

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

53



XX aniversario del Programa Derechos Humanos de las Mujeres
Enero-Junio 2011

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


Embajada Real de
Dinamarca


REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2011, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito del IIDH.
Coordinación editorial, corrección de estilo y diagramación: Marisol Molestina.

Portada y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía Lara Segura & Asoc.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 35 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre de la persona autora o compiladora; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de las personas autoras.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, la persona autora indicará los datos que permitan su fácil localización (No. de fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Índice

Presentación.....7

Roberto Cuéllar M.

20 años y seguimos caminando. Un recorrido histórico del Programa de Derechos Humanos de las Mujeres del IIDH
Gabriela Arguedas 11

Temas en acceso a la justicia de las mujeres: perspectivas generales

Acceso a la justicia de las mujeres... el laberinto androcéntrico del derecho..... 35
Roxana Arroyo Vargas

Acceso a la justicia de las mujeres en situación de pobreza en América Latina y el Caribe..... 63
María del Luján Flores

La violencia contra la mujer. Entre lo público y lo privado..... 77
Santiago Massolo

Medidas contra la impunidad en el contexto de la violencia de género..... 103
Eduardo Meier García

Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José..... 141
Enzamaría Tramontana

Temas en acceso a la justicia de las mujeres: situaciones específicas

Con las carriolas vacías: la maternidad impedida y cuestionada. Mujeres calificadas como “malas madres” por el Estado..... 185
Edith Carrillo Hernández

La judicialización de la violencia sexual en el conflicto armado en Perú: a propósito de los recientes estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH..... 213
Gisela Astocondor Salazar, Andrea Ofracio Serna y Tania Raico Gallardo

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 53 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2011, dedicado en esta ocasión a la conmemoración del veinte aniversario del Programa Derechos Humanos de las Mujeres. Partiendo del marco general del IIDH –promover y fortalecer el respeto de los derechos humanos en el marco del Sistema Interamericano–, el Programa desempeña un rol fundamental en el análisis de la especificidad de los derechos de las mujeres, subrayando a la vez el enfoque de género y la integralidad de los derechos humanos.

En el siglo XX se lograron importantes cambios políticos, económicos y socioculturales orientados a sociedades más justas e igualitarias para las personas, la ciudadanía y los derechos humanos de la gente. Sin embargo, falta mucho camino por recorrer para disminuir la brecha entre la igualdad formal y la igualdad real. IIDH reconoce hoy el innegable avance regional en la aplicación de los instrumentos internacionales de protección específica para las mujeres –la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará)–. A la vez, hoy el IIDH enfatiza en que aún no se han resuelto una serie de problemáticas específicas que impiden la erradicación de la violencia contra las mujeres y que obstruyen el acceso a la justicia y el ejercicio pleno de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Con esta edición 53 de su revista académica, el IIDH celebra la trayectoria del Programa Derechos Humanos de las Mujeres, renovando el interés por fomentar la discusión de este tema de trascendental relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los desafíos que en esta materia supone el actual contexto regional e internacional, apuntando a que todas y todos los actores comprendan los factores históricos y conozcan los nuevos elementos en el panorama de los derechos humanos de las mujeres.

Durante veinte años, desde IIDH, atestiguamos el proceso de universalización de los derechos de las mujeres en las Américas. Desde que la ex directora y ahora presidenta de IIDH, Sonia Picado Sotela lo fundó dentro de la entidad, a partir de 1991 las coordinadoras (Laura Guzmán Stein, Gilda Pacheco Oreamuno, Line Bareiro e Isabel Torres), forjaron la filosofía programática orientada a la atenta escucha de las demandas y aspiraciones feministas; a la protección legal y respaldo de las organizaciones civiles que representaron sus derechos; al fomento de cumplimiento de las sentencias y decisiones de la Corte IDH y de la CIDH; y a la judicialización de las luchas del movimiento mundialista de derechos humanos más relevante del siglo XX. El desafío fue perdurar con tenacidad y empeño, aún a riesgo del rechazo al Programa IIDH, por grupos políticos y antifeministas que cuestionan la palabra liberadora de las mujeres, y que menosprecian el derecho a decidir y a forjar ciudadanía activa y realmente en igualdades sociales y políticas. Nuestro programa nunca jamás le tuvo miedo al ambiente de temor causado por ese denigrante sentimiento de rechazo y de autoritarismo cultural tan machista y arraigado en nuestra región. A lo largo del período conmemorado, respetamos siempre la valerosa pelea de muchas mujeres en condiciones desiguales que en medio de la división social y del enfrentamiento lo hicieron sin respaldo ni apoyo suficiente en las instituciones y en los partidos políticos. Ahora el Programa avanza hacia los derechos de las mujeres en condiciones sociales muy relegadas y que en zonas deprimidas sufren críticamente el impacto de la violencia en toda manifestación criminal.

En ese sentido de conmemoración, la Revista IIDH ha recibido los aportes de siete autores y autoras que desde diferentes ámbitos se relacionan con la materia: algunos desde la academia, otras desde la práctica cotidiana de su quehacer profesional y de protección de derechos humanos. Rescata así la importancia de dar voz y espacio a la diversidad de personas que construyen diariamente el significado y alcances de los derechos humanos.

La presente edición de la Revista IIDH está dividida en dos secciones: *Temas en acceso a la justicia de las mujeres: perspectivas generales*, y *Temas en acceso a la justicia de las mujeres: situaciones específicas*. Inicia, sin embargo, con el trabajo de Gabriela Arguedas (Costa Rica), quien a encargo del Programa se dio a la tarea de reconstruir lo recorrido durante veinte años de existencia y de promoción en las Américas.

En la primera sección se han incluido cinco artículos. El primero, *Acceso a la justicia de las mujeres... el laberinto androcéntrico del derecho*, de Roxana Arroyo Vargas (Costa Rica), analiza la perspectiva que ha fundamentado el derecho al acceso a la justicia, negando e invisibilizando a las mujeres como sujetos. Le sigue *Acceso a la justicia de las mujeres en situación de pobreza en América Latina y el Caribe*, de María del Luján Flores (Uruguay), quien nos presenta la ruta recorrida por el Sistema Interamericano para lograr el objetivo de un real y efectivo acceso a la justicia de las mujeres en el Continente, especialmente de aquellas en situación de pobreza. Santiago Massolo (Argentina), autor de *La violencia contra la mujer. Entre lo público y lo privado*, nos ofrece una interesante mirada a la dicotomía público/privado y a su efecto sobre la violencia contra las mujeres, cuestionando la posición conservadora de que el ámbito doméstico no es susceptible a la intervención estatal. El cuarto artículo, *Medidas contra la impunidad en el contexto de la violencia de género*, de Eduardo Meier García (Venezuela), analiza la sentencia del Caso González y otras vs. México, “Campo algodonero”, caso emblemático que permitió a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos concretar jurisprudencialmente la guía para que los Estados miembros de la OEA cumplan con las diversas obligaciones relacionadas a la igualdad de género. Finaliza esta sección con el aporte de Enzamaria Tramontana (Italia), *Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José*.

La segunda sección incluye dos artículos. Por un lado, Edith Carrillo Hernández (México) nos ofrece con su trabajo, *Con las carriolas vacías: la maternidad impedida y cuestionada. Mujeres calificadas como “malas madres” por el Estado*, el estudio de un caso de discriminación contra las mujeres en el estado de Jalisco. Por el otro, Gisela Astocondór Salazar, Andrea Ofracio Serna y Tania Raico Gallardo, (Perú), presentan en su artículo *La judicialización de la violencia sexual en el conflicto armado en Perú: a propósito de los recientes estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH*, una revisión de los procesos en vía judicial de violencia sexual contra las mujeres, en el marco del conflicto armado peruano (1980-200), que han revictimizado a las mujeres, han sido poco o nada género-

sensitivos frente a su experiencia y no han cumplido con los parámetros de debida diligencia correspondientes.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH.

La educación en derechos humanos se caracteriza por formar, desde la primera edad escolar, a niñas y niños más libres y respetuosas de la otredad; por forjar ciudadanía más leal a la justicia y solidaria ante la desigualdad. El enfoque de género en el Marco Curricular (2007), aprobado por la OEA a propuesta de IIDH, permite mejorar el sistema y el ejercicio de derechos ante la todavía cruda realidad de la discriminación y del rechazo a los derechos de las mujeres.

Hoy el Programa del IIDH, a cargo de Rose Mary Madden y colegas, avanza a la educación y la justicia, a la participación y judicialización de los derechos feministas en que lo fundamental es que a nadie le extrañará esas rutas ineludibles que corresponden a los derechos de las mujeres en desigualdades y en extrema pobreza, y que son realmente víctimas de violencia personal y de violencia sexual; de violencia migratoria y violencia estructural. Hay mucho orgullo y modestia en estos aciertos y logros del Programa hoy y a lo largo de esta historia. Ahora, en IIDH, a pesar de las limitaciones y quebrantos que caracterizan esta época crítica y atípica, nuestro enfoque y obra educativa, nuestro respaldo a la Corte IDH y la CIDH, nuestra cercanía con las ONGs corresponde a un esquema de promoción más activa y de abogacía para el cambio a los derechos específicos de las mujeres que luchan por la misma historia de las gestas feministas en las Américas.

Aprovecho la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, que con sus aportes académicos y contribuciones hacen realizable la labor del IIDH.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo, IIDH

20 años y seguimos caminando. Un recorrido histórico del Programa de Derechos Humanos de las Mujeres del IIDH*

*Gabriela Arguedas Ramírez***

Introducción

En el año 2010 el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) cumplió 30 años al servicio de la promoción y educación en derechos humanos, una función vital para el fortalecimiento de las democracias y para el alcance de una vida digna en todos los países del Continente. El Programa de Derechos Humanos de las Mujeres cumple este año 2011 su vigésimo aniversario. Como vemos, al cierre de su primera década de existencia, el IIDH dio un paso vanguardista en el entendimiento de lo que son y el alcance que tienen los derechos humanos al abrir el proyecto que luego se convertiría en lo que hoy es este Programa.

Esta institución, querida en todo el Continente americano por su incansable labor y su compromiso con la justicia, la igualdad y el bien común, acumula una historia nutrida de retos, triunfos y aprendizajes, que es preciso mantener presente en todo momento como fuente consejera en este devenir que no acaba sino que se transforma y se renueva. La historia de organizaciones como el IIDH permite poner en perspectiva los retos que seguimos afrontando para garantizar

* Este artículo está basado en entrevistas que la autora realizó con Alda Facio (octubre de 2010), Sonia Picado (mayo de 2011), José Thompson (octubre de 2010) e Isabel Torres (setiembre de 2010), y en los siguientes documentos del IIDH: Informe al Consejo Directivo del Sr. Roberto Cuéllar, Director Ejecutivo (2001); Informe de la Dirección Ejecutiva al Consejo Directivo (1991); Programa Mujer y Derechos Humanos. Programación estratégica. Periodo 1991-1995 (1991).

** Consultora del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en temas de género y derechos humanos de las mujeres.

y proteger los derechos humanos, ante las particularidades de cada coyuntura social y política que atravesemos en nuestros países.

Y en ese proceso de recuperar la historia y conservarla viva para el fortalecimiento de las bases mismas sobre las que hoy se asienta el IIDH, presentamos acá un recuento de los esfuerzos que permitieron el inicio del Programa de Derechos Humanos de las Mujeres y una recuperación de sus más notables logros, así como de los retos identificados en el presente y el futuro próximo.

Un largo camino ha sido recorrido desde que surgieron los primeros reclamos y exigencias, de mujeres y organizaciones feministas, por un reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos. Y sin lugar a dudas, se han sido alcanzadas considerables mejoras en cuanto al discurso, la doctrina y la garantía de cumplimiento de los derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, aún no se ha llegado al final del camino. Persisten múltiples formas en las que opera la discriminación contra las mujeres. Tanto en el ámbito de la vida social, como en el plano de la institucionalidad del Estado, los prejuicios y las desigualdades basadas en la condición de género siguen existiendo y menoscabando la vida de las mujeres. Y si bien existen hoy instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que contienen una direccionalidad y especificidad de género, la aplicación oportuna de esas normas sigue siendo un compromiso de cumplimiento pendiente en muchos casos.

La creación del Programa respondió a esa visión crítica y propositiva respecto de los derechos humanos como herramienta para combatir la injusticia y la desigualdad, para asegurar el respeto por la dignidad y la vida de las mujeres y, en última instancia, como instrumento para el fortalecimiento de la vida democrática. Su trayectoria nos demuestra que cuando se unen la voluntad política, la claridad conceptual y el compromiso ético por una sociedad justa, las transformaciones sociales a las que aspiramos son alcanzables.

La construcción de pensamiento, la gestión de información, la educación constante, el debate, el fortalecimiento de capacidades individuales, organizacionales e institucionales, el trabajo basado

en estrategias claras de largo alcance y las alianzas estratégicas, son aspectos fundamentales que han determinado el éxito conseguido por el Programa, a través de las diversas etapas por las que ha pasado, bajo los distintos liderazgos que lo han hecho crecer.

El origen

El Programa Mujer y Derechos Humanos inició sus actividades en enero de 1991 como culminación de un conjunto de esfuerzos desplegados por el IIDH para tratar del tema de la discriminación sexual y los derechos de la mujer.

El Programa se propone incorporar a la temática de los derechos humanos, las violaciones que sufren las mujeres por su condición de mujer. Preocupa el hecho de que más de la mitad de la población mundial es objeto de discriminación sistemática, tortura, mutilaciones, hambre y pobreza, humillación, asedio y hasta asesinato, por el hecho de ser mujer.

IIDH, Programa Mujer y Derechos Humanos, Programación estratégica, período 1991-1995, San José, Costa Rica

El IIDH, desde varios años antes de la conformación del Programa especializado en derechos humanos de las mujeres, venía reservando un espacio para el tratamiento de la discriminación sexual en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos. Asimismo, la temática de la discriminación sexual fue tratada en algunas de sus publicaciones y actividades de promoción. Sin embargo, las reflexiones y demandas concretas que ponen de manifiesto las organizaciones de mujeres, con relación a los derechos humanos, funcionan como catalizador para que el IIDH se plantee la necesidad de prestar una atención sistemática y permanente a las necesidades de las mujeres en el campo de los derechos humanos.

