHH.

Recientemente, la Recomendación General Nro. 35 emitida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer del 14/7/2017 establece obligaciones para los Estados parte; *“...debido a que las mujeres experimentan diversas formas de discriminación que tienen un impacto agravante negativo, [...] la violencia de género puede afectar a algunas mujeres en diferentes grados o de diferentes maneras, por lo que son necesarias respuestas legales y políticas adecuadas”*³⁰. Además, recupera el concepto de debida diligencia.

III.- LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN LA AGENDA INTERNACIONAL

Respecto a la temática de la trata de personas con fines de explotación sexual, también mereció atención oportuna por parte de los convenios internacionales. Desde el primer Acuerdo de la Sociedad de las Naciones firmado en 1904, se buscaba evitar la “trata de blancas”. El Convenio Internacional para la Represión de la “Trata de Blancas” de 1901, sus modificaciones de 1921, 1933 y luego el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena, aprobada en 1949 por las Naciones Unidas. Más recientemente, la CEDAW y los Pactos de DDHH, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, la CDN y la Convención de Belem do Pará marcan importantes avances en la redefinición de los conceptos.

En el mes de diciembre del año 2000 la Organización de las Naciones Unidas adoptó una serie de instrumentos internacionales para luchar contra el crimen organizado transnacional, acuerdos y protocolos adicionales para combatir la trata de personas, el

²⁹ Criterio articulado en la Recomendación General nro. 19; incluso, reforzado por la Corte Interamericana en el caso “Campo Algodonero vs. México”. También las obligaciones de “respetar” y “garantizar” del Estado, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional han sido descriptas por la Corte Interamericana de DDHH, desde sus primeros casos (Velásquez Rodríguez vs. Honduras, stcia. del 29 de julio 1988, párr.166).

³⁰ Cf. párr.12.

tráfico de migrantes y las armas de fuego³¹.

El “Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños (as)”, que complementa la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Delincuencia Organizada Transnacional³² define a la trata en el artículo 3 y, en el Preámbulo, se tiene en cuenta que, si bien existe una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata. Entre las finalidades del Protocolo se enuncian la necesidad de prevenir y combatir la trata, proteger y ayudar a las víctimas, respetando sus DDHH y promover la cooperación de los Estados para lograr esos fines³³.

Ahora bien, desde los años 90 el movimiento de mujeres comenzó a tematizar en los espacios transnacionales y supranacionales la cuestión de la violencia contra las mujeres como un tema de DDHH. La materia domina las campañas por los derechos de las mujeres en varias Conferencias mundiales (vgr. Viena en 1993, Beijing en 1995) y a partir de entonces surgen acuerdos en torno a considerar la trata y la prostitución forzada como una forma de violencia contra las mujeres. Indica Barry que *“El abolicionismo contemporáneo considera tanto a la trata como a la prostitución femenina como una violación a los derechos humanos de las mujeres y una forma de violencia contra ellas”*³⁴.

31 El debate originado anteriormente y la redacción del Protocolo se efectuaron en un contexto de implementación de una política penal contra el crimen organizado y a partir de estas discusiones el tema de la prostitución y la trata aparece en un convenio internacional, luego de 50 años de la Convención para la Represión de la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución Ajena.

32 Por la ley 25.632 sancionada el 1/8/2002, promulgada el 29/8/2002, publicada el 30/8/2002 y con fecha de entrada en vigor el 29/9/2003 (BO 19/11/2003), se aprueba la mencionada Convención que consta de 41 artículos y sus protocolos complementarios para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños -20 artículos- y contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire -25 artículos-.

Recomiendo la lectura de los debates generados en el seno de los foros internacionales -con plena vigencia actual- en torno al tratamiento de la explotación económica de la prostitución, ya que el Protocolo de Palermo *“...buscó consensuar una definición y proponer un estándar internacional tomando en cuenta los distintos posicionamientos existentes en los feminismos y los diversos regímenes de gobierno del comercio sexual a lo largo de los Estados nacionales, con resultados bastante ambiguos. Así, el significado de “trata” no es estable y cada marco legal nacional puede disponer distintas definiciones del delito, con consecuencias significativas”* (Varela, C. “La campaña antitrata en la Argentina y la agenda supranacional”, en Daich, D.-Sirimarco, M. (coord.) *Género y Violencia en el mercado del sexo. Política, Policía y Prostitución*. Buenos Aires, Biblos, 2015, p. 112-113).

33 En el artículo 6 se enuncian la “Protección de las víctimas de la trata de personas”. También los arts. 7 y 8. En el art. 9 se describen las diferentes medidas de prevención y, cooperación mediante la adopción de los Estados de establecer políticas, programas y otras medidas de carácter amplio.

34 Barry, K. *Prostitution, sexual violence, and victimization: feminist perspectives on women’s human rights*. En Viano, E. (ed), Oñati: IISL, 1991; citado por Varela (“Del tráfico de mujeres al tráfico de las políticas. Apuntes para una historia del movimiento anti-trata en la Argentina (1998-2008), en *Revista Publicar* X:35-64, 2012, p. 39).

Las críticas feministas han tenido una gran influencia en estos reclamos. Incluso dice Heim que “...a partir de la década de 1980, el movimiento feminista comenzó a vincular la violencia sobre las mujeres con el discurso y la práctica de los derechos humanos y a entenderla en términos de acceso a la justicia: la lucha contra violencia no solamente requería visibilizar este fenómeno como una vulneración de derechos humanos, sino también obtener una respuesta de los tribunales que así lo dispusiera, pero no solo apelando al carácter simbólico de la respuesta judicial. Esa respuesta debía ser lo suficientemente extensa y eficaz como para sancionar a los agresores (reacción clásica del derecho penal liberal), reparar y proteger a las víctimas (eternas olvidadas de los sistemas de justicia penal) e incidir sobre la situación estructural que las había llevado a sufrir la violencia (la desigualdad entre hombres y mujeres), esto es, incorporar criterios de justicia restaurativa y social”³⁵.

Se comienza a considerar que la trata con fines de explotación sexual es un hecho especialmente grave porque implica un serio daño a la salud física, psicológica y sexual que tiene como punto de partida una situación social, económica y cultural que condicionan los DDHH y la libre determinación de las víctimas. Por ello, dejar de lado estas cuestiones al momento de resolver la situación procesal de una imputada -otrotra víctima-, implica un desconocimiento de la CEDAW y la Recomendación N° 19, la Convención de Belem do Pará, la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, el Protocolo de Palermo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Recomendaciones de ACNUR, entre otros Instrumentos Internacionales de DDHH. En consecuencia, si un Tribunal argentino, al resolver, tolera estas prácticas, vulnera abiertamente compromisos asumidos por el Estado.

Por su parte, la Relatora Especial sobre la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, en su Informe sobre la Administración de Justicia Penal y las Víctimas de Trata de Personas, sostuvo: “... Si bien las víctimas de la trata no pueden gozar de inmunidad general respecto de los delitos que cometan, ...observa que la norma cada vez más reconocida es que no deben ser enjuiciadas por delitos relacionados con su condición de víctimas de la trata. En efecto, la penalización y/o detención... es incompatible con un enfoque basado en los derechos humanos puesto que inevitablemente duplica el daño ya sufrido por esas personas y supone una denegación de sus derechos legítimos...”. Tanto el Consejo de Derechos Humanos como la Asamblea General han formulado recomendaciones análogas, al igual que los órganos e instrumentos regionales³⁶.

35 Heim, D., ob.cit., p.188.

36 Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo,

En el Informe presentado ante el Consejo Económico y Social, que contiene los “Principios y Directrices y las Recomendaciones sobre los DDHH y la Trata de Personas”³⁷ se contemplan una serie de medidas de diversa índole a los fines de cumplir con las obligaciones contraídas por los Estados, aplicables a las distintas instancias de los poderes públicos. Respecto a la primacía de los DDHH refiere: “1. *Los derechos humanos de las personas objeto de trata constituirán el centro de toda la labor para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas.* 2. *Los Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella.* 3. *Las medidas contra la trata no redundarán en desmedro de los derechos humanos y la dignidad de las personas, en particular los derechos de las víctimas de ella, ni de los migrantes, las personas internamente desplazadas, los refugiados y quienes soliciten asilo.*”

IV.- UNA REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE LA TRATA DE PERSONAS EN ARGENTINA

Ahora bien, ya descripta la agenda internacional, a nivel local debe mencionarse que en el último tiempo Argentina ha sido el escenario de diferentes debates en relación a la trata de personas.

En el año 2004 el *Trafficking In Persons Report*³⁸ (TIP Report) incluye por primera vez una evaluación de la problemática de la trata de personas en Argentina y lo describe como un país de destino de conductas vinculadas a la trata con fines de explotación sexual y laboral desde Bolivia, Brasil y República Dominicana; a la vez que recomienda la adopción de una política integral para el “combate” de la trata.

En el año 2006, como Argentina no presentaba avances significativos³⁹, es ubicada en una “lista de vigilancia”. A raíz de ello comenzaron a presentarse proyectos de los legisladores entre el 2005, 2006 y 2007; años en los que adquieren fuerza las organizaciones

presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 20º período de sesiones, 6 de junio de 2012, A/HRC/20/18.

37 E/2002/68/Add.1, mayo 20, 2002

38 El Informe TIP se publica anualmente desde el año 2001. En teoría, es una herramienta diplomática que el gobierno estadounidense utiliza como un instrumento para el diálogo sostenido, un estímulo y una guía para ayudar a concentrar recursos en los programas y las políticas de enjuiciamiento, protección y prevención. Representa una vista mundial (175 países) actualizada de la naturaleza y alcance de la “esclavitud moderna” y la amplia gama de medidas tomadas por los gobiernos de todo el mundo para enfrentarla y eliminarla. La información para la elaboración del mismo es obtenida de las Embajadas de EEUU en todo el mundo, reuniones con funcionarios de gobiernos extranjeros, organizaciones no gubernamentales e internacionales, informes publicados, investigaciones y otras informaciones de particulares, funcionarios, periodistas y académicos.

39 Se destaca la ausencia de un programa de asistencia a las víctimas y la falta de capacitación de los operadores de agencias estatales para su identificación

denominadas “antitrata”⁴⁰ que luchan por hacer visibles las recomendaciones y las carencias normativas señaladas en los informes norteamericanos.

A partir de la publicación del noveno Informe del Departamento de Estado de EEUU y la ubicación de Argentina⁴¹, el tema comenzó a ser motivo de debates públicos y una preocupación de políticas de Estado.

En el año 2006 se redacta el proyecto de la ley de trata. Como antes mencioné, como parte del Protocolo de Palermo, Argentina dio inicio a una serie de programas, políticas y medios para prevenir la trata de personas y la protección a las víctimas. Y, desde entonces, la problemática comienza a posicionarse en la escena y los debates públicos, en un contexto altamente influenciado por un modelo abolicionista -muy activo en los debates y el que lleva adelante las campañas a nivel global y local- que considera que toda forma de prostitución es “esclavitud sexual” y, por ende, lo ubica bajo el paraguas de los temas de violencia contra las mujeres.

Recapitulado, Argentina, después de reclamos colectivos de organizaciones sociales, la recurrente baja calificación impuesta por el Departamento de Estado de los EEUU (dada la inquietud de ese país desde principios de la primera década del siglo XXI de hacer visible su preocupación por colocar en la agenda internacional la cuestión de la trata de personas en un contexto de lucha contra el terrorismo global y de las organizaciones criminales, mediante también la implementación de mecanismos de monitoreo de políticas “antitrata” aplicadas en los estados nacionales) y las lógicas presiones diplomáticas⁴², sancionó la ley 26.364⁴³.

40 Sobre este concepto, es esclarecedor el trabajo de Cecilia Varela al señalar que este tipo de organizaciones comienzan a articularse en el país desde el año 2004 donde se reúnen colectivos no gubernamentales y autogestionados, no necesariamente feministas “cuyo rasgo común es proponerse acciones (de distinta índole) de vigilancia y combate a la trata de personas” (ob.cit.; 2009, p. 271).

41 Se encontraba en una “lista de observación”, a punto de caer en la categoría 3, es decir, un país que no evidenciaba progresos y carecía de condenas o sentencias por tráfico de personas durante el año 2008, recomendando, en consecuencia, “aumentar los esfuerzos para investigar, perseguir, condenar y castigar...”.

42 Conf. Varela, C.; ob.cit.; 2015, p.143.

43 Publicada en el Boletín Oficial el 30 de abril de 2008, de actualización al Código Penal, y así, dio cumplimiento al “Protocolo de Palermo”. Por su parte, la sanción de esta ley ha comportado la implementación de una serie de políticas públicas abocadas tanto a la asistencia a las víctimas y a investigaciones sobre el delito.

En el año 2007, por Decreto 1281/2007 se creó el Programa Nacional de Prevención y Erradicación de la Trata de Personas y de Asistencia a las Víctimas en el ámbito del Ministerio del Interior -entre las funciones se encuentran las de promover la articulación interinstitucional entre organismos estatales y organizaciones de la sociedad civil, la confección de protocolos de trabajo y asistencia para la implementación de acciones de prevención, asistencia y reinserción social de las víctimas. También se estableció la necesidad de desarrollar acciones dirigidas a la detección y persecución del delito-.

En el año 2008 se crea la Oficina de Rescate y Acompañamiento de las personas damnificadas por el Delito de Trata que funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y DDHH -creada por Res. 2149 del 6 de agosto del 2008- ; luego en fecha 4 de mayo de 2012, firmó la resolución MJyDH N° 731/12 que derogó la resolución MJSyDH N° 2149/08 y creó el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, dependiente de la Secretaría de Justicia (dicho programa es continuador de la ex Oficina de Rescate). Tiene a su cargo

No debe soslayarse este impacto en el ámbito legislativo local con otras experiencias -ya comunes- de intromisión o “colonialismo” norteamericano en nuestro contexto latinoamericano⁴⁴. En particular, medidas como las reseñadas en el Informe de EEUU pueden limitarse a un plano meramente simbólico, en tanto no se acompañen de otras fuertemente concientizadoras y una decidida voluntad política, principalmente de corte preventivo frente a las verdaderas problemáticas subyacentes y encubiertas, en la cuestión de *“la trata de personas”*.

Retomando, nótese que no obstante la sanción de una ley específica, de manera inmediata fue objeto de muchas críticas y fueron numerosos los proyectos presentados que pretendían modificaciones sustanciales al texto vigente, como la propuesta de penalizar, a través de la creación de una nueva figura legal, al cliente de la trata de personas con fines de explotación sexual, eliminar cualquier valoración en torno al consentimiento de la víctima, aumentar las penas para evitar la excarcelación y modificar las circunstancias agravantes.

Incluso, se presentaron al menos cinco proyectos en el Senado desde el 2010 pero que Diputados no analizaba de manera particular; hasta que nuevamente un hecho histórico (en un contexto de organizaciones que evidenciaban con cifras y datos inciertos la existencia de mujeres “desaparecidas” en nuestro país pidiendo al Estado que se haga cargo de los

la asistencia psicológica, social, médica y jurídica de las víctimas de la trata de personas, desde el mismo momento que son rescatadas de sus lugares de explotación, hasta que ofrecen declaración testimonial en la causa judicial.

Particularmente, la Procuración General de la Nación asignó competencia a la Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos (UFASE) con el objetivo de prestar asistencia a las fiscalías de todo el país en el trámite de las causas por hechos de trata de personas - Resolución PGN 100/08, del 22 de agosto de 2006. Mediante la Resolución PGN 160/08 se aprobó su plan de acción. Ya en 1998 se había creado, en el marco de la Procuración General de la Nación, la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito (Resolución PGN 58/98), que intervenía en estos casos antes de la creación de las dependencias especializadas-. Se aprueba, mediante Res. PGN N° 160/08 el 27/11/2008 el Plan de Trabajo. Con fecha 30 de abril de 2013, a través de la Resolución PGN n° 805/13 se dispuso la creación, en el ámbito de la Procuración General de la Nación, de la “Procuraduría de Trata y Explotación de Personas” en reemplazo de la Unidad de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE), manteniendo sus funciones y facultades.

El rol de la Defensoría General de la Nación resulta fundamental, tanto respecto de la atención a las víctimas de trata, como en la asistencia técnica de personas involucradas en los tipos penales vinculados a la problemática en estudio.

También dentro de la órbita de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo social se creó el Área para la prevención de la explotación sexual infantil y la trata de personas, cuyo objeto es prestar asistencia a las víctimas posteriormente a su declaración testimonial. A su vez el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos instruyó en Julio del 2008 a las fuerzas de seguridad federales (Gendarmería Nacional, Policía Federal Argentina, Prefectura Naval, Policía de Seguridad aeroportuaria) a crear unidades específicas con el objetivo de abordar la problemática de la trata de personas.

⁴⁴ EEUU no se evalúa, sino que lo hace con el resto de los países.

problemas⁴⁵) motivó la revisión de la normativa vigente. Fue el juicio por la desaparición y sometimiento a prostitución de Marita Verón cuando el Tribunal Oral Federal de Tucumán absolvió a los 13 imputados⁴⁶. Sentencia que el 17 de diciembre del año 2013 fue revocada por la Suprema Corte de la provincia, condenando a diez de los acusados.

A partir de allí, sólo en diez días de conocido el fallo absolutorio inicial, se aprueba el proyecto de ley. El día 19 de diciembre se sanciona la ley 26.842⁴⁷ que modifica el Código penal, el Procesal penal y la ley de trata anterior y así, las cosas han cambiado sustancialmente, adoptándose de manera definitiva una política de estado con objetivos claros en torno a la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. El abolicionismo se forjó como modelo hegemónico “...se convierte en la posición política dominante al interior de ese movimiento, pasando incluso a ser identificado como la única posición feminista en los debates públicos en torno a la cuestión de la prostitución y la trata de personas”⁴⁸.

Ello ha marcado una revitalización de posiciones abolicionistas en la implementación de políticas públicas. Advierte Varela que “Así, con la prostitución puesta en clave de “trata”, va ganando lugar un enfoque predominantemente punitivo, tanto en términos de los instrumentos de intervención propuestos como en el lenguaje utilizado para codificar el problema”⁴⁹.

En el contexto de este espíritu abolicionista en el ámbito local se sanciona la ley 26.485 “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”⁵⁰, hecho que implica “...el reconocimiento expreso del impacto diferenciado que tiene el ejercicio de la violencia por razones de género”⁵¹ y que garantiza los derechos reconocidos por las convenciones internacionales antes aludidas.

Pese a algunas críticas efectuadas⁵² conceptualiza la violencia⁵³ y define diferentes

45 Conf. Varela, C.; ob.cit.; 2015, p. 136.

46 Veredicto del 11 de diciembre del año 2012: www.cij.gov.ar.

47 Promulgada el 26/12/2012 y publicada al día siguiente en el Boletín Oficial.

48 Varela, C.; ob.cit.; 2015, p.143.

49 Varela, C.; ob.cit.; 2012, p. 60.

50 Sancionada el 11 de abril del 2009 y promulgada el 1 de ese mes, comienza a regir el 14 de abril, al publicarse su texto en el BO.

51 Martínez, S.M. Publicada en el Boletín Nro. 21/2009 del 14/04/09, Oficina de Prensa y Difusión de la DGN.

52 Entre algunas críticas que entiendo merecen destacarse se encuentra la falta de inclusión la situación de violencia perpetrada contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) o percibidas como tales, o personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas, o cuyos cuerpos difieren del estándar socialmente aceptado de los cuerpos masculinos y femeninos.

53 La define en el artículo 4: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas

tipos y modalidades, entre las que se puede incluir la problemática que atraviesan aquellas mujeres víctimas de procesos de trata con fines de explotación sexual.

V.- INTERVENCIONES INSTITUCIONALES EFICACES E INTEGRALES PARA LAS VÍCTIMAS DE TRATA

Hasta aquí, una mención a las transformaciones normativas. Ahora bien, coincido con Varela, cuando señala que hay que tener presente por un lado, los distintos supuestos contemplados en la letra de la ley y, por el otro, las prácticas judiciales; por cuanto resultan dos niveles distinguibles, donde los diferentes actores judiciales y extrajudiciales (psicólogos, asistentes sociales, etc. tan presentes en investigaciones de trata con fines de comercio sexual) -quienes en definitiva serán los que pondrán en marcha la letra de la ley- efectuarán una labor interpretante para la construcción práctica de lo normado⁵⁴.

Es decir, “...la distinción entre procesos de criminalización primaria y secundaria y el concepto de labor interpretante...resultan fundamentales para analizar tanto las consecuencias prácticas de los procesos de judicialización como también modos mediante los cuales el derecho –como práctica discursiva- construye objetos de intervención”⁵⁵, porque, como dice Di Corleto, muchas veces las respuestas frente a una supuesta neutralidad del derecho “...son variadas y requieren del reconocimiento de las formas en que la discriminación aparece en la propia formulación de la ley, en las prácticas judiciales o en la conformación de la realidad social”⁵⁶. Por eso, se debe ser cuidadoso al ponderar únicamente los avances normativos y propugnar interpretaciones de las leyes que se acoplen sólo al paradigma de protección de DDHH atendiendo a una única categoría de víctima presente en investigaciones judiciales sobre trata de personas con fines de explotación sexual. Es decir, a quien o a quienes estarán dirigidas las políticas de prevención, asistencia y a quienes, las de persecución penal.

Y respecto a este punto, no desconozco la existencia de progresos, algunos escasos vinculados a la prevención de situaciones de trata y protección de víctimas; pero a mi juicio la crítica surge cuando se pretende “investigar”, “perseguir” y “castigar”; interpretando, erróneamente, que éstas son las únicas alternativas o soluciones que nos imponen los compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

desde el Estado o por sus agentes”. Además, considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

54 Varela, C.; ob.cit.; 2009, p. 275.

55 Heim, D.; ob.cit.; p. 279.

56 Di Corleto, J.; ob.cit.; 2017, p.11.

Comparto la opinión de Iglesias cuando señala que la cuestión de la trata puede ser problematizada de distintas formas y de acuerdo a múltiples intereses a veces contradictorios⁵⁷. Dice que puede ser planteada como una cuestión migratoria, una cuestión de criminalidad organizada, de DDHH, de orden público, laboral, de género, de sexualidad y en algunos casos como una cuestión de moralidad. Por lo tanto, los diferentes actores involucrados, motivados cada uno por sus intereses, diseñan y proponen estrategias de prevención o persecución de conformidad con éstos.

Centrando su análisis en el caso español, pero con matices que bien pueden ser compartidos con la situación de nuestro país, esta autora menciona que el enfoque que ha prevalecido desde la confección del Protocolo es el de la criminalización y, ello conduce a serios problemas en relación con la protección de los DDHH de las víctimas. Asimismo, la visión sobre la víctima y la violencia de la que es objeto, abona el terreno para respuestas estatales conservadoras, que poco tienen que ver con la protección de los derechos de las mujeres. La construcción de las mujeres a través de las lentes de la violencia de género ha dado lugar a un sinnúmero de reformas, prioritariamente en el ámbito de la ley penal, que se focalizan en la victimización y en la infantilización de las mujeres⁵⁸. Agrega que se requiere una política de género que *“...pueda ser capaz de proteger a las víctimas sin minorizarlas, y otorgando la posibilidad para la emergencia de un nuevo sujeto político cuyas reivindicaciones puedan ser escuchadas y formen parte de un proceso de inclusión”*⁵⁹.

Por ello y, tal como lo mencioné al inicio, al momento de evaluar las intervenciones institucionales debe repararse en que existe un universo de mujeres que hoy resultan víctimas de políticas penales que paradójicamente pretenden evitar el fenómeno que se busca combatir⁶⁰. En esta línea, se requiere el impulso de estrategias orientadas a las mujeres víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual que son criminalizadas debido a una participación secundaria y coactiva en dicho delito que reciben una injusta respuesta judicial (en general, condenas a penas menores o absoluciones tardías).

La cláusula de no punibilidad debe servir para quitarle responsabilidad penal a una víctima del delito de trata en etapas tempranas del proceso -justamente para evitar la revictimización, o el padecimiento de “violencia institucional” provocada por el Estado, al no actuar con la debida diligencia-, sin necesidad de que su suerte quede atada al resultado final del sumario; o del que pudiera eventualmente tener el proceso en el que se juzgue a sus tratantes.

57 Iglesias Skulj, A.; ob.cit.; p. 152.

58 Iglesias Skulj, A.; ob.cit.; p. 153.

59 Iglesias Skulj, A.; ob.cit.; p. 333.

60 Martínez, S.M.-Anitua, G.I.; ob.cit.; p. 17.

La Relatora Especial ONU, en su Informe del año 2012 señaló: *“La identificación oportuna y eficaz de las víctimas es un elemento central de la penalización de la trata, dado que afecta la capacidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley para enjuiciar efectivamente a los traficantes y es fundamental para poder proporcionar a las víctimas de la trata los servicios de apoyo necesarios”*⁶¹.

Es decir, existe un deber estatal de apartar inmediatamente del proceso a una víctima. Si se piensa en clave de protección de DDHH es necesario proteger a todas “las víctimas”, mediante una política de asistencia⁶² que no se asocie estrictamente a las necesidades de los casos judicializados⁶³.

Veamos entonces: ¿Cuál es la víctima protegida por la normativa? Para dar respuesta a este interrogante, detallaré algunas disposiciones previstas en el Protocolo de Palermo, en las leyes 26.364 y 26.842, para luego finalizar con una breve mención a la reciente sanción de la ley 27.372.

Ahora bien, la finalidad de protección y ayuda a las víctimas de trata de personas surge tanto de la lectura del “Preámbulo” como de las “Finalidades” del **Protocolo de Palermo**, aunque este interés no era prioridad en los trabajos preparatorios, en virtud del carácter preponderantemente securitario de este documento.

De manera particular, el Capítulo denominado la “Protección de las víctimas de la trata de personas” describe una serie de medidas vinculadas a la protección -confidencialidad, privacidad e identidad o derecho a la información-.

Del art. 6.2.b. se desprende que cada Estado deberá proporcionar a las víctimas *“asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de defensa”*. Se contempla una protección al derecho a ser oída en los diferentes procedimientos que se lleven adelante contra los presuntos autores⁶⁴.

En el art. 3 se menciona la responsabilidad estatal de disponer de medidas

61 Joy Ngozi Ezeilo. Informe de la Relatora Especial ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/20/18, 2012, párr. 31.

62 No siempre asociada a “políticas de rescate”.

63 Castiglione, C.-Jaramillo, V.-Nejamkis, L.-Novick, S. “La trata de personas: un nuevo delito con antiguas raíces”, en Trata de Personas. Sociales en debate 04, Bs.As., UBA Sociales Publicaciones ISBN 978-950-29-1436-7, 2013, p. 24.

64 Más adelante veremos cómo en Argentina, esta participación resulta mucho más activa a punto tal de tener sus opiniones incidencia en el devenir de un proceso. Incluso la omisión del juzgador de escucharla puede ser considerada falta grave.

destinadas a la recuperación física, psicológica y social, mediante un alojamiento adecuado, asesoramiento e información acerca de sus derechos, asistencia médica, psicológica y material, oportunidades de empleo, educación y capacitación. Además, se brindará seguridad física tanto mientras se encuentren en un territorio como en el eventual trámite de repatriación y cada Estado “*velará por que su ordenamiento jurídico interno provea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos*”⁶⁵.

También se prevé la posibilidad de evitar el riesgo de revictimización, previsto en el Capítulo III, vinculado a las medidas de prevención y cooperación.

De manera particular, se contemplan las necesidades especiales de los niños víctimas.

A nivel local, la **ley 26.364** establece un marco normativo integral para la implementación de medidas destinadas a prevenir y sancionar el delito de trata y la asistencia y protección de las víctimas. Incluso, se ha señalado que entre los logros más destacables de esta ley se encuentra la asistencia y protección de las víctimas, que “...*demuestra que la trata de personas en el ámbito argentino fue abordada desde sus inicios desde una perspectiva holística y victimocéntrica*”⁶⁶ puede decirse, no ya “*subordinando la lucha contra la trata y el tratamiento de las víctimas al ámbito estrictamente punitivo*”⁶⁷.

Esta ley replica varias de las disposiciones de protección y ayuda descritas en el Protocolo, pero con un mayor y mejor alcance. Así, en el ámbito doméstico se refuerza la necesidad de las víctimas de trata a recibir información sobre sus derechos en un idioma que comprendan⁶⁸, y en forma accesible a su edad y madurez. Entre las medidas de ayuda se mencionan el derecho a recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal adecuada; asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas.

Se procura que su declaración se efectúe en condiciones especiales (garantizando su integridad física y psicológica, protección de su identidad e intimidad) y cuidado. Se brinda protección frente a toda posible represalia contra su persona o su familia, pudiéndose incorporar al programa nacional de protección de testigos⁶⁹. Tiene una protección particular el derecho a la privacidad y reserva de identidad⁷⁰.

65 Por ahora una deuda pendiente en el país.

66 Iglesias Skulj, A.; ob.cit., p. 315.

67 Iglesias Skulj, A.; ob.cit.; p. 315.

68 Se prevé también el derecho a ser informadas del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso; así como a ser oídas en todas las etapas del proceso.

69 En las condiciones previstas en la Ley N° 25.764.

70 Ya que “*En ningún caso se dictarán normas que dispongan la inscripción de las víctimas de la trata de personas en un registro especial, o que les obligue a poseer un documento especial, o a cumplir algún requisito con fines de vigilancia o*

Tienen derecho a permanecer en el país, de conformidad con la legislación vigente, y a recibir la documentación o constancia que acredite tal circunstancia o, que se les facilite el retorno al lugar en el que estuviera asentado su domicilio.

Pueden además acceder de manera voluntaria y gratuita a los recursos de asistencia. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad⁷¹.

El artículo 5 incorpora de manera inédita en nuestro ordenamiento la cláusula de exclusión de punibilidad ya aludida al inicio del trabajo. También dispone en el artículo 7 que *“En ningún caso se alojará a las víctimas de la trata de personas en cárceles, establecimientos penitenciarios, policiales o destinados al alojamiento de personas detenidas, procesadas o condenadas”*.

Por su parte, la reforma operada por la **ley 26.842**, en su artículo 3 sustituye la denominación del título de la ley anterior por el siguiente: “Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas”. Con este mayor alcance resulta claro que el modelo victimocéntrico iniciado por la ley de trata anterior fue profundizado en la norma vigente.

Se sustituye el artículo 6 por una fórmula más amplia que contempla que el Estado garantiza a la víctima de los delitos de trata o explotación de personas una serie de derechos, con prescindencia de su condición de denunciante o querellante en el proceso penal y hasta el logro efectivo de las reparaciones. Surge el derecho a recibir la información sobre los derechos que le asisten en su idioma y en forma accesible a su edad y madurez. Debe ser *“de modo tal que se asegure el pleno acceso y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”*.

Al mencionar la asistencia psicológica y médica gratuitas, se agrega que deberá ser con la finalidad de garantizar su reinserción social; mientras que los derechos vinculados al alojamiento, manutención, alimentación e higiene personal, así como el derecho a ser oída, la protección de la identidad e intimidad o la información de todos los actos o medidas adoptadas y las condiciones en que prestará declaración, permanecen sin modificaciones.

No se altera en lo sustancial la protección especial para víctimas “menores de edad”.

notificación. Se protegerá la privacidad e identidad de las víctimas de la trata de personas. Las actuaciones judiciales serán confidenciales. Los funcionarios intervinientes deberán preservar la reserva de la identidad de aquéllas” (art. 8).

71 En ningún caso podrán ser sometidos a careos. Las medidas de protección de derechos aplicables no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reintegración a su familia nuclear o ampliada o a su comunidad.

Se agrega de manera especial que la víctima deberá recibir capacitación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo, incorporación o reinserción en el sistema educativo; asesoramiento legal integral y patrocinio jurídico gratuito en sede judicial y administrativa, en todas las instancias.

Puntualmente se prohíbe la criminalización de las víctimas, su deportación o alojamiento en establecimientos policiales o penitenciarios⁷².

En el ámbito procedimental, también se incorporan medidas para garantizar su privacidad al momento de exponer su situación⁷³. Se mantiene vigente la disposición del art. 5. Se les garantiza la información sobre el procedimiento para solicitar el estatus de refugiado y sobre los recursos disponibles para su asistencia y protección.

Ante este panorama, la ley actual no sólo atiende a asistir a la víctima durante el proceso judicial, sino que también la acompaña en el emprendimiento de un nuevo proyecto de vida; procura así dotarla de herramientas para fortalecer sus capacidades, confianza, participación y protagonismo y, con ello, garantizar una efectiva reinserción socio cultural.

Se verifica que, en el campo de las medidas de lucha contra la trata de personas, la protección y ayuda a las víctimas se ha convertido en prioridad por parte de las agencias del Estado. Incluso se ha dicho que *“...la protección de las víctimas ha ido ganando terreno en el marco de las reformas judiciales y en los programas de acceso a la justicia, al punto que se han creado agencias específicas para atender a sus necesidades, como son las oficinas de atención a las víctimas, que tienen la finalidad de brindar orientación y, en algunos casos, contención asesoramiento jurídico y, eventualmente, apoyo psicológico...”*⁷⁴.

Entonces, como vengo mencionando, en el campo de protección a las víctimas nuestro país ha demostrado un gran avance en materia de reconocimiento de derechos y acceso a la justicia; en tanto las recientes reformas han confirmado la imposición norma-

72 Además, en el art. 5 se sustituye el artículo 9° de la ley 26.364 por el siguiente: *“Cuando la víctima del delito de trata o explotación de personas en el exterior del país tenga ciudadanía argentina, será obligación de los representantes diplomáticos del Estado nacional efectuar ante las autoridades locales las presentaciones necesarias para garantizar su seguridad y acompañarla en todas las gestiones que deba realizar ante las autoridades del país extranjero. Asimismo, dichos representantes arbitrarán los medios necesarios para posibilitar, de ser requerida por la víctima, su repatriación”*.

73 Medida que se amplía con la incorporación del art. 250 quater del CPPN. *“Siempre que fuere posible, las declaraciones de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas serán entrevistadas por un psicólogo designado por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogadas en forma directa por las partes. Cuando se cuente con los recursos necesarios, las víctimas serán recibidas en una “Sala Gesell”*.

74 Heim, D.; ob.cit.; p. 65.

tiva de un cambio de paradigma, ya que, de considerarla un sujeto negativo dentro del proceso, portador de venganza o dispuesto a convertir su dolor en negocio económico, se pasó a una mirada mucho más comprensiva de su situación y a una revalorización de la búsqueda de reparación o justicia⁷⁵. De esta forma, el acceso a la justicia, como derecho humano básico, ha encontrado en la normativa un ámbito propicio para su salvaguarda.

Desde la victimología, también se han criticado los enfoques centrados en la víctima como sujeto débil, pasivo y dañado; y que se derivan en la construcción de la “víctima adecuada”. Christie define a la víctima ideal como una persona o grupo de personas que se ven involucradas en un crimen a quienes de modo inmediato se les reconoce el carácter de víctima: *“Este concepto señala las claves para identificar tanto a los sujetos como al evento criminal que garantizan la simpatía del público: la víctima es débil y vulnerable, por lo tanto, no puede ser culpable, el autor es peligroso y es quien domina a la víctima, y el ofensor es desconocido por ella”*⁷⁶.

Esta centralidad en la figura o emblema de “la víctima”⁷⁷ se ve reforzada con la reciente sanción de la “Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, nro. 27.372⁷⁸. Tiene como objetivos reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a DDHH, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de los que el Estado es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales; establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas, así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados; establecer recomendaciones y protocolos sobre los deberes y obligaciones específicos a cargo de las autoridades y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas de delito.

75 Binder, A. “La reforma de la justicia penal en América latina como política a largo plazo”; en *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*. Bogotá, FES, 2016.

76 Christie, Nils (1986). “*The ideal victim*”, en Fattah, E. A., (ed) *From Crime Policy to Victim Policy*, MacMillan, Basingstoke. Pág. 86, cit. por Iglesias Skulj, A.; ob.cit.; p. 90.

77 Véase Bombini, G. *Política criminal: problemas, tensiones y debates actuales*. Mar del Plata, Suarez, 2014.

78 Publicada en el Boletín Oficial del 13/07/17. La ley consta de siete capítulos y un anexo. En lo pertinente y relacionado a la temática aquí tratada, el Capítulo 1 recepta las disposiciones generales vinculadas a considerar a las disposiciones de esta ley como de orden público y a señalar a las personas que han de ser consideradas “víctimas”. En el capítulo 2 están detallados los principios rectores relacionados al objeto de la ley con obligaciones impuestas a las autoridades.

Puntualiza que la actuación de las autoridades responderán a los principios de rápida intervención⁷⁹, enfoque diferencial⁸⁰ y no revictimización⁸¹.

En el capítulo III se señalan los derechos de la víctima, que implican un abanico más amplio de aquellos previstos en la ley de trata de personas, incluso con un rol más activo en diferentes instancias del proceso, independientemente de su representación como querellante o actor civil. Conforme el art. 11 tiene derecho a recibir gratuitamente el patrocinio jurídico que solicite para ejercer sus derechos y, en su caso, para querellar, si por sus circunstancias personales se encuentra imposibilitada de solventarlo⁸².

También pueden pedir medidas de protección para su seguridad o de familiares y testigos que declaren en su interés, aclarando, en el artículo 8, que entre las personas donde se presume la existencia de peligro se hallan, entre otras, las víctimas de los delitos de trata de personas⁸³.

El capítulo IV incluye modificaciones al Código Procesal Penal de la Nación⁸⁴.

Se prevé que la víctima debe ser oída e informada durante el trámite de ejecución de la pena; lo que se encuentra aún más reforzado con la reciente modificación operada en nuestro país mediante la ley 27.375⁸⁵. Se incorpora el art. 11 bis a la ley 24.660 que establece que la víctima tendrá derecho a ser informada y a expresar su opinión, incluyendo un concepto que implica una vaguedad delicada para un estado de derecho en cuanto indica que podrá incluso manifestar “todo cuando estime conveniente”, ante el juez de ejecución o juez competente, en el trámite en que se deba decidir la incorporación de una persona condenada a diferentes fases o regímenes de progresividad, mal leídos como “beneficios”. A punto tal que el juez que incumpliere con las obligaciones establecidas, incurrirá en falta grave.

79 Las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible, y si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia.

80 Las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas.

81 La víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles.

82 El artículo 5° enumera todos los derechos que tendrá la víctima, entre ellos a que se le reciba de inmediato la denuncia del delito que la afecta; ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervinientes; al sufragio de los gastos que demande el ejercicio de sus derechos, cuando por sus circunstancias personales se encontrare económicamente imposibilitada de solventarlos; entre otros. Esta enumeración no es taxativa.

83 Cf. art. 8 inc. f

84 Puntualmente la sustitución de los artículos 79, 80 y 81 respecto de los derechos de las víctimas; particularmente el art. 82 que menciona el derecho de querrela.

85 Publicada en el Boletín Oficial el 28/7/2017. Se reforma la ley de ejecución de la pena privativa de libertad nro. 24.660, que era fuertemente reclamada por familiares de víctimas y que cobró impulso luego del femicidio de una joven entrerriana –Micaela García– cuyo acusado se encontraba bajo el régimen de libertad condicional en una condena por violación.

Atendiendo a la temática tratada, el art. 56 bis expresamente c ni la prisión discontinua o semidetención, ni libertad asistida a los condenados -entre otros- por delitos de trata de personas (inc. 7). Por su parte, modifica el art. 14 del Código Penal y prohíbe la libertad condicional a los internos condenados por los delitos mencionados.

Se sustituye el art. 496 del CPPN vinculado al pedido de salidas transitorias que prevé que la víctima debe ser informada del inicio del trámite y que “sus necesidades deberán ser evaluadas”. Respecto a la libertad condicional, se modifica el art. 505 y fija también que han de ser “oídas sus necesidades”.

Se alteran artículos relacionados al trámite de la denuncia, el art. 293 respecto a la regulación del instituto de suspensión de juicio a prueba, que contempla la citación a la víctima aun cuando no se haya constituido en parte querellante.

El Capítulo V crea en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación, el Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos (CENAVID) que tendrá a su cargo la asistencia a las víctimas de delitos.

Se sustituye la ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa -ley 27.149- garantizando la asistencia y patrocinio jurídico a víctimas de delitos en procesos penales si por la limitación de sus recursos económicos o vulnerabilidad resultara necesaria la intervención del organismo, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados. Lo novedoso es la creación de la figura de los Defensores Públicos de Víctimas; Magistrados de la Defensoría General de la Nación que, según los fueros e instancias asignados, ejercerán la asistencia y patrocinio mencionado.

Ahora bien, tal vez algunos sectores sociales demandaban la existencia de una ley integral, pero no comparto la idea de una excesiva judicialización o el interés puesto en aspectos penales en detrimento de los preventivos. Retomando las ideas iniciales, se debe evitar considerar que el sistema penal es la única herramienta para proveer de justicia social, porque ya es sabida la crítica desde la criminología y la teoría legal feminista respecto a la existencia de los usos simbólicos e instrumentales del derecho penal y su demostrada ineficacia para la protección de los derechos de las mujeres⁸⁶.

Además, esto nos lleva a la idea de instaurar una única y universal categoría de mujer víctima que, como dice Osborne “*Sirve para crear jerarquías de mujeres: son pobres mujeres*,”

86 Bodelón, E. “El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres”. En *Delito y Sociedad*. Buenos Aires, La Colmena, 1998, pp.125-137; Bodelón, E. -Bergalli, R. “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres”. En *Sistema Penal y Problemas Sociales*, España, tirant lo Blanch, 2003. Pitch, T. *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires. Ad hoc,1995; entre otras.

sobre las que nos sentimos superiores, marcando así una distancia social entre “ellas”, a las que tratamos de forma maternalista, y “nosotras”, que nos creemos en posesión de la verdad que a ellas concierne”⁸⁷. Con la finalidad de proteger a “las mujeres” con la creación de nuevas y mejores leyes, se corre el riesgo de una presentación de las mismas “como sujetos débiles y necesitados de un trato diferencial, reforzándose de este modo concepciones tutelares”⁸⁸ y, frente a reflatada confusión entre “la trata” y “la prostitución”, nos obliga a reeditar los debates otrora planteados, que difícilmente en la actualidad las herramientas punitivas puedan resolver.

VI.- DEFENSA PÚBLICA Y ACCESO A LA JUSTICIA

Por mi pertenencia institucional debo decir que la Defensa Pública ha tenido y tiene un rol clave en nuestro país para comprender y aplicar las premisas y compromisos internacionales, justamente porque a partir de la gestión de la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, al frente del Ministerio Público de la Defensa (MPD) se encuentra sustentada en el paradigma de la garantía del acceso a la justicia y la defensa de los DDHH, principalmente de las personas y grupos en condición de vulnerabilidad.

Con ese objetivo claro, una de las principales preocupaciones ha sido incorporar la perspectiva de género e implementar diversas medidas destinadas a incluir este enfoque al trabajo del organismo, como la creación de una oficina especializada en la materia. La Comisión sobre Temáticas de Género fue instalada en agosto del año 2007⁸⁹. De esta manera, el MPD se convirtió en el primer organismo vinculado al servicio de administración de justicia que implementó un área de este tipo.

La labor se complementa con la capacitación en materia de género, DDHH de las mujeres y diversidad sexual a cargo de la Secretaría General de Jurisprudencia y Capacitación del MPD⁹⁰. A partir del año 2009 comienzan a desarrollarse otros espacios de

87 Osborne, R. “Construcción de la víctima, destrucción del sujeto” en Jornadas Feministas, Pagina Abierta, 206. En <http://www.pensamiento crtico.org/raqosb0210.html>, 2009.

88 Larrauri, E. (1994) *Mujeres, derecho penal y criminología*. México, siglo XXI editores, 1994 y *Criminología crítica y violencia de género*. Barcelona, trota, 2007.

89 Resolución DGN N° 1157/2007. Tiene como funciones participar directa o indirectamente en la elaboración de estrategias jurídicas a requerimiento de los defensores públicos del país; coadyuvar en la defensa de los casos que sean declarados de especial interés institucional; colaborar con casos de discriminación estructural por motivos de género e impulsar el litigio estratégico; participar en la elaboración de proyectos de instrucciones y recomendaciones tendientes a garantizar la adecuada defensa y trato de las mujeres y otros colectivos de la diversidad sexual; llevar adelante programas de difusión sobre los derechos fundamentales de las mujeres y brindar asesoramiento y patrocinio a víctimas de violencia de género.

90 A cargo de la Dra. Julieta Di Corleto. Oficina que ha asumido la impartición de estos cursos en los cuales se exponen conceptos introductorios a la temática y a la teoría legal feminista, se discuten y resuelven casos prácticos que incluyen aspectos como violencia de género; los estándares internacionales en materia de discriminación y violencia contra las mujeres; acceso al aborto no punible; estrategias para la defensa penal de mujeres en conflicto con la ley penal

formación; investigaciones, estudios e informes destinados a dar cuenta de cómo la práctica y la teoría jurídica receptan o no esas necesidades específicas de las mujeres y de otros colectivos históricamente discriminados por razones de género, así como también cuáles son las respuestas que se esgrimen.

Con el objetivo de promover políticas públicas sensibles a las diferentes cuestiones de género y de estimular cambios estructurales, desde la DGN se inician espacios de articulación y el trabajo mancomunado con las diferentes instituciones que tienen misiones orientadas a garantizar los DDHH, tanto del ámbito público como de la sociedad civil⁹¹.

Merece mencionarse, atento a la pertinencia de la temática, que la institución participó en el debate sobre el proyecto de ley de protección, derechos y garantías de las víctimas de delitos. En el Plenario de comisiones de Justicia y Asuntos Penales, de Derechos y Garantías y de Presupuesto y Hacienda del Senado, se explicaron las particularidades del Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico Gratuito para las Víctimas de Violencia de Género que funciona en el ámbito de la DGN⁹².

La Sra. Defensora Gral. de la Nación, anteriormente *“se manifestó a favor de un mecanismo como el que promueve el proyecto, porque “muchas veces, a quien sufre un delito no se le reconoce su rol de sujeto de derecho y se lo trata como objeto de prueba”*⁹³. En la misma línea, se han apoyado estrategias de defensa orientadas a las mujeres víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual que son criminalizadas.

Se destaca, además, la creación en el mes de junio del 2014 del Programa de

y privadas de libertad; entre otras cuestiones.

91 A nivel nacional, se evaluó la necesidad o conveniencia de incluir el tipo penal del femicidio o feminicidio en el Código Penal, así como la forma en la que se lo debería tipificar. Esta tarea fue emprendida en función de que la DGN fue invitada a exponer sus opiniones ante la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación, en el marco del proceso deliberativo que se llevó adelante durante el mes de mayo de 2012. Por otra parte, la Comisión sobre Temáticas de Género elaboró un dictamen con propuestas dirigidas a incluir la perspectiva de género en la redacción de un nuevo Código Penal, tanto en las disposiciones de la parte general, como en la redacción de los tipos penales.

92 Raquel Asensio, Secretaria Letrada a cargo de la Comisión sobre temáticas de Género de la DGN describió algunos de los problemas con los que se encuentra cotidianamente en el desempeño de su tarea “Desde que empezamos a ofrecer estos servicios, hemos brindado más de 15000 intervenciones. En promedio, por año recibimos alrededor de 2500 consultas”, detalló, y agregó “Las mujeres que llegan a nuestra oficina a pedir patrocinio están insertas en situaciones complejas de violencia de género: el 46% refiere hechos de violencia sexual; el 92% de aquellas que tienen hijos denuncian violencia directa contra ellos; y en 8 de cada 10 casos sufren violencia con una antigüedad mayor al año y con una frecuencia que puede ser diaria o semanal”. Aclara que si bien la ley admite que las denuncias sean presentadas sin la participación de un abogado, es evidente que “cuando las víctimas van si un asesoramiento legal previo y especializado, muchas medidas que pueden hacer cesar la situación de violencia no son adoptadas” (ver Cartelera interna DGN, del 19 de abril de 2017). Programa que fue creado a partir de la sanción de la ley de protección integral a las mujeres (ley 26.845), hecho que permitió que el organismo ampliara su competencia para incluir a las víctimas de delitos como parte de sus asistidos.

93 Cf. Boletín prensa citado.

Asesoramiento y Patrocinio para las Víctimas del Delito de Trata de Personas⁹⁴ y la participación institucional en el caso de Alike Kinan, una víctima de trata representada por la DGN que a fines del año 2016 obtuvo un histórico fallo contra sus captores y el Estado, logrando una reparación económica en el marco de un proceso penal. Con respecto a la demanda civil, el Tribunal condenó a la Municipalidad de Ushuaia –por haber facilitado, a través de ordenanzas y falta de controles, las condiciones para la explotación sexual de las mujeres en la ciudad; es decir, por no prevenir y, en consecuencia, facilitar la explotación– y a los autores del delito a indemnizar a Kinan. A su vez, los jueces impusieron multas que serán destinadas al Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento de Víctimas Damnificadas por el Delito de Trata de Personas del Ministerio de Justicia. Al mismo lugar será dirigido el dinero que encontraron en el bar y el domicilio allanados, mientras que se ordenó el decomiso de los bienes utilizados para cometer los delitos.

Este precedente implica un paso fundamental para alentar la participación protagónica de las víctimas en los procesos judiciales y que sus voces sean escuchadas con el debido respeto y protección. Dentro del ámbito de sus competencias funcionales, el MPD debe garantizar el acceso a la justicia. En este sentido, brindar asesoramiento legal y patrocinio jurídico gratuito a quienes son víctimas de violencia por motivos de género no sólo es parte de un deber propio y una política interna del organismo, sino también un modo de dar cumplimiento a los compromisos internacionales y a los mandatos legales en la especie⁹⁵.

La participación activa del MPD se encuentra con un nuevo desafío, a partir de la creación de la figura del Defensor de Víctimas, por medio de la reciente ley 27.372. Además, dispone una red de letrados del organismo que actuarán como defensores coadyuvantes. Con ello se refuerza la comprometida función de la institución en colaborar activamente en la ardua tarea de eliminar las barreras que muchas veces impiden el efectivo acceso a la justicia de las mujeres; porque es sabido que no basta con un reconocimiento discursivo de los derechos sino también que *“...la noción misma de acceso a la justicia supone como contrapartida el reconocimiento implícito de ciertos impedimentos, barreras, distorsiones o discrecionalidades, que posicionan a determinados individuos o sectores de la población de manera desigual en lo que refiere a la tutela efectiva de sus derechos, situación*

94 Cf. Res. DGN Nro. 993/2014, bajo la Coordinación de la Dra. Marcela Rodríguez.

95 En este entendimiento, la Comisión brinda constante apoyo a los/as integrantes del MPD con responsabilidades de litigio a los fines de que sus intervenciones desplieguen argumentos género-sensitivos, sobre todo cuando les corresponde defender los derechos de las mujeres en conflicto con la ley penal; los intereses de las mujeres encarceladas con responsabilidades de cuidado; los derechos de las víctimas de violencia de género y los de sus hijos/as; y la garantía de accesibilidad a las interrupciones de embarazos permitidas.

que atenta, o al menos relativiza, el principio de igualdad ante la ley, pilar fundamental del Estado de derecho”⁹⁶.

El Comité de Recomendación de la CEDAW del 23/7/2015 sostuvo que el derecho de acceso a la justicia para las mujeres es esencial para la realización de todos los derechos protegidos por la CEDAW. Explicó que este derecho es multidimensional: incluye la justiciabilidad, la disponibilidad, la accesibilidad, la buena calidad y la responsabilidad de los sistemas de justicia y la provisión de recursos para las víctimas.

VII.- PALABRAS FINALES

Sin lugar a dudas que la nómina de todos los derechos descriptos en la normativa supranacional como local implican hacer efectivo el acceso a la justicia de víctimas de delitos en general y en particular a las víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual, -aún para aquellas que resultan inicialmente consideradas “infractoras”- dejando atrás la fuerte tradición formalista de la dogmática jurídica donde el acceso a la justicia ha sido limitado al acceso a la jurisdicción propiamente dicho.

Coincido con Heim, cuando dice que el desafío necesita “...la incorporación de criterios de justicia material en la solución de los conflictos (la que a su vez exige ir más allá del caso individual e incluir componentes de justicia social). Si la búsqueda de justicia para las mujeres se agota en la mera -aunque necesaria- sanción del agresor y no se complementa con la puesta en marcha de medidas mucho más complejas, no solo orientadas a reparar a las víctimas, sino también a mejorar la situación social de las mujeres y a eliminar la desigualdad estructural sexual de nuestras sociedades que -valga nuevamente recordar- se encuentra en la raíz de la violencia de género, esos objetivos de justicia no serán cumplidos y la respuesta estatal a esta problemática distará de ser mínimamente satisfactoria”⁹⁷.

Por esta razón, reitero, más allá de los debates previos y su origen político en torno a la sanción de la nueva ley de protección a las víctimas con finalidad simbólica; debemos evitar no ubicar a “la víctima” sólo en un lugar vindicativo y confrontada con un estado de derecho. La meta como operadores jurídicos es que esta reforma no sea una manifestación más de utilización política del poder punitivo frente a diferentes demandas sociales o requerimientos internacionales, bajo la apariencia de pretendidos mandatos supranacionales de obligatorio cumplimiento, y menos aún convertirnos en “empresarios

96 Ministerio de Justicia y DDHH; 2010:15; citado por Heim, D.; ob.cit. p. 39.

97 Heim, D.; ob.cit.; p. 17.

morales”⁹⁸. Es sabido que el populismo convive con un paternalismo punitivo en tanto hay una marcada sobreprotección de las víctimas, que son empujadas en todo momento hacia el sistema penal en la idea de garantizar su seguridad frente al agresor, aun en contra de su voluntad⁹⁹.

Ello deberá complementarse con una mirada transversal con perspectiva de género que cuestione el androcentrismo frente a leyes “protectoras” para la mujer pero que su aplicación termina reforzando su rol estereotipado. También es indispensable evitar el “fetichismo”; decir que la solución sólo está en cambiar las leyes, recurriendo a simples, cuantiosas y homogéneas reformas legislativas. Ya que, como dice la Sra. Defensora General de la Nación, “*No nos alcanza con tener leyes bonitas; lo importante es litigar y obtener resultados efectivos*”¹⁰⁰; porque sin perjuicio de estos avances, el acceso de las mujeres a la justicia es todavía, en pleno siglo XXI, una empresa difícil¹⁰¹.

En materia de investigaciones sobre trata de personas con fines de explotación sexual, la práctica judicial adopta mecanismos alejados de medidas preventivas, sino totalmente represivas y orientadas a grupos vulnerables. Pienso que, en la gran mayoría de casos, no se llega a la persecución de las verdaderas organizaciones internacionales, la matriz justamente a evitar situaciones de trata.

Haciendo propias las palabras de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, la abogada sudafricana Rashida Manjoo, “*Para eliminar la violencia contra la mujer se requieren tres cosas: protección legal, políticas públicas y una cultura de respeto sin discriminación*”. Así, la protección legal se encuentra protegida por los instrumentos de derecho internacional que otorgan protecciones; las políticas públicas, a través de la implementación de compromisos internacionales y del litigio de casos y cultura de respeto sin discriminación, implica utilizar el litigio de derecho internacional como herramienta de cambio social¹⁰² y en esto tenemos mucha responsabilidad como operadores judiciales y como magistrados del Ministerio Público de la Defensa.

98 Expresión acuñada por Becker (1963:147) -*Outsiders*, New York, Free Press. Trad. Castellana, *Los extraños*, Bs.As., Tiempo Contemporáneo- “para referirse a los grupos sociales que recurren al derecho penal para plasmar su visión de un problema social y que no dudan en aliarse con el Estado para conseguir imponer esta visión”; citado por Larrauri (*Criminología crítica y violencia de género*. Barcelona, tróta, 2007, p. 57).

99 Resulta interesante para un análisis más exhaustivo el efectuado por Tamar Pitch (ob.cit.) acerca del pasaje del “paradigma de la opresión” al “paradigma de la victimización”

100 En oportunidad de la apertura de la Conferencia “Explotación sexual y trata: estrategias jurídicas y responsabilidad estatal”, organizada por el Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la CABA, el Ministerio Público de la Defensa y el Programa de Actualización en Género y Derecho de la UBA, el día 1 de marzo del 2017 (Ver Cartelera Interna DGN, 2/3/2017).

101 Heim, D.; ob.cit.; p.16.

102 Presentación de Mónica Arango Olaya “Acceso a la justicia para las mujeres y litigio de derecho internacional”, en Diplomado en Género y Justicia, PRIGEPP-FLACSO; año 2015.

Por ello me interesa destacar que mucho se ha hecho desde lo normativo, legal o discursivo, desde las agendas y políticas públicas, desde los compromisos internacionales asumidos; pero se verifica que, al momento de la efectiva aplicación o judicialización de la problemática, el conjunto de multivulnerabilidades que transversalizan el fenómeno permanecen ocultas o silenciadas frente a los operadores judiciales. Porque ellas son justamente las que completan lo que ha de entenderse por “trata de personas” y la definen como delito o conducta socialmente relevante. Este es un camino, pero en este campo debemos tener siempre un punto de vista crítico, ya que no está exento de una mirada colectiva llena de valores morales y creencias asentadas en una construcción social”¹⁰³.

Coincido con Larrauri cuando acertadamente advierte que de nada sirve “*pretender encontrar la solución cuando aún desconocemos exactamente el problema*”¹⁰⁴.

VIII.-REFERENCIAS

-ANITUA, G. I. “Se trata de no criminalizar a las víctimas” en *El delito de trata de personas. Herramientas para los Defensores Públicos*. Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2013.

-BINDER, A. “La reforma de la justicia penal en América latina como política a largo plazo”; en *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*. Bogotá, FES, 2016.

-BODELON, E. “El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres”. En *Delito y Sociedad*. Buenos Aires, La Colmena, 1998, pp.125-137.

-BODELON, E. –BERGALLI, R. “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres”. En *Sistema Penal y Problemas Sociales*, España, tirant lo Blanch, 2003.

-BOMBINI, G. *Política criminal: problemas, tensiones y debates actuales*. Mar del Plata, Suarez, 2014.

-CASTIGLIONE, C.-JARAMILLO, V.-NEJAMKIS, L.-NOVICK, S. “La trata de per-

103 En “Análisis sociojurídico de la trata con fines de prostitución forzada. Herramientas para una intervención desde una perspectiva de derechos”, estudio realizado por Genera, Observatorio DESC y Grupo Antígona de la Universidad de Barcelona; año 2011:86.

104 Larrauri, E.; ob.cit.; 2007, p. 65.

sonas: un nuevo delito con antiguas raíces”, en *Trata de Personas. Sociales en debate* 04, Bs.As., UBA Sociales Publicaciones ISBN 978-950-29-1436-7, 2013.

-COLOMBO, M.-MANGANO, M.A. “Sobre víctimas victimarias” en *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos. Defensoría General de la Nación*, 2014, pp.11-20..

-DI CORLETO, J. “Trata de personas con fines de explotación”, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa, Año V, N° 6-Abril 2011*.

-DI CORLETO, J. “Presentación”, en Di Corleto, J. (Comp.) *Género y Justicia Penal*. Buenos Aires, Didot, 2017.

-HEIM, D. *Mujeres y Acceso a la Justicia*. Buenos Aires, Didot, 2016.

-IGLESIAS SKULJ, A. *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*. Buenos Aires, Didot, 2013.

-JARAMILLO, I. “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar” en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogotá, Siglo de Hombres editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uníandes, Instituto Pensar, 2000.

-LAMBERTI, S. “Violencia familiar. Violencia de género (Aplicación de la ley 24.417, de protección contra la violencia familiar y de la ley 24.632, Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres “Convención de Belem do Pará”); en JA,2000-II; 2000.

-LARRAURI, E. *Mujeres, derecho penal y criminología*. México, siglo XXI editores, 1994.

-LARRAURI, E. *Criminología crítica y violencia de género*. Barcelona, trota, 2007.

-MADRIZ, E. *A las niñas buenas no les pasa nada malo. El miedo a la delincuencia en la vida de las mujeres*. México. Siglo veintiuno editores, 2001.

-MARTINEZ, S.M. “Criminalización de víctimas de trata de personas”, en *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, Brasília, n. 3, 2013, pp.52-73*.

-MARTINEZ, S.M.-ANITUA, G.I. “Sobre las vulnerabilidades y los riesgos de las políticas y las leyes”, en Iglesias Skulj, A. *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*. Buenos Aires, Didot, 2013.

-OSBORNE, R. “Construcción de la víctima, destrucción del sujeto” en Jornadas Feministas, Pagina Abierta, 206. En <http://www.pensamiento crtico.org/raqosb0210.html>, 2009.

-PITCH, T. *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires. Ad hoc, 1995.

- RODRIGUEZ, M.: “Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio”, en Abregú, M.-Courtis, Ch. (Comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*”, Buenos Aires, Edit del Puerto, CELS, 1997.

-SOTELO, F. “La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas”, en Di Corleto, J. (comp.) *Género y Justicia Penal*. Buenos Aires, Didot, 2017, p.181-214.

-UFASE-INECIP “La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito”. Buenos Aires. <http://www.mseg.gba.gov.ar/Trata/Todo4deAbril.pdf>, 2012.

-VARELA, C. “De la “letra de la ley” a la labor interpretante: la “vulnerabilidad” femenina en los procesos de judicialización de la ley de trata de personas (2008-2011), en Revista de Sociología Jurídica, Brasil Nro. 8. ISSN: 1809-2721, 2009.

-VARELA, C. “Del tráfico de mujeres al tráfico de las políticas. Apuntes para una historia del movimiento anti-trata en la Argentina (1998-2008), en *Revista Publicar X*:35-64, 2012.

-VARELA, C. “La campaña antitrata en la Argentina y la agenda supranacional”, en Daich, D.-Sirimarco, M. (coord..) *Género y Violencia en el mercado del sexo. Política, Policía y Prostitución*. Buenos Aires, Biblos, 2015, pp. 109-149.

PARTICIPAÇÃO DOS GRUPOS DE INTERESSE EM ORGANISMOS MULTILATERAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Érico Lima de Oliveira.

(Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências pela Universidade de São Paulo e em Direito Internacional pela University College London. Pós-graduado em Estudos Internacionais pela SAIS/Johns Hopkins University. Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Defensor Público Federal de 1ª Categoria.)

RESUMO

O presente artigo procura avaliar a atuação dos grupos de interesse (stakeholders) nos organismos multilaterais de proteção aos direitos humanos tais como o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos com ênfase dada à efetividade de suas ações tomando como exemplo concreto a confecção da Lei Maria da Penha, marco importante na legislação referente à violência de gênero.

Palavras-chave: organismos multilaterais. direitos humanos. lei Maria da Penha.

RESUMEN

El presente trabajo busca evaluar la actuación de los grupos de interés (*stakeholders*) en los organismos multilaterales de protección a los derechos humanos como el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos con énfasis dada a la efectividad de sus acciones tomando como ejemplo concreto la producción de la Ley Maria da Penha, marco importante en la legislación brasileña referente a la violencia de género.

Palabras clave: organismos multilaterales, derechos humanos, ley Maria da Penha

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO II. DO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS III. DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL IV. DA PARTICIPAÇÃO DOS GRUPOS DE INTERESSE V. CONCLUSÃO

Seção I - INTRODUÇÃO

Nas palavras de Anne Binderkratz, Helene Pedersen e Peter Christiansen, “influenciar políticas públicas é a maior razão de ser dos grupos de interesse”¹. Neste sentido, os grupos de interesse são o reflexo do senso coletivo de que o ser humano consegue otimizar seus objetivos quando reunido em grupo. A idéia já estava presente em Aristóteles citado por Olson: “Os homens cumprem sua jornada unidos tendo em vista uma vantagem particular e como meio de prover alguma coisa particular necessária aos propósitos da vida; de maneira semelhante, a associação política parece ter-se constituído originalmente, e continuado a existir, pelas vantagens gerais que traz.”²

Aliando a lógica dos grupos de interesse ao surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, começamos a perceber o surgimento deste ramo do Direito ao qual visa proteger o ser humano na ordem global. O presente artigo busca explicitar quais os mecanismos estão à disposição da sociedade civil na seara internacional demonstrando a participação dos grupos de interesse em tais mecanismos e responder qual a efetividade desta participação no plano doméstico.

Para tanto, tal trabalho está disposto nas seguintes seções: a Sessão II irá estudar o sistema global de proteção aos direitos humanos, a Sessão III terá como objetivo estudar o mecanismo da Revisão Periódica Universal (RPU) do Conselho de Direitos Humanos e a participação da sociedade civil, a Sessão IV irá analisar a influência destas participações e o consequente resultado prático na seara doméstica. Finalmente a conclusão terá por objetivo responder se há efetividade na participação dos grupos de interesse no mecanismo da RPU nas esferas internacional e doméstica.

1 BINDERKRATZ, Anne S.; CHRISTIANSEN, Peter M.; PEDERSEN, Helene H. “A privileged position? The influence of Business Interests in Government Consultations.” *Journal of Public Administration Research and Theory*, n24, 2014 p. 879 (Tradução livre: Influencing public policy is a major reason d’être for interest groups)

2 ARISTOTELES, *Ética* viii 9 1160a. *apud* OLSON, Mancur. *Alógica da ação coletiva*. São Paulo: EDUSP, 1999 p. 148

Seção II – DO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A Comissão dos Direitos Humanos foi criada em 10 de dezembro de 1946 como um órgão subsidiário do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU) destinado para a promoção dos direitos humanos tendo entrado em funcionamento em 1947, sendo substituído pelo Conselho de Direitos Humanos diretamente subordinado à Assembleia Geral da ONU³. O Conselho foi constituído através da Resolução 60/251 da Assembleia Geral da ONU que é sua base constitucional e estabelece seu mandato⁴. O estudo do sistema global de proteção aos direitos humanos compreende duas facetas principais: o acesso do indivíduo aos mecanismos internacionais de proteção e procedimentos especiais (aspecto micro) e o mecanismo de revisão periódica universal (aspecto macro).

Em relação ao aspecto micro, o indivíduo pode ingressar no sistema global de proteção aos direitos humanos se legitimando como vítima de violações a direitos humanos e fazer uma comunicação diretamente ao Conselho de Direitos Humanos conforme Resolução 5/1-HRC que em seu item 85 esclarece: *“A complaint procedure is being established to address consistent patterns of Gross and reliably attested violations of all human rights and all fundamental freedom occurring in any part of the world and under any circumstances”*

Assim, a petição será recebida pelo Grupo de Trabalho de Comunicações que fará o exame inicial e caso passe a fase de admissibilidade a petição será levada ao Grupo de Trabalho de Situações que levará o caso ao plenário do Conselho de Direitos Humanos para chamar o Estado à responsabilização, caso necessário.

Sob a perspectiva da governança global, os tratados de direitos humanos concluídos sobre os auspícios das Nações Unidas devem ser efetivados através da lei doméstica dos Estados-parte pois estes não podem invocar dispositivos de sua lei doméstica para não dar efetividade a estes tratados tendo em vista o caráter *erga omnes* das obrigações contidas nestes e o artigo 27 da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados. Assim, existe uma relação de dependência entre o sistema global de proteção de direitos humanos e a esfera doméstica tendo em vista o acesso do indivíduo ao Conselho de Direitos Humanos.⁵

3 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 284

4 BOYLE, Kevin. The United Nations Human Rights Council, Its special procedures, and its relationship with the treaty bodies: complementarity or competition?. In: *New Institutions for human rights protection*. Cambridge: CUP, 2009, p. 31

5 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The access of individuals to international justice*. Oxford: OUP, 2011 p. 82-83

No que se refere ao nível macro, o mecanismo de Revisão Periódica Universal serve precipuamente para chamar os Estados à responsabilidade pelo cumprimento das obrigações ratificadas pelos Estados-membros. O mecanismo “fundado no *peer review* – monitoramento pelos pares – pelo qual um Estado tem a sua situação de direitos humanos submetida à avaliação dos demais membros do Conselho de Direitos Humanos (e também a qualquer outro estado interessado) relatado por três outros Estados (troika)”⁶ é essencialmente político mas também permite a participação da sociedade civil através de organizações não governamentais o que pode gerar um diálogo frutífero na efetividade do regime global de direitos humanos. Exemplo disto foi o relatório dado pelo governo brasileiro na terceira Revisão Periódica Universal: “*In 2012, Brazil accepted 169 recommendations having expressed partial support to ten of them and the impossibility to accept one of them for being incompatible with national legislation*”.⁷

Por mais que, alguns Estados possam servir de uma retórica que venha a mascarar violações de direitos humanos é fato que a estratégia de *naming and shaming* funciona sob uma perspectiva internacional visto que nenhum Estado quer ser visto como violador de direitos humanos na arena global.

Seção III – DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

A grande inovação que o Conselho de Direitos Humanos trouxe no monitoramento da aplicação e efetivação dos direitos humanos nos Estados foi o mecanismo da revisão periódica universal que não era previsto pela instituição que o procedeu, a Comissão de Direitos Humanos. É bem verdade que “a mera criação do Conselho não muda fundamentalmente, por si só, a maneira como os direitos humanos são garantidos no nível internacional”⁸ e que muitos assuntos relacionados aos procedimentos de proteção aos direitos humanos das Nações Unidas carregam consigo o peso da política.”⁹ No entanto, a ONU como organismo internacional é indubitavelmente um laboratório de produção de direito internacional¹⁰ e a resolução 60/251, base legislativa de criação do Conselho,

6 CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

7 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21* Brazil para 2 Acesso em 05 julho 2017

8 BERNAZ, Nadia. The United Nations Human Rights Council, Its special procedures, and its relationship with the treaty bodies: complementarity or competition?. In: *New Institutions for human rights protection*. Cambridge: CUP, 2009, p. 75

9 *Ibidem* p. 76

10 *Ibidem* p. 77

estabelece que este órgão deve realizar uma revisão periódica universal baseada em informações objetivas e confiáveis do compromisso de cada Estado de suas obrigações e compromissos em relação aos direitos humanos.¹¹

Conforme a lição de Carvalho Ramos:

“O RPU prevê que todos os Estados da ONU serão avaliados em períodos de quatro a cinco anos, evitando-se a seletividade e os parâmetros dúbios da escolha de um determinado país e não outro. O trâmite é simples e previsto no anexo da Resolução 5/1 do Conselho de Direitos Humanos, de 18 de junho de 2007. De início, cabe ao Estado a ser examinado apresentar relatório nacional oficial ao Conselho de Direitos Humanos sobre a situação geral de direitos humanos em seu território. Após, apresenta-se uma compilação de todas as informações referentes a direitos humanos no Estado examinado constante dos procedimentos especiais do próprio Conselho de Direitos Humanos e demais órgãos internacionais de direitos humanos.

Por fim, as organizações não governamentais e a instituição nacional de direitos humanos podem também apresentar informes e outros documentos relevantes, que serão resumidos por equipe do Alto Comissariado de Direitos Humanos.¹² (grifo nosso)

A Resolução 5/1 é a base institucional para se estudar o mecanismo da revisão periódica universal. Os documentos a serem estudados na RPU são: a) a informação oficial apresentada pelo estado membro acerca da situação dos direitos humanos em seu território; b) compilação preparada pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos acerca da situação do Estado avaliado em relação aos principais tratados de direitos humanos e c) informação confiável providenciada por outros organismos relevantes (*stakeholders*) que podem ser tomados em consideração pelo Conselho na revisão.¹³

Conforme a resolução 5/1 do CDH, a revisão será conduzida em um grupo de trabalho presidida pelo Presidente do Conselho e composta pelos 47 estados membros do Conselho, sendo que Estados observadores também poderão participar da sessão

11 GA Res 60/251, 15 Março 2006, para 5 (e)

12 CARVALHO RAMOS. Op. cit. 2014 p 286-287

13 HRC Res 5/1, 18 Junho 2007, para D (1) 15, a, b, c

bem como outras organizações relevantes (*stakeholders*), sendo que um grupo de três países (*troika*) será responsável pela avaliação de cada Estado e o relatório final será submetido ao plenário do Conselho.¹⁴ O estado avaliado e outros membros do Conselho bem como os Estados observadores poderão expressar suas opiniões sobre o resultado final da revisão antes de ser levado à plenário. A mesma oportunidade será dada às organizações e grupos de interesse relevantes (*stakeholders*) de fazer comentários gerais antes da adoção do texto pelo plenário. As recomendações que obtiverem o suporte do Estado avaliado serão identificadas como tais mas aquelas que não obtiverem tal suporte constarão no relatório final a ser apresentado em Plenário.¹⁵ Assim, o resultado da RPU como um mecanismo cooperativo deve ser implementado primeiramente pelo Estado avaliado mas também, quando apropriado, por outras organizações relevantes e grupos de interesse¹⁶.

A República Federativa do Brasil passou por três ciclos de avaliação na Revisão Periódica Universal conduzida pelo Conselho de Direitos Humanos. O terceiro ciclo de avaliações foi iniciado em 05 de maio de 2017 e compreende a implementação das recomendações e evolução geral tomada a partir do segundo ciclo de avaliação realizado no ano de 2012. Para o terceiro ciclo já foram depositados o relatório nacional confeccionado pelo governo brasileiro, a compilação de informações providenciada pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas e o sumário das informações prestadas pelas organizações relevantes além das questões submetidas pelos Estados ao governo brasileiro.¹⁷

Os grupos de interesse apresentaram ao Conselho de Direitos Humanos várias submissões agrupadas em temas. À título de exemplo listamos algumas delas em três grupos: direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais e direitos das minorias. No que se refere aos direitos civis e políticos especialmente no direito à vida, liberdade e segurança a Anistia Internacional (AI) notou que o Brasil adotara recomendações para implantar medidas direcionadas para acabar com execuções extrajudiciais por forças de segurança mas que tais execuções pela polícia ainda são constantes especialmente em favelas. Neste passo a CONECTAS afirmou que as execuções policiais somente seriam eliminadas se algumas medidas fossem tomadas tais como independência da polícia científica e das corregedorias, fiscalização da Polícia pelo Ministério Público, reforma do

14 HRC Res 5/1, 18 Junho 2007, para D (2) 18, a, b, c, d 25

15 HRC Res 5/1, 18 Junho 2007, para E (3) 30, 31, 32

16 HRC Res 5/1, 18 Junho 2007, para F 33

17 CONSELHO DOS DIREITOS HUMANOS Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BRIndex.aspx>> Acesso em: 05 jul 2017

modelo da Polícia Militar e fim dos autos de resistência. No que toca aos direitos econômicos, sociais e culturais várias organizações apontaram violações em direitos a condições favoráveis de trabalho, segurança social, nível adequado de moradia, saúde e educação. Finalmente em relação às minorias, foram apresentadas recomendações em prol de mulheres, crianças, indígenas, pessoas com necessidades especiais migrantes e refugiados.¹⁸

Seção IV – DA PARTICIPAÇÃO DOS GRUPOS DE INTERESSE

David Truman explica que a expressão grupos de interesse se refere a qualquer grupo que tendo por base atitudes comuns faz certas reivindicações a outros grupos na sociedade para o estabelecimento, manutenção ou melhoria de formas de comportamento que são implícitas nestas atitudes. Assim, destas interações entre os grupos surgem as normas¹⁹. Os grupos de interesse agem nos processos legislativos e nas políticas públicas sempre que houver uma oportunidade ou o que John Kingdon chama de janelas para políticas públicas:

“Uma janela aberta para políticas públicas constitui uma oportunidade para que os defensores de uma determinada causa ofereçam suas soluções, ou para chamar atenção para problemas que considerem especiais. De fato, defensores de políticas dentro e fora do governo mantêm suas propostas e suas indicações de problemas sempre prontas, aguardando o surgimento dessas oportunidades. Eles desenvolvem propostas de soluções, por exemplo, e esperam que apareçam os problemas para os quais possam oferecer estas soluções, ou por desdobramentos na arena política dos quais possam tirar vantagem, ou ainda, eles esperam por oportunidades semelhantes para trazer à tona os problemas considerados especiais, como o surgimento de uma nova administração que se preocupe com esses problemas. Esta administração abre uma janela de oportunidade para que eles chamem atenção para os problemas que os preocupam.”²⁰

De fato a revisão periódica universal conduzida pelo Conselho de Direitos Humanos representa a “janela aberta” para que grupos de interesse possam na seara internacional apontar problemas relativos a promoção e efetivação dos direitos humanos no país avaliado. O próprio texto normativo que regulamentou a RPU (Resolução 5/1- HRC) deu a legitimidade para que estes grupos possam participar e cobrar do estado avaliado

18 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/045/56/PDF/G1704556.pdf?OpenElement>> Acesso em 05 jul 2017

19 TRUMAN, David. The governmental process: political interests and public opinion. New York: Knopf, 1951, p. 235.

20 KINGDON, John. Agendas, alternatives, and public policies. New York: Longman, 1995, p.236-237.

as melhorias no que se refere à situação dos direitos humanos. Contudo, resta saber se há efetividade no processo da Revisão Periódica Universal.

Como Kingdon observa “há três famílias de processos no estabelecimento da agenda no governo federal: as pessoas reconhecem problemas, elas geram propostas para mudanças nas políticas públicas e se engajam em atividades políticas tais como campanhas eleitorais e pressão através de lobby”, em suma, resumindo: “as três maiores correntes de processos no governo federal são: (1) reconhecimento de problemas, (2) formação e refinamento de propostas de políticas públicas, (3) política”²¹ Ainda conforme o autor, “uma vez que entendemos estas correntes tomadas separadamente, a chave para entender a mudança da agenda e da política é a junção destas correntes. (...) Um problema é reconhecido, uma solução está disponível, o clima político é propício para mudança e os obstáculos não proíbem ação.”²²

Assim, traduzindo o pensamento de Kingdon para o cenário político global temos que os grupos de interesse reconhecem os problemas, traduzem estes problemas em propostas de políticas públicas e levam tais propostas ao Conselho de Direitos Humanos durante a Revisão Periódica Universal que seria a “janela de oportunidade” para fazer a pressão necessária para que saia um resultado que satisfaça aos stakeholders seja sob a forma de recomendações ou mesmo de postura mais efetiva do Estado avaliado.

De acordo com a teoria realista de relações internacionais, os direitos humanos não têm lugar em um sistema anárquico uma vez que os interesses nacionais podem se contrapor à promoção dos direitos humanos e tais interesses são primordiais para o Estado. Em contrapartida, para a teoria liberal os direitos humanos são uma extensão do direito natural e os Estados têm o dever moral de protegê-los sendo que os regimes de direitos humanos (a exemplo do regime global de proteção) e as instituições são vitais para o monitoramento dos Estados em relação à proteção destes direitos que por sua vez esta intrinsecamente ligada à promoção da democracia e da boa governança.²³

A teoria construtivista por outro lado entende que a base dos direitos humanos é o consenso que existe entre atores (os grupos de interesse) e as instituições na sociedade internacional, sendo fruto não de um direito natural mas sim de um compromisso entre os grupos de interesse, os Estados e as instituições. Renega-se aqui a primazia do interesse nacional advogado pelos realistas uma vez que o verdadeiro interesse é fruto

21 KINGDON, John op cit p. 87

22 Ibidem p. 88

23 GOODHART, Michael. Human rights: theory and practice. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 48.

dos valores de um Estado. Assim, o Estado protetor dos direitos humanos na seara doméstica também o será na seara internacional.²⁴

Deste modo, os grupos de interesse tais como a Anistia Internacional se tornam vitais para a construção dos direitos humanos na seara global afastando a crença realista de que somente os Estados são os únicos atores importantes nas relações internacionais visto que estas organizações desempenham duas funções: a) comunicar violações de direitos humanos para a mídia; b) monitorar a implementação dos direitos humanos no Estado signatário de tratados internacionais de direitos humanos. Assim, essas organizações adotam a técnica do naming and shaming para Estados que apresentam violações maciças aos direitos humanos, ou seja expor o Estado violador de direitos humanos na seara internacional até que o governo daquele Estado se pronuncie de algum modo para a comunidade global.

A técnica do naming and shaming guarda intrínseca relação com a técnica de confecção de normas internacionais de proteção aos direitos humanos chamada de norma em cascata (norm cascade) que tem cinco fases: a) repressão pelo Estado de grupos de oposição; b) comunicação dos grupos de interesse de violação de direitos humanos por parte do Estado; c) concessão por parte do governo devido ao naming and shaming do nome do Estado operado na seara internacional por parte dos grupos de interesse; d) esforço por parte do governo de se submeter às normas internacionais de direitos humanos; e) edificação jurídico-institucional por parte do Estado de órgãos de monitoramento e leis visando proteger os direitos humanos no âmbito doméstico.²⁵

Logicamente esta teoria é imaginada pelos construtivistas como algo de médio a longo prazo. No entanto, por mais que, alguns Estados possam servir de uma retórica que venha a mascarar graves violações de direitos humanos é fato que a estratégia de naming and shaming funciona sob uma perspectiva internacional visto que nenhum Estado quer ser visto como violador de direitos humanos na arena global. A participação dos grupos de interesse neste caso é vital não somente porque ajuda a construir as normas de direitos humanos que servirão de balizas para o Estado se guiar na seara internacional como também fiscaliza o cumprimento destas normas. O acesso ao sistema internacional garante a tais grupos de interesse uma interlocução privilegiada para tais funções de confecção e monitoramento das normas.

Ainda assim, o regime internacional de proteção ainda é falho no que toca a reais sanções que possam ser advindas do descumprimento das normas se compararmos

24 GOODHART, Michael op. cit. p. 48

25 Ibidem p. 49

a outros regimes como, por exemplo, o regime do comércio internacional no qual a Organização Mundial do Comércio (OMC) estabelece um rígido procedimento no caso de descumprimento de suas normas conforme o Anexo II do Acordo da OMC. Ainda há no caso do regime de proteção aos direitos humanos um estágio anterior, ou seja, não há muito o que se fazer além da estratégia do naming and shaming e da participação dos grupos de interesse.

Neste passo, a teoria do “subproduto” e dos grandes grupos de pressão não se aplique aos grupos de interesse que advogam pelo estabelecimento, manutenção ou melhoria dos direitos humanos visto que “os lobbies dos grandes grupos econômicos são um subproduto de organizações que têm a capacidade de “mobilizar” um grupo latente com “incentivos seletivos.”²⁶ Esta lógica também se aplica aos foros internacionais sendo que os lobbies dos Estados nada mais refletem que a mobilização dos grandes grupos empresariais na arena global. Neste sentido Olson explica que “as únicas organizações que têm “incentivos seletivos” disponíveis são aquelas que têm autoridade e capacidade para serem coercitivas, ou que têm uma fonte de incentivos positivos que podem oferecer aos indivíduos de um grupo latente.”²⁷ Em outras palavras, no sistema de comércio internacional, os grupos de interesse têm musculatura suficiente para que suas demandas cheguem ao governo e o Estado, por conseguinte se torne porta-voz destas demandas na seara internacional.

No que toca à proteção dos direitos humanos, a teoria do subproduto já não funciona a contento visto “que ela não é especialmente útil no estudo de alguns outros lobbies não-econômicos”²⁸ já que outros fatores de cunho social, político, religioso ou filantrópico. Parece ser este o caso dos grupos de interesse que advogam por direitos humanos na seara doméstica e internacional. Ainda assim, mesmo na seara dos direitos humanos os grupos de interesse formam “uma ampla rede que liga desde os movimentos locais até as organizações nacionais que funcionam como ponta de lança de interlocução com autoridades políticas ou mesmo órgãos internacionais”²⁹. Assim, os grupos de interesse e suas relações de cooperação e oposição em políticas públicas podem alcançar maior ou menor resultado nas arenas políticas domésticas ou internacionais a depender do tamanho da sua influência “em rede”.³⁰

26 OLSON, Mancur. op. cit. p. 148

27 OLSON, Mancur op. cit. p. 148

28 Ibidem p. 174

29 CESÁRIO, Pablo S. “Redes de influência no Congresso Nacional: como se articulam os principais grupos de interesse”. Revista de Sociologia e Política, Vol. 24, N. 59, 2016 p. 109

30 Ibidem p. 121

Para medir o tamanho da influência que um certo grupo de interesse possui, Pablo Cesário propõe que se estude a centralidade de uma rede baseada no acesso do grupo de interesse ao foro político. O autor se utiliza do exemplo do acesso ao parlamento brasileiro contudo podemos adaptá-lo a um determinado foro internacional. Assim, o autor usa três matrizes para mensurar a influência de um grupo de interesse: a) ligações (degrees) que cada grupo de interesse possui. Quanto maior o número de ligações pode-se dizer que o grupo possui mais prestígio e, por conseguinte, é mais influente; b) proximidade (closeness) de um grupo de interesse com outros grupos eliminando intermediários e se tornando uma referência em determinado campo; c) possibilidade de intermediação política (betweenness) entre nós ou posições políticas antagônicas servindo assim como broker entre grupos de interesse com o objetivo de realizar acordos ou mesmo evitar arestas entre grupos.³¹

Um exemplo bem sucedido de ação de um grupo de interesse em um foro político internacional com repercussões na seara doméstica foi a adoção da Lei 11.340, de 07 de Agosto de 2006 que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher que nasceu de recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso 12.051 nos seguintes termos:

- a) Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.³²

³¹ CESÁRIO, Pablo S op. cit. p. 122

³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Caso 12.051 Méritos . Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 06 jul 2017

A Lei Maria da Penha como ficou conhecida a Lei 11.340/2006 não somente criou procedimentos específicos em casos de violência contra mulher como também criou os chamados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos destinados ao processamento de casos desta natureza. A recomendação da Comissão Interamericana foi fundamental para a aprovação desta política pública manifestada através do instrumento legislativo. No entanto, o caso só foi levado à Comissão pela ação de grupos de interesse específicos, quais sejam, o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) que resultou nas recomendações retro feitas ao governo brasileiro.

Assim, os grupos de interesse que advogam pela proteção aos direitos humanos têm como opositores comuns o Estado e outros atores não-estatais. No entanto, o Estado é o ator que responderá pela violação a direitos humanos nos foros políticos internacionais como no caso do CDH e da CIDH. Assim, para que uma articulação política de um grupo de interesse no campo dos direitos humanos com todas as suas limitações seja bem sucedido na esfera internacional é necessário mensurar que tal grupo tenha ligações suficientes com outros grupos (degrees) gerando a proximidade necessária (closeness) afim de que se torne uma referência respeitada naquele campo para que possa enfim levar uma causa a um foro político internacional com possibilidades reais de produzir efeitos concretos na esfera doméstica de um determinado Estado no que toca à proteção dos direitos humanos.