La puerta de entrada para discutir la problemática de las mujeres en relación a los derechos humanos fue el programa de Educación en Derechos Humanos, a mediados de la década de los 80. Alda Facio entró a trabajar en ese programa y al poco tiempo puso de manifiesto su preocupación por el sesgo androcéntrico imperante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sonia Picado, como Directora Ejecutiva del IIDH, ya había dado muestras de

compartir esa inquietud. Fue por su iniciativa que se incorporó desde esas épocas, el tema de los derechos humanos y la mujer (como se decía en esos días) en el programa del Curso Interdisciplinario del IIDH, que se realiza todos los años. Sin embargo, al inicio hubo una enorme resistencia, tanto así que incluso los y las participantes en los primeros cursos interdisciplinarios que contaban con el capítulo sobre las mujeres y los derechos humanos, mostraron su disconformidad con ese abordaje, impidiendo que las mujeres pudieran hablar, haciendo ruidos y zapateando. Para fustigar este tipo de situaciones, Sonia Picado optó por invalidar el curso a aquellas personas que cometieran actos agresivos y misóginos como esos.

No obstante, tal y como nos narra Alda Facio, la mayoría de las personas en el ámbito de los derechos humanos consideraba la discriminación contra las mujeres como un mal menor, y una mirada crítica, desde una perspectiva feminista, hacia la doctrina de los derechos humanos no era bien recibida.

Desde la óptica de José Thompson, compartida por quienes estuvieron en los albores del Programa de Derechos Humanos de las Mujeres, al principio, dentro del mismo grupo de estudiantes que participaban del Curso Interdisciplinario, existía una profunda resistencia a discutir sobre esta problemática. Incluso, Thompson narra una anécdota que nos permite visualizar hasta qué punto existía una idea férrea de que los derechos humanos pertenecían al terreno de lo público, y que las problemáticas de las mujeres se ubicaban en el mundo privado exclusivamente. La anécdota trata de una intervención que una estudiante en el Curso Interdisciplinario (no se sabe exactamente la fecha, pero podría ser 1986) realizó, intentando poner en cuestión las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, pero el ruido que muchos de sus compañeros hizo, incluyendo silbidos y frases descalificadoras, impidió que ella pudiera continuar. Ante esta situación Sonia Picado intervino desde la mesa principal, exigiendo silencio y respeto para la participante. No obstante, ya esas medidas intimidatorias habían surtido efecto y la estudiante no pudo terminar su intervención con suficiente claridad. Estos hechos, hoy casi imposibles de imaginar, nos demuestran cuán difícil era el panorama

y cuántos obstáculos existían para ubicar los derechos de las mujeres en el mapa de los derechos humanos.

En todo caso, vemos como el IIDH, desde varios años antes de la conformación del Programa en Derechos Humanos de las Mujeres, venía reservando un espacio para el tratamiento de la discriminación sexual en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos. Asimismo, la temática de la discriminación sexual fue tratada en algunas de sus publicaciones y actividades de promoción. Sin embargo, la reflexión y la necesidad que ponen de manifiesto las organizaciones de mujeres, con relación a los derechos humanos, le plante al IIDH la necesidad de prestar una atención sistemática y permanente a las necesidades de las mujeres en el campo de los derechos humanos

Dos de los antecedentes coyunturales más importantes ocurrieron en 1988, cuando se llevaron a cabo dos eventos a nivel latinoamericano sobre “Mujer y derecho” en Bogotá, Colombia y Managua, Nicaragua. En ambos, las 500 mujeres participantes, que representaban a más de 100 organizaciones del Continente, expresaron que, a pesar de que el discurso formal de los derechos humanos se fundamenta en el compromiso moral con la dignidad e igualdad de las personas, en la práctica se ha desatendido la situación particular que enfrenta la mujer. Decidieron entonces que a partir del 8 de marzo de 1989 las organizaciones ahí representadas darían a conocer la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y solicitarían a la Organización de Naciones Unidas (ONU) y otros organismos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos humanos, la inclusión en sus políticas de un abordaje específico sobre la violación de los derechos humanos de las mujeres.

Por otro lado, desde finales de los años 80, Alda Facio impulsó en el IIDH, con el apoyo de Sonia Picado, las primeras capacitaciones relativas a los derechos humanos y la situación de discriminación contra las mujeres en los diversos ámbitos de la sociedad. En 1988 el IIDH le solicita a Alda Facio la elaboración de un proyecto que sirva como base para la creación de un programa de derechos humanos

y mujeres, para lo cual organizó una reunión internacional con feministas expertas en derechos humanos y con conocimiento de la situación general de las mujeres en la región.

Según consta en el informe que Alda Facio presentó en el año 1989, el 12 de octubre de 1988, en la sede del IIDH, tuvo lugar una reunión preparatoria para lo que luego sería la Reunión de Trabajo sobre Mujer y Derechos Humanos. En esta reunión preparatoria participaron Sonia Picado, Elizabeth Odio, Margaret Schuler, Joseph Thompson y Alda Facio.

Revisando las conclusiones a las que llegaron en esa oportunidad, podemos resumir que los puntos más relevantes de la discusión fueron los siguientes:

- La necesidad de instaurar un programa de capacitación especializado en derechos humanos, desde una perspectiva que incorpore las realidades diversas que viven las mujeres, haciendo énfasis en las formas en que la sociedad reproduce la subordinación y opresión de las mujeres. Las múltiples oficinas, grupos y organizaciones no gubernamentales que se dedican a la defensa y promoción de las mujeres en América Latina no han logrado que se cumpla con la aplicación de las normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.
- Se llega a la conclusión de que estas organizaciones tienen un conocimiento muy limitado de esta normativa y que esa debilidad debe ser abordada con prontitud, pues es un factor de gran importancia para el desempeño exitoso de sus labores. Así, llegan al acuerdo de que un programa de capacitación en derechos humanos en estos términos no sería una reiteración del trabajo que otras organizaciones e instituciones están llevando a cabo. Además toman en consideración que los organismos de protección internacional dirigidos a la no discriminación contra las mujeres tienen un mandato restringido y un campo de acción aún más estrecho.
- Ponen en evidencia que existe un vacío considerable en materia de investigaciones sobre la filosofía y normativa de los instrumentos

internacionales de derechos humanos y su impacto en la protección (o desprotección) de los derechos de las mujeres. De tal forma que una investigación y análisis desde la perspectiva de las mujeres sobre lo que significan y han significado los derechos humanos, podría formar la primera fase de lo que sería *a posteriori* un programa permanente de mujer y derechos humanos dentro del IIDH.

- Se discutió, a su vez, la existencia de figuras que conceptualmente podrían considerarse delitos o violaciones de derechos humanos pero que, en razón de afectar únicamente a las mujeres, no se encuentran expresamente incluidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Como ejemplos citaron la violencia doméstica, la mutilación genital, la violación sexual en custodia, el infanticidio femenino, la experimentación de drogas anticonceptivas no suficientemente comprobadas, etc.

Finalmente propusieron una reunión de trabajo, que sería en febrero o marzo de 1989, con el objetivo básico de

Iniciar la relectura de las normas internacionales desde una perspectiva de género, analizar la desprotección que la mujer sufre por institutos culturalmente consolidados presentes en las convenciones y declaraciones de los derechos humanos, y formular recomendaciones y propuestas concretas para la implementación de un Programa de Mujer y Derechos Humanos dentro del IIDH.

Esa reunión con expertas, convocada por el IIDH, tomó lugar los días 27 y 28 de febrero y 1 de marzo de 1989, bajo la coordinación de Alda Facio. Participaron Sonia Picado, Sara Scharratt, Barbara Stob, Margaret Schuler, Silvia Pimentel, Yadira Calvo, Elizabeth Odio, Cora Ferro, Ligia Martín, Carmen González y Leda Trejos. Se hizo en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahí realizaron un análisis crítico de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, así como del androcentrismo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los fenómenos de discriminación con base en el género y el principio de igualdad, así como la perpetuación de la subordinación de las mujeres a través del ejercicio del poder y el uso del lenguaje. Este

evento concluyó con una propuesta de anteproyecto para constituir el Programa Mujer y Derechos Humanos.

Como podemos ver en la siguiente cita, el primer gran paso que se dio en este camino hacia la inclusión y visibilización de los derechos de las mujeres como derechos humanos fue lograr el reconocimiento de un sesgo androcéntrico en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

El análisis y relectura de los instrumentos y mecanismos internacionales de derechos humanos indica que son pocos los derechos de las mujeres que han sido incluidos, y que aún quedan áreas que subordinan los intereses de la mujer a los del hombre o al “bien común” o social. (IIDH, 1991)

El siguiente paso, de gran valor significativo, es la propuesta de una metodología de trabajo que incorpore como protagonistas a las mujeres, es decir, la validación de la voz y la experiencia de las mujeres como fuentes de conocimiento, que no sólo deben ser tomadas en cuenta con respeto:

El Programa ha propuesto evaluar con las mismas mujeres, estos instrumentos y mecanismos de protección, así como las acciones que se realizan en este campo. Ello permitirá elaborar propuestas de creación, redefinición y fortalecimiento de los instrumentos, mecanismos y acciones para la intervención frente a violaciones de los derechos humanos que se cometen contra las mujeres por su condición de mujer. (IIDH, 1991)

Es así como el Programa se crea con la misión de sensibilizar y capacitar a organismos gubernamentales y no gubernamentales, organizaciones de mujeres y poblaciones específicas en la utilización de instrumentos, mecanismos y acciones para la defensa de los derechos humanos de las mujeres.

En junio de 1990, el IIDH contrata a Laura Guzmán Stein como consultora para formular con detalle el proyecto de creación del Programa. Una de las actividades organizadas con este propósito fue la reunión de trabajo en julio de ese año, con mujeres especialistas en el ámbito de los derechos humanos y con una notable trayectoria en la investigación y el trabajo directo con las mujeres. Las participantes fueron Silvia Pimentel, de Brasil, Rosario Chacón, de Bolivia,

Margaret Schuler, de Estados Unidos, Rita Maxera, por Costa Rica, Mónica Jiménez, de Chile, Raquel Mosquera, por Guatemala, y Laura Guzmán, por el IIDH.

Esta reunión se llevó a cabo en Santiago de Chile, aprovechando que en dicha ciudad se realizaba, durante los días 16 al 18 de julio, el Seminario académico “¿Existe una vocación política de la mujer?”, coordinado por la organización PARTICIPA, bajo la dirección de Mónica Jiménez.

En 1991 finalmente inició el Programa de Derechos Humanos de las Mujeres, cuyo impacto ha influenciado, de manera concreta y evidente, el avance en el cumplimiento de los compromisos que los Estados tienen en esta materia. En el marco de la visión-misión del IIDH, el Programa ha desarrollado una amplia gama de actividades para la promoción, educación y construcción argumentativa en materia de derechos humanos, género, pobreza y democracia. Todas estas acciones han logrado el fortalecimiento tanto de mujeres feministas en organizaciones de base, como en la academia y en espacios de articulación con el Estado.

El Programa ha sido coordinado por las siguientes personas: Laura Guzmán Stein, quien es hoy profesora catedrática pensionada de la UCR, pero que continúa activa en labores relacionadas con los derechos humanos de las mujeres; Gilda Pacheco, quien es hoy oficial de proyectos del PNUD; Line Barerio, hoy integrante del Comité de la CEDAW; Isabel Torres, quien es investigadora y co-fundadora del Centro de Estudios en Derechos; Paola Jiménez, quien hoy continúa su trabajo con organizaciones de base en Colombia, y actualmente, por Rose Mary Madden, abogada litigante, feminista y activista por los derechos de las mujeres y de la comunidad LGBTTI.

Con respecto al liderazgo del programa, la constante ha sido la sabia decisión de mantener al frente a mujeres que además de una sólida formación académica, también han tenido magníficas relaciones con los diversos grupos de mujeres presentes en la sociedad civil, con otras instituciones internacionales, con instancias locales, con universidades y con otras oficinas vinculadas al ámbito de los derechos humanos.

El estilo personal de trabajo de cada una de estas mujeres ha contribuido con la creación de un espacio que hoy es reconocido por organizaciones, instituciones y activistas independientes de toda la región, como un aliado cercano, un espacio de confianza, de trabajo colectivo y estimulante, que une, en la diversidad, a quienes trabajan por los derechos humanos de las mujeres.

El Programa ha trabajado con contrapartes de la más variada naturaleza, incluyendo desde organismos de Naciones Unidas, como UNFPA y PNUD, hasta organizaciones de base de mujeres centroamericanas. Esa riqueza y esa diversidad constituyen una de las más interesantes fortalezas del Programa, pues incorpora distintos ángulos de lectura sobre la situación de las mujeres, la desigualdad y la discriminación, sumando propuestas de acción y creatividad en la construcción de nuevos abordajes.

Ejes de acción y alcances más significativos

El Programa de Derechos Humanos de las Mujeres se enfrentó en sus inicios a lo que era en ese momento una compleja discusión: los derechos de las mujeres como derechos humanos. Esto marcó la selección de prioridades de trabajo y la definición de estrategias de corto y mediano plazo, para atender esas metas propuestas. El primer paso era introducir la mirada desde la perspectiva de género a lo interno del IIDH, de forma que impactara todas las estrategias y acciones impulsadas desde el Instituto. Esto marcó uno de los ejes de acción fundamentales en el Programa. Además, con este aprendizaje generado desde lo interno de la institución, se elaboraron documentos y capacitaciones para las organizaciones que trabajan en el ámbito de los derechos humanos.

El documento titulado *Lineamientos para la integración de la perspectiva de género en los organismos de la Federación Iberoamericana de Ombudsman. Una acción de seguimiento a la Declaración de Toledo*, elaborado por Gilda Pacheco, Fabiola Campillo y Silvia Lara, y publicado por Derechos Mujer-IIDH, es un ejemplo de los productos derivados de ese enfoque de trabajo.

El trabajo impulsado por el Programa y el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos para analizar la situación del femicidio en la región centroamericana, es una muestra de la profundización y de los efectos derivados de ese tipo de trabajo interno en derechos humanos desde la perspectiva de género.