Seção V – CONCLUSÃO

Com base nos autores aqui apontados, observa-se que a atuação dos grupos de interesse no que toca à promoção e efetivação na esfera internacional com reflexos na arena doméstica faz diferença sobretudo na confecção de recomendações feitas pelos órgãos internacionais de proteção e no monitoramento (fiscalização) de tais normas. É bem verdade que o regime de proteção internacional aos direitos humanos carece de uma maior efetividade e, sobretudo de maiores mecanismos sancionatórios além da técnica do naming and shaming. No entanto, percebe-se o quanto se avançou no regime a partir da segunda metade do século XX quando a comunidade global resolveu colocar definitivamente a questão dos direitos humanos na agenda política internacional. Neste sentido, o fato de atores não estatais como os grupos de interesse terem voz na esfera global já é um grande avanço em se tratando de advocacy relacionada a temas não-econômicas na qual a teoria do subproduto não encontra muita ressonância.

O que se observa nos dias atuais é que o edifício jurídico-institucional montado para garantir a implementação e melhoria dos direitos humanos já existe e neste espaço político atores estatais e não-estatais encontram a margem de manobra para implementar suas agendas dentro dos seus respectivos campos de atuação. A efetividade de fato no mecanismo da Revisão Periódica Universal reside na participação efetiva dos grupos de interesse em tecer recomendações aos Estados combinada à posterior fiscalização. Muito embora não existam sanções econômicas diretas envolvidas no descumprimento de recomendações do Conselho de Direitos Humanos é igualmente verdadeiro que os Estados não querem ser vistos como violadores de direitos humanos uma vez que isso pode gerar repercussões no âmbito de suas relações bilaterais ou multilaterais, inclusive de âmbito econômico e aí se localiza o verdadeiro interesse nacional: não ser objeto de críticas que possam prejudicar a imagem do Estado na arena global. Longe de ser ideal, o regime de proteção já representa um grande avanço no histórico de proteção aos direitos humanos e a contribuição dos grupos de interesse é fundamental para a consolidação desse processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINDERKRATZ, Anne S.; CHRISTIANSEN, Peter M.; PEDERSEN, Helene H. “A privileged position? The influence of Business Interests in Government Consultations.” *Journal of Public Administration Research and Theory*, n 24, 2014

BOYLE, Kevin. (ed) *New Institutions for human rights protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CESÁRIO, Pablo S. “Redes de influência no Congresso Nacional: como se articulam os principais grupos de interesse”. *Revista de Sociologia e Política*, Vol. 24, N. 59, 2016

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. HRC Res 5/1, 18 Junho 2007

GOODHART, Michael. Human rights: theory and practice. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2016

KINGDON, John. Agendas, alternatives, and public policies. New York: Longman, 1995

OLSON, Mancur. A lógica da ação coletiva. São Paulo: EDUSP, 1999

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. GA Res 60/251, 15 Março 2006

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The access of individuals to international justice. Oxford: OUP. 2011

TRUMAN, David. The governmental process: political interests and public opinion. New York: Knopf, 1951

SÍTIOS ELETRÔNICOS

CONSELHO DOS DIREITOS HUMANOS Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BRIndex.aspx>>

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Caso 12.051 Méritos. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/045/56/PDF/G1704556.pdf?OpenElement>>

IGUALDADE MATERIAL – IGUALDADE DE GÊNERO BANHEIRO UNISSEX – COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Michelle Valéria Macedo Silva¹

RESUMO

A violência de gênero constitui uma tendência de busca de hegemonia entre os gêneros. Tal artimanha busca reduzir os direitos de liberdade mais íntimos e que dizem respeito à vida estritamente privada dos seres humanos mais vulneráveis. Por corresponder à esfera privada do indivíduo, o livre exercício das autonomias da vontade deve merecer respeito, proteção e promoção do Estado. A proteção da dignidade do ser humano como finalidade precípua do Estado deve levá-lo a agir para a promoção da isonomia entre todos os seres humanos, independente da identificação com qualquer gênero. O banheiro unissex e, por conseguinte, a eliminação da dicotomia de gêneros nos banheiros contribuirá para a criação de um ambiente de tolerância e respeito no convívio entre os gêneros em prol da tão almejada igualdade material de todos os seres humanos.

Palavras-chave: Isonomia. Igualdade Material. Igualdade de Gênero. Banheiro Unissex. Violência de gênero.

RESUMEN

La violencia de género es una tendencia a la búsqueda por la hegemonía entre los géneros. És una búsqueda en reducir los más íntimos derechos de libertad dos más vulnerables, derechos estrictamente privados. Por decir respecto a la esfera privada del individuo, al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad tiene que ganar respeto, protección y promoción del Estado. La protección de la dignidad del ser humano como un fin primordial del Estado debe llevarlo a actuar para la promoción de la igualdad entre todos los seres humanos, independientemente de la identificación con cualquier género. El cuarto de baño Unisex servira para el logro. A eliminación de la dicotomía de género en los baños contribuyen a crear un ambiente de tolerancia y respeto en la convivencia entre los géneros por la igualdad material de todos los seres humanos.

¹ Defensora Pública Federal de 1ª Categoria no Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Palabras clave: Igualdad. Igualdad Material. Igualdad de Género. Baño Unisex. Violencia de género.

A luta entre os sexos existe desde os primórdios da humanidade. O reconhecimento dos direitos da população LGBT engrandeceu o debate e o foco passou a ser a disputa dos gêneros masculino e feminino entre si na medida em que os corpos não limitavam as escolhas de gênero. Contudo, na linha dos estudos de Judith Butler a igualdade de todos os seres humanos passa por uma abordagem da proteção da liberdade de todos indivíduos, seja qual identidade almeje-se possuir, quer se enquadre ou não em um único gênero.

A dicotomia do gênero encontra espectro na linguagem, enquanto signos duais gramaticais para identificação dos substantivos e adjetivos indispensáveis à simples comunicação entre os indivíduos e significação da vida. Ocorre que ao lado da padronização dos gêneros masculino e feminino, o livre exercício do direito de liberdade permite que cada ser humano identifique-se ou não com os gêneros que quiser. Isso ocorre porque há um desprendimento do sexo, do gênero e do desejo.² Não há determinismo em nenhum desses setores da vida do indivíduo, de modo que a identificação do ser humano com qualquer variável dessas merece respeito, proteção e até promoção do Estado. Portanto, a temática da violência de gênero importa em aceitar as livres escolhas individuais na esteira de toda doutrina já construída acerca da legitimação do nome social.

O respeito às escolhas individuais deve constituir objetivo principal de qualquer Estado que tenha como elemento central a dignidade do ser humano. A tutela da liberdade do indivíduo nessa seara deve se dar na sua plenitude justamente porque é área relacionada estritamente à vida privada e mais íntima do indivíduo. Esse direito à liberdade na intimidade do indivíduo não deve ser objeto de nenhuma imposição estatal de padrões a serem seguidos. Ao contrário, cabe ao Estado o respeito, a proteção e, em certos casos, a promoção dessas liberalidades íntimas contra ingerências de terceiros incomodados com as escolhas alheias destoantes da sua.

Portanto, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, com franca inspiração em kant³, o ser humano é alçado ao centro do Ordenamento Jurídico, constituindo um

2 Butler, Judith, Problemas de gênero, Feminismo e Subversão da Identidade, tradução de Renato Aguiar, 13ª Edição, Civilização Brasileira editora, Rio de Janeiro, 2017, p.54.

3 Rawls, John, Uma Teoria da Justiça, tradução de Carlos Pinto Correia, 3ª Edição, Editorial Presença, Lisboa, 2013, p.150. Kant, Immanuel, Fundamentação da Metafísica dos Costumes, tradução de Paulo Quintela, Edições 70, Lisboa, 2014, p.82.

verdadeiro fim do Estado.⁴ A proteção do direito de liberdade individual importa o ser humano contar com a proteção estatal contra atos que venham tolhir o livre exercício de sua autonomia da vontade. Assim, o Estado ao invés de assumir uma postura de vigia das escolhas dos mais empoderados (geralmente correspondente aos padrões das maiorias) deve assumir um papel de legitimação (respeito) e proteção dos menos empoderados contra qualquer forma de discriminação não razoável das escolhas individuais diferentes. Afinal, toda dificuldade de empoderamento retrata um esforço dos mais fortes em permanecerem numa condição de privilégio subjugando os mais vulneráveis.

O Estado que possui sua maior riqueza representada no ser humano deve ir mais além da simples dimensão de respeito e proteção. A dimensão da promoção dos direitos de liberdade ganha relevo na medida que certos grupos de indivíduos somente conseguiriam atingir a expressão de suas escolhas individuais com o auxílio estatal. Portanto, por exemplo, operações de mudança de sexo seriam custeadas pelo Estado à população carente de recursos como condição *sine qua non* para os livres exercícios das liberdades íntimas dos indivíduos nessa situação mais vulnerável. Nesta esteira, a própria omissão estatal em promover o livre exercício dos direitos de liberdade constituiria em si uma violência individual repugnada. Tal desiderato acabaria por colocar o Estado na posição de agressor do indivíduo, pouco preocupado com a dignidade dos indivíduos que alberga e serve.

O patriarcado eternamente difundido no seio da sociedade merece ser constantemente objeto de repulsa por todos aqueles que pretendam a construção de uma sociedade livre e igualitária. “O mundo sempre pertenceu aos machos”⁵, com essa frase Simone de Beauvoir inicia a segunda parte do primeiro volume de seu livro histórico que marca a luta do feminismo no mundo, sobretudo pela inteligência e conteúdo de sua obra acerca da intensa luta dos sexos desde os primórdios no sentido da constante pretensão dos homens subjugar as mulheres. Enfatize-se que a luta feminista é constantemente negada pelas próprias mulheres. Muitas ainda hoje acham totalmente desnecessárias as rejeições às intenções machistas que insistem em se difundir na sociedade contemporânea. Outro exemplo, conta corrente conjunta entre marido e mulher ainda é uma constante nas famílias contemporâneas, ainda que não haja dependência financeira entre os cônjuges. Afinal, assim o marido detém o controle financeiro da vida da mulher e com o total aval da mesma, sem que esta sequer questione a falta ou, no mínimo, a redução de sua liberdade

4 Morais, Carlos Blanco de, Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social, Tomo II, Vol. 2, Coimbra Editora, 2014, p. 468.

5 Beauvoir, Simone, O Segundo Sexo: Fatos e Mitos, tradução de Sérgio Milliet, Vol.1, 3ª Edição, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2016, p. 95.

assumida com o matrimônio aceito.

A célebre filósofa francesa chega a citar a forma organizacional do matriarcado dos formigueiros e das colmeias⁶ para enfatizar que o império do patriarcado trata-se de uma construção histórica que sempre buscou menosprezar as mulheres em prol da prevalência do macho. Tamanha artimanha masculina somente se perfaz bem sucedida na medida em que culmina com a almejada redução impune da liberdade das mulheres. A partir da comparação com outras formas de organização social de outros seres vivos a renomada autora evidencia que a inferioridade a que a mulher encontra-se inserida na sociedade não é um dado natural, mas cultural-social. Logo, a luta feminista desde os primórdios até hoje constitui fator indispensável para a emancipação feminina e, por conseguinte, a diminuição da violência de gênero.

A filosofia nos informa que enquanto seres humanos, constituímos um coletivo de pessoas. E como pessoa representamos cada um “uma agência que reivindica prioridade ontológica aos vários papéis e funções pelos quais assume viabilidade e significado sociais”.⁷ Nesta perspectiva a liberdade íntima do ser humano comporta admitirmos lhe franquear todas as escolhas de identidades viáveis e que lhe imprima o seu significado pessoal social almejado. A dicotomia do gênero em oposição à categoria sexo, muito embora tenha enriquecido o debate lança o olhar para praticamente a existência em contraposição apenas do gênero feminino, constituindo o gênero masculino o geral e naturalizado.⁸ Para exemplificar, assinala-se a predominância do gênero masculino na gramática. O ponto alto é a referência naturalizada do substantivo homem ao título de ser humano.

A inserção da questão do gênero fez a luta igualitária desprender-se do corpo biológico/anatômico e abraçar as identidades múltiplas que o corpo pode assumir de acordo com as escolhas pessoais de cada um. Aliás, até o corpo biológico não está fadado a ser o de nascença por isso citamos em conjunto a anatomia para abranger aqueles indivíduos que buscam cirurgia de mudança de sexo nato. O avanço da medicina também foi capaz de servir o ser humano para atender suas escolhas individuais. Afinal, a liberdade do indivíduo deve ser o norte de todas áreas de conhecimento e estruturação da sociedade, sob pena de revertermos a prioridade ontológica que deve reger o mundo.

Essas escolhas pessoais dizem respeito à identificação do ser humano com deter-

6 Beauvoir, Simone, *O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*, tradução de Sérgio Milliet, Vol.1, 3ª Edição, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2016, p. 45.

7 Butler, Judith, *Problemas de gênero, Feminismo e Subversão da Identidade*, tradução de Renato Aguiar, 13ª Edição, Civilização Brasileira editora, Rio de Janeiro, 2017, p.42.

8 Butler, Judith, *Problemas de gênero, Feminismo e Subversão da Identidade*, tradução de Renato Aguiar, 13ª Edição, Civilização Brasileira editora, Rio de Janeiro, 2017, p.48.

minadas características que o façam adaptar-se melhor ao mundo em que vive. Portanto, tratando-se da vida estritamente privada do ser humano não se mostra razoável admitirmos a possibilidade de restrição do exercício de suas autonomias da vontade para atendimento de padrões pré-definidos, ainda que majoritariamente aceitos. Na sociedade plural que compartilhamos, o ser humano deve poder escolher projetos de vida dignos para além do padrão binário compulsório. Da mesma forma, a heterossexualidade e o falocentrismo compulsórios devem ser desnaturalizados em prol do livre exercício da autonomia da vontade. Afinal, o tratamento da tão almejada igualdade material de todos os seres humanos deve albergar o reconhecimento e a proteção de qualquer forma de vida digna que o indivíduo se identifique. Ao fim, a luta contra a violência de gênero consiste na reivindicação das dimensões de respeito, proteção e promoção dos direitos de liberdades mais íntimos de todos os seres humanos, independente do gênero.

Ademais, ao lado do sexo biológico/anatômico, certo é que os indivíduos podem desenvolver pretensões de identidade não só com um único gênero. A sociedade e o Direito deve dar conta de que há inúmeras identidades destoantes e, por conseguinte, vulneráveis que merecem atenção do Estado. A própria mera racionalidade do ser humano nos conduz ao raciocínio lógico de que padrões majoritários de conduta íntima não devem ser impostos a ninguém, sobretudo no que diz respeito às escolhas da vida privada de cada indivíduo. O contrário seria a admissão da possibilidade irracional de construção de um sociedade de robôs onde reinaria a infelicidade diante de tantas castrações de desejos legitimados pelo próprio Estado. Afinal, não há justificativa racional para a imposição de condutas majoritárias em relação à mera identidade de corpos e padrões de gêneros. Por isso a heterossexualidade compulsória deveria ter sido há muito desnaturalizada em prol da liberdade da mulher tecer suas escolhas pessoais de acordo com seus livres instintos e desejos. O ser humano deve ser livre para realizar suas escolhas individuais na eterna busca de felicidade enquanto estiver vivo.

Diante da condição de maior vulnerabilidade, a redução ou até verdadeira eliminação dos direitos de liberdade dos indivíduos menos empoderados traduz –se na própria repugnante violência de gênero. A conexão decorre do fato do gênero masculino predominar, da mesma forma que o homem pretende subjugar as mulheres na sociedade patriarcal que habitamos.

Enfatize-se que numa sociedade em que se queira eliminar a violência de gênero deve-se preocupar com a proteção dos direitos de liberdade individual de todos. Essa proteção estatal deve visar o reconhecimento, e até o incentivo, ao livre exercício das autono-

mias da vontade individuais. Afinal, o Estado criado para viabilização da vida coletiva em sociedade que favoreça o ser humano somente pode ter como finalidade precípua o livre desenvolvimento de cada indivíduo de acordo com suas aspirações pessoais igualmente dignas. A violência de gênero perpetrada pelos mais empoderados, ou até pelo próprio Estado, constitui obra da irracionalidade humana e, por isso, deve ser combatida por seres vivos racionais livres e iguais.

A sociedade comporta gêneros com características e atributos que são construídos historicamente. Inegável é que essa construção histórica parte da superioridade do padrão universal masculino enfatizando a subserviência feminina. Por exemplo, o uso da saia para mulheres e a proibição de uso de calça às meninas no colégio é uma clara especificação e separação de gêneros totalmente desnecessária. Aludidos estereótipos somente possuem o condão de subjugar as mulheres que passaram até a serem culpadas pela cultura do estupro de acordo com o tamanho de suas saias e a excitação que comovem no sexo oposto. Portanto, o ato de tolhir direitos de liberdade dos indivíduos menos empoderados e, portanto, mais vulneráveis, cuja causa subjacente constitui o sexo, o gênero ou o desejo constitui flagrante ingerência indevida na vida privada desses seres humanos o que caracteriza repudiantes atos de violência.

A própria noção dos padrões majoritários acerca do gênero feminino importa construção histórico-cultural. “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, na célebre frase de Simone de Beauvoir⁹, ou seja, o gênero feminino não passa de uma criação sócio-cultural e não de um destino biológico, psíquico ou econômico dos seres humanos. Portanto, na própria virada neokantiana que reaproxima o Direito da Moral com fins antiutilitaristas, há de se reconhecer que numa sociedade livre e plural todos os projetos de vida são merecedores de respeito, proteção e incentivo estatal. Nesta esteira, a antiga luta entre os sexos, ao invés de ser superada, passou a ser transformada na luta entre os gêneros, com a predominância do gênero masculino¹⁰. Há uma aceitação generalizada da constante busca da primazia do padrão masculino universal sobre o feminino. Não se pode esquecer que até pelo princípio da seleção natural de Charles Darwin a hegemonia não deve ser almejada. A evolução natural das espécies depende da diversidade o que sugere um incentivo às diferenças e não às unanimidades.

Enfatize-se que a luta feminista passa a ser a bandeira da luta pela própria exis-

9 Beauvoir, Simone, *O Segundo Sexo: A experiência vivida*, tradução de Sérgio Milliet, Vol.2, 3ª Edição, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2016, p. 11.

10 Butler, Judith, *Problemas de gênero, Feminismo e Subversão da Identidade*, tradução de Renato Aguiar, 13ª Edição, Civilização Brasileira editora, Rio de Janeiro, 2017, p.48.

tência da humanidade.¹¹ Certamente a humanidade comporta verdadeira atualização de abrangência nessa luta (sexos, gêneros, identidades múltiplas). Contudo, em regra o feminismo trata de uma luta pelo respeito e proteção das escolhas pessoais das mulheres ao passo que a luta da humanidade, passa pela luta de cada indivíduo, em prol dos mais íntimos direitos de liberdade. As mulheres hastearam há muito essa bandeira, apesar de existirem em maior número no mundo. O que dificulta o avanço humanitário rumo à igualdade de todos os seres humanos, além do papel discriminatório naturalizado entre homens e mulheres, é justamente a tentativa de imposição de padrões de conduta aos projetos de vida díspares. Os diferentes e as minorias são perseguidos na tentativa violenta de terem direitos de liberdade tolhidos para cumprimento de papéis sociais amplamente naturalizados e exigidos. Esses padrões normativos construídos socialmente tem um viés opressor naqueles indivíduos destoantes. Beira a barbárie aceitarmos que os mais empoderados possam legitimamente impor padrões de conduta e aniquilar identidades individuais que em nada afetariam suas vidas pessoais. Neste campo da intimidade que dita a escolha da própria identidade do ser humano, o livre exercício dos direitos de liberdade de todos, inclusive dos vulneráveis, não tem o condão de sequer interferir em direitos alheios. Aliás, a própria criação do Estado teve seus fundamentos na proteção do indivíduo contra ingerências abusivas alheias, como por exemplo, todo esforço estatal envidado até hoje na eterna tentativa de erradicação do trabalho escravo.

Certo é que na luta feminista, a derrota das mulheres parece tão naturalizada na sociedade ao ponto das próprias mulheres serem cúmplices com seus agressores e voluntariamente confirmarem as pretensões masculinas de superioridade¹². O Direito e, por conseguinte, as leis, enquanto expressão de poder, refletem essa superioridade masculina, construída desde os primórdios em que a mulher era propriedade do homem¹³. Esse grau de submissão e cumplicidade da fêmea com o macho nos faz comparar a condição das mulheres à condição dos escravos negros¹⁴ que se deixavam aprisionar pacificamente em detrimento de seus direitos de liberdade natos. Impressionante que essa cumplicidade é veementemente negada hoje em dia pelas próprias mulheres. Por fim, a naturalização da opressão a que os mais vulneráveis socialmente estão submetidos constitui fator de fortalecimento dos já mais empoderados em detrimento de meras liberdades individuais alheias.

11 Butler, Judith, Problemas de gênero, Feminismo e Subversão da Identidade, tradução de Renato Aguiar, 13ª Edição, Civilização Brasileira editora, Rio de Janeiro, 2017, p.48.

12 Beauvoir, Simone, O Segundo Sexo: Fatos e Mitos, tradução de Sérgio Milliet, Vol.1, 3ª Edição, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2016, p. 99.

13 Beauvoir, Simone, O Segundo Sexo: Fatos e Mitos, tradução de Sérgio Milliet, Vol.1, 3ª Edição, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2016, p. 136.

14 Beauvoir, Simone, O Segundo Sexo: Fatos e Mitos, tradução de Sérgio Milliet, Vol.1, 3ª Edição, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2016, p. 20/21.

Ainda na temática feminista destaca-se que apesar da superioridade matemática da população feminina no mundo, não podemos deixar de ressaltar a falta de empoderamento feminino que leva à pouca representatividade das mulheres. Trata-se de uma maioria vulnerável e, portanto, facilmente marginalizada pelo padrão universal ditado pelos homens. Contudo, reconhecemos que a questão da igualdade material de todos os seres humanos na maioria das vezes traduz-se na proteção dos direitos de liberdade das minorias posto que a matemática muitas vezes exprime a própria vulnerabilidade responsável pela sujeição aos padrões dos mais fortes. O raciocínio exposto remete mesmo à vida selvagem onde o leão é o rei da selva. Neste contexto repugnante de desigualdade, prevalece a lei do mais forte o que somente se justifica entre seres vivos irracionais.

A racionalidade nos colocou no topo do Reino animal de modo que devemos fazer uso privilegiado dela para construirmos um meio ambiente melhor para nossa curta existência. A noção de que não somos todos iguais enquanto animais do mesmo Reino, Filo, Classe, Ordem, Família, Gênero e Espécie é uma construção cultural e comprovadamente não biológica. Todo esforço humano deve ser contra esse discurso naturalizado que visa favorecer alguma hegemonia não correspondente com ideais de igualdade.

Por isso, uma luta simples em prol da igualdade individual de todos os seres humanos deve começar pela eliminação de uma distinção há muito naturalizada na sociedade em relação a existência do banheiro masculino e do banheiro feminino, ao invés da existência apenas do espaço reservado ao banheiro (toilette). Não há nenhum argumento que justifique a existência de dois banheiros para os seres humanos se almejamos um tratamento isonômico entre os gêneros. Aliás, os heterossexuais e os homossexuais de mesmo gênero seriam também atendidos com a existência de um banheiro único já que estariam menos em evidência e em efetiva igualdade de tratamento. Na França, por exemplo, isso já é uma realidade em muitas cidades do interior.

Realmente obrigar um homem mais afeto ao gênero feminino, com identidade trans a frequentar o banheiro masculino somente porque possui um tipo de genitália ou ostenta um gênero definido, constitui enorme violência a este ser humano. Constrangê-lo a entrar no banheiro “masculino” importa submetê-lo a danos morais incalculáveis que nenhum ser humano deve suportar. E, pior ainda admitirmos que o próprio Estado incentiva esse tratamento binário compulsório tão naturalizado. Aliás, essa violência rotineira perpetrada por seres humanos a outros seres humanos sequer é notada na sociedade, na maioria das vezes.

Talvez a maior violência que possa ser perpetrada contra os gêneros é a existência

de banheiros distintos para cada gênero, ao invés do banheiro unissex. Na medida em que o sexo biológico/anatômico é desvinculado do gênero, o destacamento de banheiros de acordo com a genitália ou a aparência do gênero se perfaz totalmente discriminatória e desnecessária numa sociedade que se queira livre e igualitária.

O tratamento igualitário importa justamente na unificação dos banheiros. A naturalização da desigualdade de gênero está tão arraigada que praticamente tudo tem a divisão que contribui para a luta constante entre o masculino e o feminino. A unificação dos banheiros constitui ambiente de aprendizado e tolerância mais do que necessário entre os seres humanos. A fila única será didática para o aprimoramento da igualdade material dos seres humanos. A civilização se enriquecerá com a aprendizagem e o respeito recíprocos das diferenças alheias enfileiradas na tolerância da vida.

Quase tudo na sociedade tem a versão masculina e a versão feminina, sendo certo que a divisão de banheiros entre os sexos passa como uma coisa por demais natural, e não é. A existência de padrões masculinos ou femininos em várias áreas que garantem o ser humano talvez não deponha tanto contra a igualdade de gênero, quanto a dicotomia dos banheiros. Por exemplo, apesar de também ser um dado cultural a diferença do vestuário masculino e feminino pode servir livremente a ambos os sexos, independente das classificações, marcas e escritos nas peças de vestuário. Contudo, em se tratando de banheiros a divisão dos gêneros é cruel e contribui para a explicitação e manutenção das desigualdades entre os gêneros. Cumprir-se-ia melhor o princípio da isonomia, destinar o idêntico tratamento a todos os seres humanos, seja qual for o gênero, num mesmo banheiro. A quebra da dicotomia da existência de dois banheiros, um para cada gênero imposto, constitui política de primeira linha contra violência de gênero. A medida ainda ajuda inclusive no convívio e na inclusão social daqueles seres humanos identificados com qualquer gênero a partir da necessidade do convívio muito próximo com identidades alheias, introduzindo na veia tolerância e senso de igualdade.

A biologia/anatomia retrata diferenças entre homens e mulheres tais como a força física e a menstruação, mas essas diferenças não devem ser fator para privilegiar um gênero e muito menos denegrir o outro. Os corpos não mais limitam o exercício dos direitos de liberdade porque será que opiniões alheias poderiam limitar com alguma legitimidade? Outrora, o sexo feminino era tido como inferior também por essas diferenças biológicas citadas que, ao revés de serem motivos de menosprezo, são dignas de respeito e proteção, sob tutela do Estado. Os dois gêneros em apreço não podem ser objeto de comparação, muito menos exigidos da mesma forma, principal-

mente se o padrão de metas, comparações e exigências é predominantemente masculino, como já está naturalizado no seio da sociedade.

Ressalte-se nesta temática de igualdade de gênero a importância de reconhecermos que o gênero feminino é sempre menosprezado, ao ponto de um ser humano homem que se manifeste mais condizente com o gênero feminino sofrer preconceito e suportar manifestações contrárias da sociedade ao seu comportamento ou projeto de vida igualmente digno. Da mesma forma, uma mulher que apresente identificação com o gênero masculino, não gozaria de autorização para agir de acordo com esse estereótipo. Como se a liberdade do ser humano dependesse da aprovação dos outros seres humanos, ou ao menos da parcela empoderada da população, e não de sua livre escolha individual. Afinal, a felicidade se constrói no exercício livre e desimpedido dos direitos de liberdade e não com rédeas impostas socialmente.

Fato é que na luta entre os sexos, a sociedade patriarcal sempre buscou perpetuar a família e o patrimônio. Esses moles de família e patrimônio importa em favorecer a heterossexualidade compulsória e o conjunto binário de gênero desigual imposto na sociedade. Em contrapartida, o movimento feminista, muito forte desde o início na França, luta até hoje contra essa submissão da mulher ao homem, pouco reconhecida entre as próprias mulheres, em prol da máxima liberdade feminina. A temática da igualdade de gênero tem seu viés no princípio da igualdade material em que se busca igualar efetivamente os desiguais. É urgente uma mudança de paradigma para a sociedade, ou seja, a desnaturalização da normalidade da exigência de padrões masculinos inclusive como critérios para aferição da competência das mulheres. Inegável historicamente que a luta contra a violência de gênero é constantemente fortalecida pela luta feminista na medida em que constitui uma guerra declarada aos padrões masculinos predominantes.

A igualdade de gênero deve ser tratada como um direito humano fundamental. A isonomia de tratamento de todos os seres humanos deve ser um esforço civilizatório constante. Essa noção de isonomia entre todos os seres humanos decorre da mera racionalidade humana. A noção de gênero, masculino e feminino, veio contribuir para o debate entre os sexos pois compreende que, para além dos critérios estritamente biológicos/anatômicos de definição sexual, há fatores sociais e culturais mutáveis que conduzem os seres humanos para uma identidade ou outra, de acordo com qualquer gênero. O passo que se dá hoje em dia é a constatação de que para além do que se possa definir

como característico de um gênero ou outro, a proteção do indivíduo deve-se dar independente da identidade por ele escolhida. Importante é que o ser humano seja sempre o foco e independente de seu sexo, de seu gênero ou de seus desejos íntimos seja garantida a isonomia em prol da preservação da dignidade humana de cada ser.

Há de se ter em mente que vários projetos de vida dignos merecem igual proteção do Estado e devem coexistir numa sociedade igual e plural que será responsável inclusive pela longevidade e preservação da espécie humana. Toda hegemonia não contribui para o desenvolvimento humano, a pluralidade é rica e deve ser estimulada. Até a emancipação da mulher já alcançou patamar muito importante mas muito ainda deve ser feito para que haja o empoderamento feminino de forma que as mulheres assumam o controle de seu desenvolvimento. Para que a igualdade material entre todos os seres humanos seja uma realidade são necessárias ações estatais protetivas (direitos de defesa) e afirmativas (políticas públicas) com vistas a se garantir e afirmar a igualdade de gênero. O indivíduo deve ser livre para fazer as suas escolhas de modo que poderá assumir a identidade que bem entender e contará com o respeito, a proteção e até a promoção estatal para tanto.

No âmbito das políticas públicas creio que uma campanha pelo banheiro “unissex” em muito contribuiria para desfazer estereótipos que desnivelam desnecessariamente os seres humanos. Apesar das diferenças biológicas/anatômicas temos uma matriz em comum fundada na racionalidade humana o que não condiz com a separação de corpos em grupos para a realização das mesmas necessidades básicas humanas. A eliminação da dicotomia dos banheiros em muito contribuiria para a tão almejada isonomia de todos os seres humanos.

O presente estudo buscou traçar um perfil da luta pela igualdade material dos seres humanos que está diretamente relacionada com a erradicação da violência de gênero, com livre inspiração e em homenagem à filósofa francesa Simone de Beauvoir e à filósofa contemporânea estadunidense Judith Butler. O estudo concentrou-se numa idéia de ação em prol da igualdade de gênero a partir da eliminação da discriminação entre os gêneros mais naturalizada na sociedade que é a existência de banheiro masculino e de banheiro feminino. A meu ver, a proposta contribuiria em muito na redução direta da violência de gênero a partir da promoção da igualdade material entre todos os seres humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL

Beauvoir, Simone, O Segundo Sexo: Fatos e Mitos, tradução de Sérgio Milliet, Vol.1, 3ª Edição, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2016.

Butler, Judith, Problemas de gênero, Feminismo e Subversão da Identidade, tradução de Renato Aguiar, 13ª Edição, Civilização Brasileira editora, Rio de Janeiro, 2017.

Kant, Immanuel, Fundamentação da Metafísica dos Costumes, tradução de Paulo Quintela, Edições 70, Lisboa.

Morais, Carlos Blanco de, Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social, Tomo II, Vol. 2, Coimbra Editora, 2014

Rawls, John, Uma Teoria da Justiça, tradução de Carlos Pinto Correia, 3ª Edição, Editorial Presença, Lisboa, 2013, p.150

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: MUJERES VÍCTIMAS Y DELINCIENTES

Catherine Ríos Ramírez

Abogada Unidad de Estudios, Defensoría Penal Pública Chile

Resumen

El enfoque basado sólo en una perspectiva de género se ha tornado insuficiente para analizar las diversas desigualdades y violencias a las que están sometidas las mujeres, se necesita un modelo amplio que logre identificar que el género es una de las muchas categorías o estructuras sociales que junto a otras como son la raza, etnia, sexualidad, edad, creencias religiosas, clase o condición social, indican en la violencia. Este artículo plantea la necesidad de enfocar el problema de la violencia de género y en particular la violencia contra la mujer como un concepto “*interseccional*”.

La mayor parte de las mujeres privadas de libertad han sido víctimas de violencia estructural -por ser mujeres, pobres y subordinadas- violencia que se perpetúa en la cárcel.

Abstract

The gender-based approach has become insufficient to analyze the wide range of inequalities and violence to which women are subjected. A broader model is needed to identify that gender is only one of the many social categories or structures that together with others; Such as race, ethnicity, sexuality, age, religious beliefs, class or social status, affect the emergence of violence. This article raises the need to focus on the problem of gender violence and in particular violence against women as an “*intersectional*” concept.

Most women deprived of their liberty have been victims of structural violence - because they are women, poor and subordinate - violence perpetrated in prison.

Resumo

A abordagem baseada no género tornou-se insuficiente para analisar as várias desigualdades e violência a que as mulheres estão sujeitas. É necessário um modelo amplo para identificar

que o gênero é uma das muitas categorias sociais ou estruturas que, em conjunto Para outros; Como raça, etnia, sexualidade, idade, crenças religiosas, status de classe ou social, indicam a violência. Este artigo levanta a necessidade de se concentrar no problema da violência de gênero e, em particular, da violência contra as mulheres como um conceito “interseccional”.

A maioria das mulheres privadas de liberdade foram vítimas de violência estrutural - porque são mulheres, pobres e subordinadas - violência perpetrada na prisão.

Palabras clave

Violencia de género, violencia contra la mujer, interseccional, privación de libertad de mujeres.

Mujeres víctimas y delincuentes

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, dispone que por violencia contra la mujer *se entiende 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.*

La violencia contra la mujer constituye la forma más común y conocida de violencia de género, sin duda, atendido el hecho que las mujeres y niñas constituyen la casi la totalidad de las víctimas de violencia de género, siendo sus agresores en la mayoría hombres. Las estimaciones mundiales publicadas por la Organización Mundial de la Salud¹ indican que alrededor de una de cada tres (35%) mujeres en el mundo han sufrido violencia física y/o sexual de pareja o violencia sexual por terceros en algún momento de su vida. Se agrega a esta información que la mayoría de estos casos son violencia infligida por la pareja. En todo el mundo, casi un tercio (30%) de las mujeres que han tenido una relación de pareja refieren haber sufrido alguna forma de violencia física y/o sexual por parte de su pareja en algún momento de su vida. De más está decir que según la misma fuente, un 38% de los asesinatos de mujeres que se producen en el mundo son cometidos por su pareja masculina.

1 OMS Disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/>. Acceso en: 20 de ago.2017.

Sin embargo, la violencia contra la mujer no se agota en la violencia doméstica o intrafamiliar, es un fenómeno mucho más complejo y estructural, Como señala Yakin Erürk, *“la vulnerabilidad de las mujeres ante la violencia está relacionada con su posición respecto a múltiples sistemas de desigualdad. Se observa que este estado de vulnerabilidad tiende a incrementarse a medida que estos sistemas se entrelazan, lo que da lugar a diferentes niveles y grados de violencia y exclusión que variarían en función de los grupos de mujeres.”*² Es así que las mujeres sufren violencia por encontrarse un plano de asimetría o inferioridad respecto de los hombres (por su género), pero además la sufren por estar definidas socialmente como inferiores a otras mujeres por tener la piel color o por ser indígenas (por su raza); sufren violencia por ser pobres al ser excluidas socialmente y consideradas respecto de otras mujeres más adineradas o mejor posicionadas (por su condición social); sufren violencia y discriminación muchas mujeres lesbianas por ser consideradas de menor valor que una mujer heterosexual (por razón de su sexualidad).

El enfoque basado solo en una perspectiva de género se ha tornado insuficiente para analizar las diversas desigualdades y violencias a las que están sometidas las mujeres, se necesita un modelo amplio que logre identificar que el género es una de las muchas categorías o estructuras sociales que junto a otras, como son la raza, etnia, sexualidad, edad, creencias religiosas, clase o condición social y económica, indican en la violencia. Este artículo plantea la necesidad de enfocar el problema de la violencia de género y en particular, la violencia contra la mujer desde una perspectiva *“interseccional”*.

La interseccionalidad es un concepto relativamente reciente, que en el año 1995 crea la académica constitucionalista Kimberlé Williams Crenshaw definiéndolo como *“sistema complejo de estructuras de opresión múltiples y simultáneas”*. Señaló la autora al ser invitada para discutir cuestiones de discriminación de género y raza en el grupo de expertos de las Naciones Unidas el año 2000 que *“Si bien es cierto que todas las mujeres son de alguna manera sujetas a la discriminación de género, también es cierto que otros factores relacionados con las identidades sociales de las mujeres, tales como la clase, la casta, la raza, el color, el origen étnico, la religión, el origen nacional, la orientación sexual son “diferencias que marcan la diferencia” en la manera en que los distintos grupos de mujeres experimentan la discriminación. Estos elementos diferenciales pueden crear problemas y vulnerabilidades que son exclusivos de*

² MUÑOZ, P. **Violencias interseccionales:** Debates feministas y marcos teóricos en el tema de pobreza y violencia contra las mujeres en Latinoamérica. Honduras: CAWN 2011, p 12.

grupos particulares de mujeres, o que afectan de manera desproporcionada a algunas mujeres con respecto a las demás”³

Ange-Marie Hancock⁴, explica como el enfoque interseccional, se diferencia de otros que han abordado el tema de género. El **Enfoque unitario** considera solo un eje de desigualdad como el más relevante, por ejemplo, el género. El **múltiple** trata dos o más desigualdades como fenómenos paralelos, por ejemplo sexismo y racismo pero que no interfieren el uno con el otro; mientras que, el **interseccional** considera las intersecciones entre diferentes desigualdades y trata las relaciones entre los ejes de desigualdad como preguntas empíricas abiertas a determinar en cada contexto específico.

Esta mirada interseccional, tiene una perspectiva **estructural** referida a la experiencia directa que tienen las personas de cómo las intersecciones entre diferentes desigualdades pueden afectar estructuralmente sus oportunidades económicas, políticas y sociales, creando desventajas para sujetos que se encuentran en el punto de intersección entre desigualdades concretas, como es el caso personas “mujeres y afroamericanas”. Mientras que desde la **interseccionalidad política**, se puede observar la relevancia que tienen las intersecciones entre distintas desigualdades que afectan a las mujeres para las estrategias políticas sociales e Institucionales, en el sentido de que las políticas públicas que se dirigen a una desigualdad concreta, por lo general, no son neutrales hacia las demás desigualdades, sino que pueden, por ejemplo, promover la igualdad de género, mientras que a la vez, discriminan a las mujeres migrantes.⁵

Este artículo plantea la necesidad de enfocar el problema de la violencia de género y en particular, la violencia contra la mujer desde un enfoque interseccional. Desde esta perspectiva, encontramos que muchas mujeres están insertas en una estructura social que acepta y facilita una situación de “**vulnerabilidad interseccional**” que aflige a las mujeres durante el ciclo de adolescencia y adultez, al respecto Ana Silva Monzon⁶ subraya el vínculo entre pobreza, violencia contra la mujer y subordinación, esta intersec-

3 LA BARBERA; M. Interseccionalidad, un concepto viajero: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea **Rev Interdisciplina**. México, v. 4, n° 8, p 113. Enero-abril. 2016

4 LOMBARDO, E y VERLO; M. La ‘interseccionalidad’ del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea, **Revista Española de Ciencia Política**. Madrid, n° 23.p.13, Julio 2010.

5 *Ibidem*.

6 Ob. Cit 2. P.35.

ción, lleva a que las jóvenes mujeres sean en algunas ocasiones, utilizadas como objetos sexuales, mercantilizadas y muchas veces víctimas de explotación sexual en países como Nicaragua, Honduras y el Salvador.

Esta misma intersección de factores *pobreza, violencia contra la mujer y subordinación*, constituye la principal motivación por la cual las mujeres en Chile y otros países de Latinoamérica “eligen” cometer una actividad penada por la ley. *“La región tiene el índice más alto de desigualdad económica del mundo y un alto porcentaje de la población que vive en pobreza e indigencia en la región son mujeres. Este fenómeno se conoce como feminización de la pobreza y se manifiesta en áreas urbanas y rurales. Es importante resaltar el aumento de los hogares monoparentales a jefatura femenina. Las mujeres a menudo son las únicas responsables de sus hijos e hijas y cumplen dobles o triples jornadas laborales para poder fungir como sustento económico y, al mismo tiempo, no desatender las responsabilidades que les son asignadas como madres o abuelas. El peso de los cuidados de niños, niñas y a veces personas de la tercera edad recae enteramente sobre ellas, empujándolas a veces a buscar en la venta de drogas una manera de combinar sus múltiples obligaciones. Esta situación se refleja en el perfil de las mujeres encarceladas por delitos de drogas en América Latina: muchas de ellas son madres solteras que entran al negocio de las drogas solamente para poder alimentar a sus hijas e hijos. Sumando a los factores anteriores el factor de género, como otro elemento causal de por qué las mujeres cometen delitos de drogas, puesto que suelen involucrarse en estos actos ilícitos a partir de sus relaciones familiares o sentimentales, ya sea como novias, esposas, madres e hijas, y en cumplimiento de los roles asignados por relaciones de género marcadas por una asimetría entre hombres y mujeres”*.⁷

Es así como muchas víctimas de esta trilogía “violencia contra la mujer, la pobreza y la subordinación” pasan a ser autoras de delitos. En Chile, situación que es bastante similar en toda América Latina, el delito más ejecutado por las mujeres es el de posesión o tráfico de drogas que constituye el 53,6% del total de ilícitos cometidos⁸, las causas que originan su comisión son las razones económicas, familiares y afectivas.

⁷ CORINA, G. **Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina** Octubre de 2013,
⁸ SANCHEZ, M. y PIÑOL, P. **Condiciones De Vida En Los Centros De Privación De Libertad En Chile**, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile. junio 2015, p. 2, disponible en https://www.cesc.uchile.cl/docs/CESC_condiciones_centros_privacion.pdf Acceso en: 20 ago. 2017.

La violencia intrafamiliar sufrida tempranamente, los abusos sexuales y otras experiencias similares a que se enfrentan las niñas, son causa de abandonos tempranos del hogar, de deserción escolar, ingreso al mercado laboral informal, a la reunión con pares con contacto criminógeno, embarazos adolescentes y en muchas ocasiones al inicio en la realización de conductas delictivas, para sobrevivir en un ambiente en que el Estado no cuenta con redes de prevención ni protección de la infancia.

Las mujeres presas, salvo excepciones, son mujeres pobres, migrantes, casi siempre excluidas socialmente. Pero por sobre todo son víctimas de violencia, muchas de ellas además de ser imputadas o condenadas por la comisión de delitos, también han sido antes de su ingreso a prisión víctimas de violencia de género, siendo esta experiencia uno de los factores relevantes en sus trayectorias vitales ligadas a sus procesos de iniciación en la vida delictual. *“La violencia sobre estas mujeres es un factor que se convierte en una agravante fundamental en la espiral de la exclusión social determinando y restringiendo las estrategias de supervivencia y elecciones personales antes de cometer el delito. Esta espiral de exclusión puede verse intensificada cuando, por ejemplo, el consumo de drogas empieza como reacción y como forma de olvidar las agresiones vividas o como una obligación del agresor, o cuando la violencia se ejerce obligándolas a prostituirse, o cuando siguen habiendo sociedades en las que cuando una menor es violada automáticamente recibe el desprecio y aislamiento y la falta total de oportunidades, mujeres que han estado en instituciones de menores desde los 3-4 años y se han iniciado en el mundo de las drogas y el delito ante las situaciones de desamparo”*⁹

En estudio reciente realizado por la Unidad de Estudios en Criminología e Innovación Penitenciaria de Gendarmería de Chile, denominado *“Informe de Prevalencia de Violencia de Género en la Población Penal Femenina de Chile”* reveló un interesante dato *“Es alarmante constatar que más de la mitad de las encuestadas presenciaron violencia cuando niña y que el 65% del total general ha sufrido violencia en alguna etapa de su vida. Al cruzar estos datos, se obtiene que de quienes se vieron expuestas a la violencia en su infancia (como testigo y/o víctima), el 91% fue después víctima de violencia, manteniendo la vulnerabilidad a lo largo de sus vidas y, muy probablemente, durante su estadía en prisión y posterior a ella”*.¹⁰

9 CRUELLES, M. *et al.*. **Violencia contra las Mujeres, Análisis de la población penitenciaria femenina**, Cataluña: Surt, 2005. P. 40.

10 Unidad de Estudios en Criminología e Innovación Penitenciaria de Gendarmería de Chile **Informe de Prevalencia de Violencia de Género en la Población Penal Femenina de Chile**. 2015, p. 56. Disponible en <https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/vgenero.pdf> Acceso en: 20 ago. 2017.

Las víctimas de violencia se convierten en imputadas y condenadas por delitos, muchas de ellas viven el estar privadas de libertad y con ello continúa el círculo de violencia. Concepción Arenal en el siglo XIX ya afirmaba: «Con ser tan mala la situación del hombre que sale de presidio, la de la mujer es infinitamente peor», lamentablemente sigue siendo representativa del futuro de las mujeres presas.

La prisión es para la mujer mucho más dolorosa y estigmatizadora, dado el papel asignado y asumido por largo tiempo en la sociedad. Ser delincuente y haber estado en prisión es doblemente estigmatizador para las mujeres. En los hombres el paso por la prisión puede contribuir a aumentar su prestigio de hombre rudo. En cambio, para la mujer significa ser calificada como mala, contraria a la imagen del bien, de la docilidad y de la sumisión, características atribuidas a las mujeres a lo largo de la historia¹¹.

Sabido es que la privación de libertad es doblemente severa para las mujeres, pues sufren el castigo institucional y el social, éste último viene dado porque deben sufrir la desintegración familiar, el abandono de sus maridos o parejas, la privación de sus hijos, la falta de políticas sanitarias y medicas adecuadas, la precariedad de los establecimientos penitenciarios que se caracterizan por la ausencia de visión de género desde construcción y diseño hasta en la implementación de políticas de reinserción social.

La violencia continúa al interior de los centros privativos de libertad, ya que las mujeres encarceladas sufren el olvido por su menor entidad numérica y por su bajo nivel de conflicto comparativamente a la población masculina, ello sucede a pesar del compromiso, por parte de los Estados, en cuanto a la otorgar atención especializada de las mujeres que se encuentran encarceladas, de atender adecuadamente sus necesidades diferenciadas y proporcionar estándares de derechos humanos, como se propone en las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)¹²

11 ANTONY, C. (2003): Panorama de la situación de las mujeres privadas de libertad en América Latina desde una perspectiva de género. **Violencia contra las mujeres privadas de libertad en América Latina**. México: Fundación para el debido proceso legal, 2003, p.76.

12 Documento informativo del IDPC. Disponible en https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf Acceso en: 20 ago. 2017.

Según Boletín Estadístico Anual de Gendarmería del año 2016¹³, la población de mujeres en sistema cerrado, es decir, privadas de libertad asciende a 3774 mujeres, que equivalente al 7,8% del total de personas que cumple condenas en régimen privativo de adultos.

En Chile existen en la actualidad 90 recintos penales¹⁴, de los cuales 5 son exclusivamente femeninos, de los restantes cárceles sólo 27¹⁵ cuentan con dependencias adaptadas para la población de mujeres, denominadas “Secciones femeninas”, ubicadas al interior de establecimientos que albergan población penal masculina. En otras palabras poco más del treinta por ciento de los centros penitenciarios del país tienen espacio disponible para mujeres reclusas, lo que necesariamente lleva a que éstas deban ser trasladadas muchas veces lejos de sus familias para cumplir con la privación de libertad, trayendo aparejado el desarraigo y abandono.

Lo mismo ocurre en general en América Latina, en que el sistema carcelario ha sido organizado principalmente según los requerimientos de la población penitenciaria masculina, las mujeres sufren un mayor grado de violencia al interior de las cárceles porque éstas al igual que el mundo exterior a ellas son un mundo masculino, la vida en prisión, las condiciones penitenciarias en las que viven los reclusos y las reclusas, son notablemente más perjudiciales que las mujeres que para el resto del resto de la población. En general a pesar del escaso número de internas, debido a la falta de espacios hace que frecuentemente se encuentren hacinadas lo que favorece situaciones de violencia intra-penitenciaria e impide la correcta clasificación de las internas por parte de Gendarmería.

Los recintos femeninos carecen de una infraestructura necesaria para albergar a una población penitenciaria con necesidades especiales como son la maternidad, embarazos, entre otras. En materia de higiene personal, la Regla 5 de Bangkok establece que *Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesa-*

ONU **Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes** (Reglas de Bangkok). Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 65/229, Nueva York, Estados Unidos de América, 21 de diciembre de 2010. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/65_229_Spanish.pdf Acceso en: 20 ago.2017.

13 Dirección Nacional Gendarmería de Chile **Boletín Estadístico** Edición N° 01 • Noviembre de 2016 Disponible en <http://www.gendarmeria.gob.cl/>

14 Ibidem

15 Unidad de Estudios en Criminología e Innovación Penitenciaria de Gendarmería de Chile **Informe de Prevalencia de Violencia de Género en la Población Penal Femenina de Chile**. 2015, p. 56. Disponible en <https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/vgenero.pdf> Acceso en: 20 ago. 2017.

rios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación. Norma que es olvidada por los Estados, en Chile al interior de los centros penitenciarios no existen espacios adecuados para las necesidades de privacidad de la higiene femenina y menos los insumos de higiene, los que deben ser financiados por las reclusas o sus familias, cabe preguntarse entonces, qué pasa con aquellas que carecen de redes familiares o de las mujeres migrantes lejos de sus hogares, pues ellas quedan entregadas simplemente a la caridad de las compañeras de prisión.

En cuanto a reinserción social, en general en América Latina, las mujeres tienen considerablemente menos acceso a educación, capacitación laboral y empleo, ello debido a que la mayor parte de la oferta existente está destinada a los internos varones, tanto por su mayor número, como además porque los cursos y trabajos están orientados a una población masculina. Al respecto interesante es ver las cifras sobre condiciones de vida en los centros de privación, análisis comparativo de realidad en Chile, Argentina, Brasil, El Salvador, México y Perú, realizado por el Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile.¹⁶

CONCLUSIÓN

Se debe sensibilizar a la comunidad y a las autoridades sobre la necesidad de erradicar no sólo el femicidio y la violencia intrafamiliar, sino que todas las formas de violencia contra la mujer, no basta con centrarse en la violencia de género, es necesario retomar un debate respecto de la inequidad y asimetría estructural en que se encuentran sometidas las mujeres, debe promoverse necesariamente el desarrollo de políticas públicas basadas en un modelo o enfoque *interseccional*, donde se aborde la violencia contra la mujer y su vínculo con la pobreza, la exclusión social, la raza, entre otros factores de desigualdad.

¹⁶ Ob. Cit. N° 9

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Luz Mila Cardona Arce

*Defensora Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor –Defensoría de Pueblo de Colombia
Trabajadora Social de la Universidad de la Salle Bogotá - Colombia
Correo electrónico: lucardona@defensoria.gov.co*

RESUMEN

El presente artículo establece que Colombia cuenta si lugar a dudas con un marco normativo para abordar la violencia de género, su incidencia y afectación en el ejercicio de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; pero a partir de las cifras que se describen y el análisis de la situación de la violencia que se presenta en diversas manifestaciones en esta población, se refleja una mayor vulneración de los derechos en las niñas y las adolescentes comparativamente con los niños y, que la familia que se han constituido en el escenario de mayor ocurrencia de las diferentes formas de violencia en el país. En este sentido, se menciona como reto para la Defensoría del Pueblo a través de los diferentes mecanismos con los que cuenta, implementar una ruta de protección y fortalecimiento de la exigibilidad de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

Permite concluir que, en las últimas décadas la violencia sexual ha adquirido cada vez mayor visibilidad y ocupa un lugar más relevante en las agendas públicas y en los análisis de vigilancia epidemiológica, lo cual ha generado un incremento de la denuncia, que desafortunadamente tiene baja respuesta institucional y se deriva en muchas ocasiones en revictimización, señalamientos y frustración en las víctimas. Recomienda la necesidad de reforzar las políticas de prevención y atención y protección de la infancia con una mirada y perspectiva de integralidad.

ABSTRACT

This article establishes that Colombia undoubtedly has a normative framework to address gender violence, its incidence and impact on the human rights of children and adolescents. However, from the figures described and the analysis of the situation of violence that occurs in various manifestations in this population, it reflects a greater violation of the

rights of girls and adolescents compared to children. Likewise, it has been revealed that the family has become the scene of greater occurrence of different forms of violence in the country. In this sense, it is mentioned as a challenge for the Ombudsman's Office through the different mechanisms with which it counts, to implement a route of protection and strengthening of the enforceability of the human rights of children and adolescents.

It concludes that, in the last decades, sexual violence has gained increasing visibility and occupies a more relevant place in public agendas and in epidemiological surveillance analyzes. This has generated an increase in the complaint, which unfortunately has a low institutional response and in many cases causes revictimization, finger pointing and frustration in the victims. It recommends the need to reinforce the policies of prevention, care and protection of children with a comprehensive perspective.

RESUMO

O presente artigo estabelece que a Colômbia conta sem dúvidas com um quadro normativo para abordar a violência de gênero, sua incidência e impacto nos direitos humanos das crianças e adolescentes; Porém, a partir das cifras descritas e do análise da situação de violência que ocorre em várias manifestações nesta população, reflete uma maior vulnerabilidade dos direitos das meninas e adolescentes em relação aos meninos e, que as Famílias que foram constituída no cenário de maior ocorrência das diferentes formas de violência no país. Nesse sentido, é mencionado como um desafio para a Defensoria do Povo através dos diferentes mecanismos com os quais conta, implementar uma via de proteção e fortalecimento da exigibilidade dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Conclui que, nas últimas décadas, a violência sexual ganhou crescente visibilidade e ocupa um lugar mais relevante em agendas públicas e análises de vigilância epidemiológica, o que gerou um aumento nas denúncias, que infelizmente tem uma baixa resposta Institucional que resulta muitas vezes em revitimização, indicações e frustração nas vítimas. Recomenda a necessidade de reforçar políticas de prevenção e cuidados e proteção das crianças com um olhar e perspectiva de abrangência

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. La promoción y protección de los niños, niñas y los adolescentes, la violencia de género, la violencia intrafamiliar y la violencia sexual en la normatividad colombiana
- III. Instrumentos internacionales adoptados

- IV. Desarrollo normativos internos
- V. Garantizar la protección de los derechos humanos, y la disminución de los factores y prácticas de vulneración de derechos a causa de la violencia de género, es el gran reto que enfrenta la institucionalidad colombiana.
- VI. El accionar de la defensoría del pueblo de Colombia en la promoción y protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes víctimas de la violencia de género.
- VII. Curso pedagógico de promoción de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.
- VIII. Círculos de la palabra del pueblo de niños, niñas y adolescentes, escenarios de construcción de paz.
- IX. Diseño y aplicación de herramientas para la implementación de una ruta de protección y fortalecimiento de la exigibilidad de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes
- X. Atención especializada a las víctimas de violencia de género
- XI. CONCLUSIÓN
- XII. REFERENCIA

I. INTRODUCCIÓN

La violencia de género se aborda desde su incidencia y afectación en el ejercicio de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. En este sentido se inicia con los avances normativos y nuevos enfoques que ha asumido el país para el abordaje de los derechos de la niñez, a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño en el ordenamiento jurídico, la Constitución Política de Colombia que eleva a la categoría de fundamentales sus derechos y les reconoce la supremacía sobre los derechos de las demás personas y, la expedición en el año 2006 del Código de la Infancia y la Adolescencia que introduce un nuevo enfoque o doctrina como es la protección integral para hacer efectiva la titularidad de los niños como sujetos de derechos. Adicionalmente, se relacionan otras disposiciones vigentes para proteger a los niños y niñas de las situaciones que los colocan en condición de víctimas de la violencia de género, en el marco de la violencia intrafamiliar, sexual y las que se han presentado con ocasión del conflicto armado; al igual que establecen el deber de garantía de sus derechos. Normas que establecen la obligación al Estado de realizar acciones de prevención, protección,

restauración, reparación y garantías de no repetición respecto de las diferentes formas de expresión del maltrato infantil; al igual que introducen nuevo tipos penales en aras de proteger integralmente los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Establece como un reto para la institucionalidad colombiana, la protección de la niñez a pesar de los avances normativos y acciones que se realizan para combatir la violencia hacia esta población, con base a la descripción de las cifras que reporta el Instituto de Medicina Legal de Colombia, en las cuales se refleja una mayor vulneración de los derechos en las niñas y adolescentes comparativamente con los niños. Se menciona que la violencia sexual, ha adquirido cada vez mayor visibilidad y ocupa un lugar más relevante en las agendas públicas.

Describe en el marco del accionar de la Defensoría del Pueblo, las acciones, mecanismos y las herramientas con las que cuenta para la promoción, divulgación y defensa de los derechos humanos de la niñez colombiana. Entre estos es de citar: i) la realización de un curso pedagógico sobre los derechos de la niñez, dirigido a padres, o cuidadores de los niños, las niñas y adolescentes, en cumplimiento a lo dispuesto en el Código de la Infancia la Adolescencia y ii) los círculos de la palabra que involucra a las personas que se encuentran en diferentes etapas del transcurrir vital desde la niñez hasta las personas adultas mayores constituyéndose como espacios de participación, soportados en el rescate de la tradición y el ejercicio de la escucha activa. Los círculos, a la vez, promueven la participación y la agencia de niños, niñas, adolescentes, de diferentes territorios, etnias y géneros, para brindar, a partir de una reflexión crítica y constructiva, su propia perspectiva sobre el estado de goce efectivo de sus Derechos Humanos.

Menciona el diseño y aplicación de herramientas para la implementación de una ruta de protección y fortalecimiento de la exigibilidad de los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes que tienen como propósito el optimizar el uso de los instrumentos de ejercicio de la magistratura moral con los que cuenta la Defensoría del Pueblo, así como de garantizar la efectividad del accionar judicial, tendientes a documentar la evidencia social de la norma, entendida como la garantía real de los derechos humanos con base en las condiciones de vida de la población de niños, niñas, los adolescentes. Estas herramientas son: a) Boletines de Advertencia sobre situaciones de vulneración y espacios y prácticas de vulneración de los Derechos Humanos. b) Informes Defensoriales relacionados con recomendaciones y exhortaciones a las entidades responsables de la garantía, prevención y el restablecimiento

de los derechos, la reparación y la atención especializada de las víctimas un ejemplo de esto es el informe sobre violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes asociada al conflicto c) seguimiento a las recomendaciones y acciones de política o cambios presentados con relación a las advertencias y a las recomendaciones de los Informes Defensoriales d) Audiencias Defensoriales como resultado del seguimiento con el objetivo de visibilizar y enterar a la opinión pública de las acciones u omisiones de la institucionalidad responsable e) Resoluciones Defensoriales se enfatiza en soluciones realizables y concretas en un tiempo determinado f) Acciones judiciales y g) Iniciativas legislativas.

Además de los mecanismos descritos se hace mención de las diferentes acciones que realiza la Defensoría del Pueblo, para la atención especializada a las víctimas de violencia de género y grupos más vulnerables, de oficio o a petición de parte, y para la potenciación de éstos como titulares activos de los mismos y, como la atención, debe impulsar la realización de los derechos humanos en el país y ser factor esencial de pedagogía ciudadana.

Se concluye con una baja respuesta institucional, que está relacionada con factores institucionales como la poca eficiencia en la coordinación interinstitucional, la multiplicidad de operadores y competencias policivas, administrativas y judiciales, la baja difusión de la normatividad sobre esta problemática y los imaginarios prejuicios, creencias de algunos/as funcionarios/as, lo cual obstaculiza la promoción, protección y restablecimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia.

II. *la promoción y protección de los niños, niñas y los adolescentes, la violencia de género, la violencia intrafamiliar y la violencia sexual en la normatividad colombiana*

Desde la década del noventa, Colombia ha tenido avances importantes en materia del reconocimiento de los niños, los niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos a través de la adopción de disposiciones de diverso orden que eleva a la categoría de fundamentales y prevalentes sus derechos, ante los derechos de las demás personas. En este sentido, ha incorporado a la legislación interna Convenios y Tratados Internacionales con mayores estándares en la garantía y la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia colombiana.

Es así como a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y su adopción mediante la Ley 12 de 1991 se introduce para el país una concepción diferente de lo que hasta ese momento se entendía como menor de edad. La legislación

actualmente adoptó el paradigma del Interés Superior del Niño y la protección integral de sus derechos que refuerzan la condición de ser humano y no simplemente relaciona la inmadurez física, psicológica o la situación problemática e irregular. Concibe al niño, niña y adolescente como un sujeto de derechos, garantizando su goce efectivo sin discriminación alguna. Establece el mandato de generar estrategias para que los niños, las niñas adolescentes tengan la posibilidad de conocer sus derechos, exigirlos y agenciarlos, al igual que su protección por parte del Estado, la sociedad y la familia en ejercicio del principio de corresponsabilidad

La nueva Carta Política de los colombianos elevó los derechos de los niños y niñas a fundamentales en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño y otros tratados internacionales en la materia. En el 2006, se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia iniciativa que buscó armonizar la legislación interna en la materia con las disposiciones de la Convención y otros instrumentos internacionales. El Código está estructurado en tres libros, que establecen su finalidad, alcance y principios al igual que reglas de interpretación y aplicación acordes al marco internacional de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes. Consagra, complementariamente, a los derechos de todos los colombianos un catálogo de 44 derechos para niños y niñas dentro de los cuales se encuentran los derechos de protección cuyos titulares son exclusivamente quienes aún no alcanzan su mayoría de edad. Así mismo, establece el sistema de responsabilidad penal para adolescentes desde una finalidad pedagógica y restaurativa y, finalmente, demanda la materialización de garantía de derechos en el desarrollo de políticas públicas en los diferentes niveles territoriales del país.

El Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla el mandato constitucional que establece la protección de niños y niñas con respecto a toda forma de violencia, a garantizar su vida e integridad en un escenario de cuidado y amor para su desarrollo integral. En tal contexto, precisa aquellas conductas de maltrato infantil, formas de violencia o agresión que los impacte¹

En el artículo relativo a los *Derechos de Protección*², el Código establece que los niños, las niñas

1 Artículo 18 Código de la Infancia y la Adolescencia:” (...) Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona”.

2 Artículo 20 Código de la Infancia y la Adolescencia: DERECHOS DE PROTECCIÓN. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:” (...). La violación, la inducción, el estímulo y el

y los adolescentes serán protegidos contra la explotación económica, la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución, la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y su formación sexual.

III. Instrumentos Internacionales Adoptados

De otra parte, el país ha adoptado diversas disposiciones internacionales que configurar un marco protector de los derechos de las personas con respecto a diversas formas de violencia, que afectan la integridad física, sexual y psicológica de niños, niñas y adolescentes. Al respecto, se pueden citar:

El Decreto Ley 51 de 1981 que adopta para Colombia la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). (1979). Colombia adopta este instrumento para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer considerando la necesidad de modificar el papel tradicional del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia, aplicando los principios enunciados en la Declaración y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones

Ley 22 de 1981. Ratifica la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (Aprobada por Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2106A (XX), de 21 de diciembre de 1965), la cual insta a los Estados miembros a erradicar todas las formas de discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexas. En relación con las mujeres plantea la urgencia de garantizar los derechos humanos, principalmente los relacionados con el trato igualitario y justo; recibir las mismas oportunidades de formación, capacitación; acceso y distribución a bienes y recursos.

IV. desarrollo normativos internos

Conforme a los postulados de los instrumentos internacionales, Colombia expide normas que establecen los mecanismos de mayor protección a la familia y la niñez y bajo la perspectiva de género, entre otras se destacan los siguientes:

Ley 599 de 2000- Código Penal Colombiano tipifica los delitos que configuran violencia sexual y atentan “contra la integridad, libertad y formación sexuales”, como los siguientes:

constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre. (...)”

acceso carnal violento (la pena de 8 a 15 años fue aumentada por la Ley 1236 de 2008, que la fijó entre 12 y 20 años de prisión), acto sexual violento (la Ley 1236 de 2008 aumentó la pena de 3 a 6 años que había establecido la Ley 599 y la fijó entre 8 y 16 años de prisión), acceso carnal o acto sexual violento en persona puesta en incapacidad de resistir (la Ley 1236 de 2008 aumentó la pena de 8 a 15 años establecida por la Ley 599 para fijarla en una de 12 a 20 años de prisión), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (la Ley 1236 de 2008 aumentó la pena de 4 a 8 años y la fijó entre 12 y 20 años de prisión), actos sexuales con menor de catorce años (la Ley 1236 de 2008 aumentó la pena que la Ley 599 había establecido de 3 a 5 años para fijarla entre 9 y 13 años de prisión), acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (la Ley 1236 de 2008 aumentó la pena de 4 a 8 años fijada por la Ley 599 y la fijó entre 12 y 20 años de prisión).

El Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) armonizó, en gran medida, la legislación interna en materia de delitos de guerra con las normas del derecho internacional humanitario, al consagrar en el Título I, sobre “delitos contra la vida y la integridad personal”, el delito de genocidio, que se agrava, entre otros actos, con el embarazo forzado, y en el Título II, sobre “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, los delitos de homicidio, lesiones personales, tortura, acceso carnal violento y acto sexual violento en persona protegida así como los delitos de prostitución forzada y de esclavitud sexual. Actualmente, existen dos vías para obtener reparación, la ordinaria y la de la ley de justicia y paz. Esta última vía, está conformada por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 1290 de 2008, “por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley”. Sin embargo, los mecanismos de implementación que se adelantan no han profundizado en las necesidades específicas de las mujeres víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado y la perspectiva diferencial en niñas y adolescentes.

Ley 294 de 2006, “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”. Esta norma, consagra un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad.

Ley 1146 de 2007 sobre Prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes, crea el Comité Interinstitucional como instancia Consultiva para la Prevención de la Violencia Sexual.

Ley 1257 de 2008, “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal,

de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones” tiene por objeto la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.

La aprobación de esta norma significa el reconocimiento formal de la violencia sexual como una de las formas de violencia por razones de género que afecta a las mujeres. La norma define específicamente el daño y el sufrimiento psicológico, físico, sexual y patrimonial que sufren las mujeres como consecuencia de la violencia.

En materia penal, establece como sanción la prohibición para el agresor de aproximarse o comunicarse con la víctima, por la duración de la pena principal y hasta 1 año más; define el acoso sexual y lo sanciona con prisión de 1 a 3 años; agrava los delitos contra la libertad e integridad sexual cuando se cometen con la intención de generar control social, temor u obediencia en la comunidad; y establece que los agravantes de las conductas penales se aplicarán también a las personas que cohabiten o hayan cohabitado. Incorpora al Código de Procedimiento Penal la facultad del juez de disponer la realización de audiencias cerradas al público, con el fin de proteger la identidad y derechos de las víctimas de violencia sexual sobre el principio de publicidad de las audiencias.

A partir de esta Ley se *define la violencia contra la mujer como*: cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado. Esta Ley aplica de manera general e indistinta a las mujeres cualquiera sea su edad. Por ende, comprende a niñas y adolescentes.

Ley 1542 de 2012 “Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal”, tiene por objeto garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer, eliminar el carácter de querrelables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal.

Ley 1719 de 2015 para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado. Esta ley incorpora nuevos tipos penales al código penal, específicamente al Título II (Delitos Contra Personas y Bienes protegidos por El Derecho Internacional Humanitario), Los tipos penales

incorporados son: Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años. Actos sexuales violentos en persona protegida. Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años. Esterilización forzada en persona protegida. Embarazo forzado en persona protegida. Desnudez forzada en persona protegida. Aborto forzado en persona protegida. Prostitución forzada en persona protegida. Esclavitud sexual en persona protegida. Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual.

V. *Garantizar la protección de los derechos humanos, y la disminución de los factores y prácticas de vulneración de derechos a causa de la violencia de género, es el gran reto que enfrenta la institucionalidad colombiana.*

Pese al desarrollo normativo en Colombia los derechos a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual de niños, niñas y adolescentes se ven afectados en forma notoria en el contexto de la violencia intrafamiliar, violencia sexual, violencia u hostigamiento escolar, el conflicto armado interno, el desplazamiento forzado, la falta de acceso a los servicios de salud y seguridad social, el desempleo, la marginalidad y la pobreza.

La violencia sexual, la intrafamiliar y escolar constituyen una clara expresión de violencia de género, en la que las principales víctimas son mujeres, niñas y adolescentes. No obstante, en materia de explotación sexual se registra una tendencia a la alza de vulneraciones en relación con adolescentes y jóvenes varones.

En el año 2015 en cuanto a violencia sexual el Instituto de Medicina

En el 2015, en materia de violencia sexual, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INML y CF)³, reportó que se realizaron 22.155 exámenes médico legales por presunto delito sexual con una tasa de 46 casos por cada cien mil habitantes y un incremento de 1.040 casos con respecto al año anterior siendo las mujeres las más afectadas, en un 85,2%. Para el año 2016 reportó un alto nivel de incidencia de violencia de género en niñas y adolescentes. Del total de exámenes médico-legales practicados 21.399 por presunto delito sexual, 18.257 fueron practicados a mujeres y de estos 15.524 fueron en niñas y adolescentes menores de 17 años.

Las cifras de este informe, como en los informes anteriores, siguen reflejando que es el

3 Forensis-Datos para la Vida Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia- Bogotá, D. C., República de Colombia-2016

entorno familiar el principal lugar donde ocurre el delito sexual. El 43.3% del total de los casos es cometido por un familiar y el 24% por un conocido, el 9,48% por una amiga o amiga y el 10,7% por la pareja o la expareja.

Este comportamiento de los datos denota, como la violencia sexual constituye a su vez una clara expresión de violencia de género ya que las principales víctimas son las mujeres, niñas y adolescentes.

En cuanto a la investigación penal del delito, es notoria la impunidad y existe un alto subregistro, en razón a la situación y condición de vulnerabilidad y debilidad de las víctimas respecto de sus agresores; unas veces por dependencia económica y/o afectiva de la víctima, el miedo a la retaliación, la normalización del hecho y el desconocimiento de los derechos.

En las últimas décadas en Colombia, la violencia sexual, ha adquirido cada vez mayor visibilidad y ocupa un lugar más relevante en las agendas públicas y en los análisis de vigilancia epidemiológica, permitiendo un incremento de la denuncia, que desafortunadamente tiene baja respuesta institucional, que se deriva en muchas ocasiones en revictimización, señalamientos y frustración en las víctimas. Esta baja respuesta está relacionada con factores institucionales como la poca eficiencia en la coordinación interinstitucional, la multiplicidad de operadores y competencias policivas, administrativas y judiciales, la baja difusión de la normatividad sobre esta problemática y los imaginarios prejuicios, creencias de algunos/as funcionarios/as, lo cual obstaculiza la promoción, protección y restablecimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia.

En la gran mayoría de los casos de violencia de género que involucra a las niñas y las adolescentes, también se encuentran episodios de negligencia tipificada en la normatividad como maltrato, además de violencia intrafamiliar, donde aparecen también como víctimas y se evidencia la gran necesidad de trabajar en estrategias claras de prevención, pues es claro que según el informe de Medicina Legal, las familias desafortunadamente no son para los niños, las niñas y los adolescentes un escenario de protección.

La dinámica del conflicto armado, la delincuencia común y factores culturales, sociales, económicos y/o geográficos favorecen o incrementan la violencia de género en el marco de la violencia sexual, existe un elevado nivel de tolerancia social e institucional frente a sus diversas modalidades, una baja motivación por la denuncia por razones de seguridad,

falta de garantías y de coordinación institucional, así como déficit en la investigación penal al igual que de efectiva judicialización, y el elevadísimo nivel de impunidad, aún en casos de niños, niñas y adolescentes.

Se sobrevalora la naturalización de la violencia sexual en contextos vulnerables, está en diferentes regiones presentes al igual que en diversas estratos socioeconómicos. Existe un gran desconocimiento de los efectos de la violencia tanto en la esfera personal como en la esfera social. Una gran ausencia de institucionalidad en zonas rurales y en general debilidad de las instituciones para la atención a las víctimas. Se presenta un evidente desconocimiento de normas, rutas y protocolos para la atención especializada de niñas y adolescentes, por parte de funcionarios-as de las diferentes instituciones. Creencias, actitudes y prácticas de muchos funcionarios, especialmente de la que subvaloran los hechos de violencia, maltratan o no tratan con respeto a las víctimas que acuden a denunciar, muestran solidaridad hacia los agresores, utilizan un lenguaje que refuerza los estereotipos perjudiciales de género y ponen en duda el relato de las víctimas o las someten a un juicio moral previo.

No existen infraestructuras que permitan la presencia interinstitucional que garantice la atención integral a las víctimas, al tiempo que la coordinación interinstitucional es escasa y deficiente. No se articulan acciones y no se tiene respuesta efectiva por la Unidad de Atención y Reparación Integral a Víctimas⁴, cuando respecto de una misma víctima se presentan diferentes modalidades de violencia.

La participación de las víctimas en el proceso judicial y de restablecimiento de sus derechos se entorpece por fallas en la articulación interinstitucional, carencia o debilidad en la asesoría por parte de funcionarios-as e imaginarios sociales de culpabilización, entre otros factores.

Adicionalmente es incomprensible como los operadores/as de justicia no tienen en cuenta que los acuerdos y negociaciones entre fiscalía y defensa para lograr beneficios con base en la confesión, a partir de la vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia, no son posibles, no puede convertirse en un principio generalizado para favorecer la descongestión de la justicia y su celeridad.

⁴ **La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas** de [Colombia](#) es una institución creada en enero de 2012, a partir de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448) , por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

No existe un proceso de formación permanente a jueces, juezas, fiscales, defensores (as) públicos (as), procuradores(as) judiciales, personal de policía judicial y forenses para remover y transformar imaginarios que lamentablemente están presentes en algunos de ellos/as y se traducen en sentencias y decisiones judiciales no sensibles a la justicia de género en ocasiones con sesgos sexistas, estigmatizadores, peligrosistas o discriminadores.

En el plano procesal se hace necesario reforzar la investigación judicial y la formación de la policía judicial para que cuente con todos los recursos técnico-científicos para llevar a cabo las investigaciones de delitos sexuales y demás delitos donde la víctima sea un niño, niña o adolescente, para que independientemente de la declaración de la víctima se cuente con pruebas contundentes para acusar a los agresores (pederastas, proxenetas, clientes, explotadores o miembros de la familia).

VI. el accionar de la defensoría del pueblo de Colombia en la promoción y protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes víctimas de la violencia de género.

La Defensoría del Pueblo de Colombia es un órgano constitucional que tiene como propósito velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los Derechos Humanos dentro del Estado Social de derecho, y del Derecho Internacional Humanitario.

Teniendo como base el mandato Constitucional y la situación presentada que establece un incremento de la violencia de género cometida en niñas y adolescentes, la Defensoría del Pueblo de Colombia tiene como propósito, desde las Defensorías Delegadas para la Infancia, la Juventud y el Adulto mayor, la Mujer y asuntos de Género, la generación de espacios y estrategias que contribuyan a la promoción, la pedagogía de los Derechos Humanos en este grupo de población con enfoque diferencial; así mismo desde la Magistratura Moral ejercida por el Defensor del Pueblo, la implementación de una ruta de protección y fortalecimiento de la exigibilidad de los derechos de las niñas y las adolescentes que han sido víctimas de violencia de género, que incluye el derecho a la justicia, la reparación y la atención especializada. Para lograr este propósito desarrolla diferentes estrategias:

VII. *Curso pedagógico de promoción de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes*

El curso pedagógico se encuentra estipulado en el Código de Infancia y Adolescencia (ley 1098 de 2006) en su artículo 54, como la primera de siete medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante la detección de conductas que vulneren o amenacen sus derechos, cuando se trate de prácticas que se presume, o son fruto del desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y pueden ser corregidas a partir de una medida pedagógica. Por su carácter, esta responsabilidad ha sido designada a la Defensoría del Pueblo en correspondencia con su misión constitucional de promoción y divulgación de los Derechos Humanos.

El curso pedagógico constituye una medida impuesta por las Autoridades Administrativas como Comisarías o Defensorías de Familia e incluso por Inspectores de policía (en aquellos lugares o regiones del país donde no existen las anteriores autoridades). El curso va dirigido a para padres, madres y cuidadores, mediante el cual se busca generar un proceso reflexivo pedagógico, es decir, no basta con que se haga un señalamiento de la vulneración, sino que es necesario generar un proceso de análisis de su conducta con el fin de motivarles a activar mecanismos de reparación de sus actos e incentivar su corresponsabilidad en la protección integral del ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes.

El desarrollo del curso, reúne a padres, madres y cuidadores que han sido amonestados con esta primera medida de restablecimiento por parte de las autoridades administrativas competentes y debe desarrollar de manera didáctica e interactiva, al menos los siguientes contenidos temáticos: i) Principios Básicos sobre Derechos Humanos; ii) Derechos de la Niñez en la Constitución Política, iii) Derechos de la Niñez en el Código de la Infancia y Adolescencia- Obligaciones de la Familia, el Estado y la Sociedad; iv) La Protección Integral del ejercicio de los Derechos y v) La corresponsabilidad.

VIII. *Círculos de la palabra del pueblo de niños, niñas y adolescentes, escenarios de construcción de paz.*

Los Círculos de la Palabra del Pueblo son espacios de participación soportados en el rescate de la tradición y el ejercicio de la escucha activa, de sentarse en círculo para estar y mirarse como iguales, de valorar al otro, su palabra y lo que caracteriza y diferencia a cada quien. Promueven la participación y la agencia de niños, niñas, adolescentes, de diferentes

territorios, etnias y géneros, para brindar, a partir de una reflexión crítica y constructiva, su propia perspectiva sobre el estado de goce efectivo de sus Derechos Humanos.

La estrategia de los Círculos de la Palabra del Pueblo, propone cuatro objetivos, a saber: i) Generar espacios de participación directa e incidencia de los niños, niñas, adolescentes, para conocer a partir de su propia experiencia, el estado de garantía de los derechos humanos para su exigibilidad y goce efectivo; ii) Orientar la gestión defensorial y el ejercicio de la magistratura moral a partir de las voces de la infancia en el marco de la construcción de nuevos escenarios de paz, iii) Desarrollar una apuesta metodológica para promover y vincular las voces de la ciudadanía en el marco de una Defensoría para la paz; y iv) Formular recomendaciones institucionales y requerimientos al Estado colombiano fundamentados en una forma de estudio empírico.

Los Círculos de la Palabra del Pueblo, se desarrollan separadamente con cada grupo poblacional, a partir de metodologías y temáticas que se corresponden con su momento del transcurso vital. Son espacios en donde a partir de actividades colectivas se debaten temas de relevancia para la defensa de sus derechos humanos y se generan mecanismos para que sean las poblaciones desde sus propias voces, quienes realicen propuestas a la Defensoría del Pueblo para el cumplimiento de su misión constitucional de defensa, divulgación y promoción de los derechos humanos de niños, niñas, adolescentes, a partir de un dialogo de pares y un encuentro directo con el Defensor del Pueblo, acortando la brecha y haciendo posible el diálogo de la ciudadanía con la institución encargada de velar por los derechos humanos en el país.

IX. Diseño y aplicación de herramientas para la implementación de una ruta de protección y fortalecimiento de la exigibilidad de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes

Este desarrollo de herramientas y la implementación de la ruta, tiene como propósito el optimizar el uso de los instrumentos de ejercicio de la magistratura moral con los que cuenta la Defensoría del Pueblo, así como de garantizar la efectividad del accionar judicial, tendientes a documentar la evidencia social de la norma, entendida como la garantía real de los derechos humanos, con base en las condiciones de vida de la población de niños, niñas, los adolescentes superando su declaración netamente normativa, y advirtiendo sobre las situaciones de riesgo de vulneración de los derechos especialmente el derecho a la vida, a la integridad y el derecho

a la protección, que tienen las víctimas de la violencia de género.

Esta ruta está basada en la elaboración, presentación, seguimiento de herramientas que garanticen el desarrollo y divulgación de la doctrina defensorial, el fortalecimiento de la asistencia judicial a las víctimas, el empoderamiento de las personas o grupos sociales, así como la presentación de advertencias y consideraciones a las entidades y organizaciones responsables de la garantía y el restablecimiento de los derechos, la reparación y la atención inmediata a las víctimas de la violencia de género. Estas herramientas son:

a) Boletines de Advertencia sobre situaciones de vulneración y espacios y prácticas de vulneración de los Derechos Humanos. b) Informes Defensoriales relacionados con recomendaciones y exhortaciones a las entidades responsables de la garantía, prevención y el restablecimiento de los derechos, la reparación y la atención especializada de las víctimas. Un ejemplo de esto es el informe sobre violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes asociada al conflicto⁵ c) seguimiento a las recomendaciones y acciones de política o cambios presentados con relación a las advertencias y a las recomendaciones de los Informes Defensoriales d) Audiencias Defensoriales como resultado del seguimiento y con el objetivo de visibilizar y enterar a la opinión pública de las acciones u omisiones de la institucionalidad responsable e) Resoluciones Defensoriales en las que se enfatizan en soluciones realizables y concretas en un tiempo determinado f) Acciones judiciales y g) Iniciativas legislativas.

a) Boletines de Advertencia

Documentos derivados de un proceso de análisis de la información recaudada a partir de la revisión de fuentes secundarias, con credibilidad y respaldo institucional, por organismos gubernamentales, entidades del Estado colombiano, Organizaciones No-Gubernamentales, organismos internacionales y sociedad civil.

La revisión de estas fuentes, determinan las amenazas y dinámicas que caracterizan la garantía de los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes en los distintos Departamentos

5 Este informe puede descargarse íntegramente a través del link:

<http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/informedefensorialreclutamiento.pdf>

http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformeCompleto_Justiciatransicional.pdf

y Municipios del país, así como de las particularidades, fortalezas y vulnerabilidades de los territorios, autoridades y recursos institucionales para su protección.

b) Informes Defensoriales:

Materializan de manera documental la magistratura moral del Defensor del Pueblo y se fundamenta en estudios y consultas sobre la garantía de derechos humanos con la población, la verificación en territorio de las acciones estatales y la caracterización de las condiciones de vida de las comunidades, así como de información analizada a partir de fuentes secundarias.

El carácter diferenciador de los informes está contenido en el análisis que se realiza de los hallazgos, con base en el marco normativo nacional y en los compromisos que a nivel internacional el Estado colombiano ha asumido en la protección de la población, derivándose de esto un conjunto de observaciones y recomendaciones defensoriales al Estado y su institucionalidad.

c) Resoluciones Defensoriales:

Mantienen el carácter documental e incorporan los requerimientos explícitos a las autoridades del nivel municipal, departamental o nacional, y a los particulares, en seguimiento al cumplimiento de las disposiciones legales, para que adopten mecanismos necesarios de mitigación, corrección y superación de las amenazas o violaciones de derechos humanos que se presenten.

d) Audiencias Defensoriales:

En ejercicio del derecho de participación de la ciudadanía y considerando que la acción defensorial debe fundamentarse en la documentación de los casos de vulneración de derechos humanos, así como de las situaciones estructurales que causan dicha vulneración, se promueve la presentación y denuncia pública del desconocimiento de los derechos humanos, con el establecimiento de compromisos para los involucrados y planes de seguimiento a su cumplimiento.

e) Acciones judiciales:

Es competencia de la Defensoría del Pueblo, con base en la Constitución Política Nacional (artículos 282 a 284), la Ley 24 de 1992 y el Decreto 025 de 2014 del Departamento Administrativo de la Función Pública, velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, contando con la facultad legal de impulsar las acciones públicas constitucionales que se requieran.

f) Iniciativas Legislativas:

En cumplimiento de sus funciones la Defensoría del Pueblo, realiza ante el Congreso propuestas legislativas relacionadas con las materias o derechos cuyo estudio y defensa le corresponde, producto de evaluar permanentemente la situación de los derechos humanos en Colombia a través de las acciones o herramientas antes mencionadas.

X. Atención especializada a las víctimas de violencia de género

La Defensoría del Pueblo en el marco de la atención propende por la protección y defensa de los derechos humanos de las personas y grupos más vulnerables, de oficio o a petición de parte, y por la potenciación de éstos como titulares activos de los mismos. La atención que brinda la Defensoría del Pueblo a dichas personas y grupos debe impulsar la realización de los derechos humanos en el país y ser factor esencial de pedagogía ciudadana. Con relación a las víctimas de violencia de género, la defensoría cuenta con profesionales especializados que desarrollan las siguientes acciones:

- Orientación y asesoría jurídica a mujeres, niñas y adolescentes víctimas.
- Documentación analítica del caso y definición de las estrategias de incidencia jurídica.
- Remisión inmediata de la documentación del caso a la autoridad competente para que inicie la acción penal correspondiente.
- Designación del servicio de representación judicial como víctima (Ley 1098 de 2006 y Ley 1257 de 2008).
- En ejecución de las políticas, procesos, planes locales y rutas integrales de atención se da traslado de la documentación del caso a la autoridad competente, para la prestación de servicios de índole psicosocial, psico-jurídica y en el caso de niños, niñas y adolescentes, para el inicio del proceso de restablecimiento de derechos.
- Elaboración de conceptos jurídicos y recomendaciones con destino a la Fiscalía General de la Nación y/o otra autoridad interesada.

- Elaboración de recomendaciones para mejorar el abordaje del caso, su atención y asesoría, específicamente, en el marco de las actuaciones interinstitucionales.
- Diálogo permanente y establecimiento de alianzas con organizaciones sociales para niños, niñas y adolescentes, de mujeres víctimas, y, en general, de protección y atención psicosocial para la remisión de las víctimas.