Mantener al Programa en diálogo con las otras áreas de especialización ha sido y sigue siendo, un aspecto fundamental que ha generado resultados concretos y muy valiosos que trascienden los límites del Programa, lo que demuestra que el impulso por una transversalización de la perspectiva de género en el trabajo sobre derechos humanos está convirtiéndose ya en una realidad. Para citar un ejemplo, podemos ver que en seguimiento a los acuerdos adoptados en la XXIII Conferencia del Protocolo de Tikal, 2009, se incorporó una sección en la página web de CAPEL con el nombre de *Mujer y participación política*. Este apartado pone a disposición las experiencias de los organismos electorales en el quehacer interno relacionado con la cultura de igualdad en la participación entre mujeres y hombres.

La vinculación del Programa con la realidad social de la región, y la decisión de mantener un constante espacio de comunicación y articulación con los diversos sectores de la sociedad civil, permitió detectar importantes iniciativas en coyunturas fundamentales para el avance de los derechos humanos de las mujeres, en el Continente y en el Mundo. Es así como el Programa ha sido clave en el fortalecimiento de las acciones impulsadas desde organizaciones de mujeres de cara al trabajo de incidencia política y cabildeo en conferencias internacionales relativas a los derechos humanos.

Es importante recordar que el IIDH mantuvo una clara cercanía con el ciclo de conferencias mundiales de Naciones Unidas (Medio Ambiente y Desarrollo, 1992; Derechos Humanos, 1993; Población y Desarrollo, 1994; Desarrollo Social, 1995; Mujer, 1995; Hábitat-II, 1996). Aquí podemos ubicar otro de los ejes de acción más significativos y trascendentales, pues en el espacio específico concerniente a la realidad de las mujeres y los déficits que se mantienen sobre sus derechos humanos, el Programa sostuvo un papel determinante. Esta

estrategia de presencia en los ámbitos de decisión globales respondía al entendimiento de que las dinámicas en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como es el interamericano, requieren ser interpretadas a la luz de la universalidad de los derechos humanos.

La participación en la Conferencia de Derechos Humanos en Viena, en 1993, es uno de los casos más relevantes. El apoyo logístico, académico y financiero ejecutado a través del Programa fue determinante para el éxito histórico alcanzado en esa oportunidad. La presencia de América Latina tuvo un peso vital en la incorporación de las demandas de derechos humanos de las mujeres, en el texto de la declaración. Y la experiencia acumulada durante los años previos, así como en el proceso mismo del cabildeo durante la Conferencia, se puso a disposición de la sociedad civil, a través de documentos especializados, talleres y programas de largo alcance, desarrollados por el Programa, con el objetivo de facilitar la replicación de los trascendentales resultados alcanzados en 1993. El trabajo cercano con las iniciativas impulsadas desde la sociedad civil organizada internacionalmente, como la Reunión “La nuestra”, facilitó la suma de capacidades y fortalezas bajo un objetivo común: que los derechos de las mujeres fueran reconocidos expresa y abiertamente como derechos humanos. Así fue, como dice José Thompson citando a Sonia Picado, como en ese momento se derrumbó una barrera que mantenía a los derechos humanos lejos del ámbito de lo privado.

Posteriormente, la experiencia de participación en la Conferencia de Beijing en 1995 generó publicaciones como *IV Conferencia Mundial sobre la Mujer. Interrogantes, nudos y desafíos sobre los adelantos de las mujeres en el contexto de cambio*, de la colección del IIDH “Estudios básicos de derechos humanos”, que se elaboró con apoyo de la Unión Europea bajo la edición en 1996, de Laura Guzmán y Gilda Pacheco. Esta es una muestra del esfuerzo continuo impulsado por el Programa para divulgar lecciones aprendidas, reflexiones y valoraciones críticas para el fortalecimiento de los grupos que trabajan en la materia. Esta constancia del Programa ha logrado mantener

al IIDH a la vanguardia con respecto a los esfuerzos editoriales de divulgación y formación sobre derechos humanos de las mujeres.

El impulso de conquistas tan revolucionarias como las alcanzadas en 1993 y 1995 generó dinamismo y confianza tanto en el Programa como a lo interno del movimiento feminista y de mujeres. Así, el próximo paso que se había colocado en el horizonte de objetivos estratégicos era la redacción de un Protocolo Facultativo para la CEDAW, que le brindara herramientas prácticas de aplicación y exigibilidad a los compromisos derivados de esta Convención. El proceso inició con reuniones de trabajo que convocaban a activistas y especialistas, con el soporte constante del Programa. La primera faceta del proceso culminó con un texto base para el Protocolo. Luego se continuó con la etapa del cabildeo y la negociación. Se cosechó otro éxito vital con la aprobación del Protocolo Facultativo, a lo que seguiría una ardua campaña por la ratificación en el Continente americano, tarea a la que el Programa le invirtió tiempo, energía y convicción, utilizando diversos instrumentos de divulgación e incidencia.

La construcción de un acervo de información y conocimiento relativo a los derechos humanos y el género es otro de los ejes impulsados por el Programa, el cual revela la comprensión de uno de los efectos más nocivos de la discriminación de género en el trabajo académico, cual es la invisibilidad del pensamiento producido por mujeres o en relación a las mujeres. El primer proyecto que se ejecutó con este propósito fue el SIRPEG (Sistema de Información Regional sobre Producción con Enfoque de Género). Este proyecto es el precursor que luego dio origen a la sección especializada en derechos humanos y género del Centro de Documentación del IIDH (CEDOC). Es un esfuerzo impulsado por la necesidad de visibilizar la producción de pensamiento producido sobre las mujeres y los derechos humanos. El resultado final es extraordinario. Hoy se cuenta con un índice temático que incluye descriptores relativos a los problemas de derechos humanos específicos de las mujeres en razón del género, una sitiobibliografía sobre femicidio, y la colección especializada de Derechos-Mujer cuenta con 2.775 registros a la fecha. Este es un acervo de libre acceso, que se enriquece día con día.

De igual forma, el mismo Programa ha sido productor de una amplia colección de materiales especializados, que recorren los múltiples ámbitos de los derechos humanos de las mujeres. Desde los derechos políticos hasta los reproductivos, pasando por las particularidades en razón del origen étnico, hasta aquellas relacionadas con la situación de las mujeres en lugares donde persiste el conflicto armado. La variedad es extensa, contando también con profundidad en el abordaje de cada tema particular.

Sin embargo, tal y como lo señaló Isabel Torres, el trabajo no se acababa con la producción académica y editorial, sino que además, se ha mantenido una acertada planificación de divulgación y distribución de los materiales producidos para que lleguen a todas las personas que lo requieren, lo que logra un efecto multiplicador de los saberes y destrezas.

Y es que la capacitación y formación en derechos humanos y sobre todo, en la utilización efectiva de las herramientas de las que se dispone en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), es parte intrínseca de la columna vertebral del IIDH. Esto es algo que el Programa ha sabido llevar a la práctica a través de planes de acción, cuyos resultados son palpables. Una de esas acciones estratégicas la llevó a cabo junto con el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en el proyecto de capacitación en litigio estratégico internacional para el avance de los derechos humanos de las mujeres.

Los resultados de ese proyecto se documentan en la publicación *Los derechos humanos de las mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*, del año 2004, bajo la producción de Gilda Pacheco e Isabel Torres, del IIDH, y Liliana Tojo, de CEJIL. El libro recupera toda la experiencia adquirida a través de los años que duró el proyecto, gracias al cual varios casos lograron ser llevados ante el SIDH.

Otro de los grandes temas que engloba una serie de tópicos elementales en la defensa de los derechos humanos de las mujeres es la demanda del reconocimiento de la igualdad. El Programa impulsó

diversas actividades de apoyo al proceso que el movimiento de mujeres y feminista venía sosteniendo en los distintos países de la región para consolidar la redacción, aprobación e implementación de legislaciones para la igualdad de género.

Con el auspicio de USAID, el Programa desarrolló, por varios años, un proyecto en la región denominado *Promoción de una cultura de inclusión*. Dentro de este marco se desarrollaron varias investigaciones relacionadas con la legislación, en América Latina, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. En el año 2003 se hizo énfasis en la investigación sobre la articulación e incidencia de las organizaciones de mujeres para la aprobación de la norma legislativa. Durante el año 2006, la atención se centra en el impacto de dicha legislación en tres ámbitos: normativo, políticas públicas e institucionalidad. Además, se dispuso que todas esas investigaciones estuvieran accesibles al público interesado a través de un apartado especial en la página en internet del Instituto.

Continuando en esa línea, también se ha promovido el análisis de la doctrina y la jurisprudencia en derechos humanos con respecto al principio de igualdad y de no discriminación. Una de las publicaciones más importantes sobre el tema es el libro *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*, proyecto coordinado por Isabel Torres, que reúne artículos de Ana Elena Badilla, Eduardo Bertoni, Alda Facio Montejó, Carmen Herrera, Rodrigo Jiménez, Alejandro Morlachetti, Vernor Muñoz, Oscar Parra Vera, Víctor Rodríguez Rescia, Carlos Rafael Urquilla Bonilla, Rocío Villanueva, Susana Villarán y Carlos J. Zelada. Esta publicación se realizó con el apoyo de la Embajada de la República Federal de Alemania en Costa Rica, la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo y la Agencia Danesa de Cooperación Internacional. Sin duda alguna, tal y como lo expresa Roberto Cuéllar en las palabras introductorias:

La democracia contemporánea ha colocado a la persona humana como centro y a las mujeres y los hombres, en condiciones de igualdad jurídica. Sin embargo, mientras la democracia no se entienda como el

reconocimiento pleno de la ciudadanía de las mujeres y no se exprese en todos los ámbitos de la interacción social y de la vida cotidiana tanto como en las relaciones interpersonales, la igualdad de género no será lograda en realidad.

Este estudio fue una muestra más de la claridad en la visión de largo alcance a la que el Programa especial y el IIDH, le habían apostado desde el inicio: trabajar desde el paradigma del goce y el ejercicio de los derechos humanos, como piedra angular de la democracia y del desarrollo.

Posteriormente, con la incorporación de más usos derivados de las tecnologías de información y comunicación, se implementaron los cursos en línea con tutoría, a partir del año 2004. Hoy estos cursos se enfocan desde un abordaje pedagógico distinto, sostenido en la autoformación de públicos mucho más diversos, que abarcan desde profesionales hasta activistas de grupos de base.

Otro importante logro cosechado en el año 2004 es la publicación de cierre del proyecto regional, impulsado en diecinueve países desde el año 1999, denominado *Los derechos humanos de las mujeres. Fortaleciendo su promoción y protección internacional*. Este proyecto se propuso contribuir a la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres mediante un proceso especializado de capacitación en el uso del SIDH para abogadas de organizaciones dedicadas a la defensa de estos derechos en América Latina y el Caribe. En ese documento quedaron condensados todos los conceptos y mecanismos existentes y las estrategias para la protección efectiva de los derechos de las mujeres. Según reportes de usuarias y de sitios web de organizaciones de derechos humanos, este documento se considera una herramienta muy útil y completa para contar con toda la información estructurada de los sistemas y normas de protección de los derechos de las mujeres y estrategias para desarrollarlos en el SIDH. Sirve también para preparar talleres y procesos de formación.

Con respecto a los programas educativos, el IIDH y el Programa han mantenido una amplia variedad de opciones y alianzas con universidades y organismos internacionales. Cabe resaltar los importantes resultados positivos del curso que se impartía en

colaboración con el Instituto Raoul Wallenberg, Universidad de Lund, Suecia.

Sin duda alguna, la educación y capacitación en derechos humanos no tendría el mismo efecto y el mismo impacto que ha tenido hasta la fecha, de no haber colocado en el escenario de acción política uno de los pilares básicos de la doctrina y la filosofía de los derechos humanos: la igualdad. Es por eso que resulta indispensable destacar la labor del Programa en el proceso vivido en el Continente para la redacción, aprobación e implementación de leyes de igualdad entre hombres y mujeres. El proyecto que tuvo lugar desde el 2002 hasta el 2009 y generó importantes resultados dentro de los ordenamientos jurídicos de nuestros países. Además, ha quedado como producto de este proyecto una memoria documental muy completa, que será de enorme utilidad para estudios posteriores y para el afianzamiento de dichas legislaciones.

Siguiendo esa línea de profundización sobre los alcances de los derechos humanos, desde una visión de integralidad e interdependencia el Programa ha incursionado en temas que, en mayor o menor grado, producen polémica, tal y como son los derechos sexuales y los derechos reproductivos. En ese sentido, el trabajo con UNFPA ha sido sumamente valioso para sumar conocimiento y robustecer los conceptos en discusión. El más reciente proyecto sobre esta temática, enmarcado en el enfoque de las mujeres, los derechos y la pobreza, es la investigación, coordinada con UNFPA, en la zona limítrofe Haití-República Dominicana, Nicaragua-Costa Rica, y Bolivia-Argentina.

Recientemente, en el año 2009, el Programa publica los resultados de un proceso de investigación y análisis desarrollado en el 2008, cuyo objetivo central era la producción de conocimiento especializado sobre normativa, aplicación y resultados de las cuotas mínimas de participación política de las mujeres. Este tipo de acciones afirmativas se encuentran establecidas ya en la legislación electoral de once países de América Latina y el Caribe hispanoparlante. La investigación se titula *Igualdad para una democracia incluyente*, trabajo coordinado por Line Bareiro e Isabel Torres.

Con la publicación de este libro, el IIDH se ha propuesto contribuir al quehacer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Relatoría sobre Derechos de las Mujeres en la recopilación de información sobre los avances y desafíos en la esfera de la participación política de las mujeres, en el marco del informe especializado que realizará sobre la materia. Pretende además, aportar información valiosa a los organismos electorales, partidos políticos y organizaciones de la sociedad civil, que faciliten acciones y estrategias de trabajo para fortalecer el sistema democrático y de representación ciudadana.