XI. CONCLUSION

La Defensoría de Pueblo considera que se deben reforzar las políticas de prevención y atención y protección de la infancia (Agendas Nacionales y planes de desarrollo municipal con ofertas reales de servicios y garantía de mínimos para la infancia) dirigidas a crear oportunidades reales a las víctimas de delitos particularmente si éstas son niños, niñas y jóvenes, para la construcción de un proyecto real de vida libre de violencia para nuestra infancia y reforzar el acompañamiento y la defensa de esta población en los procesos penales para que no se sientan los niños y las niñas como acusados/as sino como víctimas y especiales sujetos de protección.

Lamentablemente en la actualidad la discusión se centra en el agresor y las penas que se le deben aplicar (ejercicio del poder punitivo), desconociendo que la prioridad de todos debe ser la protección de la víctima, la cual se invisibiliza así como las medidas de verdad, justicia y reparación que el sistema de justicia debe garantizar a través inclusive de leyes para (i) evitar su revictimización durante el proceso de denuncia y judicialización, especialmente cuando en la mayoría de los casos de abuso sexual infantil la evidencia física es mínima, pero no así la afectación psicológica, por lo tanto la carga de la prueba recae en su testimonio; (ii) fortalecer la oportunidad de respuesta del sistema judicial en la judicialización de estos delitos; (iii) fortalecer el sistema de respuesta de atención a los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual procurando un trato humanizado durante el proceso y garantizando el proceso de atención terapéutica para disminuir las secuelas de tales hechos, y (iv) considerar un sistema judicial que repare y proteja a los niños y las niñas víctimas de abuso sexual, al asumir que es responsabilidad del Estado de la familia y de la sociedad evitar que estas situaciones se presenten.

Se insiste en la necesidad de que el problema de la violencia sexual sea mirado desde una perspectiva de integralidad y no solamente como un fenómeno penal estrictamente de sanción al agresor, pues ello solamente ha llevado a que el fenómeno tenga tendencia creciente de manera permanente. Si la institucionalidad competente responde de manera integral, eficaz, efectiva y eficientemente el fenómeno decrecerá. El incremento de penas

ha demostrado su inutilidad por sí solo, especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos de los menores de edad. Peor aun cuando el incremento de penas obedece a un *populismo punitivo* que solamente produce réditos políticos a costa de los derechos de los niños, que como quedó expuesto, no se benefician. Resulta más benéfico disminuir los aterradores niveles de impunidad asegurando mayor posibilidad de sanción a los responsables de tales conductas que incrementar las penas dejando la sensación en los responsables de que la posibilidad del castigo es prácticamente inexistente.

Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo considera que el aparato de justicia colombiano (Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía General de la Nación, Medicina Legal, Policía Judicial), debe adecuar el sistema penal acusatorio y llevar a cabo las previsiones a fin de garantizar el acceso efectivo a la justicia para la población infantil y particularmente para niño/as y adolescentes víctimas de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar, y evitar la revictimización de que puedan ser sujetos en la implementación de este, así como adecuaciones en infraestructura y en la formación de operadores/as de justicia.

XII. REFERENCIAS

Congreso de la República de Colombia- Código de la Infancia y la Adolescencia- Bogotá Colombia- Imprenta Nacional- Noviembre de 2016.

Defensoría del Pueblo –Informe Defensorial Prevención de reclutamiento de niños, niñas y adolescentes-Análisis de la política pública con enfoque étnico- Impresión DÍgitos y Diseños Industria Gráfica-2014

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Forensis- Datos de Vida – Bogotá Colombia- Imprenta Nacional-2015.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Forensis- Datos de Vida – Bogotá Colombia- Imprenta Nacional- 2016.

¿CUÁL ES LA JUSTICIA QUE QUIEREN LAS MUJERES Y LAS PERSONAS CON ORIENTACIONES SEXUALES E IDENTIDADES DE GÉNERO DIVERSAS?

Diana Rodríguez Uribe.

Defensora Delegada para los Derechos de las Mujeres y los Asuntos de Género en la Defensoría del Pueblo. Abogada de la Universidad Javeriana y de la Universidad del País Vasco; Especialista en Estado, Políticas Públicas y Desarrollo de la Universidad de los Andes; y Magister en Gestión del Desarrollo del London School of Economics. Experiencia en la formulación e implementación de políticas públicas con énfasis en Derechos Humanos, DIH y acceso a la Justicia. Trabajó como Directora de Acceso a la Justicia y Directora de Derechos Humanos en el Distrito de Bogotá; y asesora del Viceministro de Defensa para las Políticas y Asuntos Internacionales del Ministerio de Defensa en Colombia. Correo electrónico: dianarodriguez@defensoria.gov.co

Juan Fernando Sánchez Jaramillo

Abogado, candidato a Magister en Derecho Constitucional. Asesor de la Defensoría del Pueblo, Delegada para los Derechos de las Mujeres y los Asuntos de Género. Correo electrónico: juasanchez@defensoria.gov.co

RESUMEN

El derecho acceso a la justicia de las mujeres colombianas que han sido víctimas de violencia, tiene una relación directa con las posibilidades que tienen de superar las causas estructurales de dicha violencia y discriminación. Contar con un marco normativo garantista, es insuficiente para materializar el acceso a la justicia y hacer efectivos los derechos. El sistema judicial, en su integralidad, debe estar dirigido a transformar la vida de las mujeres, más allá de la protección o la sanción punitiva. Las normas que protegen los derechos de las mujeres deben ser internalizadas por las instituciones judiciales, para lograr cerrar la brecha entre la realidad y lo normativo. Además, deben evitar ser usadas para discriminar a las mujeres que por opción deciden serlo o que rompen con los esquemas tradicionales de identidad y orientación sexual -mujeres transgénero y lesbianas-. Si el sistema no logra ser transformador, si la distancia entre la norma y la realidad es muy amplia, y si es incapaz de evitar escenarios de discriminación, los avances que ha tenido el ordenamiento jurídico pueden verse opacados al punto que podrían generarse retrocesos en la garantía del derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencias.

ABSTRACT

The right to justice for Colombian women who have been victims of violence has a direct relationship with the possibilities they have to overcome the structural causes of such violence and discrimination. To have a normative guaranteeing framework, is insufficient to materialize the access to the justice and to realize the rights. The judicial system, in its entirety, must be aimed at transforming the lives of women, beyond protection or punitive punishment. The norms that protect the rights of women must be internalized by judicial institutions, in order to close the gap between reality and normative. In addition, they should avoid being used to discriminate against women who opt for choice or who break with traditional patterns of sexual identity and orientation - transgender and lesbian women. If the system fails to be transformative, if the distance between the norm and reality is very wide, and if it is unable to avoid discrimination scenarios, the advances that have been made by the legal system may be overshadowed causing a recoil on the guarantee of the right of women to have a life free of violence.

RESUMO

O direito de acesso à justiça das mulheres colombianas tem uma relação direta com as possibilidades de superar suas causas estruturais de discriminação. O sistema judicial em sua totalidade, deve ser destinado a transformar a vida das mulheres, além da proteção ou sanção punitiva. As regras que protegem os direitos das mulheres devem ser internalizados pelas instituições judiciais, na medida em que o que é tomado como direito efectivamente cumpridas, ou pelo menos a diferença é menor. Isto apesar do encorajador que pode estar na fala e movimentos sociais. Eles também devem evitar ser usado para discriminar as mulheres que escolhem ser por escolha ou que ruptura com padrões tradicionais de sexualidade e orientação sexual - as mulheres trans e lésbicas. Se o sistema é pouco transformador, a distância entre a norma ea realidade é grande, e é incapaz de evitar cenários de discriminação, os avanços feitos pelo sistema legal pode ser entorpecida ao ponto que poderia ser gerado contratempos na garantia do direito as mulheres a ter uma vida livre de violência.

Palabras clave: Mujeres. Lesbianas. Mujeres Trans. Acceso a la Justicia. Violencia basada en Género.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. La Justicia colombiana para las mujeres que han sido víctimas de violencia de género, tiene elementos que obstaculizan la transformación de sus condiciones de desigualdad.

III. La distancia entre lo normativo y la práctica: riesgo para la legitimidad institucional.

IV. La desigualdad histórica reflejada en el acceso a la justicia de mujeres trans o lesbianas.

V. CONCLUSIÓN

VI. REFERENCIA

I. INTRODUCCIÓN

En Colombia, la normativa respecto a la Violencia Basada en Género (VBG) es amplia, tanto en las normas nacionales como en los tratados ratificados por Colombia. Además, las decisiones judiciales han dado contenido y alcance tanto a los derechos de las mujeres como a los de las personas con Orientaciones Sexuales e Identidades de Género Diversas (OSIGD / LGBTI). No obstante, cuando una mujer es víctima de VBG, debe emprender un camino cuyos obstáculos, en especial en materia de acceso a la justicia, terminan, en muchos casos, por re-victimizarla, eliminando el papel transformador que debe cumplir la justicia.

Así, en términos de acceso a la justicia de las mujeres en Colombia se evidencian tres aspectos que vale la pena señalar: (i) la falta de vocación de una justicia transformadora para las mujeres; (ii) la distancia entre los marcos normativos y la garantía de los derechos para las mujeres en su realidad y; (iii) la débil aplicación de los marcos normativos de los derechos de las mujeres lesbianas y transgénero.

Cada tema tiene sus propias situaciones problemáticas. En el primero, la pregunta central es hasta qué punto la justicia formal y material tienen una vocación de transformación de la realidad vital de las mujeres. Esto supone hacer una reflexión sobre el derecho de las mujeres al acceso a la justicia, su materialización y, particularmente, si el sistema judicial colombiano, en sus elementos de justiciabilidad; disponibilidad; accesibilidad; buena calidad; suministro de recursos y rendición de cuentas, es sensible a las necesidades de las mujeres y, más aún, si cuenta con herramientas para el restablecimiento de su vida en condiciones dignas.

El segundo tema sugiere que hay una gran distancia entre la realidad de las mujeres, evidenciada por los datos oficiales, y el amplio marco normativo aplicable en Colombia. La pregunta que surge, en palabras de Julieta Lemaitre, es si el fetichismo legal sigue siendo una constante de la realidad jurídica colombiana y qué consecuencias tiene esto en el día a día de las mujeres víctimas.

El tercer tema propuesto está más relacionado con una forma de discriminación en contra de las mujeres lesbianas y transgénero. Uno de los problemas centrales es si la tan anhelada protección de la libertad exigida por las mujeres aplica también para aquellas que se salen del esquema tradicional de sexo binario. En las lesbianas, por ejemplo, en la aplicación de los marcos normativos cuando son víctimas de violencia de pareja y en las mujeres trans, cuando reclaman que la aplicación de la norma guarde coherencia con su autonomía, expresada, en su voluntad de escoger su identidad de género. En otras palabras, si la autodeterminación de ser mujeres -a pesar de estar en un cuerpo de hombres- es suficiente para que se active la especial protección a la que tienen derecho.

Los temas propuestos tienen un hilo común, que en clave de problema puede plantearse así: ¿en materia de acceso a justicia, se ha avanzado en la garantía del derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencias?

Partiendo de la idea de que el acceso a la justicia es un derecho fundamental que sirve como medio para la garantía, protección y respeto de los demás derechos fundamentales; y que en el caso de las mujeres, se convierte en uno de los mecanismos más efectivos para garantizar una vida libre de violencias, este artículo pretende evaluar la capacidad de las instituciones colombianas y en especial del sistema judicial, para lograr este objetivo fundamental.

Las ideas y datos aquí utilizados son producto de la experiencia y la información obtenida por la Defensoría del Pueblo de Colombia, en especial de la Delegada para los Derechos de las Mujeres y los Asuntos de Género. Las conclusiones surgen de la observación y los resultados propios de su función como Institución Nacional de Derechos Humanos, en el marco de la cual promueve y protege los derechos humanos de las mujeres y de las personas OSIGD - LGBTI.

II. La Justicia colombiana tiene elementos que obstaculizan la transformación de las condiciones de desigualdad de las mujeres.

Las mujeres colombianas, tal como lo ha reconocido el Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, han estado en una grave situación de desigualdad¹, la cual estructuralmente tiene causas subyacentes apenas identificables y muy normalizadas en el día a día de la sociedad². Estas causas de desigualdad se materializan en diferentes tipos de violencias contra las mujeres, las cuales han sido identificadas por la normativa internacional y nacional.

Aun cuando los derechos y los mecanismos establecidos para garantizarlos, protegerlos y respetarlos resultan ser herramientas que contribuyen a la disminución de dichas violencias, y al margen de la amplia normativa, en Colombia existen algunos elementos del ordenamiento jurídico -o su funcionamiento- que obstaculizan la verdadera transformación de la realidad de la mujer.

Para identificar tanto las causas, como la problemática y sus consecuencias, en este capítulo: (i) se describirán algunos datos sobre las mujeres colombianas y las condiciones que las sitúan en una posición de desigualdad; (ii) se presentará la naturaleza jurídica de los derechos de las mujeres y su desarrollo; (iii) se hará una breve relación de la normativa colombiana más relevante al respecto; y por último, se identificarán algunos elementos de la práctica institucional que obstaculizan la transformación de la realidad de la mujer.

1.1. Las cifras de violencia y de desigualdad de las mujeres siguen aumentando.

En Colombia, la incidencia de la pobreza en las mujeres cabeza de familia es mucho mayor que en los hombres. Según los datos de los informes de pobreza multidimensional del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2016) la pobreza en los hogares con jefatura femenina es del 30.9%. Este dato es mayor en relación con los hogares con jefatura masculina, en los que este porcentaje es del 26.6%. La pobreza extrema en

1 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Boletín Técnico Comunicación Informativa. 10 de agosto de 2017. En internet: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/bol_ejesexo_abr17_jun17.pdf, última vez consultado el 11 de agosto de 2017.

2 Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Observaciones finales sobre los Informes periódicos séptimo y octavo combinados de Colombia CEDAW/ C/COL/CO/ 7-8. Octubre 29 de 2013. Parr 13. En internet: <http://historico.equidadmujer.gov.co/Documents/Observaciones-CEDAW-VII-VIII-Informe-Colombia.pdf>, 22 de marzo de 2017, última vez consultado el 11 de agosto de 2017

los hogares con jefatura femenina es del 9.9%, mientras que en los hogares con jefatura masculina es del 7.7%. En cuanto al apoyo de alguien más en las acciones de cuidado dentro del hogar, los hombres cuentan con un 75%, mientras que las mujeres tienen un 11%.³

Al medir la contribución de la mujer a través de sus acciones de cuidado en el desarrollo económico y social del país, se encuentra que un 79,4 % realizan actividades vinculadas al TDCNR (trabajo doméstico y de cuidados no remunerado), lo que equivale a 232.467 miles de millones pesos (DANE, 2015).

En la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) que tiene información sobre los indicadores del mercado laboral colombiano, es decir, Tasa Global de Participación (TGP), Tasa de Ocupación (TO) y Tasa de Desempleo (TD), durante el segundo trimestre de 2017 (abril a junio), la TGP de las mujeres fue del 55.2 %, mientras que la de los hombres fue del 74.9%. La TO fue del 48.7 % para las mujeres y para los hombres fue del 69.6%. La TD para las mujeres fue del 11.7%, mientras que para los hombres fue del 7%.⁴

En cuanto a su situación de violencia, las cifras de mujeres víctimas siguen ascendiendo. Según el Instituto Nacional de Medicina Legal, los homicidios en contra de niñas y mujeres fueron en el 2015 de 970 y en 2016 de 997. La cifra de homicidio de mujeres asociado a violencia de pareja se incrementó en el 2016. Pasó de 114 en el 2015 a 128⁵. En otras fuentes oficiales, la violencia de género contra las mujeres se ha incrementado. Comparando las cifras de la semana 25 del 2016 con la del 2017, hubo un aumento de 21.645 a 29.883 casos.

En relación con la violencia sexual, aunque hubo un decrecimiento entre el 2015 y el 2016 en los exámenes médico legales, la cifra sigue siendo muy alta. En 2015 se practicaron 18.876 y en el 2016, 18.257. A pesar de lo anterior, en el 2017 la Defensoría del Pueblo emitió un Informe en el que evidenció el aumento del riesgo de violencia sexual, posiblemente por el cambio en las dinámicas rurales con ocasión de la firma del acuerdo que pone fin al conflicto con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-

3 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Boletín Técnico Comunicación Informativa. 22 de marzo de 2017. En internet: última vez consultado el 11 de agosto de 2017.

4 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Boletín Técnico Comunicación Informativa. 10 de agosto de 2017. En internet: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/bol_ejesexo_abr17_jun17.pdf, última vez consultado el 11 de agosto de 2017.

5 Se habla de homicidios contras mujeres asociado a violencia de pareja porque el Instituto Nacional de Medicina Legal por funciones es incompetente para calificar la existencia o no de delitos. En este caso, dado que los feminicidios ocurren mayoritariamente en el contexto familiar, se toma este dato como una muestra indicativa y representativa.

Ejército del Pueblo FARC-EP.

Esto, entre otras, demuestra que sin importar la existencia o no de un conflicto armado, las mujeres siguen siendo las más vulnerables; un síntoma de que la cultura machista y la consecuente percepción de las mujeres como un objeto son las causas últimas de la violencia contra la mujer. La pregunta que surge es si el sistema de justicia colombiano ha sido eficaz en la transformación de la realidad.

1.2. Para garantizar el derecho fundamental de las mujeres a tener una vida libre de violencias, es necesario trascender a la protección de su libertad y su desarrollo humano.

La Plataforma de Beijing, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, expresó dos ideas que en se echaban de menos en el mundo del Derecho, y más que eso, que evidenciaban una omisión histórica en el reconocimiento de la inclusión real de las mujeres. La primera era que “Los derechos de las mujeres son derechos humanos”. La segunda, sobre la exigencia de la participación de la mujer, con al menos dos propósitos: “La erradicación de la pobreza basada en el crecimiento económico sostenido, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la justicia social...” y para lograr la igualdad plena con los hombres “en su calidad de agentes y beneficiarios de un desarrollo sostenible centrado en la persona”.⁶ Es decir, el reconocimiento de las mujeres como sujetas de derecho y como agentes de desarrollo humano.

Previamente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés), ya anticipaba las exigencias de libertad y, sobre todo, de una vida libre de violencias. En sus primeros artículos se definió la discriminación como una forma de menoscabar las libertades fundamentales de las mujeres. En el artículo 3 se determinó una de las obligaciones principales de los Estados, dentro de la cual se estableció que tenían que adoptar “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad condiciones con el hombre”⁷.

Años después, en el Informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe

⁶ Organización de las Naciones Unidas. Declaración de Beijing. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Septiembre 4 al 15 de 1995, Beijing, Preámbulo.

⁷ Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979, Art 3.

(CEPAL) denominado: ¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe, se resaltaba la idea de la relación que en América Latina y el Caribe existía entre la violencia sistemática contra las mujeres, su libertad y cómo este suponía un obstáculo para su desarrollo⁸.

Esta estrecha relación entre desigualdad y violencia, cuya una de las causas es la falta de oportunidades, es el problema central que, si se expresa en términos de desarrollo, debería plantearse con la siguiente pregunta: ¿qué tan coherente es la relación entre justicia y desarrollo para las mujeres?

Para responder estas preguntas resulta necesario analizar qué tan coherente debe ser un sistema de justicia entre lo que la norma exige como derecho y su relación con la respuesta concreta. Es decir, cómo son las relaciones entre los derechos formalmente establecidos y las acciones que el sistema de justicia realiza para garantizarlos. En profundidad, y en relación con la problemática de las mujeres, ¿realmente el acceso a la justicia está respondiendo a la superación de las causas que generan su desigualdad? En últimas es una pregunta que tiene que ver con la relación entre derecho y desarrollo. Antes de hacer el análisis correspondiente, que respondería al primer objetivo de este artículo, existe una reflexión de cómo debe ser dicha relación.

1.3. *Derecho y desarrollo. Una posible respuesta desde lo estructural.*

En el análisis propuesto por Martha Nussbaum⁹, se hace una crítica a los modelos de desarrollo liberal y neoliberal. Ante la problemática que plantean, es decir, la imposibilidad que tienen estos modelos para medir la calidad de vida, una posible respuesta es el modelo de desarrollo humano basado en un enfoque de capacidades. Este entiende que el desarrollo es el “el proceso de expansión de libertades reales de que disfrutaban los individuos”¹⁰. Este enfoque tiene como objetivo brindar una estrategia de medición de las libertades de los seres

8 América Latina y el Caribe se caracterizan por los altos niveles de desigualdad y pobreza y la práctica de formas de discriminación, donde una de las más persistentes es la que produce la desigualdad de género. El vínculo entre violencia y discriminación de género es indisoluble y debe ser considerado para entender la violencia contra las mujeres. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencias!*, 2007, p. 10. En internet: [https://www.unicef.org/lac/Ni_una_mas\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/Ni_una_mas(1).pdf), última vez consultado el 4 de agosto de 2017.

9 Para profundizar, Ver Amartya SEN, *Desarrollo y libertad*, Planeta, 2012.

10 Amartya SEN, *Desarrollo y libertad*, Planeta, 2012. pp. 19.

humanos con el fin de conocer de una mejor manera su calidad de vida. Su fundamento filosófico es aristotélico, lo cual marca una importante distinción con otros enfoques de desarrollo como los utilitaristas y de corte liberal. En efecto, esta distinción sobre el concepto de libertad desde una visión aristotélica, en palabras de Martha Nussbaum, supone “la materialización política () sobre la relación entre suficiencia material (*economic empowerment*) y las libertades políticas dentro del enfoque de capacidades”¹¹; es lo que ella llama democracia social aristotélica.

Las capacidades tratadas indistintamente como libertades responden a la pregunta de “¿Qué es capaz de hacer y ser cada persona?”¹². Estas pueden ser innatas, internas y combinadas; en la medida que se pongan en práctica se vuelven funcionamientos y su posibilidad de actualización depende de varios factores tanto humanos cuanto contextuales. Según Nussbaum, existe un número de capacidades que es abierto y que coincide con todo lo que el ser humano tiene más razones para valorar¹³.

Cuando Nussbaum analiza la relación de este enfoque con la estructura del Estado, concluye que existen varios factores que inciden en que las capacidades puedan ponerse en funcionamiento. Uno de estos tiene que ver con la estructura del Estado y de los órganos que lo componen. Así, las diferentes Constituciones cumplen un papel muy importante. Nussbaum propone al menos tres características que deberían tener las Constituciones respecto del enfoque de capacidades. Así, estas deben: (i) concretizar las capacidades de la lista¹⁴, (ii) determinar unos niveles no utópicos pero que sean aspiracionales en los que se exija a la Nación el mejoramiento de sus condiciones de actualización de las capacidades y (iii) promover la seguridad de capacidad, la cual debe garantizar una adecuada accesibilidad y lograr una confianza justificada de los jueces, entre otras¹⁵.

Así, la relación eficaz entre derecho y desarrollo exige que el sistema de justicia tenga

11 Pablo Sánchez Garrido, *Las raíces intelectuales de Amartya Sen. Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008, pp.137.

12 Martha C. Nussbaum. *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Libro digital, Paidós, 2011, pp.27

13 *Ibid*, Pp. 39. Estas son la vida, la salud, la salud física, la integridad física, los sentidos, la imaginación y el pensamiento, las emociones, la razón práctica, la afiliación, otras especies, el juego y el control sobre el propio entornos.

14 Martha C. Nussbaum. *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Paidós. 2011, pp.44

15 *Ibid*, pp.48

la capacidad de responder a las necesidades de libertad de quienes acuden al mismo. Parafraseando a Nussbaum, la respuesta jurídica a los hechos de violencia debe procurar resolver las causas estructurales, sobre todo, deben garantizar la libertad cuando esta ha sido afectada. Esto es lo que en términos de reparación se ha denominado garantías de no repetición. La pregunta concreta en este punto es si en el ordenamiento jurídico colombiano, las respuestas jurídicas a los problemas de violencia contra las mujeres, son transformadoras desde una visión de restablecimiento de la libertad o si solo se quedan en la reparación simple, poco estructural o correctiva.

1.4. Los obstáculos del ordenamiento jurídico colombiano para la transformación de la vida de las mujeres víctimas de violencia.

El sistema jurídico colombiano tiene obstáculos que dificultan la transformación de la vida de discriminación que tienen las mujeres. Desde el enfoque del planteamiento sobre el restablecimiento integral de la vida de las mujeres para su desarrollo humano, las herramientas jurídicas que existen resultan insuficientes.

El Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su Recomendación sobre el acceso de las mujeres a la justicia, determinó seis componentes para el acceso a la justicia. (i) Justiciabilidad, que se refiere a que el acceso de las mujeres a la justicia sea sin restricciones, como también que tengan la capacidad y el poder para reclamar sus derechos. (ii) Disponibilidad, como la existencia en todo el territorio de juzgados, tribunales, oficinas de apoyo en justicia, etc., las cuales tienen que estar en buenas condiciones y con los suficientes recursos para operar. (iii) Accesibilidad, para que ninguna mujer tenga obstáculos físicos de acceso a los sistemas de justicia. En este, debe tenerse en cuenta la posibilidad de adaptación de los órganos judiciales y cuasi judiciales para que toda mujer pueda ingresar a sus instalaciones. (iv) Buena calidad, es decir, que la respuesta judicial sea efectiva, eficiente, independiente e imparcial. Que se ajuste a las necesidades de las mujeres y que los recursos sean efectivos para materializar las exigencias de los derechos sustanciales. (v) Suministro de recursos, para que la justicia sea restaurativa y transformadora, en otras palabras, que logre contribuir a una política encaminada a erradicar la discriminación contra la mujer. Y (vi) Rendición de cuentas, es decir, que exista vigilancia, responsabilidad y medidas de exigencia a los operadores judiciales y cuasijudiciales para que estos actúen de conformidad con las exigencias del

acceso a la justicia.¹⁶

Sumado a lo anterior, el sistema de justicia tiene que garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. En esta última, el elemento transformador está basado en dos supuestos: que existan condiciones para que el acto de violencia no vuelva a repetirse (garantías de no repetición) y que se otorguen medidas de restitución, y si esto es imposible, deben darse medidas de compensación, rehabilitación o satisfacción. Una de las máximas de derecho en cuanto a la reparación es que esta debe ser proporcional al daño causado y que -desde una óptica de restitución- debe devolver a la víctima al estado anterior al que se encontraba antes del hecho violento o agresor.

Lo complejo es que, en cuanto a las mujeres y, en general, a personas en graves y estructurales formas de desigualdad, esto supone un problema de fondo poco atendido por los sistemas de justicia en países como Colombia, pues dada su histórica situación de desigualdad, este tipo de reparación resulta insuficiente, al menos por dos razones: (i) volver al estado anterior es dejarlas en un escenario previo de discriminación y (ii) habría serias sospechas de que la agresión volviera a repetirse -lo cual ha pasado en varios casos atendidos por la Defensoría del Pueblo de Colombia-. Esto en últimas sería contrario a las garantías de no repetición. Por otro lado, esta insuficiente respuesta de lo judicial causa el problema adicional de insostenibilidad, pues el ciclo de violencia, como es natural, sigue generando cada vez más víctimas que “alimentan” un sistema que es ineficiente en la acción.

En este marco, los obstáculos del sistema judicial colombiano para transformar las vidas de las mujeres están en la forma misma cómo las mujeres tienen que afrontar el acceso a la justicia, que para este artículo llamaremos *obstáculos formales del sistema judicial*.

1.5. Algunos obstáculos formales del sistema judicial colombiano para la transformación de las vidas de las mujeres víctimas de violencia.

En Colombia existe una amplia normativa para la protección de los derechos de las mujeres. Al menos existen cuatro leyes que desarrollan y establecen mecanismos de protección específicos¹⁷. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado contenido y alcance

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas. Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General Núm 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Agosto de 2016. Párr. 14.

¹⁷ Ley 1257 de 2008, Ley 1719 de 2014, Ley 1761 de 2015, Ley 1542 de 2012

a aspectos para mejorar las condiciones de las mujeres víctimas de violencia¹⁸. Las demás altas Cortes -Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura- han sido menos progresistas en la protección de los derechos, sin embargo, cada vez existen más avances en dicho sentido.

A pesar de lo anterior, en el ordenamiento jurídico colombiano las herramientas jurídicas existentes son insuficientes para la transformación de la vida de las mujeres víctimas. La discusión podría girar hacia la afirmación según la cual, dicha transformación depende más de las políticas sociales o la atención humanitaria, que de las decisiones judiciales¹⁹.

Sin embargo, tal como lo afirma cierta parte de la doctrina, existe un consenso en que para la reparación integral resulta necesario usar las herramientas jurídicas y administrativas²⁰. Volviendo al planteamiento sobre derecho y desarrollo, esto puede ser posible si en cierta medida existe una coincidencia de las respuestas del sistema judicial con las exigencias de desarrollo humano, en este caso, de las mujeres víctimas de violencia. Lo anterior, en un marco en donde se cumplan los estándares de justicia exigidos por la normativa internacional.

La estructura de justicia colombiana en relación con las mujeres está enfocada hacia la protección, la sanción penal, y de manera poco diferencial, a la reparación. Respecto de lo primero, existen unas medidas que las mujeres pueden solicitar cuando han sido víctimas de violencia. Si esta es intrafamiliar, se solicitan ante unas autoridades cuasijudiciales denominadas Comisarías de Familia, por el contrario, si la violencia se da un contexto diferente, estas deben solicitarse ante la Fiscalía General de la Nación que, a su vez, las solicita ante el juez competente.

18 Corte Constitucional. Sentencia T-967 de 2014: Flexibilización de los medios de prueba y valoración integral de los indicios de violencia. Sentencia T-772 de 2015: Recurso judicial efectivo en medidas de protección por parte de la Fiscalía Omisión es revictimización. Sentencia T-012 de 2016: La violencia recíproca es insuficiente para decidir que el agresor es inocente. Sentencia T-241 de 2016: Valoración indebida de material probatorio. Valor jurídico de las valoraciones psicológicas. Sentencia T-027 de 2017: Valor jurídico de los Informes de Riesgo de Femicidio del INML y la no equivalencia de las agresiones mutuas entre hombres y mujeres. Sentencia T-264 de 2017: Decisión de medidas de protección es de carácter urgente y el simple desistimiento de la mujer víctima es insuficiente sin antes analizar si la decisión fue autónoma y libre de coacción.

19 Para profundizar en esta discusión ver Catalina Díaz, Nelson Sánchez & Rodrigo Uprimny. *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Centro Internacional para la Justicia Transicional, Unión Europea y De Justicia. 2009. En internet: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Colombia-Dilemas-Contextos-Conflicto-2009-Spanish.pdf>, última vez revisado el 4 de agosto de 2017.

20 *Ibid.* P.18.

La mayoría de estas medidas lo que buscan es alejar al agresor de la mujer, y tienen poca vocación para la transformación de la vida de las víctimas, pues el concepto de protección se restringe a una seguridad de prevención y no de construcción de capacidades. Así, por ejemplo, en una de las medidas como el desalojo del agresor de la vivienda, muchas veces se pierde de vista que este puede tener un rol de proveedor; la mujer violentada queda con pocas alternativas para garantizar sus necesidades básicas, además de tener que asumir el cuidado de sus hijos.

La sanción para los agresores está definida en los distintos delitos y desde el 2008 se han venido tipificando varias conductas de las que con más frecuencia son víctimas las mujeres, p.ej, las que tienen que ver con la libertad y formación sexual²¹. Apenas en el 2015, la Ley 1751 tipificó el delito de feminicidio; a pesar de que la Corte Constitucional declaró su exequibilidad por medio de la sentencia C-297 de 2016 y determinó que los literales que se refieren al contexto previo de violencia contra la mujer son elementos subjetivos del tipo penal, los operadores jurídicos se resisten a usarlo y, en ciertas ocasiones desconocen que los hechos previos de violencia son circunstancias que permiten concluir que se está ante un feminicidio.

Aunque la sanción está más relacionada con la situación jurídica del victimario, dentro de los procesos penales existen varios escenarios que obstaculizan la transformación de la situación de una mujer víctima. Muchas veces cuando el agresor se ha enterado de que ha sido denunciado, se incrementa el riesgo contra la mujer; esto se agrava cuando el sistema jurídico carece de medidas efectivas de protección a la víctima y las pocas que existen, tienen un enfoque de seguridad en donde se asignan escoltas poco capacitados, con baja sensibilidad de género, o la mujer víctima tiene que cambiar su trabajo u oficio, trasladarse de una ciudad a otra, en muchas ocasiones sin las garantías de un trabajo estable o un programa de generación de ingresos que le permita acceder a sus necesidades más básicas. Desde un enfoque de seguridad humana, más coherente con el desarrollo humano, deberían pensarse mecanismos que en paralelo al cuidado de la vida de las mujeres víctimas, estas pudieran incluirse dentro de programas de emprendimiento o

21 En el 2008, con la Ley 1257, se tipificó el acoso sexual, se modificaron algunas sanciones de ciertos delitos con el fin de mejorar la protección de la mujer y se crearon algunos mecanismos procesales para evitar la revictimización de las mujeres. Por ejemplo, en las actuaciones en donde se discutan sobre delitos relacionados con la libertad y la formación sexual el juez puede disponer que las audiencias sean cerradas al público. En el 2014, por medio de la Ley 1719 se tipificaron varios delitos relacionados con la violencia sexual y que en su mayoría son cometidos contra las mujeres. Por ejemplo, la prostitución forzada, la esclavitud sexual, la esterilización forzada, el embarazo forzado, la desnudez forzada y el aborto forzado.

de generación de ingresos que solventaran de alguna manera la falta de oportunidades, ocasionadas en parte, por la desigualdad histórica a las que están sometidas, y en parte por los hechos violentos de los que son víctimas.

En materia de reparación, existe un incidente que busca el resarcimiento a cargo del autor o el partícipe de los daños²². Sin embargo, por lo general, el agresor nunca tiene recursos económicos para cumplir con sus obligaciones. Al dejar toda la carga de reparación de las violencias en sus victimarios, resulta nulo el elemento de transformación.

En Colombia, las cifras de violencia contra las mujeres siguen en aumento; esto ya es una evidencia de las serias fallas que tiene el sistema judicial para lograr disminuirlas. En efecto, este tiene algunos obstáculos para que existan verdaderas posibilidades de transformación de la vida de las mujeres; aunque hay una extensa normativa de protección de los derechos de sus derechos, el sistema judicial tiene un enfoque de protección, sanción y reparación que es insuficiente para responder a las necesidades de desarrollo de las mujeres. Esto, en últimas, es un círculo vicioso en donde el sistema se vuelve reactivo contra la violencia, pero poco constructivo para atacar estructuralmente sus causas.

En resumen, uno de los derechos fundamentales más importantes de las mujeres es a tener una vida libre de violencias. Esto implica que se garanticen sus oportunidades, cada vez buscando ampliar su libertad. En este sentido, el derecho y el desarrollo humano, entendido como la existencia de instrumentos políticos y jurídicos para el mejoramiento de la calidad de vida, deben tener elementos articuladores de tal manera que la protección jurídica contra la violencia tenga también vocación de transformar la desigualdad que padecen las mujeres. Esto es posible si la estructura del Estado y sus sistemas, en este caso, el judicial tienen herramientas que protejan y que, a la vez, tengan dicha vocación de transformación.

III. La distancia entre lo normativo y la práctica: riesgo para la legitimidad institucional

En el título anterior, se evidenció, entre otros, la gran cantidad de normas, jurisprudencia y derechos especiales que tienen las mujeres colombianas y cómo estas resultan insuficientes para la transformación de su vida, como víctimas de violencia y de una desigualdad

22 Código de Procedimiento Penal colombiano. Ley 906 de 2004, Artículo 11, literal b.

estructural. Se concluyó que el sistema judicial colombiano tiene obstáculos que imposibilitan dicha transformación, con el propósito de mejorar su desarrollo humano y su libertad. En este sentido, este capítulo pretende evidenciar que además de lo anterior, hay una gran distancia entre lo que existe desde lo normativo y la verdadera protección de esos derechos de las mujeres. No obstante, queremos dejar un mensaje esperanzador: el fetichismo legal como una forma de oponerse a la violencia contra la mujer.

Además de los elementos de justicia determinados en la Recomendación General 33 del Comité de la CEDAW (justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, suministro de recursos, rendición de cuentas), el derecho de acceso a la justicia contiene tres obligaciones: (i) garantizar que la actividad judicial decida, (ii) desarrollar las posibilidades del recurso judicial y (iii) garantizar el cumplimiento de la decisión por parte de la entidad competente. Adicionalmente, el sistema de justicia integral debe ir más allá de lo punitivo, reconociendo el restablecimiento integral de los derechos y la realidad de las mujeres. Este es un medio para el goce de los derechos humanos de las personas; de ahí la importancia de su buen funcionamiento.

Este marco de obligaciones, sumado a los derechos de las mujeres establecidos en la extensa normativa que opera en Colombia contrasta con las cifras que ha atendido la Defensoría del Pueblo en los 1407 casos asesorados durante el 2017. Si bien la cifra es apenas una muestra del trabajo que se hace por parte de la Delegada para los Derechos de las Mujeres y los Asuntos de género, resulta ilustrativa del acceso que tienen las mujeres a la justicia. De los 1407 casos, 950 no tienen un proceso penal activo; 457 sí lo tienen. De estos últimos, 7 están en reparto, 265 están en indagación, 92 están en investigación, 34 en imputación, 14 en acusación, sólo 5 tienen sentencia y 9 están archivados. Es decir, si estos datos midieran las obligaciones del Estado colombiano respecto del acceso a la justicia de las mujeres, una de las conclusiones sería que deberían revisarse las diferencias entre el alto número de noticias criminales y la baja producción de sentencias en la actividad judicial.

Más que las causas, la pregunta que nos formulamos es sobre los efectos que esta distancia puede generar en el sistema judicial. Al respecto, por un lado, es preocupante que las instituciones de justicia colombianas tengan una baja capacidad de respuesta a la problemática de la mujer. Esto no sólo causa revictimización, sino también problemas de legitimidad de los operadores jurídicos.

En materia de justiciabilidad, el mayor problema es que las mujeres siguen con un acceso deficiente al sistema de justicia; esto dificulta su situación de desigualdad pues hay un déficit de respuestas para sus hechos de violencia. La disponibilidad del servicio en términos de buenas condiciones para operar es muy baja; existen juzgados en donde siguen aplicándose prácticas discriminatorias contra las mujeres como no tener un sitio adecuado para las audiencias, o donde la cantidad de expedientes, más el volumen de trabajo hacen imposible una buena atención. Las respuestas judiciales tienen un alto grado de ineficiencia e ineffectividad. Algunos operadores judiciales normalizan la violencia contra la mujer, están altamente influidos por los estereotipos de género y así lo dejan ver en sus decisiones judiciales. Hemos conocido casos en donde ante el grave riesgo de agresión solicitamos medidas de protección, y por la demora de la justicia en decidir sobre las mismas, la mujer es nuevamente víctima de violencia.

Estas dificultades en el acceso a la justicia obstaculizan las acciones de transformación y restauración de la vida de las mujeres, peor aún, deslegitima el sistema, lo cual, dada la realidad histórica de nuestro país puede generar un alto riesgo de inestabilidad.

La justicia que necesitan las mujeres exige que, ante estos problemas estructurales, exista un rechazo social con amplias acciones de intolerancia a la violencia contra ellas. El primer paso debe ser intentar por todos los medios erradicar los estereotipos de género. ¿Cómo? Sin pretender agotar la discusión, Julieta Lemaitre, una académica colombiana, tiene una posible respuesta desde el fetichismo legal: Pero, como he estado argumentando, vivir en esta fantasía no es estar desconectado de la realidad, sino luchar por redefinir la realidad a través de un esfuerzo permanente de redefinición de lo humano. Este esfuerzo solo tiene sentido en cuanto comprende la dignidad humana como un proyecto político, el fruto de la voluntad y de la imaginación .²³

Ante la distancia entre el derecho y la realidad, con su consecuente frustración, surge la esperanza: *“...el derecho es seductor porque insiste que podemos, con la ley, definir y contener los horrores, y por eso produce tanto placer...” “...y se valora, por su poder para reinterpretar como anormal la cotidianeidad violenta”²⁴.*

En últimas, como sociedad hemos acordado que el Derecho es la mejor forma de solucionar nuestros problemas; a pesar de lo distante que pueda ser de la realidad, y mucho más para la de las mujeres, este es nuestro grito, es una forma de resistir ante la barbarie de

23 *Ibid.* p.p. 396

24 *Ibid.* p.p. 394

la violencia. Descartarlo es olvidar el placer de ver al violador sometido por la justicia, y más aún, de creer que las mujeres pueden tener un mejor vivir. Aun así, el sistema judicial está en riesgo, y su legitimidad depende de una transformación con un alto enfoque de derechos humanos.

IV. La desigualdad histórica reflejada en el acceso a la justicia de mujeres trans o lesbianas.

Una de las preguntas más frecuentes que se han hecho las mujeres trans y lesbianas es si el marco de protección de la normativa existente también las protege. Es decir, ¿una mujer trans tendría derecho a medidas de protección cuando ha sido agredida por su pareja? ¿se podría hablar de feminicidio cuando se ha asesinado a una mujer trans por razón de su identidad de género? ¿una mujer lesbiana tendría derecho a no ser confrontada con su agresora, en el marco de una audiencia penal?

Este último capítulo, más que afirmaciones, pretende dejar preguntas sobre la manera cómo la normativa de las mujeres está respondiendo a las realidades sociales de las mujeres trans y lesbianas. Esas leyes, que fueron producto de intensas jornadas, que rinden honores a las víctimas de las peores formas de violencia y que son consecuencia de organizaciones sociales cansadas de la barbarie, tienen el gran reto de adaptarse a las nuevas realidades. ¿Realmente están haciéndolo?

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos informó sobre la situación de violencia en contra de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas. Aunque fue temático, evidenció el contexto que sufre esta población en Colombia, en el especial en el marco del conflicto armado²⁵. Reconoció que las parejas del mismo sexo siguen siendo discriminadas²⁶, como también el nivel de crueldad y el alto número de ejecuciones extrajudiciales en su contra²⁷.

El mismo Informe alertó sobre la situación de vulnerabilidad de las personas trans privadas de la libertad, las cuales, en el caso de las mujeres, son reclusas en centros de

25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra personas LGBTI. Párrafo 29. OEA/Ser.L/V/II. Rev. 2 Doc 36. 2015. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> Consultado por última vez el 8 de agosto de 2017.

26 *Ibid.* Párrafo 112. Consultado por última vez el 8 de agosto de 2017

27 *Ibid.* Párrafo 118. Consultado por última vez el 8 de agosto de 2017

hombres²⁸. La violencia sexual también es un hecho recurrente contra esta población; las mujeres lesbianas han denunciado que han sido víctimas de estos ataques con el fin de castigar o disciplinar su orientación sexual²⁹. Se reconocen los esfuerzos normativos, pero llama la atención sobre la necesidad de una legislación específica para la población³⁰. También recomendó al Estado colombiano implementar las disposiciones normativas de una manera adecuada³¹. La Comisión Interamericana concluyó que aún existe impunidad frente a la violencia, deficiencias en la investigación y acusación penal, prejuicios en los procesos judiciales y atenuaciones por razones de orientación sexual³².