En relación con la construcción de sociedades más justas e inclusivas, basadas en una democracia cuyas bases se sostengan sobre la ética de los derechos humanos, el trabajo del Programa con poblaciones especialmente vulnerabilizadas constituye un signo de evolución en el entendimiento de que las diferentes formas de discriminación se entrecruzan y se potencian unas a otras. La relación entre el origen étnico y el género, las condiciones particulares que surgen de esa intersección, han sido enfrentadas y visibilizadas a través del trabajo con mujeres indígenas que se realizó durante una época sumamente conflictiva e inestable. Ese aprendizaje ahora está siendo dirigido para el trabajo con mujeres rurales y campesinas, y sin lugar a dudas, representa unos de los frentes de acción que seguirá siendo prioritario en el futuro.

A manera de recuento

A continuación presentamos un breve repaso de algunos de los aportes puntuales del Programa que han dejado una huella y un ímpetu dinamizador en la lucha por el reconocimiento y la protección de los derechos humanos de las mujeres.

- La incorporación de la perspectiva y transversalidad de género en todas las estrategias y acciones del IIDH.
- El apoyo logístico, académico y financiero a organizaciones no gubernamentales de mujeres en América Latina, para el trabajo organizacional y de cabildeo, previo a la Conferencia de Derechos

Humanos en Viena, 1993. Este trabajo fue decisivo para que pudiera obtenerse el resultado final, que fue la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

- El diseño y la implementación de una estrategia de cabildeo para la redacción del Protocolo Facultativo de la CEDAW.
- El diseño y la implementación de la campaña para la aprobación del Protocolo Facultativo de la CEDAW.
- El diseño y la implementación de una campaña para la ratificación del Protocolo Facultativo de la CEDAW.
- El desarrollo de un proyecto y la búsqueda de fondos para la elaboración de un repositorio de la producción especializada sobre género y derechos humanos, que cuenta hoy con más de 2.775 registros de publicaciones.
- La producción de contenidos, publicación y distribución de materiales especializados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres.
- La elaboración de programas de sensibilización, educación y capacitación en materia de derechos humanos y género, dirigidos a instituciones estatales, no estatales, internacionales y grupos de base. Estos programas se han diversificado para atender las particularidades y especificidades de las personas y organizaciones a quienes se dirigen, y para ahondar en derechos específicos como pueden ser los derechos sexuales y derechos reproductivos, o el derecho humano a una vida libre de violencia. De igual forma, se han implementado estrategias que utilizan las tecnologías de información y comunicación, ampliando así la oferta de estos programas y maximizando su alcance. El programa cuenta ya con varios cursos autoformativos gratuitos que son accesibles a través de la página en internet del IIDH.
- El proyecto de capacitación en litigio estratégico internacional para el avance de los derechos humanos de las mujeres, el cual permitió la presentación de casos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han generado jurisprudencia trascendental en materia de derechos humanos de las mujeres.

Retos

Una de las conclusiones a las que hemos llegado las activistas feministas por los derechos humanos, es que cuando se trata de las mujeres, ninguna conquista es para siempre. La defensa de nuestros derechos es una tarea que requiere esfuerzo constante, porque la nuestra sigue siendo una cultura marcada, en mayor o menor medida, por el androcentrismo, la desigualdad, la inequidad y la discriminación. Por eso, uno de los retos es, como mínimo, mantener los esfuerzos que se han realizado hasta el momento para no retroceder en esta lucha por la igualdad, la justicia y la vida digna, sin distinguos de ninguna índole.

Ahora bien, en situación de crisis política, de conflicto armado o de inestabilidad social, la situación de las mujeres siempre empeora. Honduras es un claro reflejo de lo que pasa con las mujeres en situaciones límite, como lo es un golpe de Estado. Las diversas manifestaciones de la violencia contra las mujeres se exacerban, el acceso a la justicia se torna casi imposible y las condiciones de vida de las mujeres más vulnerables se agravan drásticamente. Y vemos que en Guatemala la situación de inestabilidad institucional también impacta gravemente la integridad física y mental de las mujeres.

Las demandas y necesidades específicas de las mujeres, según la orientación sexual, el origen étnico, el estatus migratorio, el nivel educativo y la clase socioeconómica, han sido abordadas por investigaciones lideradas por el Programa. Sin embargo, este trabajo requiere continuarse y profundizarse, tomando en cuenta, además, las críticas y nuevos planteamientos que surgen del pensamiento feminista de las mujeres campesinas, indígenas, negras, migrantes, lesbianas...

Estas situaciones plantean retos urgentes para el Programa, en una coyuntura que también se caracteriza por un ambiente económico regional complejo.

Reflexiones finales

Siempre nos acostumbraron a no decir lo que nos sucede; pero que hay violencia, la hay, empezando por las familias. Las bri bris nos sentimos orgullosas de ser bri bris, tranquilas y felices de vivir como

nos enseñaron nuestras madres, y nos asusta estarlo perdiendo. Somos trabajadoras en el monte, aprendimos a voltear, a hacer pan, a vender y ahora aprendimos a tener derechos. Cuando los hombres nos niegan el derecho de salir, de vernos en el clan de nuestras madres, de mantenernos, entonces hay violencia contra las mujeres. Cuando nos pegan y nos oprimen, impiden que seamos libres. Sólo que para defender el derecho del pueblo, a veces no denunciarnos. Le digo a las mujeres bri bris que lo que es bueno para nosotras, aunque los ancianos digan lo contrario, es lo que nos sirve para salir adelante con nuestra cultura.

Filomena Shaslin, comunera bri bri de Bambú, Talamanca, Costa Rica. Citada por Gargallo, 2011*

La participación decisiva de América Latina en la Conferencia Mundial de Viena de 1993, tiene un peso histórico profundo. Es finalmente ahí que se resuelve, oficialmente, la discusión sobre si son o no derechos humanos los derechos de las mujeres, y se logra un otorgamiento explícito, un reconocimiento a la vida y la realidad de las mujeres, en el discurso y la filosofía de los derechos humanos. Todo el trabajo previo a esa Conferencia, generado desde las organizaciones feministas y de mujeres en América Latina, con el apoyo logístico, financiero, metodológico y académico del ya instaurado Programa de Derechos Humanos de la Mujer del IIDH, fue decisivo en el éxito alcanzado en Viena. Esta etapa logró demostrar el alcance tan poderoso de una visión estratégica de largo plazo, de un trabajo constante en la producción de debate, en la confrontación de ideas y acciones, y en el fortalecimiento de alianzas entre mujeres líderes, organizaciones de base, instituciones de derechos humanos y organizaciones internacionales.

Hoy requerimos rescatar la memoria de ese momento parte-aguas en el tránsito de los derechos humanos hacia una realidad concreta y vital. La herencia de esa lucha organizada y enérgica debe nutrir las acciones que se emprendan en el futuro, con el objetivo de asegurar que los Estados y las sociedades cumplan con sus obligaciones y

* Gargallo, Francesca, "Ideas feministas de pensadoras indígenas contemporáneas", en: *Globalización. Revista Mensual de Economía, Sociedad y Cultura*, febrero de 2011. Disponible en: <<http://www.rcci.net/globalizacion/index.htm>>, a mayo de 2011.

respeten a cabalidad la dignidad y el valor de todo ser humano, y muy especialmente, de las mujeres, quienes hemos sido históricamente excluidas de la noción de libertad y autodeterminación.

El camino recorrido constituye una base sólida para continuar la idea de labor. Las acciones emprendidas han dado como resultado que hoy la discriminación basada en el sexo/género sea reconocida como un grave problema social y una violación a los derechos humanos. Se ha roto el silencio y la ciudadanía es cada vez más consciente de que la indiferencia hacia la discriminación basada en el sexo perpetúa la opresión y la injusticia. La diversidad de las mujeres, de las estrategias de lucha y de los aprendizajes acumulados, constituye también una fortaleza que aún no hemos terminado de comprender y potenciar. Esto implica también que hay muchas más oportunidades que se abren para impulsar acciones creativas, dinamizadoras, que continúen generando impacto en las vidas concretas de las mujeres. Y en este escenario, un programa específico e independiente, que trabaje en el impulso y difusión de los Derechos Humanos de las Mujeres, seguirá siendo indispensable y ejercerá, sin dudas, un papel determinante en la conquista del derecho a una vida digna para todas las mujeres, sin distinciones de ninguna índole.

**Temas en acceso a la justicia
de las mujeres: perspectivas
generales**

Acceso a la justicia para las mujeres... el laberinto androcéntrico del derecho

Roxana Arroyo Vargas*

La justicia para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr, y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal, porque la forma en la que la sociedad está estructurada es el resultado de una historia en la que las mujeres estaban legalmente subordinadas y en la cual se daba por supuesto que su papel natural era prestar servicios sexuales y domésticos (incluyendo la importante tarea social de cuidar a los hijos/as) a cambio de una seguridad económica que implica depender de los hombres¹.

Introducción

El informe de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas² de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), nos alerta sobre las graves dificultades que experimentan las mujeres para el logro de una efectiva tutela de sus

* Abogada feminista, académica, investigadora en temas de derechos humanos de las mujeres e integrante activa del movimiento feminista en América Latina; presente en luchas a nivel internacional, regional y nacional en la defensa de los derechos humanos de las mujeres. Doctorado en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid “Instituto Bartolomé de las Casas”. Es consultora permanente del Programa Mujer, Justicia y Género del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Presidenta de la Fundación Justicia y Género. Profesora invitada de FLACSO, Ecuador. Profesora invitada de la Maestría de Estudios de la Mujer, Universidad de Costa Rica, Universidad Nacional. Profesora de la Universidad Estatal a Distancia, de la Maestría de Estudios de la Violencia Social y Familiar.

¹ Okin Moller, Susan, “Liberalismo, política, justicia y género”, en: *Perspectivas feministas en teoría política*. Editorial Paidós, Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994, pág. 146.

² Organización de los Estados Americanos (OEA), CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Washington, D.C., 20 enero de 2007.

derechos. Es indispensable que los Estados y la sociedad en general perciban que el acceso a la justicia pasa por reconocer que la violencia y la discriminación contra las mujeres no son un fenómeno aislado, sino producto de una violencia estructural que impregna todo el tejido social, sea en tiempo de paz, de guerra o en situaciones irregulares.

Si no se toma en cuenta esta constatación el resultado será la invisibilización y/o naturalización de las graves consecuencias que la negación de la igualdad y el derecho a vivir una vida libre de violencia acarrea para las mujeres³. En este sentido, la discriminación y la violencia que sufren nos revelan que el punto de partida para mujeres y hombres no es el mismo, y que nos enfrentamos a sociedades altamente jerarquizadas por razones de género.

La comprensión que nos da la lectura sistémica de la violencia y de su *continuum* nos permite ubicar el poder sexista y categorizarlo como abuso de poder que violenta derechos humanos, que se manifiesta de múltiples formas, que está dirigido contra los cuerpos de las mujeres y que afecta sus cotidianidades, su ser en el mundo, es decir, sus planes de vida.

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos responde a un proceso inacabado de expansión de los derechos humanos que permite nuevas miradas –fundamentado en instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará)–, así como la comprensión del vínculo entre la discriminación y la violencia, que rompe el principio de igualdad sustantiva, negando la dignidad y la humanidad de las mujeres.

Reconocer que la discriminación contra las mujeres es la primaria, la básica en nuestras sociedades, favorece el entendimiento de que ser mujer es un factor de riesgo en nuestras culturas. Como lo señala la

³ Las ideas desarrolladas se tomaron de un documento inédito: Arroyo Vargas, Roxana, “Argumentos para peritaje Caso Rosendo Cantún y otras vs. México, audiencia del 2 de junio 2010 en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José”.

Relatora Especial de las Naciones Unidas, en este escenario social hay dos formas universales de violencia contra las mujeres: la doméstica y la que se da tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra o en situaciones irregulares⁴.

Es de conocimiento por la Comunidad Internacional que la violación es utilizada como forma de sometimiento, humillación y tortura⁵, y es un método de destrucción de la autonomía de las mujeres, convirtiéndose en una de las manifestaciones discriminatorias más misóginas del sistema y que representa mayor dificultad para su acceso a la justicia⁶, ya sea en un primer momento –por la forma en que la legislación tipificó el delito– o en el abordaje durante la investigación – convirtiéndose la víctima en culpable por considerarla poseedora de un cuerpo provocador. La historia de la violación es el relato de la negación al acceso la justicia y al reconocimiento pleno de la dignidad de las humanas⁷.

4 Informe preliminar presentado por la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomoraswamy, de conformidad con la Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1995/42 22 de noviembre de 1994.

5 Copelon, Rhonda, “Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura”, en: Cook, Rebeca (ed.), *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*. Editorial Profamilia, Colombia, 1997.

6 Ver al respecto, Comisión de Derechos Humanos, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*. E/CN.4/2003/75, 6 de enero 2003.

7 La tolerancia histórica en el tratamiento de la violencia sexual y de la violación es una constante en nuestras sociedades. Esta se ha visto reforzada por las estructuras jurídicas y sus argumentaciones androcéntricas, reflejadas en los planteamientos clásicos que hacen recaer las sospechas sobre las víctimas, sobre los cuerpos de las mujeres, sobre la afirmación revictimizante de la provocación por parte de ellas, convirtiendo a las mujeres en cuerpos violables y cosificados. En este entramado jurídico el bien protegido es el honor (por supuesto de los hombres), no se trata de un delito contra la libertad sexual, la integridad, el derecho a la vida y a no sufrir discriminación y violencia. Según este paradigma, la violación era una cuestión moral, no un problema de violencia y mucho menos una violación a un derecho humano. En realidad, es evidente que las leyes clásicas sobre la violación sometían a juicio a la víctima y no al victimario, las tipificaciones clásicas respondían a la visión de los hombres y exigían que el pene hubiera penetrado en la vagina, ignorando otros tipos de actos sexuales; se exigía que fuera contra su voluntad, es decir, que hubiera resistencia física. Aunque se han modificado las legislaciones para adaptarlas a nociones más modernas

Transforma insensiblemente la violación en relato de seducción, y no en relato de barbarie; brutalidad oscura, casi sobreentendida, en la que sólo cuenta la actitud de la muchacha porque sólo importa la caída⁸.

Frente a estas realidades, los estudios existentes en los sistemas de protección universal y regionales señalan las grandes dificultades para que se dé un efectivo acceso a la justicia de las mujeres. Es así como al investigar un caso donde se dan violaciones a los derechos humanos de las mujeres no se puede hacer en el vacío, sin analizar los rasgos sexistas que se dan en el abordaje de las pruebas y testimonios, es decir, en la línea de investigación.

La Convención de Belém do Pará permite una resignificación o ampliación del principio de la debida diligencia del Estado en lo que respecta a la protección, prevención, sanción y erradicación de la violencia. Obliga al Estado a brindar un tratamiento integral a las víctimas de violencia sexual, que de hecho enfrentan un sistema jurídico con procedimientos sesgados que no garantizan la imparcialidad o la independencia de la búsqueda de la verdad en los procesos, resultando en juicios revictimizantes para las mujeres.

La ausencia de la perspectiva de género en los casos de víctimas de violencia sexual y el significado del impacto que esto tiene en sus vidas resulta en la negación del derecho a vivir una vida libre de violencia para las mujeres. Problemas como la falta de inmediatez, la ausencia de personal capacitado, la ausencia de protocolos de intervención, la creencia de que la palabra y el testimonio de las mujeres no son creíbles, las normas supuestamente neutrales, todo este conjunto de factores favorece a la instauración de un subtexto de género que profundiza los sesgos sexistas presentes en el derecho penal, tanto en la parte procedimental como sustantiva, así como en el tratamiento de las víctimas, prevaleciendo, por ejemplo, la creencia de la mala fe de la declaración de las mujeres. Todo esto lleva a la impunidad.

de justicia y nuevos estándares que fundamentan los derechos de las víctimas, reforzándose nuevos paradigmas, como el establecido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aún persisten las interpretaciones que perpetúan la impunidad en estos casos, negando el derecho al acceso a la justicia.

⁸ Vigarello, Georges, *Historia de la violación. Siglos XVI-XX*. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, España, 1999.

El principio de igualdad y su profunda vinculación con la justicia

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 1 el principio de igualdad y el principio de no discriminación. En el artículo 2, incisos 1 y 2, proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad. Esta definición proporciona los elementos necesarios que permiten a todas y todos los sujetos identificarse y ser parte de la construcción y la comprensión del paradigma de lo que es ser humano. Como consecuencia, uno de los parámetros de la igualdad es la diversidad.

Todas las personas deben tener igualdad de condiciones en el acceso, goce y ejercicio de los derechos tanto *de jure* como *de facto*, sin discriminación alguna ya sea por sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otro índole o condición, reconociendo la diversidad de las condiciones como parte inherente de las y los sujetos en la sociedad para ser tomados en cuenta y no como un obstáculo para la inclusión.

Así, la igualdad se constituye como un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales subsiguientes sobre derechos humanos, entre los que destaca la CEDAW –aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979–, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la Convención de Belém do Pará (1994).

En este sentido, la igualdad es un concepto normativo que transversaliza el quehacer del Estado y sus instituciones, y de las relaciones sociales, convirtiéndose en una exigencia, en la base de cómo deberían ser tratados los seres humanos en la sociedad.

[N]o se ocupa de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder, a saber: que los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales⁹.

La igualdad no es un principio estático, sus concepciones se han resignificado y su contenido se amplía históricamente. Existe por lo tanto una vinculación entre la realidad y las normas, por lo que el principio de igualdad trata precisamente de fijar cuándo está justificado establecer las diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no¹⁰.

Este tema nos lleva principalmente a los criterios de selección y de aplicación, los cuales son normas determinadas que incluyen las condiciones específicas –relevantes o no– referidas a una situación fáctica. Estos criterios deben ser razonados y justificados, y responder a una concepción de la igualdad en determinada época. Facilita la tarea el hecho de respondernos a las preguntas claves de ¿igualdad en qué? e ¿igualdad entre quiénes? que nos plantea el profesor Bobbio.

El feminismo busca dar respuestas a estas importantes preguntas desde la perspectiva y teoría de género, pretendiendo entre los sexos una igualdad que necesariamente implique la eliminación del sexismo y pase por una aceptación de las diferencias entre los sexos¹¹. Esto significa un nuevo acercamiento al tema, en tanto que lo cuestionado es el hombre como paradigma o modelo de ser humano.

¿Qué significa esto para el contenido que históricamente se le ha dado a la igualdad? En cierto sentido significa la aceptación de que la igualdad, al ser reflexionada desde un contexto de género, se torna

⁹ Laporta, Francisco, “El principio de igualdad”, en: *Revista Sistema*, No. 67. Editorial Sistema, julio de 1987, pág. 4.

¹⁰ Arroyo Vargas, Roxana, “La igualdad: un largo camino para las mujeres”, en: *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Ecuador, 2010.

¹¹ Facio, Alda, *De qué igualdad se trata. Caminando hacia la igualdad real*. Naciones Unidas, ILANUD, UNIFEM, Editorial Diseño Alternativo, San José, Costa Rica, 1995, págs. 28-32.

compleja: entra en juego el poder¹² y, por lo tanto, el imperativo de erradicar los privilegios tradicionales masculinos aceptados como naturales, y hasta el momento legitimados por el Derecho, de modo que se consolida un sistema construido alrededor de sus características sociales y físicas.

En realidad, la búsqueda de la igualdad de las mujeres pasa porque tengan la oportunidad de estar en un mundo no vertido en su contra. Para erradicar la discriminación se requiere que las normas androcéntricas sean remplazadas por otras que reflejen los cuerpos y experiencias de vida de las mujeres y de los hombres. Aparentemente esta sería una de las alternativas para lograr la igualdad sin discriminación.

Se trata de reconceptualizar la igualdad como principio que refleja una aspiración humana enunciada de diferentes maneras según las épocas. Ya Aristóteles planteaba que este principio “exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también a las diferentes de manera diferente”. Los modelos de derechos fundamentales francés y norteamericano hacen referencia a este principio¹³.

Para esta nueva lectura es necesario partir del sexismo en que se fundamenta la formulación de las diferentes explicaciones del origen de lo que conocemos como sociedad civil que, por supuesto, reflejan el debate sobre quiénes son los que pactan, sobre quiénes son sujetos libres e iguales. Las diferentes respuestas que se han dado nos demuestran la diferenciación que se hace entre los sexos, la cual es discriminatoria para las mujeres por su condición de género. Estas elaboraciones teóricas condicionan el concepto de igualdad.

¹² Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en: Facio, Alda, y Lorena Fries, *Género y derecho*. Colección Contraseña, Serie Casandra, Editorial La Morada, Chile, 1999, págs. 75-99. Hossain, Sara, “Igualdad en el hogar: derechos de la mujer y derechos de las personas en Asia del Sur”, en: *Derechos humanos de las mujeres*, PROFAMILIA, Bogotá, 1997, págs. 469-496.

¹³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 145-154.

Es así como las explicaciones formuladas desde los clásicos contractualistas –tales como Hobbes¹⁴ y Locke, hasta llegar a Rousseau¹⁵ y los modernos como Rawls¹⁶–, nos plantean por diferentes razonamientos la subordinación de la mujer, ya sea porque legitiman, por acción o por omisión en sus análisis, el poder para los varones y/o porque consagran a la familia patriarcal.

La doctrina del contrato supone que hay sólo un origen, convencional, del derecho político, aun así, con la excepción de la teoría de Hobbes donde los dos sexos son descritos como naturalmente libres e iguales, los teóricos del contrato insisten en que el derecho del varón sobre la mujer tiene base natural. Sólo los varones tienen los atributos de los “individuos” libres e iguales. Las relaciones de subordinación entre los varones, si han de ser legítimas, deben tener su origen en el contrato. Las mujeres por su parte nacen en sujeción¹⁷.

Así, el concepto de igualdad nace sesgado por las consecuencias que se derivan del pacto primario que da sustento a la sociedad civil. Nos referimos al contrato sexual, por medio del cual las mujeres no son ni libres ni iguales y, por lo tanto, no pueden pactar o porque, aun en las interpretaciones como las del Hobbes, siendo libres pactan su sujeción, que implica la apropiación de su cuerpo y la imposibilidad de convertirse en individuos civiles.

En las lecturas modernas de autores tales como Rawls, el pacto se construye partiendo de la elaboración de la categoría universal y sexualmente neutra de individuo, respondiendo más a una abstracción lógica. El se mueve en el reino de la pura razón que nada tiene de humano; a pesar de que introduce seres corpóreos masculinos y femeninos en el curso de su argumentación, se centra en los descendientes y las cabezas de familia – los varones.

14 Hobbes, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*. Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

15 Rousseau, Jean Jacques, “El contrato social”, en: *Escritos de combate*, trad. Salustino Masó. Alfaguara, Madrid, 1979; y, *Emilio*, Editores mexicanos unidos, México, 1993.

16 Rawls, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1993.

17 Pateman, Carole, *El contrato sexual*. Editorial Anthropos, Barcelona/Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1998, pág. 60.

Simplemente da por sentado que se puede, al mismo tiempo, postular partes des-corporizadas, vaciadas de toda característica sustantiva y asumir la existencia de la diferencia sexual, las relaciones sexuales, el nacimiento de los hijos y la familia formada. Los participantes del contrato original de Rawls son, simultáneamente, meras entidades racionales y “jefes de familia”, es decir, varones que representan a sus esposas¹⁸.

Si estudiamos las diversas ópticas de los autores, veremos que tratan de legitimar –ya sea por razones naturales o políticas– el derecho conyugal y la sujeción de la mujer, que atenta contra el principio de igualdad. Pero al mismo tiempo este concepto descansa en la desigualdad por discriminación contra la mujer por su condición de género; por ejemplo, Rousseau sostiene que el sistema civil depende en cierta manera del derecho que los varones-maridos tienen sobre sus hembras-esposas y que este tiene su origen en la naturaleza¹⁹.

Desde una lectura crítica del principio de igualdad, es imperativa su de-construcción, para lo cual es necesario conjugar la igualdad formal con la material y valorar la diferencia. Esto nos permitirá cuestionar el androcentrismo y buscar resultados que no contengan rasgos sexistas.

Una vez establecido que no es suficiente con que se dé el reconocimiento de la igualdad formal ante la Ley²⁰, es claro que se requiere que estos derechos sean una realidad para las mujeres –que son la mitad de la población–, dando razón así de la diversidad existente sin discriminación alguna en la materialidad de sus vidas.

Se contempla así que el necesario cumplimiento de la igualdad material pasa por medir los resultados tanto *de jure* como *de facto*²¹

¹⁸ *Ibidem*, págs. 63-64.

¹⁹ Cobo, Rosa, *Fundamentos del patriarcado moderno*. Jean Jacques Rousseau. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Ediciones Cátedra, Madrid, España, 1995.

²⁰ Facio, Alda, “Derecho de igualdad en la ley. El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres”, en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. IIDH, San José, Costa Rica, 2008.

²¹ Como lo establece la Convención CEDAW, se fundamenta en un concepto de igualdad que trasciende el formal. La Convención define la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto

y garantizar las oportunidades para todas las personas. Esto sólo es posible si se analizan las condiciones de las personas, en especial las de las mujeres, colocándolas en situaciones materiales de igualdad, lo que requiere muchas veces de un trato diferente para lograr un resultado igual.

Se establece así la adopción de acciones afirmativas —o las que sean necesarias para nivelar las desigualdades históricas o emergentes—, convirtiéndose estas medidas especiales de carácter temporal (art. 4 de la Convención CEDAW)²², en muchos casos, en la única manera de crear las condiciones para lograr la necesaria igualdad de oportunidades²³, con miras a alcanzar la democratización de la sociedad y poner límites a los abusos de poder.

La igualdad formal y la material se fundamentan en la valoración de las diferencias existentes en la sociedad, pero la segunda pretende tomarlas en cuenta y asumirlas no para oprimir y subordinar sino para potenciar y propiciar el desarrollo personal. Esta concepción va más allá del enfoque de la igualdad que procura una asimilación o comparación²⁴ entre los sujetos, que no garantizaría la erradicación de

o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil y en cualquier otra esfera” (art. 1).

- 22 En su 20o. período de sesiones (1999), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer decidió, en virtud del artículo 21 de la Convención, elaborar una recomendación general sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención CEDAW. Esta nueva recomendación general complementaria, entre otras cosas, recomendaciones generales previas, incluidas la Recomendación General No. 5 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre medidas especiales de carácter temporal, la No. 8 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención y la No. 23 (16o. período de sesiones, 1997) sobre la mujer y la vida pública, así como informes de los Estados parte en la Convención y las observaciones finales formuladas por el Comité en relación con esos informes.
- 23 Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en: *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Serie Casandra. Editorial LOM/La Morada, Chile, 1999, págs. 75-99.
- 24 Rivera Garretas, María Milagro, *Nombrar el mundo en femenino. Pensamiento de las mujeres y teoría feminista*. Editorial ICARIA, Barcelona, España, 1994, págs. 179-228.

las diversas discriminaciones²⁵ – por motivo de etnia, discapacidad, condición socioeconómico, preferencia sexual, entre otras.

Es así como se torna un imperativo que el principio de igualdad material impacte en todos los ámbitos de la sociedad, tanto el cultural, económico, social, político, familiar y cualquier otro ámbito, convirtiéndose en obligación del Estado velar por la erradicación de la discriminación en todos los espacios. Esto reviste especial importancia en lo que se refiere a la administración de la justicia: el acceso a la justicia, la tutela de los derechos de las víctimas y la jurisprudencia se miden por el resultado que produzcan en la sociedad, procurando así el logro de la igualdad para las mujeres.

Es claro que el valor de la justicia –y el acceso a ella– no se puede reflexionar o interpretar sin tomar en cuenta transversalmente el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Una reflexión en abstracto podría desembocar en conclusiones aparentemente neutrales, pero violatorias de los derechos de las mujeres.

El acceso a la justicia y la transversalidad del principio de igualdad como garantía de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia sexual

El derecho al acceso a la justicia²⁶ implica que las mujeres tengan la posibilidad a una adecuada tutela de sus derechos. Pero además es un asunto de fortalecimiento y construcción de las democracias; por lo tanto, la justicia de género es un estándar de medición para el quehacer del Estado.