La Defensoría del Pueblo en el informe “Voces ignoradas” también evidenció las problemáticas de esta población en el marco del conflicto armado. En cuanto al acceso a la justicia recomendó que la Fiscalía General de la Nación creara un equipo especializado con el fin de avanzar en las investigaciones en las que estén involucradas las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas³³.

En relación con lo anterior, el marco normativo para la protección de estas poblaciones se fundamenta en dos premisas fundamentales derivadas de los derechos a la igualdad y a la libertad respectivamente. La primera en una clara prohibición de discriminación, y la segunda que se expresa a través del derecho a vivir una vida libre de violencias. Las distintas dificultades para su cumplimiento están relacionadas con la violencia, la deficiente atención por parte del Estado y un precario acceso a la justicia, ya sea por ausencia de resultados concretos, por la falta de claridad sobre las normativas o los prejuicios de funcionarios y funcionarias en el momento de brindar la atención. En últimas es un problema de fortalecimiento de la justicia, de la internalización de los marcos normativos y de una cultura de derechos humanos.

En este marco, el Estado colombiano también tiene una deuda histórica con las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas, apenas existe una ley antidiscriminación³⁴ y una extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esto

28 *Ibid.* Párrafo 155. Consultado por última vez el 8 de agosto de 2017

29 *Ibid.* Párrafo 172. Consultado por última vez el 8 de agosto de 2017

30 *Ibid.* Párrafo 418. Consultado por última vez el 8 de agosto de 2017

31 *Ibid.* Párrafo 415. Consultado por última vez el 8 de agosto de 2017

32 *Ibid.* Párrafos 475 al 493. Consultado por última vez 8 de agosto de 2017

33 Defensoría del Pueblo. Voces Ignoradas. La situación de personas con orientación sexual e identidad de género diversas en el conflicto armado colombiano. Bogotá. 2015, p.59. Disponible en http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/voces_ignoradas.pdf. Consultado por última vez el 8 de agosto de 2017

34 Ley 1482 de 2011.

es así por diversas razones en las que se entrecruzan los fenómenos de violencia y sus inconstitucionales justificaciones con los aspectos culturales de una sociedad excluyente, que ha logrado permear las instituciones públicas y privadas con constantes prácticas discriminatorias. En otras palabras, para eliminar este fenómeno se necesita educación para transformar (sensibilización y prevención), medidas efectivas para evitar la victimización y la revictimización (protección), y acciones especiales y específicas cuando ha ocurrido el hecho que victimiza, dirigidas a atender el daño causado y a garantizar un verdadero acceso a la justicia (atención). En todas estas acciones la Defensoría del Pueblo tiene un alto margen de actuación.

En este sentido, esta Entidad tiene dos mandatos relacionados. Por un lado, el constitucional³⁵, el cual ordena el ejercicio de la gestión para la magistratura moral. La Defensoría del Pueblo realiza esta labor por medio de sus cuatro procesos misionales: (i) promoción y divulgación, (ii) prevención y protección, (iii) atención y trámite e (iv) investigación y análisis. Esta misión constitucional es materializada con varias acciones, las cuales funcionalmente están en cabeza de las distintas direcciones y de las 36 defensorías regionales distribuidas por todo el país.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo tiene la misión constitucional de promover, ejercer y divulgar los derechos humanos. En cumplimiento de este mandato, se expidió la Resolución 063 de 2014³⁶, la cual se propuso, por medio de la Delegada para los Derechos de las Mujeres y los Asuntos de Género, defender los derechos humanos de quienes históricamente han sido discriminadas en razón de su género u orientación sexual,

35 Constitución Política. Artículo 282. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.
3. Invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.
4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.
5. Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia.
6. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.
7. Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones.
8. Las demás que determine la ley.

36 A través de la cual se creó la Delegada para los Derechos de las Mujeres y los Asuntos de Género

es decir, las mujeres, las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales.

Las razones para negar dichos derechos son las mismas que niegan sus derechos más fundamentales. Es decir, existe una exclusión disfrazada de prejuicio y que se niega a reconocer estas nuevas realidades. En rigor, resulta inexistente algún argumento que niegue que estas mujeres, que lo son por decisión, es decir, en el ejercicio de su libertad, queden excluidas de los marcos normativos. Esto no obsta para que la población con orientaciones sexuales e identidades de género diversas puedan tener una normativa específica para su especial situación de discriminación.

V. CONCLUSIÓN.

Una justicia con poca vocación transformadora, en la que norma y la realidad están en exceso distanciadas y que es incapaz de asumir las nuevas realidades identitarias y de orientación sexual, es en sí un obstáculo para avanzar en la garantía del derecho fundamental de las mujeres a vivir una vida libre de violencias.

¿En materia de acceso a justicia, se ha avanzado en la garantía del derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencias?

Vivir una vida libre supone que la protección esté dirigida hacia al menos dos componentes: garantías de libertad para nunca más ser víctimas de violencia y libertad para tener un desarrollo en las mismas oportunidades que todos los seres humanos, indistintamente de su condición de ser mujeres. La justicia tiene que ser consecuente con esto y para ello se han hecho propuestas en las que se articulan las exigencias del desarrollo humano y la estructura de los Estados para responder a las mismas.

Martha Nussbaum plantea cómo las diversas constituciones pueden incorporar elementos de desarrollo para que sean más consecuentes con el fortalecimiento de las capacidades y la generación de oportunidades; todo con el fin de garantizar la libertad positiva de los ciudadanos y las ciudadanas. En últimas lo que se busca es tener elementos de transformación, pues ya se ha concluido que existe una relación muy estrecha y consecencial entre la alta vulnerabilidad social, la pobreza y la exclusión con los fenómenos de violencia contra las mujeres. Es decir, que las mujeres estén en un contexto de discriminación las hace más vulnerables para las violencias de las que son víctimas.

Para transformar esto, es necesario que el sistema de justicia, además de operar de una manera eficiente y efectiva, debe tener elementos que, en paralelo con la sanción de la violencia y la protección, contribuya a generar oportunidades que garanticen un cambio estructural en las condiciones de vida de las mujeres. De lo contrario, puede convertirse en un eslabón más de su ciclo de violencia. Una primera conclusión es que la estructura del sistema de justicia colombiano de sanción, protección y reparación tiene obstáculos que son insuficientes para la transformación y el restablecimiento integral de la vida de las mujeres que son víctimas de violencia.

Una segunda conclusión es que la distancia entre lo normativo y la realidad deslegitima las instituciones de justicia. Revisando las cifras de acceso a la justicia por parte de las mujeres, existe una gran brecha entre lo que se denuncia y lo que realmente entra al sistema para concluir con una sentencia o decisión judicial. Esto es revictimizador pero, a su vez, riesgoso para el buen funcionamiento de las instituciones, lo cual resulta preocupante, dado el contexto en que actualmente se encuentra la situación política y social colombiana. También puede poner en riesgo la creencia de que los derechos pueden transformar la realidad. A pesar de lo anterior, Julieta Lemaitre plantea una idea esperanzadora según la cual, el fetichismo legal y el apego a la ley y a los derechos, no sólo es necesario, sino que materializa el placer que se produce al lograr, desde el deseo, reinterpretar: “como anormal la cotidianidad de la violencia”³⁷.

Otra conclusión es que parte de la fuerza normativa que tienen los derechos de las mujeres está en su capacidad de adaptarse a las nuevas realidades identitarias y de orientaciones sexuales diversas. Es ilógico y, sobre todo, deslegitimador, que una norma que materializa todo un movimiento de antidiscriminación, excluya o genere estructuras que respondan a otros prejuicios o a actitudes de discriminación. Las mujeres trans y lesbianas tienen los mismos derechos que las mujeres biológicas y heterosexuales.

Por último, este artículo reconoce que el ordenamiento jurídico colombiano ha tenido importantes avances en el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Sin embargo, si la justicia carece de vocación transformadora y pierde su carácter integrador de garantía de derechos y desarrollo humano; si las normas pierden su fuerza de legitimación institucional, aun cuando se tenga la firme esperanza de usarlas como un fetiche legal

37 Julieta Lemaitre. *El derecho como conjuro. Fetichismo Legal, violencia y movimientos sociales*. Siglo del Hombre Editores Universidad de Los Andes. 2016.pp.394

—en los términos de Julieta Lemaitre—; y si estas se vuelven herramientas que reproducen prácticas discriminatorias en contra de las mujeres trans y lesbianas, es probable que los avances sean opacados, generando graves retrasos en un acceso a la justicia cuya esencia y significado para las mujeres es que garantice su libertad.

VI. REFERENCIAS

FUENTES DOCTRINALES

Amartya S., **Desarrollo y libertad**, Planeta, 2012.

Díaz, C., *et al.* **Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión**. Centro Internacional para la Justicia Transicional, Unión Europea y De Justicia. 2009. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Colombia-Dilemas-Contextos-Conflicto-2009-Spanish.pdf>, acceso en: 4 de agosto de 2017

Lemaitre, J. **El derecho como conjuro**. Fetichismo Legal, violencia y movimientos sociales. Siglo del Hombre Editores Universidad de Los Andes. 2016.

Nussbaum, M.C. **Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano**, Libro digital, Paidós, 2011.

Sánchez, P. **Las raíces intelectuales de Amartya Sen. Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx**, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008.

FUENTES JURÍDICAS

Normas

Constitución Política de Colombia. 1991.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 906 de 2004. “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.*”

Congreso de la República de Colombia. Ley 1257 de 2008, “*Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.*”

Congreso de la República de Colombia. Ley 1482 de 2011. “*Por la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.*”

Congreso de la República de Colombia. Ley 1542 de 2012, “*Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal*”.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1719 de 2014, “*Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones*”.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1761 de 2015, “*Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)*”.

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-967 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-772 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-012 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-241 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-027 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-264 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

INFORMES, CONVENCIONES Y OTROS

Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración de Beijing. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Septiembre 4 al 15 de 1995, Beijing.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencias!*, 2007, p. 10. Disponible en: [https://www.unicef.org/lac/Ni_una_mas\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/Ni_una_mas(1).pdf), acceso en: 4 de agosto de 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra personas LGBTI. Párrafo 29. OEA/Ser.L/V/II. Rev. 2 Doc 36. 2015. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>, acceso en: 8 de agosto de 2017.

Defensoría del Pueblo. Voces Ignoradas. La situación de personas con orientación sexual e identidad de género diversas en el conflicto armado colombiano. Bogotá. 2015. Disponible en http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/voces_ignoradas.pdf. Acceso en: 8 de agosto de 2017

Organización de las Naciones Unidas. Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General Núm 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Agosto de 2016.

VIOLENCIA DE GÉNERO Y SISTEMA INTERAMERICANO

Juan Marcelino González Garcete

Doctor en Derecho, Ministerio de la Defensa Pública—Paraguay

Correo electrónico: jgonzalez@mdp.gov.py)

RESUMEN

La violencia de género origina obligaciones a los Estados de acuerdo con el derecho internacional y regional de los derechos humanos. El Paraguay ha aceptado compromisos internacionales estipulados en diversos instrumentos de derechos humanos, siendo una de las más importantes su adhesión a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), por Ley N° 1215/1986, y la aprobación del protocolo facultativo de dicha Convención por Ley N° 1683/ 2001.

El objetivo de esta publicación es mostrar que no obstante su formulación en términos generales y universales, la enumeración y contenido de los *derechos humanos* enunciados en las declaraciones del siglo XVIII y retomados a mediados del siglo XX se sostuvieron en una visión sesgada de las relaciones interpersonales de modo tal que hicieron necesario incorporar declaraciones y convenciones que constituyeron lo que dio en llamarse *derechos humanos de las mujeres*. Se procurará, entonces, invitar a una reflexión que supere la aparente paradoja que implica esta denominación, a partir de una integración y armonización del *corpus jurídico* que componen el derecho internacional de los Derechos Humanos, asimismo su recepción en la jurisprudencia paraguaya.

Palabras clave: Acceso a la justicia. Violencia de Género. Derechos humanos.

1. INTRODUCCIÓN

Muchos tratadistas coinciden que recién a mediados del Siglo XIX y durante el Siglo XX las mujeres reclamaron organizadamente la igualdad de derechos con los varones. Desde este modo sostienen que se fue logrando una *igualdad formal* que otorgaba en la

letra iguales derechos a varones que a mujeres, es decir, en la realidad esto no cambio nada, puesto que igual persistía el sometimiento de la mujer.

Bajo la influencia de Simone de Beauvoir (autora del libro “*El segundo sexo*”, 1949) en cierta medida, empezaron los estudios sobre *género*, en donde se develaban el modo sutil (o no tan sutil) por el cual, a partir de la construcción social de los estereotipos, se instalaba la discriminación contra la mujer. Podemos afirmar con cierta certeza que fue a partir de la década del ’70, gracias a los estudios Diane Russell y Jill Radford, quienes fueron sistematizando los estudios de la violencia contra la mujer, dejando en evidencia su contenido político.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) ha manifestado reiteradamente que un acceso de *jure* y *de facto* a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la erradicación del *problema de la violencia contra las mujeres*, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a tales actos.

Es por ello, que los instrumentos de protección de derechos humanos vinculantes como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención de Belém do Pará, afirman el derecho de las mujeres de acceder a una protección judicial que cuente con adecuadas garantías frente a actos de violencia.

De allí surge el plexo normativo por el cual los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos. El deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a una *disponibilidad formal*, sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de los derechos humanos denunciadas.

2. Estándares internacionales que garanticen el debido proceso

Podríamos decir, que los principios vinculantes de «igualdad» y «no discriminación» representan el eje central del **sistema interamericano de derechos humanos** y de los **instrumentos vinculantes y aplicables** al presente análisis, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Estas normas internacionales reafirman el derecho de las mujeres víctimas de violencia de género a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz (arts. 8 y 25 de la Convención Americana) que cuente con las debidas garantías cuando denuncian hechos de violencia, así como la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos hechos (art. 1.1. de la Convención), conocida como “tutela judicial efectiva”, amén del artículo 24 de la Convención Americana establece el derecho a la igualdad ante la ley.

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

*“El artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido (...). [E]l artículo 25 “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática...”. Dicho artículo guarda relación directa con el artículo 8.1. (...) que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías (...) para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza”.*¹

Los objetivos principales del sistema regional de derechos humanos y el principio de eficacia requieren la implementación de dichas garantías. En consecuencia, cuando el ejercicio de cualquiera de estos derechos aún no está garantizado de jure y de facto por los Estados en el ámbito de jurisdicción, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, tienen el compromiso de adoptar medidas legislativas y otra de tipo necesarias para llevarlos a la práctica.

En ese sentido la Corte Interamericana ha afirmado que:

“[L]a inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación de derechos humanos y proveer lo

¹ Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N° 42, párr. 169; Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 1, párr. 91; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 2, párr. 90; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 3, párr. 93.

necesario para remediarla”.²

Fue un día 25 de noviembre del 2006, donde por primera vez que la CORTE IDH aborda un caso aplicando un análisis de género, en el caso del «Penal Miguel Castro vs. Peru». La CORTE IDH en este fallo no sólo interpretó la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz del «**corpus juris existente**» en materia de protección de los derechos de la mujer, sino que también asertó jurisdicción sobre la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (o Convención de Belém do Pará), pronunciándose sobre **violaciones de dicho instrumento internacional**.³

En lo que respecta a la violencia de género, la Corte IDH se encontró por *primera vez* con alegatos que planteaban un análisis de género que atravesaba a todos los hechos. En ese sentido estableció que, pese a que las autoridades habían argüido que las mujeres se habían “amotinado” como justificativo del uso de la fuerza por parte de los agentes estatales, los hechos demostraban que: «el objetivo real del *operativo* no fue el referido traslado de las internas, sino que se trató de un **ataque premeditado**, un operativo **diseñado** para atentar contra la vida e integridad de los prisioneros que se encontraban en los pabellones 1A y 4B del Penal Miguel Castro Castro»⁴

En su fallo, la Corte IDH estableció cuatro ítems—según nuestra humilde opinión— para **abordar el caso desde una perspectiva de género**; a saber: a) Primero, la Corte internacional reconoció que las mujeres habían sido afectadas por los actos de violencia de manera *diferente* a los hombres; b) Segundo, que algunos actos de violencia se habían encontrado dirigidos específicamente a ellas; y tercero, que otros actos les habían afectado en mayor proporción que a los hombres; c) En tercer lugar, durante el procedimiento ante la Corte internacional, el Estado peruano señaló que los hechos del 6 al 9 de mayo de 1992, habían sido aplicados por el Estado dentro de una «lógica de guerra al adversario»; 4) En cuarto lugar, la *participación de muchas mujeres* dentro de los grupos alzados en armas en el Perú había generado concepciones dentro de la sociedad peruana

2 Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63 párr. 235 citando la Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C N° 56, párr. 121; Corte I.D.H., *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, párr. 185; Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 24.

3 Algo anecdótico fue que la sentencia es dictada con el día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (25 de noviembre), designado así por las Naciones Unidas en 1991 por la Resolución N° 54/134.

4 CORTE IDH. Caso del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Cita, párrafo 218 y 219

donde se adjudicaba o eran estereotipadas a la mujer “mayor maldad” considerándola «ser la que daba el tiro de gracia».

Otra precedente importante, que será abordado es el caso de *Maria Eugenia Morales de Sierra*⁵ y *Maria Da Penha Fernandes*⁶, la CIDH en este caso, hizo expresa mención a la relación de poder históricamente desigual entre los sexos, que determinó y determina que las mujeres tengan un papel inferior al hombre en las sociedades. Así, en el caso de Maria Eugenia Morales de Sierra, la CIDH encontró violaciones de los artículos 1, 2, 17 y 24 de la Convención Americana cuando las disposiciones del Código Civil de Guatemala referidas a las relaciones domésticas, asignaban responsabilidades y obligaciones exclusivamente al esposo, en virtud de su papel de proveer de ingresos, y, en el caso de la madre, por su papel como esposa, madre y ama de casa.⁷

En este caso, la CORTE IDH expresó su preocupación sobre las consecuencias graves de discriminación contra las mujeres y las nociones estereotipadas de sus papeles, incluido el potencial de violencia contra las mujeres. En su decisión, la CORTE IDH reconoció la relación entre las desigualdades de género y la prevalencia de violencia contra las mujeres ya esgrimida en el artículo 6 de la Convención de Belém do Pará. Para ello, hizo propio lo afirmado por instrumentos del sistema interamericano e internacional de derechos humanos que versan sobre el tema. En las decisiones e informes comentados, la CORTE IDH ha recalcado la obligación de los Estados de organizar su estructura gubernamental para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia y discriminación contra las mujeres, utilizando como base instrumentos como la Convención de Belém do Pará, la Convención Americana y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

La violencia por razón de género, y en particular la violencia sexual, es un tema de serio y preocupante —que pone la vida en peligro afectando primordialmente a mujeres y niños—, está bien documentado que violencia razón del género es un asunto de salud pública internacional extendido y de derechos humanos, y que la prevención y respuestas adecuadas, apropiadas, y amplias son inadecuadas en la mayoría de los países de la urbe.

La interpretación amplia del principio de no discriminación promueve el cuestio-

5 CIDH, Informe de Fondo, N° 4/01, *Maria Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, 19 de enero de 2001.

6 CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria da Penha Fernandez (Brasil)*, 16 de abril de 2001.

7 La comisión observó, que lejos de asegurar la “igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades” dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges.

namiento de arreglos normativos que en la superficie parecen neutrales como es la tan sutil y extendida práctica que pone los deberes de cuidado en la cabeza de las mujeres –como así también sirve para justificar acciones afirmativas.⁸ El alcance de los artículos 1 y 24 de la Convención sobre Derechos Humanos ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 4/84. En dicha oportunidad, la Corte sostuvo que: *“(...) la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, ésta resultará incompatible con toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine el goce de derechos que sí reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”*.⁹

3. A modo de cierre

Bajo este acápite, presentaré una conclusión parcial del tema enfocado, así como lo referiré al principio que solo se abordaría algunos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos humanos sobre el tema de la violencia de género, y su recepción normativa, jurisprudencial y administrativa en el Paraguay.

Nuestra Carta Magna, consagra el derecho a la igualdad y a la no discriminación en forma expresa. En el ámbito internacional ha ratificado los siguientes instrumentos de protección universal de Derechos Humanos: 1) Convención para la eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (Ley N° 1.215/86), 2) Protocolo facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley N° 1.683/01), 3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N° 5/92), y su protocolo facultativo (Ley N° 400/94), 4) Protocolo facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley N° 596/01), 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley N° 4/92); 5) Convención contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (Ley N° 69/90); 6) Convención

⁸ Esto fue tenido en cuenta por la Recomendación General N° 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW.

⁹ Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, 19 de enero de 1984, párr. 55

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley N° 3.540/08), 7) Convenio de la OIT N° 156, sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadoras con responsabilidades familiares (Ley N° 3.338/07); 8) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará) (Ley N° 605/95), 9) Protocolo para prevenir y sancionar la trata de personas especialmente de mujeres y niños (Ley N° 2.396/04), c) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (Ley N° 1.925/02), 10) Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ley N° 2128/03), entre otros.

A pesar de todos los tratados ratificados por nuestro país, existen problemas apremiantes que al solo efecto enunciativo mencionaremos y son, las siguientes: i) En *primer lugar*, que conforme el estudio de “*Save the Children*” (2015) que Paraguay, es uno de los peores lugares para ser madre; ii) En segundo lugar, el maltrato que sufren las mujeres embarazadas, especialmente durante el parto, existen denuncias acerca de que los enfermeros, médicos o las personas que asisten durante el proceso, quienes maltratan a las mujeres, las denigran si son de escasos recursos, si fueron madres más de una vez, o si son solteras; iii) En tercer lugar, el cáncer de cuello uterino, sigue siendo una de las principales causas de muerte en Paraguay; iv) En cuarto lugar, no existen datos confiables sobre la cantidad de abortos practicados en el país debido a la clandestinidad de la práctica; y, v) En quinto lugar, la violencia familiar, si bien el Estado, a través del Ministerio de la Mujer, ha adoptado diferentes medidas para proteger a la mujer de la violencia doméstica, se observa aún la falta de un sistema coordinado, unificado y coherente de obtención de datos sobre violencia de género. No existen datos sistematizados sobre la violencia en todas sus formas que afecta a las mujeres, en el Ministerio Público ni en el Poder Judicial.¹⁰

Sin embargo, *en el ámbito jurisdiccional*, los operados judiciales han marcado un importante hito, con varias jurisprudencias que marcan un antes y un después teniendo la perspectiva de género en sus resoluciones judiciales, y simplemente a modo ilustrativo se citan las siguientes resoluciones judiciales: 1) A.I. N° 201 de fecha 24 de abril del 2014 dictado por el Juzgado en lo Laboral del Tercer Turno¹¹; 2) A.I. N° 398 de fecha 09 de junio del 2010 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera

¹⁰ Observatorio de la Defensa Pública: INECIP, Universidad Nacional de Pilar, Codehupy, Ministerio de la Defensa Pública, 2012; Ramírez y otros, 2008)

¹¹ En este fallo, el Juzgado señala que no existe necesidad de que un profesional del derecho utilice en sus respectivos escritos términos agraviantes o peyorativos que menoscaban la personalidad humana y mucho menos la dignidad de la persona como Mujer y Abogada o auxiliar de la justicia.

Sala, Capital¹²; 3) A.I. N° 129 de fecha 05 de marzo del 2007 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala, Capital¹³; 4) A.I. N° 1140 de fecha 31 de diciembre del 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Capital¹⁴; 4) Acuerdo y Sentencia N° 580 de fecha 22 de noviembre del 2011 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, Capital¹⁵; 5) Acuerdo y Sentencia N° 90 de fecha 16 de setiembre de 2010 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Capital¹⁶; 6) Acuerdo y Sentencia N° 82 de fecha 08 de noviembre del 2012 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Capital¹⁷; 7) Sentencia Definitiva N° 5 de fecha 05 de marzo del 2014 dictado por el Tribunal de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Concepción¹⁸; y, 7) Sentencia Definitiva N° 37 de fecha 24 de octubre del 2012 dictada por el Tribunal de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Concepción.¹⁹

12 Los juzgadores, establecieron el acceso a la justicia de una mujer adulta con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Se le otorga la posibilidad de estampar la impresión digital de su pulgar como exteriorización de su voluntad para un acto procesal, evitando su desplazamiento al tribunal y ordenando la constitución de la Secretaría en el lugar de su domicilio.

13 En este fallo, se analizó la situación personal de la denunciante, como víctima de maltrato, como determinante para provocar la omisión de la petición de inclusión de bienes en el juicio de disolución, posterior a la liquidación judicial ya finiquitada, por el miedo o temor que el ex cónyuge le infundía.

14 En este fallo, se consagra el sistema de participación de la mujer en los beneficios económicos derivados de la vida en común, sobre la base del aporte, durante la convivencia, del trabajo doméstico y de crianza de los hijos nacidos en común.

15 En este fallo, se tiene en cuenta la violencia de género, por parte de las conductas antijurídicas por parte de su padre al momento de establecer la indemnización por daño moral.

16 En este fallo, se admite el deber de indemnizar en concepto de daño moral por haber sufrido alteraciones en la apariencia física (rostro) como consecuencia de las cicatrices de las heridas que provocó el siniestro, tomando en cuenta ideales estéticos que afectan especialmente a las mujeres en el marco de estructuras sociales de dominación.

17 En este fallo, se estudia la situación real de los bienes inmuebles propios respecto del otro cónyuge o concubino, cuando aquéllos constituyen el asiento del hogar común o de conveniencia, se asimila a la de una persona con derecho a habitación, que no tiene plazo, pero está vinculada causalmente con relación familiar –conyugal o concubina.

18 En este fallo, conforme surge de las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”, ratificada por el Paraguay por Ley N° 605/95, que en sus artículos establece lo que debe entenderse por violencia contra la mujer, que incluye la violencia física, sexual y psicológica y que tiene lugar dentro de la familia o unidad doméstica o cualquier relación interpersonal. Así también se toma en consideración el principio probatorio consagrado en el Código Procesal Penal de “la libertad probatoria”, según el cual los hechos o circunstancias relativos al hecho de violencia familiar pueden ser demostrados por cualquier medio de prueba, no pudiendo alegarse la inexistencia de elementos probatorios para demostrar la agresión física al no existir documento idóneo que determine si hubo o no heridas o lesiones, existiendo los dichos de la víctima expuestos durante su declaración testifical que acreditan tal circunstancia.

19 En este fallo, se toma en consideración: la edad de la víctima al tiempo del hecho que según la ley N° 2.169/03 es considerada como niña, la que debe ser protegida contra toda forma de abuso sexual según lo establece la Constitución Nacional, no pudiendo utilizarse como atenuante de la conducta del acusado, el acceso de forma voluntaria al acto sexual por parte de la niña, entrando a tallar el interés superior del niño, que debe estar dirigido a asegurar el desarrollo integral del mismo.

La tarea de generar una conciencia individual y colectiva sensible a los derechos de las mujeres debe abarcar los ámbitos civiles, políticos, sociales y económicos, tanto en la esfera pública como privada. En este contexto, no basta trabajar sólo con las personas, sino también, se debe intentar permear las estructuras e instituciones que mantienen y reproducen el sistema patriarcal.

Si bien la tarea no es fácil, si se logra permear con la perspectiva de género de este poder del Estado, se contaría con un aliado que efectivamente reconceptualice de manera «oficial» el Derecho, reconstruyendo el valor justicia y el principio de igualdad que debiera inspirarlo. **No es utopía. Esta tesis no supone verdad. Es tan solo mi humilde punto de vista. Sea bienvenido el debate.**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. La pretensión de corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y moral. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993

BARCELLOS, Ana Paula De. A Eficacia Jurídica dos Princípios. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2º ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

BARRANCO, Aviles M. La teoría de los derechos fundamentales. Dykinson. 1999

BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política. F.C.E. 2000

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Ariel. 4º edición. 1999

DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona. Gedisa. 1998

DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo. Derechos fundamentales y democracia deliberativa. Bogotá. Temis. 2006

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Trotta. 2001

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Trotta. 1995

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutación constitucional de derechos fundamentales y prohibición de retroceso. EN: GARCIA BELAUNDE, Domingo; EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (org.). Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: Indemsa, 2009, T.I., p. 395-414

PÉREZ LUÑO, Antonio—Enrique. Los derechos fundamentales. 8° edición. Madrid. Tecnos. 2004

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 5 edición. Sao Paulo. Saraiva. 2007

LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEFENSOR PÚBLICO PENAL COMO GARANTIA DE LA LIBERTAD Y DEL DEBIDO PROCESO.-

Selva Morel de Acevedo

Defensora General Interina

Ministerio de la Defensa Pública- Paraguay

ASUNCIÓN-PARAGUAY

AGOSTO/2017.-

1. Introducción

El vivir en estado de libertad es uno de los derechos fundamentales que todo ser humano ha defendido incluso con su vida, generaciones enteras, pueblos, ciudades, países, en fin toda la humanidad a lo largo de la historia universal ha buscado sostenerla sin importar los pesares por las que debían pasar o bien si es que la vida misma por la libertad de sus hijos debía entregar.-

Entonces la libertad es indudablemente uno de los pilares fundamentales de la civilización, pero ello no ha evitado que hasta en estos nuevos tiempos la privación de la misma sea utilizada por grupos de poder para ejercer el dominio sobre otros, generalmente aquellos minoritarios o invisibles ante la sociedad.-

En el presente artículo se pretende como objetivo analizar la función jurisdiccional del defensor público para con las personas privadas de libertad, desde el punto de vista de las perspectivas de género, teniendo en cuenta el derecho positivo nacional y los DD HH, para el cumplimiento del principio de la igualdad en el acceso a la justicia, considerando la realidad mil veces gritada por los mas desfavorecidos económicamente y aquellos que claman justicia desde organismos no gubernamentales o internacionales.-

Ese grito que unívoco clama por el uso racional de la prisión preventiva y las sanciones penales de cárcel y ante ello emerge la figura del Defensor Público.-

Los ciudadanos y ciudadanas ya comienzan a tomar conciencia de los derechos

consagrados en los tratados internacionales; ahora, de lo que se trata lograr que esos derechos se hagan realidad. Por lo tanto, el desafío es utilizar creativamente el sistema, para los fines que éste fue diseñado, en cuanto instrumento que permita construir un clima de respeto por la dignidad humana; el desafío es lograr que su eficacia sirva de estímulo para todos aquellos que sueñan con una sociedad más justa, en que prevalezcan la libertad, la tolerancia, y -sobre todo- el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los seres humanos¹.-

En el sistema interamericano, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1 N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el Estado el que está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y es el Estado el que debe organizar el poder público de manera que pueda garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

2. Mujeres privadas de libertad en carácter de prevenidas

En un Estado de derecho, *ius punendi* estatal está limitado por reglas estrictas y precisas, predeterminadas por la Constitución de la República y por las normas internacionales que adquieren vigencia en el Paraguay a partir de su internalización en el sistema acorde a lo previsto por el Art. 137 del mismo.-

Conforme a estas reglas, las leyes nacionales establecen un régimen legal y legítimo que marca las pautas del comportamiento humano en torno a una convivencia social pacífica y armónica -

Los principios y garantías procesales, así como los criterios de aplicación e interpretación de las reglas de forma tienen estricta relación con las normas constitucionales que protegen los derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad. Fundado en las modernas teorías del neo-constitucionalismo, donde todo texto normativo referente a derechos y deberes ciudadanos, cobra especial fuerza.-

Esta corriente surgida post segunda guerra mundial se caracteriza principalmente por incluir una serie de elementos materiales en la carta magna, dejando de ser ésta, un simple *lex suprema* de organización del Estado, es decir los conceptos de dignidad, liber-

1 Héctor Faundez Ledezma; el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.-

tad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social.-

Entonces la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales².-

Uno de los más importantes es el Principio de Proporcionalidad conocido también como el Principio de Prohibición de Exceso, las que suponen una correlación entre la medida y la finalidad, se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida. Consiste en la utilización de técnicas de contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto que importa el sacrificio de los intereses individuales para dar prioridad al interés estatal que se pretende salvaguardar. La finalidad que se pretende alcanzar es la realización de la justicia que implica el sacrificio legítimo de otros bienes entre ellos la libertad de la imputada.-

En ese sentido, cabe consignar lo reiterado en numerosas resoluciones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³, en cuanto a que la admisibilidad de las medidas restrictivas de los derechos tutelados por el Convenio de Roma queda condicionada a que las injerencias se encuentren previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática para alcanzar ciertos fines legítimos previstos.-

Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica. El primero exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley.-

El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de los derechos tienda a la consecución de fines legítimos.-

² Faralli, Carla. La Filosofía del Derecho Contemporáneo, Madrid, Hispania Libros, 2007

³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH; también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos) es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Se trata de un tribunal internacional ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o cualquiera de sus Protocolos adicionales, mientras se encontraba legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede presentar una denuncia contra dicho Estado por violación del Convenio

Además el principio de prohibición de exceso requiere que las injerencias cumplan ciertos requisitos de diversa naturaleza. Un primer grupo está formado por los requisitos extrínsecos al contenido de las medidas. Son los requisitos de judicialidad, que reclama en determinados casos la intervención de un órgano jurisdiccional en la adopción de la injerencia, y de motivación.⁴.-

Otro principio es el de la Idoneidad que se refiere a que toda intervención a los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.-

Y finalmente el Principio de Necesidad , por medio del cual se indica que , toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido; entre otras aquellas que revisten por los menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.-

En efecto, el Art 17 de la CN, o del debido proceso, se establece el principio de inocencia, que se origina históricamente en las ideas del iluminismo, siendo puntualmente escrita en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, en el cual se significa de manera objetiva que a toda se lo presume inocente hasta tanto no recaiga sobre ellos la sentencia definitiva, dictada por un juez imparcial que lo declare que culpable -

Así mismo se encuentran vigentes numerosos tratados internacionales que protegen a aquel que está cumpliendo con una sanción privativa de libertad. Que pueden ser citados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.-

3. Privación de libertad y los derechos humanos

Es una realidad tangible que los privados de libertad, tanto hombres como mujeres sufren a diario una realidad indignante carcelaria que no solo los aísla, los sumerge en las marañas de la convivencia bajo la presión del sobrevivir a como dé lugar sino también los reduce a seres que debe “saber llevar el encierro” y aprender de las necesidades y abs-

⁴ Ortega, Benito “El principio de proporcionalidad y su aplicación judicial”, Valladolid, 1989

tenciones que ya no deben portarse mal.-

Esta situación resulta palpable para el Defensor Público que en cumplimiento de la asistencia asignada conoce a aquellas personas que se encuentran en las peores condiciones de vulnerabilidad y que generalmente resumen en sí todos enunciados de la regulación de las 100 reglas de Brasilia⁵.-

Pero una sociedad indolente ha llevado incluso a desconocer una práctica de la misma Corte Suprema de Justicia que ha justificado en todos los términos que la prisión preventiva se mantenga en muchas ocasiones más allá de lo permitido por la misma norma ritual a pesar los innumerables informes remitidos por las organizaciones no gubernamentales sobre las lamentables condiciones carcelarias que hablan de superpoblación, hacinamiento, prolongación innecesaria teniendo en cuenta que son madres de niños pequeños en su mayoría entre los más relevantes casos.-

Resulta interesante entonces poder formular políticas de intervención que de una vez por todas se enmarquen en las incontables adhesiones del Paraguay con relación al trato que debe ser provisto a toda aquella que cae bajo la custodia del Estado por hallarse procesada y privada de libertad por la orden de un juez competente pero no muchas veces ajeno a la alarma social y tampoco independiente a los vaivenes de la política local.-

No es posible desconocer las palabras de Nelson Mandela a quien se le atribuye haber dicho “Se dice que no se conoce un país realmente hasta que se está en sus cárceles. No se debe juzgar a una nación por cómo trata a sus ciudadanos más destacados, sino a los más desfavorecidos”.-

Y sin embargo la realidad es lapidaria, el Paraguay se halla conformado por una sociedad que aún busca superar un espíritu altamente inquisitivo, discriminatorio e indolente.-

5 Las 100 Reglas de Brasilia constituyen una declaración efectiva en toda Latinoamérica de una política judicial con perspectiva garantista de los derechos humanos. Por ende, en el marco de los trabajos realizados por la Cumbre Iberoamericana en su edición XIV, consideraron necesaria la elaboración de las mismas. Sin embargo, no se limitan a establecer solo las bases de reflexión sobre los problemas de acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan servicios en el sistema judicial. Estas Reglas fueron elaboradas en el 2008 durante la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, de la que participaron países como Costa Rica, Andorra, España, Cuba, Portugal, República Dominicana, Guatemala, México, Honduras, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, El Salvador, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay, Venezuela y **Paraguay, que es el primer país en implementarlas internamente, a través de la Acordada N° 633/10**, en el ámbito de la justicia.

4. El Defensor público en lo penal

Es verdad que la nuestra Ley Madre no habla exactamente sobre el Defensor Público, pero cuando la Constitución Nacional en el Art. 17 Numeral 5 garantiza que el Estado Paraguayo proveerá de un abogado a la persona incurso en un proceso del que derive pena o sanción cuando esta no posea un abogado de confianza, instaura la figura del mismo.-

Así también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado en reiteradas oportunidades que dentro del proceso y a efectos de garantizar los derechos y garantías constitucionales, procesales y convencionales la persona imputada debe contar con un Defensor Público que lo represente.-

El Artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica numeral 2 inciso e) menciona:

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;...-

Según el Tribunal Constitucional del Perú esta defensa no solo debe ser ejercida en cuanto hace al cargo sino que debe ser una defensa técnica correctamente efectivizada.-

La figura de defensor público en el proceso penal paraguayo resulta trascendente a la hora de sostener dos conceptos fundamentales en el sistema procesal y más aún en la aplicación jurídica en el cual se busca la determinación de un hecho y la determinación clara de la punibilidad o no de una conducta que se cree es lesiva a un bien jurídico.-

Ello es así por cuanto que su presencia suple de manera importante la necesidad de asistencia que tiene la mujer vulnerable ante el riguroso poder punitivo del Estado.-

Pero no solo la importancia del Defensor Público se da en el ámbito penal, sino en cualquier área del derecho en el cual se presente la circunstancia de litigación o bien la necesidad del vulnerable al amparo legal. Ello es más importante aun cuando que en condición de vulnerabilidad en la cual se encuentra una buena parte de la población se halla en la franja de pobreza, siendo en número el 22.3% es decir un total aproximado de más de 1.500.000⁶ personas.-

En ese sentido, un paso más que relevante ha resultado ser la promulgación de la

⁶ Principales Resultados de la Encuesta Permanente de Hogares 2014 (EPH 2014), ejecutada entre los meses de octubre y diciembre del 2014, <http://www.dgeec.gov.py/newspaper/#nogo> (22-05-16)

Ley 4423/11, “Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública”, que determinó un paso trascendente con relación a las múltiples necesidades de una institución jurídica tan trascendente, y ella es la de haber obtenido la ansiada autonomía. Es cierto ello pues antes solo una acordada se constituía en el soporte legal de la presencia del Defensor Público en su carácter de abogado.-

En la ley orgánica en su primer artículo reza de manera clara que “El Ministerio de la Defensa Pública, en adelante denominado “La Defensa Pública”, es una persona jurídica de derecho público que Integra el Poder Judicial y goza de autonomía normativa y funcional; así como de autarquía financiera en la administración de sus recursos. Su función es la de ejercer la defensa de los usuarios de sus servicios y vigilar la efectiva aplicación del debido proceso en el ámbito de su competencia”.-

Por otro lado, el mismo Estado Paraguayo ha dispuesto en la Constitución Nacional que el Estado removerá todos los obstáculos o factores que impiden la igualdad, entiéndase la igualdad en el acceso a la justicia.-

Por ello es que el Defensor Público es en sí una figura operativa del derecho de trascendental importancia, pues no solo ese 22,3% de la población desfavorecida del Paraguay puede encontrarse en condiciones de acceder al sistema de justicia en el país sino también toda aquella persona que se halle por circunstancias puntuales en un estado en el cual no puede responder con iguales armas las pretensiones opuestas de litigantes judiciales.-

Si fuéramos a graficar de algún modo un proceso judicial en el cual una de las partes se hallare en estado de vulnerabilidad, es decir en condiciones de notoria incapacidad para resguardarse de la pretensión de terceros, se lo podría graficar como un trípede en el cual la base está dada por la igualdad entre las partes y en el que éstas a su vez se hallan equidistantes de un tercer componente que en este caso sería el jurisdiscente.-

Tal es así que si la parte demandante o bien la parte demandada no tiene posibilidades de cubrir los honorarios profesionales de profesional técnico que lo asesore, guíe y represente técnicamente, entonces aquel nunca podría acceder a las condiciones mínimas para defender sus derechos o pretensiones, o bien requerir sus derechos en debida forma.-

La justicia entonces no solo sería inasible para el ciudadano, sino también degradante por la suma desigualdad procesal.-

La sociedad entonces ve en la figura del Defensor Público un punto de equilibrio necesario entre aquellos que tienen más y los que no, un funcionario público que como

operador de derecho restablece la igualdad cierta de acceso a la justicia.-

Sin embargo estas propuestas humanitarias de acceso a la justicia, aún deben ser aprehendidas por la mayoría de las ciudadanas; y la muy discutida falta de suficiente formación académica y cívica de los mismos y la aparente falta de capacidad de comunicación de nuestras instituciones estatales, llevan aun hoy, en el siglo 21 y a cuatro años de la independencia del Ministerio de la Defensa Pública, a ser confundida con el Defensor del Pueblo o el mismo Ministerio de Defensa.-

4.1. Funciones

El Defensor público bajo la nueva ley que rige su funciones ha adquirido una serie importante de facultades y responsabilidades en cuanto a su intervención en cualquiera sea el tipo de proceso legal en el que sea convocado o el ciudadano le peticione su intervención.-

En ese contexto debe resaltarse que las intervenciones se adecuan al ámbito jurídico en el cual va a participar como parte y en casos excepcionales incluso se le requiere como contralor de la justeza jurídica con la actúan las partes y el mismo juez.-

En ese sentido se puede señalar que en el ámbito penal sus funciones se indican en el Art 29 de la Ley Orgánica de la siguiente forma:

El Defensor Público en lo Penal ejerce la defensa de los imputados e imputadas, acusados y acusadas, condenados y condenadas en los procesos penales, sean adolescentes o mayores. En cada caso, lo hará conforme a las prescripciones de esta Ley y a las leyes de fondo y forma que les son aplicables.-

1. Vigilar por la estricta observancia de los derechos y garantías reconocidos por la legislación a toda persona sometida a enjuiciamiento penal.
2. En los procesos penales en que esté involucrado un adolescente, ajusta su actividad defensiva a las disposiciones del Libro V del Código de la Niñez y de la Adolescencia procurando materializar el principio de interés superior del adolescente a quien representa. En tal carácter estimula, en lo posible, la intervención de los padres, tutores o responsables del mismo.

3. Brindar una completa información al imputado para que este decida su defensa material. En los casos en que considere que corresponde la aplicación de institutos penales capaces de comprometer la responsabilidad personal del representado, de sus bienes, de Terceros, o que de cualquier manera importen condicionamientos u obligaciones, el Defensor Público está obligado a explicarle la naturaleza, fines, alcances y efectos, Favorables y desfavorables de la institución de que se trate. Supletoriamente puede articular otras defensas que convengan al representado.