Entendemos por acceso a la justicia la existencia de facilidades para que todas las personas, sin discriminación²⁷ alguna, puedan gozar de

²⁵ Jaggar, Alison M., “Ética feminista: algunos temas para los años noventa”, y Okin Moller, Susan, “Desigualdad de género y diferencias culturales”, en: *Perspectivas feministas en teoría política...* págs. 167-184 y 185- 206. Rivera, Milagros M., “Partir de sí”, en: *El Viejo Topo*, número 73. Madrid, España, marzo de 1994.

²⁶ Villarán, Susana, “El acceso a la justicia para las mujeres”, en: IIDH, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación...*

²⁷ El acceso a la justicia debe ser un servicio público que el Estado debe garantizar a todos y todas los habitantes de su territorio “sin distinción alguna de raza, color,

todos los recursos y servicios que garanticen su seguridad, movilidad, comunicación y comprensión de los servicios judiciales, que, a su vez, garanticen una justicia pronta y cumplida²⁸.

Actualmente el derecho al acceso a la justicia es considerado como una norma *jus cogens* que genera la obligación en los Estados de adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo. En la misma condición se encuentra el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, constituyéndose ambos en estándares máximos de tutela pro persona (en este caso pro mujeres).

Es así como el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se convierte en consustancial al derecho al acceso a la justicia, y de ahí se deriva un marco jurídico que establece los derechos que deben garantizar la administración de justicia. Nos referimos, entre otros, al derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser arrestada conforme a los principios de ley, el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgada por tribunales competentes, el derecho a un proceso justo, el derecho a ser protegida como víctima, el derecho a no ser revictimizada en el sistema de administración de justicia y el derecho a ser protegida cuando se es testigo.

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece una serie de obligaciones para los Estados relacionadas con la función judicial y los derechos de las mujeres, como la de garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a todas las personas que se encuentren en su territorio, que incluye: a) garantizar un debido proceso –para lo cual el Estado debe tomar en cuenta las desigualdades que hay entre ellas debidas al género, la etnia, la edad, la discapacidad, etc.– y b) establecer garantías judiciales que tomen en cuenta las necesidades de todas las personas, que les permitan entre otros: i) ser parte del proceso judicial en condiciones de igualdad, ii) no ser revictimizadas en el proceso judicial, iii) ser aceptadas y protegidas como testigos, iv) participar y comprender el proceso, v) gozar de servicios de administración justos en igualdad, y vi) gozar

sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

28 OEA, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas...*

de información judicial que oriente a la usuaria y facilite la toma de decisiones sin sesgos sexistas.

La necesidad de recursos efectivos como requisito para el acceso a la justicia lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁹ del 10 de diciembre 1948 y posteriormente se desarrolla en los tratados. Es de suma relevancia comprender que el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se convierte en requisito para garantizar que los recursos en la realidad lleguen a ser efectivos, como bien lo evidencian sus textos, tales como el del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2, que establece que los Estados se comprometen

[...] a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto. Sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Reconoce además, el derecho de contar con recursos jurídicos y con una justicia pronta y cumplida en condiciones de igualdad.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala en su artículo segundo, inciso c), el compromiso de los Estados parte a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los hombres, y a garantizar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas.

En el Sistema Interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo 13:

Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

²⁹ Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer señala en su artículo 7 f) la obligación de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, así como el establecimiento de los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

La idea de recursos efectivos puede verse obstaculizada por prácticas o normas inadecuadas. En este sentido, la CIDH señala que la investigación es crucial en casos de violencia contra las mujeres y afirma que “no se puede sobrestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a ese respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables”³⁰.

La debida diligencia del Estado y el derecho a vivir una vida libre de violencia

Es indudable que el Estado debe cumplir con la debida diligencia asumiendo, no en abstracto sino tomando las medidas que sean necesarias, la modificación de las condiciones discriminatorias que son atentatorias contra los derechos de las mujeres y que obstaculizan su acceso a la justicia, y partiendo, a la vez, de las diversas condiciones que se encuentren ellas³¹.

En el tema de la violencia encontramos antecedentes en el Sistema Universal en la Recomendación No. 19 del Comité de la CEDAW (1992), que dice que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer y responder a ella. Asimismo, en el apartado c) del artículo 4 de la Declaración sobre la Eliminación

³⁰ CIDH, *Situación de los derechos humanos de las mujeres en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*. OEA / Ser.L/V/ II.117, Doc 44, 7 de marzo de 2003.

³¹ García Muñoz, Soledad, “La obligación de la debida diligencia estatal: una herramienta para la acción por los derechos humanos de las mujeres”, en: *Separata Aiar No. 1*, editada por la sección Argentina de Amnistía Internacional. Buenos Aires, Argentina, agosto de 2004.

de la Violencia contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General en 1993, se insta a los Estados a “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”. En el Sistema Interamericano, el apartado b) del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará requiere que los Estados actúen “con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

En esta materia, el Derecho Internacional se rige por algunos principios, tales como que el Estado no puede delegar su obligación de proceder con la debida diligencia ni siquiera en situaciones en que algunas funciones son asumidas por otro Estado o por un agente no estatal; el principio de no discriminación, que implica que los Estados asumen la obligación de prevenir, investigar, castigar y proporcionar remedios contra la violencia; la buena fe, que consiste en que los Estados adopten medidas positivas para asegurar que los derechos humanos de la mujer se protegen, respetan, promueven y ejercen; la obligación de garantizar que las intervenciones concebidas para prevenir y responder a la violencia contra la mujer se basen en datos empíricos exactos.

Parte de estos datos empíricos los brindan los informes de la Relatora Especial contra la Violencia de las Naciones Unidas, que señala que las mujeres son víctimas de algunas formas universales de abuso, como la violación y la violencia en el hogar³². En estos informes se establece que la violación es el acto violento y degradante definitivo de violencia social y constituye “una invasión de las partes más privadas e íntimas del cuerpo de una mujer, así como un asalto a su propio ser”. La violación suele ser una manifestación de la violencia sexual extrema contra las mujeres, que conlleva serias consecuencias desbastadoras a las víctimas en sus derechos sexuales y reproductivos, afectando temporal o permanentemente su autonomía sexual y reproductiva, y causando traumas emocionales profundos³³.

³² Informe preliminar presentado por la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer...

³³ *Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer*, la causan o la constituyen,

La debida diligencia del Estado en el tema de la violencia requiere de su actuación para evitar las discriminaciones directas que resultan de normas o actos jurídicos/públicos que dispensen un trato diferente y perjudicial para las mujeres, o indirectas, de aquellos tratamientos formalmente neutros o no discriminatorios, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre las mujeres³⁴. Esta situación lleva al Estado a asumir la responsabilidad por las acciones u omisiones que cometan en el incumplimiento de la erradicación de estas discriminaciones y/o violencias.

En este punto es importante recordar que no todo trato diferente es discriminatorio, si se basa en criterios razonables y objetivos. Si las actuaciones del Estado son necesarias para que se garantice el acceso a la justicia y se dé una efectiva protección de los derechos de las mujeres, estos pueden adoptar medidas especiales. “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia”³⁵. Una distinción basada en criterios razonables y objetivos tiene un interés legítimo y emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue, por lo que es totalmente aceptable³⁶.

Informe preliminar de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/68/add.4, 21 de enero 1999.

- ³⁴ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 67-82. Azkarate-Askasua Albeniz, Ana Carmen, *Mujer y discriminación. Del tribunal de justicia de las comunidades al Tribunal Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.
- ³⁵ Véase en general, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Breks contra Holanda*, Com. No. 172/1984, párr. 13; *Zwaan de Vries contra Holanda*, Com. No. 182/1984, párr. 13.
- ³⁶ Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics*, sentencia de 23 de julio de 1968, Serie A No. 6; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Aumeeruddy-Cziffra y otros contra Mauritius*, Com. No. 35/1978, párrafo 9.2 (b) 2 (I) 8, que advierte en general, que una distinción negativa en el trato requiere una justificación suficiente.

Los derechos de las víctimas

a. Derechos de las víctimas

Es importante considerar en este tema el aporte de la justicia restaurativa³⁷ en cuanto a los derechos de las víctimas, porque implica un cambio en el paradigma tradicional de sus derechos al devolver nuevamente la mirada a este sujeto ausente. Ciertamente, en la concepción tradicional de la justicia la víctima estaba ausente; no es sino hasta los años 70 que los estudios victimológicos retoman el interés por las víctimas relacionados con tres eventos:

La psicología social, que crea los marcos teóricos adecuados para el desarrollo de las ciencias victimológica. El interés por las víctimas que se despierta en EUA a partir del asesinato de Kitty Genovese, atacada en la puerta de su casa por un individuo que tardó treinta minutos en consumar el asesinato, sin que ningún vecino le ayudara o llamar a la policía. Se inician, así mismo, las denominadas encuestas de victimización. El fuerte movimiento feminista de esos años, que exige una mayor atención contra la violencia dirigida específicamente contra la mujer y que envía fuertes críticas al enfoque etiológico de la victimología y contra el concepto de *victim precipitation* (víctima provocadora) utilizada por Marvin Wolfgang³⁸.

La evolución posterior del derecho de las víctimas se ve reflejado a nivel de la comunidad internacional por el desarrollo de una serie de principios, reglas y derechos relacionados con el acceso a la justicia

³⁷ Restorative Justice Organization, “¿Qué es la justicia restaurativa?”, en: *Módulo de las víctimas*. Programa Mujer, Justicia y Género, ILANUD, San José, Costa Rica, 2009. La justicia restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permita participar en ese proceso. Los programas de justicia restaurativa, por consiguiente, habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al crimen. Ellos llegan a ser el centro del proceso de justicia penal, con profesionales legales adecuados de un sistema que apunta a la responsabilidad del infractor, la reparación a la víctima, y la total participación de esta, el infractor y la comunidad. El proceso restaurador debe involucrar a todas las partes como aspecto fundamental para alcanzar el resultado restaurador de reparación y paz.

³⁸ Lima Valvido, María de la Luz, “Las víctimas del delito: nuevo enfoque de sus derechos en la procuración de la justicia”, en: *Derechos humanos y víctimas del delito*, Tomo II. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.

y al trato justo³⁹, para evitar las revictimizaciones secundarias⁴⁰ y el reconocimiento de las victimizaciones primarias y terceras⁴¹, que

39 **Derecho al acceso a la justicia y al trato justo.** Ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tener acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido. Obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Recibir información sobre sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. Tener acceso a mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, que faciliten la conciliación y la reparación a su favor. Tener acceso a procedimientos judiciales y administrativos adecuados a sus necesidades, que incluye, ser informadas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información. Presentar sus opiniones y preocupaciones para que sean examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente. Recibir asistencia apropiada durante todo el proceso judicial. Recibir protección de su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia. No ser revictimizadas por demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. **Resarcimiento.** Ser resarcidas equitativamente, cuando proceda, por parte de los delincuentes o terceros responsables. Obtener la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. Obtener la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación, cuando los daños causen la disgregación de una comunidad o en los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente. Ser resarcidas por el Estado cuyas personas funcionarias o agentes hayan sido responsables de los daños causados.

40 Aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige a él pidiendo justicia, y porque afecta al prestigio del propio sistema. Son las llamadas “víctimas del proceso”, que son las personas ofendidas que sufren daño en sus derechos fundamentales, en su dignidad humana y en la consecución de la justicia, debido a la inoperancia del sistema penal.

41 **Primarias.** Son las derivadas de haber padecido un delito que, cuando va acompañado de violencia o experiencia personal con el autor, suele traer efectos que se mantienen en el tiempo que pueden ser físicos, psíquicos, económicos o de rechazo social. La víctima de un delito no sólo ha de enfrentarse con los perjuicios derivados de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que conlleva el delito, sino que en muchos casos se producen otra serie de efectos

colocan al acceso a la justicia en un claro laberinto androcéntrico⁴². Es indiscutible el aporte del marco de los derechos humanos de las mujeres para el cuestionamiento a estas fundamentaciones, cuando se hace una lectura feminista del mismo.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder⁴³ es un instrumento no convencional que formaliza y fomenta internacionalmente los derechos de las víctimas, convirtiéndose en estándar de medición para los Estados. Sus principios están vinculados con la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya que protegen derechos fundamentales, como la integridad y la dignidad de las personas, sin discriminación por ninguna condición. Aporta a la definición de víctima rompiendo la tradición de la escuela clásica, ya que incluye a las víctimas del abuso de poder y reconoce que merecen protección todas las personas que sufran algún daño como resultado de la actividad criminal. Entre sus directrices está la de garantizar el acceso a la justicia y a un trato justo; el derecho a recibir asistencia material, médica, psicológica y social, y a estar informada sobre las instituciones a las que puede acudir para solicitar servicios. Asimismo, incluye el resarcimiento de derechos y la reparación para las víctimas, que comprende la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los

que inciden en la gravedad material del daño o perjuicio producido. **Tercearias.** Aquellas que se derivan del estigma social de ser víctima de la violencia contra las mujeres, por ejemplo, la violencia doméstica y la violación donde la persona es señalada.

⁴² Se da cuando un estudio, análisis, investigación o interpretación jurídica se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente, presentando la experiencia masculina como central a la experiencia humana y, por ende, como la única relevante. Consiste en ver el mundo desde lo masculino, tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano. Dos formas extremas de androcentrismo son la misoginia y la ginopia. La primera constituye el repudio u odio a lo femenino y la segunda la imposibilidad de ver lo femenino o la invisibilización de la experiencia femenina.

⁴³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985. Fue emitida durante el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, en 1985. Se formalizó luego de la determinación de la relevancia del problema de la victimización, por la que ameritaba un espacio especial de atención. Es conocida como la Carta Magna de las víctimas.

gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos⁴⁴.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en Condiciones Vulnerables⁴⁵ aportan una mirada sobre los sujetos concretos, profundizando la legislación antidiscriminatoria⁴⁶. Se trata de principios y directrices para las personas operadoras de justicia a utilizarse cuando las personas usuarias pertenecen a algún grupo discriminado (vulnerable). Su objetivo es garantizar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, que se deben concretizar en políticas públicas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a estas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Podríamos decir que es una manera de que se aplique el *mainstreaming* de género, según lo menciona la Plataforma de Pekín⁴⁷, que requiere a los gobiernos y otros actores “promocionar una política activa y visible del *mainstreaming* de género, en todas las políticas y programas, para que antes de que se tomen las decisiones, se realice un análisis de los efectos producidos en mujeres y hombres, respectivamente”.

El *mainstreaming* de género es la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de manera que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en

44 González A. Carrancá, Juan Luis, “La víctima del delito en la justicia penal del Distrito Federal”, en: *Derechos humanos y víctimas del delito*, Tomo I. Instituto de Ciencias Penales, México, 2004.

45 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, documento presentado por el Grupo de Trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria, Andorra, 4 al 8 de febrero de 2008.

46 La legislación antidiscriminatoria pretende erradicar las discriminaciones sufridas por los diferentes colectivos, personas y pueblos en sus vidas cotidianas. Es consecuencia del proceso expansivo del principio de no discriminación y de igualdad, que implica el reconocimiento de otros motivos de discriminación existentes, ampliando las ya aceptadas como raza y sexo a otros, tales como edad, minorías sexuales, personas con capacidades diferentes. Significa el reconocimiento de la igualdad a estas personas y la necesidad de que el Estado proteja sus derechos. Introduce nuevos valores éticos encaminados a la erradicación de las discriminaciones en nuestras sociedades, impulsando las transformaciones necesarias y favoreciendo la construcción de una cultura de paz.

47 Declaración de Pekín y Plataforma de Acción, IV Conferencia Mundial de la Mujer: Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz, setiembre de 1995.

todas las políticas, en todos los niveles y en todas las etapas, por parte de las personas actoras normalmente involucradas en la adopción de medidas. En realidad, se trata de un enfoque transformador con cuerpo teórico propio, que apunta a analizar los impactos diferentes del sistema de género en varones y mujeres, a tener en cuenta las especificidades de las personas como seres integrales y a implementar medidas para corregir las desigualdades⁴⁸.

Las Reglas establecen que la discriminación que sufren las mujeres supone un obstáculo contra el acceso a la justicia que se ve agravado por alguna causa de vulnerabilidad. Define lo que se entiende por discriminación y violencia asumiendo los estándares de las convenciones CEDAW y Belém do Pará. Enfatiza en la necesidad de la eliminación de la discriminación y en la especial atención a los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna, para garantizar la igualdad efectiva de condiciones. Se pretende asegurar dos garantías básicas: el acceso a la justicia y a la tutela efectiva; se considera el acceso a la justicia como un derecho humano en sí mismo e instrumental, como medio para garantizar cualquier otro derecho.

Los derechos de la víctimas a un acceso a la justicia sin discriminación alguna se encuentran contemplados en el art. 7 de la Convención Belém do Pará⁴⁹, que hace referencia directa a una serie de derechos instrumentales al establecer la obligación del Estado a

[...] procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; y establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas [...] para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptando las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva la Convención.

⁴⁸ Lombarardo, Emanuela, “El mainstreaming de género en la Unión Europea”, en: *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, vol. 10-15, mayo-diciembre de 2003.

⁴⁹ Incisos c, d, e, f y g.

En esta misma línea, el art. 8⁵⁰ hace referencia a garantizar el acceso de las mujeres que han sido objeto de violencia a programas eficaces de rehabilitación que les permitan participar en la vida pública, privada y social, entre otras medidas.

La Convención CEDAW establece como requisito para el logro de la igualdad sustantiva el cumplimiento del artículo 8⁵¹ al acceso a la justicia por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas; la protección contra todo acto de discriminación; la obligación de que las autoridades se abstengan de incurrir en actos o prácticas discriminatorias; la adopción de todas las medidas que permitan modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación, haciendo espacial énfasis en las leyes penales nacionales.

De los artículos de ambas convenciones se desprende la profunda preocupación por el tema del acceso a la justicia y su constante resignificación y expansión. Uno de estos hitos en el desarrollo de los derechos de las víctimas de violencia contra la mujer lo encontramos en la Corte Penal Internacional (CPI) y su Estatuto⁵². El Estatuto de Roma define específicamente la violación y otros actos de violencia contra la mujer como actos que constituyen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Con esto se da un giro al tratamiento tradicional que se le venía dando a los derechos de las víctimas de violencia sexual, específicamente a la violación, y se pasa a considerarlos como actos violatorios de los derechos fundamentales de las mujeres. En este nuevo abordaje, conceptualización e, inclusive, procedimientos que establece la Corte⁵³, se evidencia el análisis de estas situaciones violatorias como formas de violencia y discriminación.

50 Inciso g.

51 Incisos c, d, f y g.

52 El Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, consta de trece partes y 128 artículos, en que se determina la competencia de la Corte, su estructura y sus funciones. Entró en vigor el 1 de julio de 2002, luego de haber sido ratificado por 60 Estados.

53 El apartado g) del párrafo 1 del artículo 7, establece que se entenderá por crímenes de lesa humanidad la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable cuando concurren los elementos constituyentes del delito. En el

El Estatuto de Roma marca una ruptura en esta concepción clásica del bien jurídico protegido en el ámbito del Derecho Penal Internacional, al tipificar los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y dentro de estos a la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada. Además establece normas específicas para la protección de víctimas y testigos, especialmente a víctimas de violencia sexual. Estos dos elementos tienen como efecto la protección de las víctimas de este tipo de delitos y por supuesto, sus derechos a la integridad personal y la libertad sexual⁵⁴.

Esto ha sido posible después de un largo proceso en que las mujeres –en diferentes momentos y asumiendo formas organizativas diversas tales como las “mujeres de solaz” y actualmente el Caucus por una justicia de género⁵⁵– han logrado influenciar en la redefinición de las leyes relativas a la violación desde una mirada feminista, para cuestionar y eliminar los requisitos de fuerza física y penetración sexual de la vagina como una forma de constituirse la violación, así como el supuesto consentimiento de la víctima, que se alejaban de

inciso xxii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 8, se afirma lo mismo en relación con los crímenes de guerra durante conflictos internacionales. En el inciso vi) del apartado e) del párrafo 2) del artículo 8, se afirma lo mismo en relación a los crímenes de guerra durante conflictos internos. Además, en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 7, se reconoce que el crimen de esclavitud sexual incluye el tráfico de mujeres y niños/as. En el apartado h) del párrafo 1 del artículo 7, se señala que el género es un motivo independiente de persecución cuando tiene que ver con crímenes de lesa humanidad. La definición de la tortura en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 7, es lo suficientemente amplia para incluir los actos particulares.

⁵⁴ Arroyo Vargas, Roxana, “Violencia estructural de género: una categoría necesaria de análisis para los derechos humanos de las mujeres”, en: *Revista Pensamiento Jurídico Feminista. Deconstruir el derecho, repensar el mundo*, No. 1, Año 1. San José, Costa Rica, marzo de 2004.

⁵⁵ La Morada, taller La Corte Penal Internacional y la justicia de género: Un desafío para la acción, 2003. “Es una red de más de 300 organizaciones de mujeres de todo el mundo, la que contribuyó decisivamente a la inclusión de las preocupaciones, que desde las distintas realidades que vivían las mujeres, habían surgido [...] desempeñaron un rol técnico político. Técnico en el sentido de aportar a las negociaciones entre los Estados con propuestas jurídicas concretas en torno a los distintos temas que aborda el Estatuto, y político en el sentido de cautelar y denunciar los intentos por abortar o comprometer los principios de la justicia internacional de género”.

las experiencias y los cuerpos de las mujeres al estar definidos por parámetros androcéntricos plasmados en la letra de la ley⁵⁶.

Algunos de los derechos que se encuentran en el Estatuto de Roma se refieren a que las víctimas pueden participar en todas las etapas del juicio, reconociéndose su derecho a emitir opiniones y a reclamar reparación. Diferentes instancias de la CPI –incluida la Unidad de Víctimas y Testigos– deben tomar medidas amplias para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y testigos.

El Estatuto dispone que en los procesos de investigación el fiscal tiene que tomar en cuenta los intereses y circunstancias personales de las víctimas y testigos, entre otros, el género, edad y origen étnico, y la naturaleza de los crímenes, en particular los relacionados con violencia sexual por razones de género y violencia contra las y los niños. Con relación a las pruebas en los crímenes de violencia sexual, no se requiere la corroboración del testimonio de la víctima y se prohíbe la entrega de evidencia o pruebas sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La Corte establece principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. La reparación se hace posible cuando se conjugan esfuerzos para esclarecer la verdad y habilitar la justicia con la intención de reparar el daño causado por el crimen. Las reparaciones deben ser integrales, es decir, suficientes, efectivas, rápidas y proporcionales.

⁵⁶ En este largo proceso de reconceptualización, el desarrollo de la jurisprudencia internacional ha jugado un papel importante. Si miramos por ejemplo el tratamiento que se le dio al caso de las **mujeres de solaz** por los dos tribunales militares internacionales posteriores a la II Guerra Mundial –impunidad–, en contraste con el avance evidente en los casos ante los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda – *Caso Foca* (FWS75), *Caso Furundzija* (ex Yugoslavia) y *Caso de JJ*, testigo en el famoso juicio de Akeyesu ante el Tribunal Penal Internacional para Rwanda. Estos fueron casos de importancia histórica en los que se prestó la debida atención a la violencia contra la mujer en tiempos de guerra y se enjuicio a los perpetradores. Sus testimonios se van incorporando a la memoria internacional pública y los hechos expuestos están sirviendo de base para una importante evolución del Derecho Internacional. En el *Caso Foca* el Tribunal halló a los perpetradores culpables de crímenes de lesa humanidad por violación, tortura, ultraje a la dignidad personal y esclavitud (Comisión de Derechos Humanos, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género...*).

b. La importancia de la prueba en los derechos de las víctimas, en el caso de la violencia sexual

Por ser esenciales, es central hacer una especial referencia a las pruebas. A la recolección de las pruebas para el acceso a las justicia de las mujeres se refieren los informes de las relatoras en ambos sistemas (Interamericano y Universal). Según la información actualizada, los delitos de violencia sexual son perpetrados en su mayoría por personas conocidas y cercanas a las víctimas (familiares, parejas, ex-parejas, amigos, vecinos o novios) o por desconocidos, y son cometidos generalmente por hombres⁵⁷.

No se trata de impulsos incontrolables sino de ataques planeados; generalmente son cometidos sin la presencia de testigos. Es normal que el agente realice el ataque en lugares donde la víctima no puede solicitar ayuda, tanto en lugares públicos (calles, lugares de trabajo) como en lugares privados (casas de habitación). Es por esta razón que exigir prueba directa en todos los casos sería declararlos impunes en la práctica. En el caso de que exista únicamente prueba indiciaria, quienes juzgan pueden condenar si la prueba ofrece certeza de que los hechos ocurrieron, a pesar de no contar con prueba directa.

Estos delitos son expresiones de abuso de poder donde la sexualidad es utilizada para someter, controlar y utilizar a la víctima, y se configuran en flagrantes violaciones a los derechos humanos de las mujeres – de ahí que sea correcto denominarlos delitos de violencia sexual o agresión sexual, superando el concepto de delito sexual que omite en su denominación hacer visible el componente de violencia, que es consustancial.

Conforme se ha dimensionado la violencia sexual como un problema de violación de derechos humanos, y no como un delito de naturaleza “sexual”, amerita una especial consideración.

La reconstrucción de los hechos en la declaración de una víctima de violencia sexual tiene características propias de quien enfrenta efectos postraumáticos de crímenes, que no pueden ser igualados a

⁵⁷ La socialización de género contribuye a que esto sea así porque insta en los hombres la creencia y la certeza del derecho sobre el cuerpo y la vida de las mujeres.

las consecuencias que generan otros delitos. Este principio se rige centralmente por la garantía constitucional de igualdad material, que en materia penal y procesal penal se traduce en darle un trato diferenciado a quien se coloca en una situación desigual o de desventaja social. Realiza a su vez el principio de justicia pronta y cumplida.

El informe sobre acceso de la justicia⁵⁸ es claro en que las deficiencias en las investigaciones –como la no realización de pruebas claves para lograr la identificación de los responsables o la gestión de las investigaciones por parte de las autoridades que no son competentes e imparciales– obstaculizan los procesos de juzgamiento. La CIDH identificó la ausencia de pruebas físicas, científicas y psicológicas para establecer los hechos, lo que ha significado el estancamiento por falta de prueba.

En los casos de violación existe una relación directa entre la prueba y las garantías judiciales, según lo establece el *Caso González y otras (Campo algodonero)*⁵⁹, que muestra la relación de los artículos 8 y 25 de la CADH con los artículos 1.1 de la misma y el artículo 7 de la Convención Belém do Pará. Esta relación determina la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, de donde se deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos. Asimismo, se debe observar lo dispuesto en el artículo 7, incisos b y c, de la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida diligencia y a adoptar la normativa para investigar la violencia contra la mujer.

A manera de epílogo

Ha sido largo el camino para que la Comunidad Internacional comprenda la necesidad de la construcción de sociedades cimentadas bajo un nuevo paradigma de la igualdad, que conjugue la igualdad formal con la igualdad sustantiva o real y la aplicación de todas las medidas necesarias –especiales de carácter temporal, políticas

⁵⁸ OEA, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas...*

⁵⁹ Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

públicas, directrices, reglamentos— que permitan la erradicación de la discriminación y la violencia por razón de sexo para garantizar el acceso a la justicia a las mujeres.

La igualdad sustantiva implica un reconocimiento de la diversidad existente en nuestras sociedades, producto de la pluralidad. Al establecer que la diversidad es la norma y no la excepción, se produce un cambio de punto de vista que implica la erradicación de la perspectiva androcéntrica que ha fundamentado el derecho al acceso a la justicia, negando e invisibilizando a las mujeres como sujetos. Desde esta mirada se afirma que el punto de partida de los seres humanos no es el mismo, y que la discriminación primaria es la que se da entre hombres y mujeres; por lo tanto, el sistema de la administración de justicia debe tomar en cuenta esta realidad y garantizar el acceso a la justicia a las mujeres. Esto implica aceptar que el razonamiento abstracto sobre el acceso a la justicia para las víctimas, que no integra el marco ético-jurídico de los derechos humanos, coloca de nuevo en la situación de sujeto ausente a las mujeres, quedando sin palabras frente a la violencia sexual. La relación entre el principio de no discriminación por razón de sexo y el derecho a vivir una vida libre de violencia se instituye en principio que debe estar presente para garantizar la igualdad sustantiva, como elemento constitutivo del derecho al acceso a la justicia.