4. Cuando la naturaleza del hecho punible lo admita, procura y facilita acuerdos extrajudiciales, intenta la conciliación y ofrece medios alternativos a la solución judicial del conflicto penal. En su caso, los hace valer ante los órganos judiciales correspondientes.

5. Realizar, por lo menos una vez al mes, visitas en los Institutos Penitenciarios o Centros Educativos, en los que guardan reclusión sus asistidos, para; **a)** Informarle sobre su situación jurídica-procesal y coordinar sobre la estrategia defensiva seguida o a seguir.

b) Atender los reclamos de reclusos cuyas causas caen bajo el área de su competencia y en caso de que carezcan de defensor y de medios económicos para solventar los gastos que demandan una defensa privada, ponerse a su disposición para ofrecerle servicio gratuito.

c) Informarse de las condiciones en que se encuentran y del tratamiento que reciben y en caso de constatar secuelas compatibles con torturas o tratos inhumanos, denunciar a las autoridades, jurisdiccionales o administrativas, solicitando se disponga las urgentes medidas que correspondan.

6. Nunca ejerce la representación de quien pretende intervenir como víctima o querellante en el proceso penal, salvo la excepción prevista en el artículo 65, numeral 5 de esta ley.

7. En lo pertinente, está sujeto a las mismas facultades y obligaciones impuestas a los defensores Públicos en lo Civil.

8. Los demás deberes y atribuciones establecidos en la ley y el Reglamento Interno”.⁷

Es así notorio entonces la amplitud de los fines de la intervención del abogado

⁷ Ley N° 4423/11 Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública

defensor público en lo penal, en el cual no solo asume la responsabilidad de la delinear la estrategia litigante a utilizar en el marco del proceso penal, sino también forma parte de sus fines la asesoría, la protección de la persona del imputado y más aún hasta las acciones correspondientes a lograr resarcimiento justo ante acciones arbitrarias del Estado.

1.2. Su rol en lo cotidiano, su ejercicio diario y las luchas

La actividad diaria del Defensor Público en lo penal, debe sustentarse necesariamente en la lucha diaria por hacer valer lo que se considera el primer anillo de los derechos fundamentales del sistema constitucional de la República del Paraguay: la libertad, la igualdad, la solidaridad, los derechos implícitos como ser el derecho de propiedad, libertad de expresión, derecho de reunión, de tránsito, de asociación, derecho a la educación, al culto entre otros.-

Estas intervenciones del Defensor Público, tampoco pueden perder de vista los objetivos fundamentales del Estado paraguayo, según lo establecido en el preámbulo de la misma Constitución de la República⁸, y por sobre la lucha diaria por el respeto a la dignidad, así como el aseguramiento de la justicia y la libertad, juntos con la igualdad.-

Sin embargo, la dicotomía entre la práctica jurisdiccional y las leyes, entre el pensar popular, la sensación de inseguridad; cierta o creada, y el aun arraigado pensamiento inquisitivo de “solo le detiene al que hizo algo” es un emprendimiento que a veces superan fuerzas, pero que no permiten flaquezas.-

Buen Pastor es el principal centro de reclusión para mujeres en Paraguay. Sus rejas guardan historias de mujeres excluidas, en muchos casos, por un sistema que les privó de tener una mejor preparación. Si bien no se tienen cifras exactas, una gran parte de la población penal femenina está privada de su libertad por posesión de drogas o por haber estado involucrada en microtráfico de estupefacientes.

Vale resaltar el caso de una ciudadana de nombre Lucía Sandoval que se encontró más de tres años encerrada en el Correccional de Mujeres Casa del Buen Pastor; quien fue detenida por haber asesinado a su esposo durante una pelea, tras varios hechos de violencia que iba soportando la mujer, pero en el sistema judicial se encontró en

⁸ Constitución de la República de Paraguay, 1992, PREÁMBULO: *El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, SANCIONA Y PROMULGA esta Constitución.*

una situación de vulnerabilidad pues los mismos jueces alegaban que la misma realizó un exceso de legítima defensa; hasta que finalmente en la realización del juicio oral y público se comprobó que la misma actuó en defensa propia. La vida es muy dura dentro del penal, sobre todo porque muchas de las mujeres no solamente son privadas de su libertad, sino también se encuentran privadas de ver a sus hijos y cuidarlos, dejando a los niños al cuidado de un familiar.-

De esta experiencia resulta entonces que el doble discurso, pues se vulneran principios de imparcialidad, pues la falta de análisis para aplicar la medida implica atender cual es el grupo, de donde proviene y entonces se dice que no tiene arraigo, que puede fugarse, que no se le encontrara para notificaciones, denotando así un contexto claro en la actual cultura penal.-

Los órganos de control parecen haber bajado los brazos, abdicar en sus cometidos y legitimar prácticas ilegales e institucionales, aunque también se ven votos en disidencia, afortunadamente.-

Y esta circunstancia a lo largo del país resume la lucha diaria del Defensor Público, un litigante requirente sin poder jurisdiccional, pero con una vocación poderosa y sostenida en la búsqueda de la justicia.-

4. Conclusión

Hemos realizado una profundización sobre la función constitucional del Defensor Público como garantía del debido proceso y de la libertad. La importancia del Defensor Público en un proceso es vital, ya que sin su participación no podrá ser valido ningún tipo de proceso y mucho menos una resolución judicial.-

El presente artículo, ha buscado analizar no solo la situación carcelaria de aquellas personas privadas de libertad en especial las que se hallan en situación de prevenido y la actuación debida por el Defensor Público en su carácter de litigante y operador del derecho representando en el sistema penal a aquellas mujeres que se encuentran en situación de vulnerabilidad.-

También se ha analizado la situación carcelaria de nuestro país en la que los datos más cercanos han demostrado que el nivel de hacinamiento y superpoblación está dado por el uso indiscriminado de la prisión preventiva siendo la población mayoritaria más del 63% de la población carcelaria.-

La Corte Europea de DDHH en reiteradas ocasiones ha marcado una opinión clara en relación a las condiciones necesarias a los efectos de dictar prisión, condiciones no vinculantes de manera directa para el Paraguay, pero sí consideradas útiles a los efectos de su análisis.-

En ese contexto, es que se ha analizado las atribuciones del Defensor Público y sus obligaciones como órgano requirente en el sistema penal, y entonces se ha logrado reflexionar con relación a su lucha diaria en el cumplimiento de estas atribuciones y la realidad de una sociedad aún en proceso de liberarse de la búsqueda emocional de dar respuestas a la alarma social y alejarse cada vez más del aun empotrado pensamiento inquisitivo, ratificado por la práctica y desnudado por los numerosos informes de organizaciones no gubernamentales y diagnósticos realizados por las mismas Naciones Unidas sobre la situación carcelaria en el Paraguay.-

Entonces, queda más que verificada la función jurisdiccional del Defensor Público en su lucha por obtener que los dictados constitucionales no queden solo impresos en un papel, sino que cada vez más sean respetados.-

La realidad indica que esta lucha está llena de sinsabores pero también de pequeños avances diarios que permitirán avanzar al Paraguay hacia la realización plena del respeto a la dignidad humana, la igualdad y el acceso universal a la justicia.

LA VOZ DEL NIÑO EN EL PROCESO: ROL DE SU DEFENSOR. ANÁLISIS CON REFERENCIA A UN CASO REAL TRAMITADO ANTE LA JUSTICIA URUGUAYA.

Beatriz Nossar Gómez

Dra. En derecho y Ciencias Sociales

Defensora Pública en Familia Especializada en Montevideo, Uruguay.

Sandra Edén Cardozo

Dra. En derecho y Ciencias Sociales

Defensora Pública en Familia Especializada en Montevideo, Uruguay.

El presente artículo tiene como objeto de análisis un caso planteado ante la Justicia de Familia Especializada de Uruguay en el mes de febrero del año en curso. Allí intervino la Defensa Pública a cargo de una de las exponentes¹, como defensora de los dos niños; sujetos principales del proceso, con derechos vulnerados que culminó el pasado 19/7/2017 con una sentencia confirmatoria de segunda instancia.

El caso en estudio refiere a dos niños de 7 y 10 años de edad que presenciaron la muerte de su madre a manos de su progenitor, un policía que utilizó su arma de reglamento². La pareja se encontraba divorciada y en trámite un juicio de tenencia por parte del padre de los niños. Nuestros defendidos vivieron con sus padres y abuelos paternos en casa de estos últimos durante la mayor parte de su vida hasta que sus padres se separan y pasan a residir a casa de su abuela materna con su mamá, donde vivieron casi por dos años. Estuvieron viviendo a cargo exclusivo de su progenitora por tres meses, hasta el día del homicidio.

Luego de dar muerte a la madre, el progenitor los lleva a casa de los abuelos paternos donde los deja a su cuidado y concurre a la seccional policial a entregarse.

1 Dra. Beatriz Nossar.

2 A efectos de preservar su derecho a la identidad se mantendrán en reserva los nombres de los pequeños y todo otro dato que permitiere individualizarlos.

Al momento de noticiarse a la Sede competente³, los niños estaban a cargo de sus familiares por línea paterna.

Previo a adentrarnos al tema en cuestión es pertinente destacar que difícil les resulta a muchos juristas, periodistas de medios de comunicación y a los ciudadanos, entender el alcance de la temática del hecho concreto con relación a los pequeños. De ahí la importancia de los profesionales del derecho en determinar e informar correctamente a la sociedad en casos de tanta exposición pública. En el caso concreto, la exponente decidió no dar notas a los medios de prensa porque el caso no venía siendo tratado apropiadamente por los medios de comunicación y nuestra labor es cuidar y no exponer a los niños. Ante los insistentes llamados de los medios locales nuestra respuesta siempre fue la misma “yo hablo a través de mis actos jurídicos, de mi participación en el proceso”.

Para seguir abordando este análisis es clave tener en claro que en el caso concreto en que participamos como Defensa de los niños no se dirimía un caso de violencia doméstica denunciado dos años antes por su madre⁴, ni se trataba de decidir sobre los aspectos penales del hecho ilegítimo, ni sobre la tenencia de los pequeños.

El caso tiene relación específica con la existencia de derechos vulnerados o amenazados de nuestros defendidos. Lo que se debe tutelar son *sus derechos*. Por ello el enfoque dado por muchos ante este caso tan publicitado en nuestro país, en el sentido de que la justicia dejó a los pequeños a cargo de *los padres del asesino*, es errónea y lleva a confusiones que no se pueden permitir en los operadores del derecho. Para estos niños son sus abuelos paternos y no los padres del homicida. Lamentablemente los medios de comunicación no llegaron a entender el eje de la problemática, agravado esto por la opinión de grupos de defensa de víctimas de violencia de género que trataron el tema fuera del objeto de tutela de nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia⁵.

En la legislación uruguaya los procesos por derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes son tramitados por juzgados con competencia de urgencia, Juzgados de Familia Especializada. Actualmente en Montevideo funcionan ocho en régimen de doble turno cada tres semanas.

3 De madrugada.

4 Y que no llegó a la justicia.

5 Ley N° 17.823, en adelante CNA.

En la especie se confundió el objeto del proceso, que es la tutela de los derechos de los menores de edad⁶. No se trata de conferir la tenencia de los niños, habiéndose desnaturalizado el objeto por parte de la familia materna e incluso por la Fiscalía interviniente.

La resolución judicial primaria fue “*Mantener la situación de los niños con los abuelos paternos y respecto de los tíos maternos pueden solicitar la tenencia en el Juzgado de Familia común. Intimar a los adultos a una actitud de respeto entre ellos y para con los niños y no limitar la visita si los niños quieren ver a los tíos*”. En su momento comparecieron tíos maternos ante la policía, pero los niños también tienen a su abuela materna, que impugnó la resolución judicial manifestando que sus nietos no fueron escuchados por la Sede. Ante esto la señora Jueza, convocó a una audiencia como medida para mejor proveer al recurso deducido. Es allí donde se nos designa defensora de los niños, el día antes de la audiencia.

El objeto del proceso, que no fue impugnado por ninguna de las partes, fue fijado en audiencia y consistió en “*Determinar si la situación de los niños de autos evidencia vulneración de sus derechos conforme lo previsto por el artículo 117 CNA, atento a los hechos nuevos denunciados en autos y en su mérito, si corresponde revocar el mandato verbal comunicado el 01/02/2017 de mantener la situación de los niños con los abuelos paternos y en su mérito, adoptar las medidas pertinentes*”. Esta Defensa estima de relevancia tener presente que este es el objeto de autos.

En virtud de la ratificación por Uruguay de la Convención de Derechos de Niño Ley N° 16.137⁷ y de la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, ha variado la concepción de los niños, niñas y adolescentes en el mundo jurídico. La obsoleta doctrina de la situación irregular en la que se los consideraba *objeto* de protección y tutela estatal dejó paso a la doctrina de la protección integral, donde los niños, niñas y adolescentes pasan a ser *sujetos principales de derechos*, y como tales en ejercicio y goce de los derechos inherentes a la personalidad humana, bajo el principio rector del interés superior del niño.

De lo antes expresado se desprenden tres aspectos básicos que se deben tener presentes cuando se trata de dilucidar cuestiones que afectan la vida de niños, niñas y adolescentes:

I) Se trata de *sujetos de derechos, deberes y garantías* (artículos 2 de la CDN, 7, 72 y 332 de la

6 En términos del Código Civil de nuestro país.

7 En adelante CDN.

Constitución de la República Oriental del Uruguay y artículo 2 del CNA), *en adquisición de autonomía progresiva*. Según el artículo 5 de la CDN el niño puede ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo a la evolución de sus facultades; el artículo 132.1 del CNA dice expresamente "...En todos los casos deberá siempre ser oído el niño, niña y adolescente en el marco de la autonomía progresiva de la voluntad". Conteste con esto, el Dr. Ricardo Pérez Manrique⁸, sostiene que estos sujetos de derechos "... se encuentran en situación de adquisición de autonomía progresiva, o, en palabras de Gomes Da Costa, de ser humano en desarrollo".

II) *El interés superior del niño, niña y adolescente (artículos 3 de la CDN y 6 del CNA)*. En el plano de sus derechos, "...el interés superior del niño constituye un principio de interpretación de la norma que apoya a la dilucidación de conflictos entre los niños y el mundo adulto y de los niños entre sí. Se parte del concepto del interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos..." (conforme Dr. Ricardo Pérez Manrique en doctrina citada ut-supra). Lo antedicho lleva a la ineludible conclusión que se comparte con el Dr. Pérez Manrique de que *"Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho...El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior...Se puede decir que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente en un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de la autoridad sin el apoyo de la razón"*. Siguiendo al doctrino Miguel Cillero, *"...el interés superior del niño es, nada más y nada menos que la satisfacción integral de sus derechos"*. _

III) En aplicación de lo consignado en los dos numerales precedentes y como corolario lógico está el *derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta (artículos 12 de la CDN y 8 del CNA)*. Para hacer efectivos estos derechos en igualdad de condiciones que los adultos se debe tener presente que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a:

a) Ser informados de las instancias del proceso, de sus derechos y de la forma y alcance de su participación. En este punto se debe tener presente la Opinión Consultiva N° 17/2002 de la Corte Interamericana;

8 PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, "Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, 2008, Unicef, Mdeo.- Uruguay, 2009, pp.251-277.

9 CILLERO, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", Ediciones Depalma, 1998.

b) Derecho a la defensa técnica como expresión del principio constitucional de igualdad ante la ley, esto es, contar con un defensor que lo asesore, defienda y patrocine sus intereses. *El defensor debe actuar en el proceso al lado del niño y no en su lugar; el defensor debe tratar a su patrocinado menor de edad de igual forma que si se tratara de un adulto, debiendo cumplir estrictamente con sus obligaciones de lealtad y confidencialidad.* En el mismo sentido se pronuncia el Dr. Ricardo Pérez Manrique en obra citada;

c) Derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta. Esto resulta funcional a su interés superior; no es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle al niño la oportunidad de ser oído, conforme Vargas y Correa¹⁰.

d) Derecho a una defensa especializada y gratuita.

Respecto de este derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, es menester tener presente la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos de Niño del año 2009.

Lamentablemente hay procesos en los cuales las familias no respetan las opiniones de los niños. Y no nos referimos sólo a lo que éstos dicen, *sino también al derecho de todo niño a no querer hablar ante la justicia. No se los puede forzar a decir o a no decir y se debe respetar su silencio. Si se lo hace con los adultos, ¿cuál es el fundamento de negarles ese derecho a los niños?*

Como agravio principal la abuela materna invoca que sus nietos no fueron oídos por la Justicia, que no se les preguntó si querían vivir con su familia materna sino que se los dejó a cargo de los abuelos paternos. Además afirmó que la Justicia desconocía el contexto familiar en el que estaban inmersos los niños y los vínculos con las familias materna y paterna, así como el incumplimiento por parte de los abuelos paternos de la resolución judicial objeto de impugnación. Vale decir, el agravio esgrimido por las recurrentes es la vulneración de derechos de mis defendidos con sus actuales tenedores, lo que es conteste con el objeto del proceso de autos, conforme lo mencionado ut-supra.

El estudio del extenso cúmulo probatorio incorporado al expediente hizo necesario que la Defensa individualizara los derechos que el Tribunal debía considerar si se encontraban o no vulnerados, a fin de adoptar las medidas para su inmediato restablecimiento. Se trata del *derecho a la integridad psicológica o emocional, derecho a la identidad*, en cuanto a la imagen de su madre fallecida y de su padre preso y *derecho al disfrute de su entorno familiar no conviviente.*

¹⁰ VARGAS y CORREA en “Children’s Voices in Chilean Family Courts”, Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1, 2011, p. 178.

Además de determinar si los derechos de los hermanos estaban siendo vulnerados y en su caso, por quién o quienes, se debía determinar las medidas necesarias para el restablecimiento de esos derechos, que podían o no derivar en un cambio de tenencia.

Al realizar la defensa de los niños, una de las primeras pruebas incorporadas al expediente fue el informe del equipo técnico del poder judicial¹¹, integrado en el caso por psicólogo, psiquiatra y asistente social, aunque no especializados en niños, dato no menor.

Los técnicos indicaron que el conflicto familiar polarizado de larga data entre los abuelos de los niños, era crónico y se agudizó por estos hechos. Surgieron acusaciones recíprocas entre los adultos donde resaltaron malos tratos físicos y psicológicos ejercidos hacia los niños.

En su mérito esta Defensa resaltó la importancia de impedir que los niños se conviertan en una suerte de “botín de guerra”, ya que esto vulnera ampliamente sus derechos. En casos tristes y lamentables como el de autos, los niños sufren la pérdida de ambas figuras parentales (una por fallecimiento y la otra por la privación de libertad), por lo que la situación de éstos ya es suficientemente compleja para que los adultos la agraven aún más.

Lo que llamó más nuestra atención fue que el equipo técnico consignó que nuestros defendidos no estaban en condiciones emocionales de declarar y que escucharlos en audiencia sería revictimizante.

Y en este punto nos detendremos especialmente, ya que fue clave para tutelar en forma los derechos de los pequeños. Sabido es que el contacto directo del defensor del niño con su defendido no sólo es un derecho de éstos, sino un deber del Defensor que a nuestro modo de ver es esencial.

En el caso planteado, más allá de lo consignado en el informe se trató por parte de una técnica de desalentar dicho contacto. Sin perjuicio de ello esta Defensa se mantuvo firme y se contactó con los niños en privado y sin la presencia de familiares. Además de informarles sobre nuestra participación y sus derechos se puso especial cuidado y atención en cuál era su interés en este caso y el fundamento del mismo. Afortunadamente se logró gran empatía con ambos, quienes nos manifestaron en dos ocasiones durante la extensa charla de que querían contar cómo estaban viviendo, si estaban bien o si querían cambiar

11 ETEC.

de domicilio. *Por ello, esta Defensa solicitó en forma fundada a la Sede que fueran escuchados, como efectivamente ocurrió, pese a la opinión contraria de los técnicos. Estimamos que esto fue un gran acierto para la correcta defensa de los derechos de los pequeños, quienes tienen derecho a que su voz sea escuchada.*

Deseamos consignar que oportunamente solicitamos que los niños fueran escuchados a través de Sala Gesell, pero se nos informó que no funcionaba correctamente.

Los niños en ninguna de las ocasiones, ni en la entrevista previa que se mantuvo, ni en audiencia, lloraron ni se quebraron emocionalmente ni pidieron para no hablar ni para retirarse, ni realizaron ningún gesto que denotara incomodidad. Esta Defensa había advertido a los niños que si no querían hablar en el curso de la audiencia o si se querían retirar lo podían hacer, pero no lo hicieron. El tiempo y experiencia de todos los operadores jurídicos en la materia llevó a que los pequeños pudieran ser escuchados como sujetos de derechos y con intereses bien distintos al de sus familias paterna y materna. Ambos niños manifestaron su voluntad de contar cómo estaban y no fueron revictimizados por expresarlo en audiencia. De hecho las partes acordaron que fuera esta Defensa la que interrogara en virtud del grado de empatía logrado con los niños y el ambiente de la audiencia fue de distensión y tranquilidad. De lo contrario nada se hubiera logrado.

Por otra parte es de resaltar que se pretendió ingresar al proceso con el carácter de “informes de autoridades privadas” lo que en realidad eran denuncias de la situación a abordar. Esto es, esos documentos fueron elaborados sin haber visto jamás a los niños. Otra vez, *para elaborar esos documentos los niños no fueron entrevistados, nadie los escuchó.* La única profesional tratante de nuestros defendidos desde el fatídico hecho, fue una psiquiatra infantil, quien aportó claridad y fundamento a la voluntad que los niños expresaron ante la Sede.

Lo relevante es el análisis y la valoración que debemos realizar los abogados de los niños del cúmulo probatorio del expediente. El informe de los técnicos del Poder Judicial no es vinculante para la Sede y tenía contradicciones con otras pruebas recabadas en el curso del proceso, además de no haber sido confeccionado por técnicos especializados en el área infantil, tal como fue destacado en la sentencia de primera instancia.

La situación era muy difícil para todos, pero más para nuestros defendidos, atento a su corta edad, a que en los hechos están involucrados sus padres y a que fueron testigos del homicidio; los niños carecen de los mecanismos de defensa propios de los adultos y

en estos procesos revisten la *calidad de parte*, una parte especial, pero son parte, no son terceros ni testigos, conforme lo analizaremos más adelante. Se trata de fallar sobre sus derechos y si se encuentran o no amparados por sus actuales tenedores. En este sentido se coincide con la posición sustentada por la colega Defensora Pública Dra. Gabriela Brunetto¹², al afirmar: “El niño es parte, aunque la redacción del CNA no sea clara, ya que debe interpretarse la ley de acuerdo al espíritu de la Convención, visto que el objetivo del CNA fue adecuar la ley nacional a la Convención”.

Se consignó por los técnicos en el informe, que los niños poseen un nivel intelectual que se infiere clínicamente normal con un desempeño acorde, con un relato espontáneo y claro, lenguaje fluido. En cuanto al más grande se señala que su lenguaje es “rico en expresiones de contenido adultoforme”. Esto último no se evidenció en audiencia ni durante la extensa entrevista que se mantuvo con los niños, destacando la exponente un lenguaje muy rico en ambos niños y una gran expresividad no sólo a través de las palabras sino de sus gestos. Por último se consigna en el informe que los niños “manifiestan su voluntad de permanecer con los abuelos paternos pero que se considera que estarían en una situación de vulnerabilidad psico-emocional por la gran impregnación discursiva de los abuelos paternos”. Tampoco esto se evidenció en audiencia según se verá al momento de referirnos a las declaraciones de los niños. No puede soslayar esta defensa que en el informe de ETEC nada se consigna respecto de episodios de violencia verbal por parte de la abuela materna relatados en audiencia por los pequeños y por separado. Nada dice el informe, lo que llama la atención ya que era esperable que se consignara y se realizara una valoración de lo afirmado por los niños. Se pregunta esta Defensa por qué se debe creer que lo afirmado por los adultos es cierto y desacreditar lo que un niño cuenta espontáneamente.

Esto no debe suceder jamás, el niño es un sujeto de derechos y por el hecho de ser niño no se puede dejar de considerar su relato. De lo contrario nos cuestionamos para qué la ley prevé que se lo escuche en audiencia y se tome en cuenta su voluntad. Lógico resulta que luego esa voluntad se valore por los operadores jurídicos y en conjunto con la probanza aportada a la causa, pero debió consignarse en el informe de los técnicos lo narrado por los niños respecto de la violencia psicológica ejercida por la abuela materna, encontrándonos en un proceso por derechos vulnerados de los pequeños.

12 BRUNETTO FONTÁN, Gabriela, “Situación procesal de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de familia y rol de su defensor”, *LJU*, Tomo 136.

También debió analizar esta Defensa un *informe de policía científica*, atento a que la abuela materna denunció que al momento de visitar a sus nietos en casa de los abuelos paternos, habría detectado que en una tablet regalada por su progenitor, los pequeños tenían acceso a juegos violentos y páginas pornográficas. Ante esto la Sede ordenó la incautación del dispositivo y su pericia por parte de técnicos informáticos de Policía Científica. Del detallado informe se concluye que desde el 1º de febrero de 2017 a la fecha de incautación (9/2/2017) el equipo obtuvo acceso a imágenes pornográficas y juegos con contenido apto para personas de 17 años o más. Por tanto surgió probado que los niños pudieron tener acceso a páginas no aptas para su edad, debiendo la Sede adoptar medidas urgentes para cesar esta situación. Al manifestar los abuelos paternos “no saber de tablets”, lo que es probable a juicio de la exponente en el caso de adultos mayores, y estando facultada la Sra.

Jueza por los artículos 117 y siguientes del CNA se petitionó que atento a que la tablet se encontraba a disposición de la Sede, se dispusiera por parte de Policía Científica la desinstalación de todos los juegos de contenido inapropiado para menores de 7 y 10 años de edad, así como la eliminación de todo el material de contenido sexual que se hallare en dicha tablet, intimándose a los tenedores de nuestros patrocinados a que impidan el acceso de los mismos a páginas de internet inapropiadas, debiendo supervisar el acceso de los pequeños a internet, bajo apercibimiento legal.

Asimismo y para evitar situaciones similares, esta Defensa solicitó que se dispusiera que los niños no pudieran tener acceso a teléfonos celulares sin la supervisión de los adultos a cargo, debiendo observarse las directivas de los técnicos tratantes de los hermanos respecto de si es favorable a los mismos tener contacto inmediato con su padre y de ser así, en qué condiciones.

Sin perjuicio de no dejar de reconocer que son declaraciones de dos de las partes enfrentadas en este juicio, también esta Defensa consideró las declaraciones de abuelos paternos y abuela y tía maternas vertidas en audiencia. La mala relación entre las familias, con discursos culpabilizantes recíprocos, no podía influir en nuestros patrocinados y mucho menos atento a lo que los pequeños vivieron, por lo que en tutela de sus derechos se petitionó a la Sra. Jueza *intimara a los abuelos paternos a no obstaculizar las visitas de nuestros defendidos con la familia materna, debiendo las mismas desarrollarse libremente y en un ámbito fuera de la casa de los actuales tenedores. Al respecto esta Defensa estimó apropiado la fijación de un régimen de visitas provisorio a favor de los niños consistente en que éstos visiten a la abuela materna todos los fines de semana, pudiendo pernoctar con ésta y tener contacto con la familia materna sin ninguna*

injerencia de la familia paterna, todo bajo legal apercibimiento. Además se solicitó a la Sede que para que la mala relación entre ambas familias no vulnerara más a nuestros defendidos, también se intimara a todos los abuelos a iniciar un tratamiento terapéutico para acompañar el duelo de sus nietos sin alterar la imagen de los progenitores de los mismos ni de ninguno de los familiares de éstos, debiendo acatar las indicaciones de los técnicos, acreditándolo en obrados. Asimismo los tenedores debían continuar con la asistencia psiquiátrica de nuestros patrocinados hasta su alta, debiendo realizar todas las consultas y cumplir con todas las derivaciones que les realicen los profesionales tratantes de los niños.

El hecho más trascendente para esta Defensa, estuvo constituido por las *declaraciones de ambos niños*. Ya expresó la exponente la necesidad en cumplimiento de la ley de que los niños fueran escuchados por la Sede y el fundamento para ello. Cualquier operador con solo leer las declaraciones de los niños podrá notar el tenor y forma del interrogatorio y la espontaneidad de lo declarado por ambos. Se debe puntualizar que éstos fueron escuchados por separado y que coincidieron en que se encontraban bien viviendo con sus abuelos paternos, que habían vivido muchos años allí, por lo que uno de ellos mencionó “esto no cuenta como mudanza”. El otro niño refirió que esa casa es “donde viví y crecí”.

Estas palabras de los pequeños sirvieron a esa Defensa para interrogar en audiencia a la psiquiatra infantil tratante, quien manifestó que en situaciones como la vivida por estos chicos, lo lógico y esperable es que procuren la mayor estabilidad posible, y vivir en casa de sus abuelos paternos les daba esa estabilidad. La psiquiatra expresó “*Yo creo que lo esperable en los niños, en una situación de inestabilidad, es volver a lo estable, a lo conocido... Si yo estoy en un lugar y estoy más o menos bien, no quiero que nada más cambie, y más siendo un niño*”.

Por otra parte, los niños hicieron referencia a malos tratos verbales de su abuela materna mientras vivieron con ésta, las que les profería insultos degradantes. Uno de los pequeños expresó “Creo que es completa equivocación que yo me quede con mi abuela y visite a mis abuelos paternos. Puede ser que mi abuela haya cambiado, que esté mejor, pero prefiero quedarme con mis abuelos”. Esto evidenció una capacidad de reflexión y una inteligencia única en un niño que vivió semejante tragedia. Por eso una vez más cuestionamos enfáticamente a quienes afirmaron que nuestros patrocinados no estaban en condiciones de

declarar y a todos los que minimizan la declaración de un niño por el sólo hecho de ser niño.

Es más, nuestro defendido más pequeño refirió en audiencia que en la casa de su mamá tenía sus cosas, entre las que estaba una Xbox; esta Defensa le manifestó que la llevaría personalmente a la casa de la abuela materna si quisiera vivir con ésta, a lo que el niño espontáneamente respondió *“Si me llevan la Xbox y todas mis cosas a la casa de la abuela, igual no me interesa. No me interesan las cosas. Yo quiero vivir con mis abuelos (paternos) porque con ellos estoy bien”*. Llamó la atención de esta Defensa que el niño se mantuviera en su deseo de permanecer viviendo donde se encuentra, aún si tuviera en la casa de la abuela materna su juguete que él mismo menciono como su objeto preciado. *Esto lleva a pensar que el deseo del niño es genuino. Al igual que el deseo de su hermano, quien en su relato se cuestionó la posibilidad de que su abuela materna hubiera cambiado en el trato, sin insultarlos.*

Atento a lo antes expuesto, la exponente se preguntó en su escrito de defensa qué elementos objetivos surgen de autos para imputar como falsas las declaraciones de los niños. La respuesta es ninguno. Los pequeños fueron genuinos, demostraron razonar lo que se les preguntaba y además aceptar que es bueno para ellos el contacto con toda la familia y su atención con profesionales. En síntesis, pese al dolor por la situación, manifestaron una gran madurez.

Siendo conteste y coherente con la necesidad de estabilidad para mis patrocinados, fundándonos en lo sugerido por la psiquiatra infantil tratante *estimamos como imprescindible que a efectos de que no se viera vulnerado el derecho de los niños a tener contacto con sus compañeros de clase y cuerpo docente del colegio al que concurrieron en los dos últimos años, y con el fin de mantener la mayor estabilidad posible, se intimara a los tenedores a no cambiarlos de colegio mientras los técnicos tratantes de los niños no lo creyeran conveniente, todo bajo legal apercibimiento.*

En el caso de autos también se practicó un informe por asistente social en el domicilio de los abuelos paternos. Y esto porque la abuela materna denunció que en el predio de la casa de los abuelos paternos funcionaba una cantina no regularizada, donde se expendían bebidas alcohólicas.

Respecto de nuestros defendidos, manifiesta la Sra. Asistente Social que al momento de su visita se encontraban junto a su abuela paterna recibiendo asistencia técnica en el hospital, por lo que sólo pudo apreciar el inmueble y entrevistar al abuelo paterno. En cuanto a la existencia de una cantina dentro del predio asiento del inmueble, la cual se encuentra en funcionamiento desde que los niños vivían con sus padres en casa de los abuelos paternos, *estimó esta Defensa como imprescindible que no tuviera ningún tipo de conexión con la vivienda y que el comercio fuera regularizado a efectos de contar con todas las habilitaciones correspondientes, debiendo impedir los tenedores la concurrencia de los niños al comercio, intimándoselos en este sentido, bajo legal apercibimiento*. Se destaca que no surge de obrados que los niños tengan o hayan tenido acceso al negocio, pero la medida se solicitó por esta Defensa en protección de sus derechos.

En este análisis fueron remarcadas nuestras solicitudes a la Justicia en tanto Defensa de los pequeños porque afortunadamente todas fueron recogidas por el *Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Especializada de 8vo. Turno*, a cargo de Dra. Iris Vega Otonello, en su fallo, Sentencia de Primera Instancia N° 235/2017 de fecha 15/2/2017, donde además ratificó la tenencia provisoria de nuestros defendidos a favor de sus abuelos paternos. Respecto de este fallo y siempre analizándolo en tanto abogada de los niños, se debe resaltar que la jueza dentro de la sentencia redactó un capítulo especial para nuestros defendidos, explicándoles en un lenguaje accesible a sus edades lo dispuesto en el caso concreto. Este tipo de apartados no suele verse en la jurisprudencia uruguaya por lo cual merece ser destacado, y fue de gran ayuda para la exponente en la comunicación del fallo a los pequeños.

El expediente fue remitido al *Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno*, el que luego de cinco meses de trámite confirmó la sentencia de primera instancia en *Sentencia N° 116/2017 de fecha 19/7/2017*, aceptando el Tribunal los fundamentos del fallo impugnado y resaltando, tal como lo hizo esta Defensa, que la vía para cambiar una tenencia es la del juicio de tenencia que debe ser tramitado, según la legislación uruguaya, ante los Juzgados de Familia común, con las garantías y plazos de ese tipo de procesos, y no con lo exiguo de los términos en la urgencia con que se trabaja en materia de derechos vulnerados.

Ahora bien, previo al análisis de la calidad de parte procesal de los niños, vale expresar

que desde el punto de vista de la práctica forense, la estrategia jurídica de la defensa de estos hermanitos fue eficaz porque frente al conflicto social entre los adultos llevados al plano jurídico, se priorizó la relevancia de cuál era el objeto del proceso, el sujeto principal, el interés superior de los pequeños y sus pretensiones, las que se distinguieron correctamente de las de los adultos familiares. También se priorizó el derecho del niño a ser escuchado, estableciéndose qué derechos eran vulnerados o amenazados y cómo protegerlos sin soslayar la voluntad y el respeto de la voz de nuestros pequeños defendidos. En definitiva, se mantuvo el debido equilibrio entre el derecho a la defensa de los niños y el deber del defensor de desplegar todas las estrategias para la efectiva defensa de la voz de éstos en el proceso.

Lo dicho tiene sentido y produjo favorables consecuencias jurídicas a los intereses de nuestros patrocinados pues fueron tratados efectivamente, y no simbólicamente, como partes procesales alineados en tal condición a los adultos por la sencilla razón de ser seres humanos con una autonomía progresiva que les permitió, de acuerdo a la evolución de sus facultades demostradas en sus declaraciones, ejercer sus derechos por sí y asistidos técnicamente.

La CDN implantó el nuevo paradigma de la autonomía progresiva, algo que es diferente a la autonomía plena del mundo de los adultos¹³. Pero no son excluyentes, pues la primera es la antesala de la segunda y esta última ha sido ideada por el jurista del Código Civil uruguayo para darle seguridad al tráfico jurídico a partir de una creencia de que cumplida cierta edad¹⁴ se logra la capacidad de ejercer por sí los derechos que por la sola razón de ser humanos los tienen, son intrínsecos a la esencia humana y el derecho lo único que hace es reconocerlos. Si partimos desde la esencia de la naturaleza humana, los niños y los adultos son de igual manera personas, materia y emociones, son sujetos que piensan y sienten y recorren una vida de experiencias con la igualdad y libertad de elegir como vivirla. Toda decisión que se adopte en el plano jurídico respecto de una persona, sin importar la edad que tenga, genera efectos sobre sí mismo y muchas veces determina su destino. Por ello la defensa debe considerar a su defendido no sólo como un sujeto principal en el proceso del art. 117 del CNA al que se oye su opinión sino como una parte procesal con las mismas garantías procesales para ejercer sus derechos

13 Como sentido opuesto a niño, niña y adolescente. Es decir "mayor de edad", según nuestro Código Civil.
14 18 años.

que los adultos. Los niños no son incapaces sino capaces en forma progresiva. Sus progenitores o responsables legales son las personas encargadas legalmente de impartirles en consonancia con la evolución de sus facultades la dirección y orientación apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención¹⁵.

En estos procesos, donde están en juego derechos personalísimos, no se debe subestimar la autonomía de la voluntad de los niños, pues ellos serán quienes sufrirán las consecuencias jurídicas de las decisiones que se adopten respecto de sus destinos. Sus deseos y sentimientos son el contenido de sus pretensiones y éstas, para que sean realmente consideradas, deben ser sometidas a un juicio de valor. Por ello no es suficiente con decir los niños son sujetos de derechos y son oídos, es mucho más que eso, deben ser tratados como partes procesales dentro de un debido proceso y para que exista éste es necesario que ejerzan su derecho de defensa en juicio. Su interés puede ser igual, distinto o contrapuesto al del adulto responsable de impartirle la dirección y orientación apropiada para el ejercicio de sus derechos reconocidos en la CDN. Y de ello dependerá la morfología de la parte: coadyuvante, excluyente, asistente, etc. lo que desborda este análisis por la complejidad del abordaje del mismo. Mientras tanto insistiremos en que los niños son parte procesal y como tal encuadra en el orden jurídico de nuestro país. El art 32.1 del CGP refiere que pueden comparecer por sí en el proceso, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer. Y si nos preguntamos qué derechos se hicieron valer en este proceso, la respuesta es derechos que refieren a la persona¹⁶ y no patrimoniales.

Es razonable entender que si lo que está en juego son derechos personalísimos y que las decisiones que se tomen repercutirán sobre la personas de estos niños ellos deben ser tomados en cuenta como la parte principal, fundamental de este proceso, porque los efectos jurídicos van dirigidos directamente a ellos e inciden en su destino más allá de las repercusiones “secundarias” en sus familiares que ostenten el cuidado de los mismos.

La Defensa en este caso ha tratado a sus defendidos como parte procesal con las mismas garantías procesales de los adultos, por ello se mantuvo firme en su actitud de conversar y escuchar a sus patrocinados, informarlos del proceso, de sus derechos, deberes y garantías

15 Conforme al art. 5 de la CDN, que sienta el Principio de la Autonomía Progresiva.

16 Personalísimos.

sin importar lo que le recomendaba el equipo técnico. Y fue muy pertinente su firmeza porque le permitió defender las voces de sus defendidos en el proceso, frente al juez que no es lo mismo que a través de un técnico porque las perspectivas a la hora de entrevistar a los niños son diferentes, entre un abogado y un psicólogo. Ambos aprenden en sus respectivas carreras a desentrañar cosas diferentes. Creo que un informe técnico nunca debe inhibir el derecho de los niños a expresarse ante su defensa. Y esta deberá tener experiencia y delicadeza con las preguntas que les formulará para no influenciar o guiar sus declaraciones. Afortunadamente la magistrada accedió a escucharlos y no simplemente oírlos, porque no hay forma de ejercer el derecho de defensa en juicio de nuestros patrocinados si no tenemos comunicación con ellos y si ellos no tienen derecho a que quien tomará decisiones sobre su destino los vea y los escuche¹⁷. Ellos luego de la entrevista privada con su defensa decidieron contar qué era lo adecuado en ese momento para su vida. Y del tenor de sus declaraciones surge claramente su espontaneidad. El uso del argumento de la revictimización nunca debe inhibir el derecho de los niños a que se expresen y defiendan su destino. Si no los escuchamos con la estrategia para su defensa en juicio, es simplemente oírlos y sacar conclusiones de sus dichos. Y eso no es un debido proceso.-

17 Es del caso precisar que nuestra norma refiere en el art. 8 del CNA al derecho de ser oído pero la dicente prefiere usar el término escuchar por su significado, pues imprime en este análisis una obligación de un juicio de valor por parte del magistrado. Y oír es sin obligación de juicio, como en cumplimiento de una formalidad.

ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL URUGUAY

Jhonny Bertinat Ferrari

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

Escribano Público

Defensor Público Capital

Adscripto a la DINADEF

Fundamentación.

De la violencia doméstica en nuestro país se habla mucho, pero realmente se conoce muy poco, y adquiere relevancia pública cuando acaece algún hecho desgraciado.

La asociación de la violencia doméstica con una muerte, es una fotografía incompleta y simplista, que deja afuera otras situaciones que configuran episodios de violencia doméstica con consecuencias desastrosas desde el punto de vista emocional y físico.

Además del desconocimiento general de la temática, es una rama del derecho positivo, no es valorada ni considerada desde el punto de vista académico e institucional, otorgándole una categorización inferior al resto de las materias que forman el ámbito jurídico.

La ley 17514 de violencia doméstica, no es solo aplicar el marco normativo específico como se realiza en otras materias, implica además un involucramiento social y cultural en las diversas situaciones que se presentan.

Los operadores jurídicos que trabajamos en esta materia, no fuimos, ni somos formados desde el punto de vista multidisciplinario que requiere esta materia para desempeñar con mejores armas el sin número de casos que atendemos diariamente, contando únicamente con el sentido común y la experiencia para tratar de encausar estas situaciones.

Tampoco es contemplado ni valorado por nuestros jefes y el sistema en su conjunto, el desgaste físico y mental que provoca el trabajar con compromiso en esta materia, en razón de la complejidad de las situaciones. Entiendo que el capital humano profesional que poseen los Juzgados de Familia Especializado debe ser justipreciado por nuestros jer-

arcas, ya que al no existir una capacitación integral, la experiencia y la dedicación de los actuales operadores es invaluable.

Para que algunas apreciaciones puedan ser visualizadas, es decir, para que se comprenda el universo de personas que asistimos, la problemática que presentan ellos y las dificultades que tenemos los operadores de derecho es que se realiza este trabajo.

El estudio realizado sobre los diferentes aspectos que se señalarán en este desarrollo, se encuentra fundado y basado en un relevamiento de datos estadísticos recogidos exclusivamente por el suscripto, durante el término de 12 meses, desde Mayo del 2013 a Mayo del 2014, en las audiencias que participé como Defensor Público en los Juzgados de Familia Especializada de Primer Turno en el cual presto funciones .

Las conclusiones que se extraen, en razón de los resultados de las variables, se establecen analizando no solo la variable específica, sino la totalidad de la variables interrelacionadas porque las mayorías de las conclusiones responden a causas multifactoriales, encontrándose abierto este estudio a nuevas y diferentes conclusiones.

Esta muestra significativa se extrajo de análisis del siguiente número de audiencias judiciales:

Violencia doméstica

aud.	Preliminar	648
	Evaluatoria	338
	TOTAL	986

Violencia doméstica.

Relevamiento de datos.

Para comenzar el análisis de la problemática de violencia doméstica, se enumeraran las variables que fueron consideradas al momento de recoger la muestra, y de esta forma poder realizar una mejor comprensión de los temas a abordar al momento de elaborar las conclusiones.

Las variables fueron extraídas y digitadas del contenido del interrogatorio que realiza el Tribunal, el Ministerio Público y los Letrados a los comparecientes.

A) Ocupación - Trabajo

Denunciante	Trabaja fuera del hogar:	18%
	No trabaja fuera del hogar:	82%

Denunciado:	Trabaja fuera del hogar:	79%
	No trabaja fuera hogar :	21%

Tipo de trabajo:	Formal	52%
	Informal	48%

B) Instrucción

Primaria	Completa	82%
	Incompleta	18%

Secundaria	Completa	30%
	Incompleta	70%

Terciaria	Si	5 %
	No	95%

C) Antecedentes de V.D.

	Si	40%
	No	60%

Judicializados	Si	20%
	No	80%

D) Pareja	Matrimonio	22%
	Concubinato	78%

E) Adicciones	Si	40%
	No	60%

- del 40% en el 95% genera la denuncia de VD.

F) Tipos Adiciones	Alcohol	55%
	Marihuana	30%
	Pasta base	10%
	Cocaína	5%

G) Asistencia médica

M.S.P.	43%
Mutualista	57%

H) Patologías psiquiátricas

Si	30%
No	70%

- Patologías

Tratadas	30%
No tratadas	70%

I) Antecedentes penales

Si	5%
No	95%

J) Nivel económico

Bajo	50%
Medio-bajo	40%
Medio	9%
Alto	1%

K) Utilización de planes sociales

Si	83%
No	17%

L) Conocen ley de V.D

Si	70%
No	30%

LL) Conocen dispositivo electrónico

Si	90%
No	10%

M) Violencia doméstica entre:

Pareja	90%
Integrantes flía.	10%

N) Edad comparecientes:

18 años a 30	15%
31 años a 40	30%
41 años a 50	35%
51 y más	20%

Ñ) Asistencia Letrada

Pública	90%
Privada	10%

A) Ocupación - trabajo

La ocupación o trabajo de los comparecientes es un dato relevante, porque además de indicar, en cierta forma un índice de ocupación, nos permite diagnosticar una situación de dependencia y a veces sometimiento que terminan configurando las situaciones de violencia doméstica establecidos en el art 3 de la ley 17514, ya sea en forma directa o indirecta. Se constata en innumerables oportunidades, que a pesar de ser objeto de violencia doméstica a lo largo de toda su relación, la denunciante vacila respecto de realizar las denuncias y solicitar las medidas cautelares ya que esta situación afectará no solo la parte afectiva de la familia sino que también afectará la posición económica de la parte denunciante y de sus hijos a cargo.

Las medidas cautelares, principalmente la del retiro y prohibiciones establecidas en el art.10 num. 1, 3 y 4, implica una afectación económica importante para la familia que permanece en la vivienda, ya que generalmente le es imposible cubrir los gastos básicos del hogar sin el aporte del ingreso del denunciado.

Esta dependencia económica de la víctima hace en muchos casos dudar en la solicitud de aplicación de las medidas cautelares, ya que la realidad que debe afrontar la persona que permanece en el hogar no le permite tomar con libertad las medidas de protección, sopesando la situación económica en la que quedaría por sobre la violencia que padece, por lo tanto, a la violencia física o psicológica que se denuncia, se le adiciona una clara violencia patrimonial.

En la gran mayoría de los casos que presenta esta muestra, la parte denunciante es la mujer y la misma no posee trabajo remunerativo fuera del hogar, lo que torna la situación más compleja en caso que se dispongan las medidas de protección por todo lo señalado anteriormente.

Si bien esta situación escapa el contenido de la ley por omisión, lo cierto es, que una vez tomadas las medidas cautelares del art. 10, no se puede dejar a la víctima y sus hijos en una situación precaria desde el punto de vista económico, que sea tan o más gravosa que la violencia física, psicológica o patrimonial a la que es sometida ya que se estarían vulnerando los mismos derechos, pero esta vez por parte del Estado al no contemplar estas situaciones.

La práctica indica que la víctima no puede a corto plazo sostener esta situación económica y solicita en la audiencia evaluatoria o antes, el levantamiento de las medidas a pesar de no haberse modificado los hechos que motivaron la denuncia.

Por lo tanto, es importante acompañar este proceso no sólo desde el punto de vista psicológico con programas de apoyo a las víctimas y victimarios, sino también con apoyo económico por parte del Estado por el término de las medidas, ya que de no realizarse, se estarían vulnerando de diferente forma, los mismos derechos que motivaron la adopción de medidas cautelares y otros derechos esenciales como la educación, alimentación, de la víctima y sus hijos etc.

En la actual coyuntura Estatal, en la cual se practica una asistencia económica impor-

tante de acuerdo a los programas que establece el Gobierno, se entiende que se debe realizar el esfuerzo para que se vean contempladas también estas situaciones.

A efectos de efectivizar de manera adecuada lo antes referido, la ayuda económica debe ser analizada caso a caso y proporcionada por el Estado a través de sus diferentes reparticiones, por ejemplo INDA -canastas alimenticias-, exoneración de UTE y OSE de la tarifas, etc., todo por el término que duren las medidas.

Desde el otro margen del río, cierto es, que la parte denunciada que es retirada de su hogar se ve afectada desde el punto de vista económico, pero en menor medida que la denunciante que permanece en el hogar con sus hijos.

De acuerdo a los datos aportados el 52% de los comparecientes que trabaja posee un trabajo formal y el 48% trabaja de manera informal o irregular. Esta variable es importante al momento de establecer la pensión alimenticia provisoria que establezca la sede a favor de los hijos de acuerdo a lo establecido en el art. 10 num. 8 de la ley 17514 y también aunque no es común su aplicación en lo referido en el art. 10 num. 6 de la referida ley.

Si bien el Tribunal generalmente pregunta cuál es el monto que puede servir el denunciado, en base a criterios de razonabilidad establece la pensión provisoria, sopesando todos los elementos y situaciones de ese caso.

Cuando existe un trabajo formal, el Tribunal oficia al empleador para que se practique la retención del monto pensionario que se establezca, en cambio cuando el trabajo es informal generalmente se conviene con el obligado una pensión establecida en Base de Prestaciones y Contribuciones (BPC) que servirá a través de red de cobranzas.

La realidad nos indica, que en este último caso generalmente no se cumple con la pensión provisoria y se intima en la audiencia evaluatoria el cumplimiento bajo apercibimiento de remitirse a la justicia penal por violar el art. 173 o 279 del C.P., o incluso aplicar las sanciones que establece el art. 11 de la ley 17514.

Se entiende que constado el incumplimiento debe ser sancionado en forma inmediata ya que no solo incumple una orden judicial, se incumple con las obligaciones alimenticias hacia sus hijos dejando a estos en una situación precaria y como rehenes de un conflicto de adultos. No se puede, en esta circunstancias ser tolerante con ningún incumplimiento

y menos aún con éste que condiciona derechos fundamentales de los hijos de la pareja en conflicto, y es por ello que se es partidario de una aplicación más estricta de las sanciones establecidas en el art. 11 de la 17514, a las personas que incumplan sin justificación con la obligación impuesta.

Otro tema práctico importante a destacar, es el término por el cual rigen las medidas provisionales y en este caso la pensión provisoria fijada. Es claro, que se establecen por el término de las medidas cautelares, indicándose siempre a los comparecientes la necesidad que se realice el trámite ordinario correspondiente establecido en los art. Del C.N.A., no obstante ello, en oportunidades se mantiene la misma más allá del plazo de la medida.

La parte denunciante, de acuerdo a la muestra extraída, un 82% realiza tareas no remuneradas en el hogar y un 18% realiza tareas remuneradas fuera del hogar, lo que ratifica lo expresado anteriormente y por ende las condiciones de dependencia económica con el denunciado.

La parte denunciada en un 79% posee actividades remuneratorias fuera del hogar contra un 21% que no posee actividades remuneratorias, concluyéndose categóricamente que generalmente esta parte es el sostén económico del hogar de los comparecientes,

B) Instrucción.

Este relevamiento nos permite analizar varios comportamientos que se suscitan dentro del marco de la ley 17514.

El nivel de instrucción de los comparecientes es muy importante para comprender la posición de los mismos en las diferentes instancias de este proceso.

En el caso de la denunciante, esta variable nos ayuda a comprender varios aspectos relacionado con el bajo nivel de instrucción, como puede ser el simple hecho de no reconocer o no darse cuenta que es víctima de violencia doméstica y las herramientas que puede tener para terminar con esa situación ; consecuentemente con lo antedicho las denunciadas de escaso nivel de instrucción mayoritariamente no se consideran en principio víctimas de violencia doméstica y desconocen los mecanismos legales que cuentan para terminar con esa situación.

Los datos relevados son categóricos, la enorme mayoría un 82 % culminó la enseñanza primaria, un 30% culminó estudios secundarios y solo un 5 % posee estudios terciarios, lo que nos permite concluir categóricamente que el nivel educacional de las personas que concurren ante las sede judicial en materia de violencia doméstica es bajo.

En nuestro país la enseñanza primaria, secundaria y terciaria es gratuita , además el Estado proporciona una variedad importante de planes sociales, becas, aulas comunitarias, etc. que hacen posible que aquellas personas que quieran mejorar su nivel de instrucción puedan hacerlo.

No obstante ello, el resultado que se constata en la realidad no es halagüeño, concluyéndose que no existe interés de las personas en instruirse, y además que los planes sociales no han dado el resultado esperado ya que no se percibe una evolución positiva en este sentido.

Retomando la pregunta inicial, es claro que el nivel educacional incide en el nivel intelectual, y éste es determinante no solo para evaluar si es víctima de violencia doméstica sino también para conducirse en la vida cotidiana generando herramientas para enfrentar y solucionar los inconvenientes que presenta la misma presenta.

Esta conclusión primaria no implica que por el hecho de ser una persona con instrucción no sea víctima de violencia doméstica, sino que la misma permitirá afrontar esta situación y otras de la vida con otras perspectivas.

En cuanto a saber si la instrucción es importante para conocer si el denunciado es consciente de sus conductas la respuesta es afirmativa. El denunciado es muchos casos no reconoce ejercer violencia sobre su pareja y se asombra con denuncia ya que “nunca le toco un pelo...” y percibe la intervención judicial como una intromisión indebida a su familia.

Se podrán Uds. hacerse una idea, que si los victimarios no comprenden el motivo por el cual se encuentran en sede judicial, cuando se les comunica el retiro del hogar en algunos casos se generan situaciones de violencia en la propia audiencia, que nos permite imaginar, en cierto grado, la violencia que debe padecer la víctima en su hogar, es decir, si no repara en un mínimo de respeto a los operadores en la audiencia, es inimaginable su postura en el hogar.

C) Antecedentes de violencia doméstica

Es importante distinguir dos situaciones claramente definidas con referencia a poseer los comparecientes antecedentes de violencia doméstica : a) cuando ya ha existido intervención judicial en casos anteriores de violencia doméstica y b) cuando a pesar de soportar episodios de violencia doméstica a través de toda la relación de pareja nunca se realizó la denuncia policial o judicial.

Como resulta de la muestra un 40% de las denunciantes declara ya haber sido víctima de violencia doméstica en alguna de sus formas, y refiere no haber realizado la denuncia correspondientes por diversos motivos: miedo, dependencia económica, por la situación de sus hijos, y generalmente, expresan que lo que motivó a realizar en esta oportunidad la denuncia es la producción de un hecho de violencia de mayor magnitud que no están dispuestas a tolerar o que la circunstancia actual reflejado en un cambio en el seno familiar principalmente económico, que le permite realizar la denuncia.

En esta variable y del interrogatorio realizada por los operadores jurídicos en la audiencia, se pueden apreciar dos situaciones: a) una por la cual estas personas no reconocen directamente ser víctimas de violencia doméstica, transitando diariamente con diferentes episodios de violencia como un elemento natural de su relación familiar y de pareja, aceptando la situación, b) cuando a pesar de considerarse víctima de violencia, no puede terminar con la misma por diferentes factores .

Generalmente la situación planteada en el literal a) referido anteriormente tiene un punto de quiebre cuando el victimario traspasa o realiza un comportamiento que excede “ lo normal” y que la denunciante no esta dispuesta a tolerar, y ese puntual le hace replantear su situación familiar y busca los instrumentos necesarios para terminar con la situación de violencia.

La hipótesis planteada en el literal b) referido anteriormente, llega a a la sede judicial a través de terceras personas y por ende no por voluntad o denuncia directa de la víctima. Lamentablemente se presenta generalmente cuando existe una agresión física por parte del victimario e interviene la justicia penal. En menor medida puede judicializarse por denuncia anónimas o de organismos públicos y/o privados.

Para conocer de manera cierta si existen o no antecedentes de violencia, fuera de los casos en que haya habido intervención judicial, si no existe admisión de las dos partes, para corroborar o no la existencia de violencia doméstica, será necesario realizar una pericia a efectos que determine en un sentido o en otro.

Es importante determinar la existencia de antecedentes, ya que será unos de los elementos a valorar al momento de establecer las medidas cautelares .

Cuando ya existen antecedentes judiciales, desde el punto de vista probatorio es más simple, y la adopción de medidas cautelares de protección están plenamente justificadas por el hecho nuevo denunciado y porque estas conductas ya se dieron en el pasado, debiéndose adoptarse las medidas cautelares necesarias para que no se reitere esta situación.

Generalmente la reiteración de los hechos de violencia se suscitan una vez finalizadas las medidas cautelares, si fuera dentro de período de las mismas se haría acreedor a las sanciones establecidas en el art. 11 de la Ley 17514 o en el Código Penal.

Consideramos que es necesario instruir las denuncias de incumplimiento de las medidas dispuestas oportunamente, ya que de comprobarse de manera cabal el mismo las sanciones son severas, por lo tanto entendemos que no es suficiente con denunciar, hay que también que probar y por ende parece mas sensato que los Señores Jueces adopten medidas sancionatorias sin convocar a audiencia.

En oportunidades, el nuevo hecho denunciado como incumplimiento de las medidas cautelares, es propiciado por la propia denunciante , es por ello como antes expresamos ademas de denunciar, probar el incumplimiento.

Lo cierto es que en esta última hipótesis el Tribunal toma generalmente por regla imponer las medidas cautelares en forma recíproca, ya que si bien es obligación proteger los derechos de la denunciante, cuando ocurren estos hechos el denunciado queda desprotegido ante una futura denuncia de la víctima.

D) Uniones Libres – Matrimonios

Los comparecientes a las audiencias judiciales en familia especializada, son en su enorme mayoría concubinos o uniones libres –78%–, aunque sorprendentemente, los mismos, al momento de preguntarle su estado civil manifiesten que son casados o están “juntados” desconociendo en algunas oportunidades desde el punto de vista formal y legal cuál es su real situación, lo que indica un bajo nivel cultural.

Desde el punto de vista social pueden extraerse diversas conclusiones anexadas a otros parámetros analizados, lo cierto es que las uniones libres generan más comparencias a estos juzgados que las parejas unidas en matrimonio, las causas y motivos seguramente responderán a múltiples factores que exceden este trabajo y que responden principalmente a personas con bajos índices de educación, sociales y culturales.

E) Adicciones

El 40% de los comparecientes, principalmente entre los denunciados, presenta algún tipo de adicción, es un porcentaje a nuestro entender elevadísimo, ya que nos indica que 4 de cada 10 personas que comparece ante los Juzgados de Justicia Especializada presenta problemas de adicción.

De ese 40% de personas que asumen su condición de adictos, en un 95% de esos casos, la adicción es la causa directa de la denuncia de violencia doméstica y por ello se lo plantea como causa del conflicto familiar.

También es de concluir, que este porcentaje debe ser muy superior ya que debe existir un número significativo de personas que ocultan su adicción.

Sin lugar a duda, las diferentes adicciones son un problema social muy importante que repercute de manera directa y negativamente en la vida intrafamiliar para las cuales, el Estado, no cuenta con políticas efectivas que combata estos flagelos. Por lo tanto, la imposición de medidas cautelares que impliquen la iniciación y tratamiento de la adicción son simplemente ineficaces ya que la no se cuenta en la actualidad no se cuenta con centros de rehabilitación.

F) Tipos de Adicciones

Alcohol.

De acuerdo a la muestra, es la adicción más frecuente llegando al 55% de la muestra.

Presenta la particularidad que generalmente no es asumida, es decir, las personas no visualizan su consumo como problemático. Cuando se los interroga por la cantidad de alcohol que consumen, la respuesta es inmediata denotando molestia, “como todas las personas”, y al continuar indagando sobre la cantidad responden “un par de litros por día”, y al continuar indagando podemos comprobar que un par de litros pueden llegar a equivaler a 4 o 5 litros. Principalmente las bebidas elegidas son vino y cerveza.

Lo importante del análisis de esta adicción, es que mayoritariamente los episodios de violencia que se denuncian, se originan por agresiones realizadas por el denunciado en ocasión del consumo, de un consumo que generalmente se tolera por años y que por motivos puntuales la víctima decide no continuar con la relación y efectúa la denuncia.

El tipo de adicto alcohólico no es una persona que ingirió una vez alcohol y se volvió agresivo, estamos en presencia de un alcohólico consuetudinario que durante toda su relación con la víctima bebió alcohol, con hechos de violencia soportados durante la relación, hechos que en la actualidad y que por un motivo puntual no son más tolerados y denunciados, ergo la gota de alcohol que derramó el vaso y que llevó a realizar la denuncia es un hecho generalmente exógeno a la violencia, ya que ésta la tiene incorporada a su relación durante mucho tiempo.

Mayoritariamente la supuesta víctima realiza la denuncia una vez que los hijos son adolescentes o mayores, o cuando la denunciante se incorpora al mercado laboral donde adquiere otra perspectiva de la vida y otras herramientas que le permiten visualizar su situación.

Durante el plazo de las medidas cautelares, se impone al denunciado la obligación de asistir a un programa de adicción al alcohol, derivado generalmente a Alcohólicos Anónimos, en una terapia que es imposible se realice con resultados favorables en el plazo de las medidas, por lo tanto, el problema sigue instalado en la familia más allá, de todas las medidas tomadas que garanticen la integridad de la víctima ya que, en el contexto

actual es imposible lograr la rehabilitación del adicto en el plazo de las medidas y con un tratamiento acorde a sus necesidades.

Marihuana.

No es visto por los consumidores como una droga, reconociéndose abiertamente y orgullosamente su consumo, adjudicando al mismo cierto carácter legal en razón del nuevo marco normativo que hoy poseemos.

Es la droga de mayor acceso a la población, y es la iniciación para el consumo de otras drogas más duras y más nocivas para las personas.

Si bien no se puede visualizar la incidencia que traerá aparejado el nuevo marco normativo en las audiencias de familia especializada, la transformación de una adicción ilegal en legal no ayudará en los mas mínimo en esta materia.

Pasta Base.

Los consumidores de esta droga, son los que presentan mayores episodios de agresión psicológica y física en materia de violencia doméstica.

La enorme mayoría de los casos responden a personas entre 18 a 30 años, de clase baja, con escasa instrucción, en un contexto familiar de nula contención.

Las denuncias se plantean generalmente ante reclamos de dinero para el consumo o por la venta que realizan los adictos del equipamiento de la vivienda que habita, y generalmente la denuncia es realizada por familiares directos que se ven desbordados por la situación, las que se reiteran en el tiempo.

Cocaína.

Tiene la particularidad que se presenta en personas de ingresos regulares y de un nivel medio y medio alto, en razón del costo de la misma, generando cambios de conductas que inciden en forma negativa en el relacionamiento familiar, que culminan con la denuncia de violencia doméstica.

El deterioro físico y psicológico que generan estas drogas, principalmente la pasta base, es impactante y se percibe la desesperación de la familias que hacen la denuncia y que no encuentran respuestas ciertas dentro del sistema, esperando que la Justicia le otorgue la solución que no encontraron en el sistema mutual, en los centros de tratamientos contra la adicción, dentro de los cuales han transitado sin solución.

Las medidas de protección como el retiro del hogar, las prohibiciones de acercamiento y comunicación y específicamente la obligación de concurrir a un tratamiento contra la

adicción, es visualizado por el denunciado como una sanción o castigo; el denunciado inicia el tratamiento para cumplir con la resolución judicial y no pensando que están obteniendo una oportunidad para iniciar su rehabilitación y recuperar su salud física y síquica y su familia.

La decepción de los familiares por la situación de su hijo, hermano, esposo (a), cuando se le comunica que no está a nuestro alcance la solución, es tal, que incluso piden el levantamiento de las medidas cautelares tomadas en el momento de la audiencia preliminar o con posterioridad.

En este contexto no se logran mantener las medidas por las partes, incidiendo para esta determinación los sentimientos estrechos entre denunciante y denunciado y la constatación de la ineficiencia del Estado para abordar este flagelo.

En una decisión trágica, se prefiere dejar sin efecto la denuncia retomando el círculo de la violencia, a dejar el familiar adicto en situación de vulnerabilidad.

G) Asistencia Médica.

Este dato se obtiene principalmente cuando el denunciante o denunciado deben realizar algún tipo de tratamiento, ya sea impuesto por la Sede o de manera voluntaria.

En indicador del 57% de asistencia mutual privada es consecuencia directa del sistema actual – FONASA- , en el cual los trabajadores optan en primera instancia por este servicio. Lo peculiar, es que una vez ingresado al sistema privado de asistencia mutual no pueden hacer uso de él en razón de los costos que éste demanda; en estos casos frente a la imposibilidad de asistirse en su mutualista, en Salud Pública no puede ser atendidos, ya que se encuentra ingresados en el sistema privado, por lo cual, no pueden realizar los tratamientos que se les indica.

H) Patologías psiquiátricas.

El 30% de los comparecientes poseen una patología psiquiátrica, este resultado se extrae de manifestación de la persona, de la declaración de la parte contraria con prueba de sus dichos, o del equipo técnico de los juzgados de familia especializado cuando se realiza un diagnóstico de situación.

Estas patologías generalmente son utilizadas por los comparecientes para tratar de dem-

ostrar que la contraria no se encuentra en sus cabales, motivo por el cual realiza la denuncia. Lastimosamente la situación de los pacientes psiquiátricos en nuestro país es otro debe del Estado, ya que no existe real contención para los mismos.

La experiencia en cuanto a la internación de una persona psiquiátrica por parte de la sede de Familia Especializada ya sea para compensarla o iniciar el tratamiento es mala, los centros de salud por lo general le realizan una compensación en urgencia y le dan el alta sin más.

I) Antecedentes penales.

El 5% de las personas que comparecen a audiencias de violencia doméstica registran antecedentes judiciales penales, y en la mitad responde a delitos cometidos contra la denunciante en la modalidad de violencia doméstica, lesiones, violencia privada. La otra mitad corresponde a delitos contra la propiedad.

Este indicativo es importante, no solo porque nos muestra el pasado de una persona de manera objetiva, sino porque además, es uno de los indicadores en los que se basan los informes de riesgo para colocar el dispositivo electrónico.

Cuando el Magistrado adopta en forma telefónica las medidas de protección de estilo, debería contar con este elemento para poder tomar la medida acorde a la peligrosidad o no del denunciado y de esta forma, ajustar de acuerdo a ello la medida cautelar a adoptar hasta la audiencia preliminar.

En la actualidad salvo que la víctima lo refiera o por conocimiento informal de la policía, no se conoce esta situación hasta tanto no se remite el parte policial con un resumen de los hechos.

J) Nivel Económico

El nivel económico de los comparecientes es extraído de diferentes indicadores que nos permiten deducir en que situación económica colocamos a las mismas, como ser: presentación en la sede judicial, trabajo, educación, vivienda, ingresos, asistencias sociales, intervenciones estatales. Si bien se puede entender que algunos de ellos presentan cierta subjetividad, en el contexto de la audiencia adquieren un carácter objetivo y por ende confiable.

La presentación de la persona en la propia audiencia y la primera impresión que nos

presentan, condicionan el desarrollo de la misma. Muchas veces la Defensa debe solicitar al Tribunal un breve receso en el transcurso de la misma, para explicarle a su patrocinado cuál es su situación y cuál puede ser el resultado de la audiencia, más allá de haber conversado previamente con la misma. El devenir de la audiencia, el conocimiento de la denuncia, las preguntas que se le realizan, hace que las personas pierdan la compostura, comportamiento que inciden el fallo final.

Tal como lo presenta la muestra, la enorme mayoría de los comparecientes responden a clase baja y media baja, y esto se observa en varios indicadores: en la falta de comprensión del lugar en el cual se encuentran, utilizando modos, lenguajes, gestos e incluso vestimenta, no acordes. Es necesario dejar en claro que no se pretende que las personas comparezcan de smoking o con un vestido de marca, simplemente uno cree, que el sentido común nos dice a todos la forma en la cual debemos comparecer ante cada una de las situaciones que nos plantea la vida social y cultural.

El lenguaje es otro indicador de cultura que se viene degradando día a día, si bien no por hablar bien nuestro idioma español vamos a ser más cultos y mejores personas, va a ser un indicador que estamos ante una persona que a pesar de las limitaciones que puede llegar a tener desde el punto de vista educacional, comprende la situación en la cual se encuentra y se dirige con respeto al Tribunal y demás operadores.

La actitud en los comparecientes a las audiencias es muy variada, encontramos aquellas que piden disculpas por no saber expresarse y aquellas que no le importa ante quién se encuentra ni dónde, presentándose de manera ofuscada reprochando al Juez el motivo de la citación o conducción con calificativos y adjetivos que asombrarían a más de uno y que muchas veces los Magistrados toleran para no agravar la problemática.

Este indicador se encuentra ligado estrechamente al nivel de educación.

K) Utilización de planes sociales.

El 83 % de los comparecientes utiliza los planes sociales del Estado, como son: asignaciones familiares, tarjeta del MIDES, canastas de INDA e Intendencia, arrendamientos subvencionados por gobierno, lo que nos da una pauta y ratifica lo expresado en los ítems anteriores en lo que respecta a la procedencia social de las personas que concurren ante nuestras sedes.

Estos datos surgen del interrogatorio que se les realiza a las personas a efectos de conocer su situación y de esta forma poder implementar las medidas que más se adecuen a la situación familiar.

Un dato relevante, es que estas personas frecuentemente manifiestan preferir continuar trabajando en la informalidad, ya que de otra forma no mantendrían la totalidad de los subsidios.

L) Conocimiento de la ley de Violencia Doméstica.

El 70 % de los comparecientes conocen la ley, y cuando digo conocen la ley lo que realmente saben es que la misma habilita al Juez a una serie de medidas que son las que ella pretende, como ser el retiro del hogar y la fijación de una pensión alimenticia provisoria.

Este “conocimiento” de la ley lo obtienen a través de la prensa, familia y vecinos que pasaron por la misma situación, y se percibe que la víctima se ha ido asesorando y preparando para realizar la denuncia, ya que nos consta que la determinación de efectivizarla conlleva una serie de consecuencias que no todas las/los denunciantes están dispuestos a asumir.

Tanto la parte denunciante como la denunciada que forman parte de este 70%, saben previo a la audiencia de precepto cuales son las consecuencias que puede tener el proceso.

La parte denunciante mayoritariamente comparece a la audiencia preliminar complacida, segura y determinada a mantener las medidas dispuestas por el Magistrado en forma telefónica, siendo además demandante de otras pretensiones, algunas fuera del marco de la ley.

Por el contrario la parte denunciada, comparece a la audiencia indignada, furiosa, incrédula, de su situación.

Estas dos posturas son muy comprensibles, si tomamos en cuenta que la decisión judicial primaria del Magistrado es tomada en forma telefónica, de acuerdo a la información comunicada por el Ministerio de Interior, quien a su vez es quien recoge la denuncia y los descargos, más allá de la cautela que mueve el espíritu de la ley, esta etapa preliminar a la comparecencia judicial, sin lugar a duda es arbitraria y en cierta forma inconstitucional.

Decimos que es arbitraria en la enorme mayoría de los casos, porque hasta la audiencia

preliminar se disponen y restringen derechos, teniendo solamente como fundamento dos elementos netamente subjetivos, la denuncia oral de la supuesta víctima y la transmisión que hace el funcionario del Ministerio del Interior al Magistrado.

También decimos que es inconstitucional este proceso previo, porque en base a la denuncia que realiza una parte sin mediar ningún tipo de pruebas -a no ser que presenten lesiones- se restringen y resuelven en forma telefónica derechos individuales fundamentales previstos en nuestra carta magna y en diferentes cuerpos normativos supra-nacionales.

Al comparecer a la audiencia preliminar, el Magistrado puede obtener otros medios de prueba para corroborar o no la denuncia, informe forense, equipo multidisciplinario, registros telefónicos, testigos, y resuelve de conformidad a ello.

El restante 30%, o no conoce la ley o no le interesa, perteneciendo a los extractos más bajos de la sociedad y particularmente no ponen reparos a las medidas que se le impongan.

M) Violencia doméstica entre las parejas o demás integrantes de la familia.

La ley 17514 realiza una enumeración taxativa de en qué situaciones se configura.

La inmensa mayoría de los casos responde a denuncias realizadas por parejas o ex parejas ya sean matrimonios o uniones libres en el más amplio concepto, abarcando el 90% de las denuncias. En esta categoría se interponen denuncias que abarcan las más diversas casuísticas no predominando uno sobre otras.

El restante 10% responde principalmente a denuncias realizadas por padres a sus hijos y está vinculado a consumo problemático de sustancias psico-activas.

Si bien se configura en estas denuncias una real situación de violencia, lo que buscan los denunciados, que generalmente son los padres, es que la Sede le confiera la solución que las demás instituciones no le ha podido dar. Llegan a estos Juzgados luego de transitar por un largo y penoso camino por el sistema mutual, ONG, clínicas y ven al sistema judicial como su última esperanza.

En esta casuística se presenta la violencia como una consecuencia de la adicción y en estos casos los denunciados generalmente no pretenden que se tomen las medidas cautelares de

retiro y prohibiciones, porque son conscientes que esa situación agravaría la situación de su hijo, y a pesar del infierno que viven en el ámbito doméstico, sobresalen los sentimientos y prefieren en muchos casos que no se adopten estas medidas.

Lo que reclaman los denunciantes en la situación presente, es que se les imponga un tratamiento en forma obligatorio y en la modalidad de internación. Como ustedes conocerán se puede imponer la obligatoriedad a un tratamiento por el término que se establezcan las medidas, lo que no puede hacer el Magistrado es disponer la internación sin un informe pericial que así lo indique.

La realidad nos indica, como se expresó anteriormente, que los tratamientos ambulatorios por el término de las medidas no son efectivos, esto se corrobora en la audiencia evaluatoria o por una nueva denuncia.

En lo que refiere a la internación compulsiva, rara vez es indicada, incluso en oportunidades que realmente se aprecia un consumo muy problemático que puede incluso llegar a poner en peligro su integridad o la de los demás, se los deriva a la urgencia de los centros psiquiátricos públicos especializados donde son atendidos, compensados y dados de alta. Por lo tanto, si no hay voluntad de realizar un tratamiento contra las adicciones con internación en forma voluntaria es muy difícil que así ocurra.

LL) Edad de los comparecientes.

Como ya se refirió anteriormente, los episodios de violencia doméstica denunciados no responden a un hecho aislado sino a reiteradas situaciones en el tiempo, que por motivos exógenos la persona decide efectivizar en un momento determinado; y uno de esas circunstancias está ligado a la edad.

En cierta etapa madura de la vida, se puede apreciar que las personas ya no toleran más una violencia prolongada en el tiempo y deciden realizar la denuncia, y esto se debe a múltiples factores como son: la edad de los hijos, la independencia económica producto del ingreso al mercado laboral, apoyo y asesoramiento de instituciones sociales que en definitiva llevan a cortar con la dependencia que hasta entonces tenía con su pareja. Tan pensada y meditada es la denuncia, que mayormente los hechos violentos más graves se registraron en el pasado y actualmente se denuncia un hecho que puede considerarse menor si se toman aisladamente.

Este es uno de los fundamentos por el cual las personas maduras de 41 a 50 años ocupan el 35% de las denuncias de violencia doméstica.

Las denuncias presentadas por el primer sector etéreo, responden a denuncias puntuales, concretas y que no registran antecedentes y en un porcentaje considerable cuando los hechos no son graves, retoman la relación incluso ante del vencimiento de las medidas cautelares.

En todos los casos, lo que se puede apreciar por parte de las personas que comparecen al Juzgado, es que existe una cierta tolerancia a determinadas conductas violentas, principalmente la violencia verbal, no visualizando como graves determinadas actitudes que consideran naturales y que son netamente repudiables.

Quizás los comportamientos violentos están ganando la pulseada y hace que cada día nos acostumbremos más a ella, tomándola de manera natural, no solo en esta materia, sino también en la sociedad de la que formamos parte y es por ello que no se registran como comportamientos violentos ciertas conductas asumidas por las personas .

CONCLUSIONES.

Las conclusiones se extraen luego de combinar el resultado de las variables, a lo cual se le adiciona una percepción que trata de ser objetiva otorgada por muchos años de ejercicio profesional, las conclusiones no pretenden ser una verdad revelada, pero sí creo que aporta al debate y éste es importante, en una materia que no es, ni reconocida ni contemplada de manera académica a pesar del impacto social que la misma representa.

Una primera pregunta relevante que nos debemos hacer es: ¿la Ley 17514 luego de más de 10 años de aplicación mitigó o terminó con la violencia doméstica en el Uruguay?, la respuesta es sencilla y contundente, ni terminó ni mitigó la violencia doméstica en nuestro país, es más, de acuerdo a las estadísticas oficiales se han incrementado las denuncias . Inmediatamente surge otra interrogante ¿cuál es el motivo del incremento de las denuncias?; y el motivo a mi entender es muy claro, estamos ante un problema social y no un problema jurídico.

La operadores jurídicos únicamente podemos aplicar la ley y esto implica la adopción de medidas cautelares por un plazo menguado, en el marco de la ley podemos emparchar

una situación familiar dando una respuesta limitada, la que no es acompañada por un desarrollo de políticas sociales que combatan el origen de la violencia doméstica.

A vía de ejemplo, se impone como medida cautelar el retiro del denunciado con las prohibiciones de acercamiento y comunicación y la víctima permanece en el hogar con sus hijos, en la medida que el Estado por intermedio de una nueva ley no contemple la forma en la cual apoyará a esta familia desde el punto de vista económico, no podrá sostenerse el retiro ya que no será capaz de alimentar a sus hijos y hacer frente a todos los gastos que implica un hogar, porque la pensión que se pueda llegar a fijar al denunciado no cubre las necesidades elementales.

Esto trae aparejado en la enorme mayoría de los casos el regreso del denunciado al hogar pedido por la víctima, regreso “triumfal” que lo coloca en una situación de dominación total y que implica que continuará ejerciendo violencia doméstica.

No se está pensando en proporcionar una ayuda económica permanente a la víctima, pero sí por ejemplo el exonerar a la misma de los insumos esenciales que brinda el Estado (UTE , Ose, etc) por el término de las medidas, exoneraciones fundadas en informes periciales y eso debe de estar contemplado en una ley de violencia doméstica o de genero que realice un abordaje integran de todos los temas.

El apoyo psicológico que se les brinda a las víctimas es importante aunque debe mejorarse, pero debe ir acompañado de un apoyo económico –como expresamos-, social y cultural. Si bien queda claro la primer interrogante, es necesario realizar otra menos ambiciosa, ¿cuál es la contribución de la ley 17514 de Violencia Doméstica?, podemos extraer contribuciones positivas y aspectos negativos.

La contribución más importante es el acceso a la justicia civil de todas aquellas personas que se entienden víctimas de violencia doméstica, que hasta ese entonces no contaban con un marco normativo, excepto el marco penal establecido principalmente en el art . 321 bis del Código Penal.

El aspecto negativo, es que esta ley es mal utilizada para obtener pretensiones que requieren de un proceso preestablecido y en razón de la celeridad de la respuesta judicial optan por saltarse el proceso ordinario y realizar una denuncia de violencia doméstica. Esta situación se percibe en las pretensiones manifestadas por las víctimas en las audi-

encias y en sus letrados quienes pretenden resolver toda la problemática familiar en una audiencia sumaria.

Es muy común que entre las parejas separadas y con hijos menores, unos de los aspectos que dispara un número importante de denuncias, son los desencuentros motivados por dificultades en el sistema en el cual se realizan las visitas de los hijos, en lugar de conversar sobre el desencuentro o iniciar un régimen de visitas que contemplen los requerimientos de las partes, optan por hacer en forma inmediata la denuncia de violencia doméstica con el objetivo manifiesto que la sede establezca un régimen de visitas provisorio, abusando de la ley 17514 y tomando un camino procesal que no es correcto, poniendo en funcionamiento el mecanismo de urgencia en materia de familia .

Otro aspecto muy importante a analizar, es la denuncia de violencia doméstica que además de solicitar las prohibiciones de acercamiento y comunicación, tiene como objetivo principal la pretensión de retiro de hogar del denunciado. Existen casos en los cuales la solicitud de retiro del art. 10 num. 1 de la 17514 se encuentra plenamente justificado, pero existen otros casos que se utiliza la denuncia para terminar con una relación que no se quiere continuar y se pretende terminar, y sin pruebas objetivas y teniendo únicamente como prueba la declaración de la supuesta víctima se resuelve por la Sede el retiro del denunciado sin más. Es una maniobra utilizada a menudo, para retirar a una persona de su domicilio, vulnerando una serie de derechos constitucionales y legales del denunciado, quién no puede hacer otra cosa que recurrir procesalmente el retiro con efecto diferido y soportar esa arbitrariedad legal.

El Tribunal ante este tipo de situaciones se encuentra embretado, ya que tiene en sus manos una denuncia de violencia doméstica y dos campanas opuestas con versiones contradictorias, y la ley lo habilita para adoptar las medidas a aquella persona que se presenta como víctima. Algunos Magistrados previo a la disposición del retiro del hogar, solicita al equipo técnico un informe de riesgo, el cual debe pronunciarse sobre la conveniencia o no del retiro, informe que es realizado por los peritos en una sola entrevista y con un tiempo limitado debido al exceso de trabajo que poseen.

A nuestro entender y relacionado con el tema precedente en lo que respecta a una ley integral de violencia doméstica, cuando se dispone el retiro, a efectos de mitigar los efectos de la resolución judicial, es necesario que a la persona que se retira del hogar por disposición judicial se le adjudique un alojamiento temporal por parte del Estado (una semana por

ejemplo), a efectos que pueda recomponer con mayor tranquilidad su vida rutinaria luego de haber pasado por esa penosa situación del retiro, más allá que el mismo sea justificado o no; esta solución no sólo concede al retirado una solución habitacional temporaria, sino que también contribuye a la evolución positiva de este proceso de violencia doméstica, ya que, indudablemente la situación emocional del retirado será otra y por ende la tranquilidad que esto implica se trasladará al proceso en trámite, generando además directamente tranquilidad a la víctima.

Esta ley tiene presente principalmente los derechos de la víctima, y se toman las medidas cautelares, sin reparar que ellas, en oportunidades, vulneran derechos inherentes a la persona los que se encuentran contemplados en la carta magna y que a mí modo de ver podrían registrar ciertas rasgos de inconstitucionalidad, por lo tanto entendemos que el retiro dispuesto como medida cautelar debe estar reglamentado, con un protocolo de actuación para el caso que se instrumente a efectos de no vulnerar los derechos de ninguna de las dos partes.

Recientemente se tomó conocimiento, que una ONG en convenio, con el MIDES, posee unas viviendas en las cuales alojan a personas que realizaron la denuncia de violencia doméstica y optan por retirarse del hogar, con la particularidad, que es secreto el lugar donde se encuentra la supuesta víctima, tan secreto es, que no se lo informan ni siquiera al Juez de la causa, teniendo al parecer un protocolo muy estricto; ergo, de la misma forma que se contemplan los derechos de víctima, de igual forma el Estado debe contemplar los derechos del denunciado haciendo gala del principio de igualdad establecido en el art 8 de nuestra constitución.

Otra falencia de la ley 17514, es que si bien se pretende dejar al margen la situación de los hijos para no involucrarlos en las dificultades de sus progenitores, esto es una ilusión que escapa a la realidad, porque aunque directamente no fueron víctimas de violencia doméstica, en los hechos son víctimas silenciosas de violencia doméstica, son testigos presenciales de conductas violentas entre sus padres que determinaran su comportamiento futuro sino se aplican planes de asistencia terapéutica.

Definitivamente creo que es importante contemplar la situación de los niños, no haciéndolos comparecer a la audiencia a declarar como testigos privilegiados, sino brindándoles asistencia terapéutica para poder superar esa situación y es por ello que no puede estar ajena al marco de la ley.

Otro tema de importancia es analizar si los casos de violencia doméstica que se presentan en los Juzgados de Justicia Especializada, es un tema que abarca todos los extractos sociales o sólo algunos de ellos.

Categoricamente, la mayoría de las denuncias de violencia doméstica que se judicializan, responden a personas de clase media baja y baja, y responden generalmente a denuncias que circunscriptas a violencia física y psicológica correspondientes al 90 % del total de casos y el restante porcentaje de 10 % corresponde a personas de clase media y media alta, a la que se le adiciona además del contenido físico y psicológico, una violencia patrimonial directa o indirecta.

Con esta primera valoración no se quiere significar que no exista violencia doméstica en los estratos sociales más altos, sino, que la misma no se judicializa, ya sea por poseer otras alternativas de solución del conflicto o por evitar la exposición que este tipo de proceso pueda llegar a tener.

Este primer planteo se entiende importante, porque existe una creencia generalizada que la violencia doméstica no distingue de clases sociales y esta premisa es parcialmente correcta, seguramente es un problema social que comprende todo los extractos, no obstante ello, los procesos que se ventilan ante la Justicia son promovidos principalmente por personas de clase media baja y baja.

Esta afirmación es fundada en el relevamiento realizado de los expedientes de violencia doméstica, tomando como indicadores de los denunciantes y denunciados, elementos objetivos que permiten colocar a las personas en cada uno de los extractos sociales indicados (alta, media, media baja y baja), como lo son : trabajo, calidad de propietario de la vivienda, vivienda arrendada—precio, ofrecimiento de pensión a los hijos de la pareja, sistema mutual, alhijamiento casa, educación, barrio en el cual residen, utilización de beneficios sociales, asistencia por abogado privado-público.

Seguramente se presentan a diario episodios de violencia doméstica en las clases medias y altas, lo que es claro que no llegan ante los Juzgados de Familia Especializado, encontrando tal vez otros mecanismos de solución ajenos a lo órbita judicial, algo a estudiar.

Para finalizar, se concluye que es necesario mejorar la ley, implementando mecanismos ausentes ya relacionados en este ensayo que nos lleven a proteger los derechos de ambas partes y brindar una resolución integral y multidisciplinaria del problema.

Con la multiplicación de Juzgados de Violencia Doméstica y de operadores no vamos a resolver el tema, hay que apuntar a la educación de los niños en esta problemática, dictando clases de manera curricular, en las cuales se enseñen normas de buena convivencia, que incluyan los valores sociales, derechos y obligaciones de las personas y el respeto por el otro.