En el quehacer de interpretación jurídica que realizan las personas operadoras de justicia, y para poder garantizar el acceso a la justicia a las mujeres, es fundamental tomar en cuenta el aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al desarrollar el concepto doctrinario de **corpus juris de los derechos humanos**⁶⁰ y la técnica de interpretación autorizada para el abordaje adecuado en el caso de víctimas de violencia contra las mujeres.

⁶⁰ En su opinión consultiva OC-16/1999, la Corte IDH manifestó que “[e]l *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 115.

La **interpretación autorizada** es parte de la doctrina del Sistema Interamericano; consiste en referirse al uso de un instrumento en la interpretación de otro. En su marco son varios los criterios que se toman en cuenta a fin de determinar cuándo el contenido de un determinado instrumento puede servir para interpretar el contenido de una norma vinculante contenida en otro instrumento: a) ambas normas deben estar destinadas a proteger el mismo bien jurídico⁶¹, b) cuando el preámbulo del instrumento principal se refiere a instrumentos complementarios, este vínculo, si bien no es decisivo, ayuda a justificar el empleo de uno para efectos de la interpretación del otro⁶². Desde esta perspectiva se podrían abordar más adecuadamente los casos, procurando interpretaciones jurídicas más armónicas con el derecho al acceso a la justicias de las mujeres.

Indudablemente, en el momento actual no se puede pensar en democracias que no integren el principio de igualdad sustantiva y real, el derecho a vivir una vida libre de violencia relacionado con el acceso a la justicia y, por supuesto, que, para fiscalizar y medir el quehacer del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, asuman como estándares de medición los derechos humanos de las mujeres.

Es evidente que el acceso a la justicia y a una adecuada tutela de los derechos para las mujeres es un asunto impostergable, pero también es un imperativo para la construcción de las democracias en nuestros países. En este sentido la justicia de género se convierte en un estándar de medición para el quehacer del Estado y una deuda pendiente de la Comunidad Internacional y en especial del Sistema Interamericano de la OEA.

⁶¹ Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos rebatió el argumento de un Estado de que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos no eran pertinentes porque carecían de obligatoriedad, y recalcó que “[e]n cuanto a las alegaciones de maltrato en la cárcel, el Comité no acepta el argumento del Estado Parte de que no tiene competencia para examinar las condiciones de encarcelamiento de una persona cuando se trata de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, pues éstas constituyen una valiosa orientación para la interpretación del Pacto”.

⁶² El Preámbulo de la CADH, por ejemplo, reconoce que esta forma parte de un esfuerzo para definir los derechos esenciales de la persona, cuyas etapas previas incluyen la Carta de la OEA y la Declaración Americana, así como la Declaración Universal.

Acceso a la justicia de las mujeres en situación de pobreza en América Latina y el Caribe

*María del Luján Flores**

El acceso a la justicia es un tema de enorme actualidad que reviste interés teórico y práctico. Desde un punto de vista teórico –partiendo de una perspectiva de derechos humanos en el ámbito internacional–, implica plantearse el papel de las y los individuos, el desarrollo de la dimensión humana en el Derecho Internacional Público. Ello se sustenta, por un lado, en el hecho de que el tema de derechos humanos ha ido permeando las relaciones interestatales –como ocurrió en los casos de La Grand y Avena o en la opinión consultiva sobre el Muro de 15 de octubre de 2008, de la Corte Internacional de Justicia– y, por otro, en la evolución experimentada en las últimas décadas por el Derecho Internacional Penal, que le confiere directamente a las y los individuos obligaciones y derechos – estos últimos derivados de las primeras.

En el plano regional se han adoptado instrumentos que paulatinamente hacen viable el acceso directo de la persona humana a la justicia internacional. En este sentido, el fortalecimiento de la capacidad procesal de las y los individuos en los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha producido en forma progresiva tanto en lo que respecta a la jurisdicción contenciosa como consultiva, en esta última particularmente reflejado en la OC-16/99¹. En cuanto a la primera, cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José de

* Embajadora, representante permanente del Uruguay ante la OEA. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y en Diplomacia. Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Las opiniones vertidas son de índole estrictamente personal y no comprometen posición oficial alguna.

¹ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 de 10 de octubre de 1999, Serie A No. 16.

Costa Rica) se refiere en varias de sus disposiciones a las personas y grupos peticionarios como parte demandante o parte lesionada.

Asimismo, con la adopción de su Reglamento de 24 de noviembre de 2000, que entró en vigor el primero de junio de 2001, y de allí en adelante con los que le sucedieron, se permite la participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes en todas las etapas del procedimiento ante la Corte IDH.

Al asegurar por vía reglamentaria el *locus standi* de las personas y grupos peticionarios se dio un gran paso hacia un futuro reconocimiento del *jus standi* de las y los individuos ante la Corte IDH, es decir, el derecho de acceso directo al tribunal, como ocurre en el sistema europeo de derechos humanos desde hace más de una década². Como bien lo expresó el juez Antônio Cançado Trindade en su intervención ante la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 4 de junio de 2001, su consagración convencional aseguraría el compromiso de los Estados parte en la CADH con el reconocimiento inequívoco de los individuos como sujetos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, realizándose el ideal de la plena igualdad jurídica ante la Corte IDH entre el individuo, como parte demandante, y el Estado, como parte demandada.

Marco jurídico

La protección de los derechos humanos de las mujeres supone la observancia tanto de las normas y principios del orden jurídico interno como internacional, dentro de los cuales se encuentra el derecho al acceso a la justicia. En ese sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen obligaciones de los Estados para facilitar el acceso a la justicia de las personas, como la igualdad ante la ley y la no discriminación, el derecho a un remedio efectivo por el tribunal

² En el sistema africano, según el protocolo sobre la Corte Africana de Derechos Humanos y de Los Pueblos, las y los individuos no tienen derecho de acceso directo a la Corte salvo que el Estado parte haya hecho una declaración en ese sentido.

competente por violación a derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, el derecho a la igualdad de derechos en el matrimonio y en caso de su disolución.

Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que toman como punto de partida la desigualdad histórica de las mujeres tiene central importancia la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). La Asamblea General de las Naciones Unidas la aprobó el 18 de diciembre de 1979, y entró en vigor el 3 de setiembre de 1981 luego de su ratificación por veinte países. En su artículo 15, inciso 2, dice: “Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad [...] y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales”.

La Plataforma de Acción de Beijing, adoptada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en setiembre de 1995, establece que los Estados deben adoptar medidas para garantizar que las mujeres víctimas de violaciones de derechos humanos –concretamente de violencia– puedan acceder a recursos justos y efectivos que incluyan compensación e indemnización. Es una obligación de cumplir con el deber de debida diligencia del Estado que se deriva de la jurisdicción o control que este ejerce sobre su territorio. Cabe señalar que dentro de los instrumentos internacionales recientes, como las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, se prevén normas que contemplan necesidades específicas de las víctimas para facilitar su participación y testimonio en el proceso, asegurando su completo acceso a la información, es decir, que se regula la administración de justicia y en consecuencia su adecuado acceso.

A nivel interamericano la obligación de los Estados de proveer y garantizar recursos a las víctimas se encuentra plasmada en declaraciones que han adquirido carácter vinculante, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en tratados como la CADH, la Convención Interamericana para Prevenir,

Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como también en la jurisprudencia de la Corte IDH.

El artículo XVIII de la Declaración Americana contempla el derecho de toda persona a recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos, y de disponer de un procedimiento sencillo y breve contra actos de la autoridad que violen sus derechos fundamentales. Asimismo, los artículos 8 y 25 del Pacto de San José contemplan el derecho a acceder a recursos judiciales y al debido proceso. La protección de los derechos allí consagrados se enmarca dentro de la obligación prevista en el artículo 1 del mismo instrumento, que establece la obligación de los Estados parte de la Convención a respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio libre y pleno sin discriminación alguna. Inclusive, según su artículo 2, cuando el ejercicio de cualquiera de los derechos no está aún garantizado en el orden jurídico del Estado, este tiene el compromiso de adoptar las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para hacerlos efectivos.

Por su parte, la Convención de Belém Do Pará consagra a través de distintas disposiciones el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes (art. 4, literal g), el deber de los Estados de establecer procedimientos legales justos y eficaces, incluyendo un juicio oportuno y el acceso efectivo a los procedimientos (art. 7, literal f), así como la obligación del Estado de establecer los mecanismos judiciales y administrativos que aseguren el acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces en caso de violación de derechos (art. 7, literal g). El derecho de las mujeres a un acceso adecuado, efectivo y oportuno a la justicia en casos de violencia se garantiza con un conjunto de medidas que incluyen, entre otras, el fomento de la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás personas funcionarias encargadas de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo está la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer (art. 8, literal c). Asimismo, dentro de dichas medidas se encuentra el

fomento y apoyo a programas de educación dirigidos a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda (art. 8, literal e).

El derecho al acceso a una tutela judicial efectiva ha sido reconocido por la Corte IDH en distintas oportunidades. En el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*³ la Corte se refiere al acceso a la administración de justicia, a las características que debe reunir el recurso, el tribunal que lo sustancie y los resultados esperables.

169. Tal y como lo ha señalado esta Corte en reiteradas ocasiones, 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. Como ha dicho esta Corte, el artículo 25 “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (Caso *Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 82 y 83; Caso *Suárez Rosero*, *supra* 162, párr. 65; y Caso *Paniagua Morales* y otros, *supra* 57, párr. 164). Dicho artículo guarda relación directa con el artículo 8.1 de la Convención Americana que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza.

Asimismo, en el Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*⁴ la Corte desarrolla el deber del Estado de garantizar el ejercicio de los derechos contemplados en la Convención.

166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar

³ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42.

⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Con posterioridad, en el Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú⁵ la Corte reafirmó la importancia de la eficacia en la ejecución de las decisiones o sentencias.

220. En relación con este caso, el Tribunal estima que, para satisfacer el derecho de acceso a un recurso efectivo, no es suficiente con que en los procesos de amparo se emitieran decisiones definitivas, en las cuales se ordenó la protección a los derechos de los demandantes. Además, es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. Como ha quedado establecido (*supra* párr. 167), uno de los efectos de la cosa juzgada es su obligatoriedad. La ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho.

Por último, en el caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala⁶ la Corte considera la inexistencia de recursos efectivos en un Estado parte como una violación a la Convención.

235. También ha afirmado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

⁵ Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144.

⁶ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63.

Pobreza - Género - Discriminaciones

El Premio Nobel de Economía, Amartya K. Sen, en su ensayo titulado “La libertad individual, como compromiso social”, pone de relieve la estrecha vinculación entre ciertos aspectos de la economía y la ética social. Una teoría de la justicia basada en la libertad debe, a su criterio, tener clara la diversidad real en la vida de los distintos grupos de la sociedad, las diferencias de género, las características específicas, señalando que aun una igual distribución de recursos puede acompañar niveles de libertad muy diversos. Destaca asimismo cómo, para tratar los dilemas sociales del mundo contemporáneo, se requiere un debate público y participación de la ciudadanía⁷.

Es importante la toma de conciencia de esa realidad para poder revertir inequidades. Según varios estudios realizados en los últimos años, a los problemas vinculados a la estructura institucional y al funcionamiento de los sistemas de justicia en Latinoamérica y el Caribe, se suman una serie de dificultades que alcanzan a ciertos grupos de la población y les frustran su derecho a acceder a los mismos. Los múltiples elementos que inciden tienen en gran medida un denominador común, el factor económico, los costos que implica la contratación de abogados, el transporte a oficinas o tribunales para llevar adelante procedimientos muchas veces prolongados en el tiempo y que no siempre gozan de credibilidad. Todo ello sin perjuicio de contextos mucho más desfavorables que se dan en razón de la etnia o raza. Es decir, la situación de pobreza tiene una clara repercusión en la posibilidad de acceder a la justicia.

La cuestión adquiere relevancia cuando se constata que un tercio de la población de nuestro Continente se encuentra en situación de pobreza. Se trata de un Continente que no tiene guerras pero en el cual existen discriminación de género, pobreza y una alta tasa de criminalidad. El hecho se agrava en el caso de las mujeres dada la discriminación basada en el género que padecen, situación de desigualdad que se refleja entre otros aspectos, en un recargo de tareas no remuneradas o en el temor a formular denuncias.

⁷ Sen, Amartya K., *La libertad individual como compromiso social*. Ed. Abya-Yala, Quito, Ecuador, 2000, págs. 33 y ss.

El Grupo de Trabajo sobre Educación, Igualdad de Género y Autonomía (empoderamiento) de las Mujeres que integra el Proyecto de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas señaló tres dimensiones interrelacionadas pero indispensables para alcanzar la igualdad de género y la autonomía de las mujeres: las capacidades humanas, tales como la educación y la salud; las oportunidades para usar o aplicar dichas capacidades mediante el acceso a recursos políticos y económicos, y la seguridad, en el sentido de reducción de vulnerabilidad frente a la violencia. La igualdad de género requiere de acciones coordinadas en las tres dimensiones y es a través de los cambios que se produzcan en ellas que puede lograrse la autodeterminación. Como bien se ha señalado en el informe sobre economía invisible y desigualdades de género publicado por la OPS: el centro de la desigualdad de género y la subordinación de las mujeres es la división por sexo del trabajo, donde se remunera a los hombres por su trabajo mientras que no se hace lo mismo con el de las mujeres, que le sirve de sustento⁸. En este sentido, se menciona al trabajo no remunerado como forma predominante en la producción de subsistencia. Pese a la creciente participación de las mujeres en el mercado laboral (trabajo remunerado), la situación no ha traído consigo una redistribución significativa. La asimetría en la distribución y valoración del trabajo afecta negativamente la igualdad de género y la autonomía o empoderamiento de las mujeres y, en consecuencia, tiene un efecto adverso en la visibilidad de sus intereses al momento de la adopción de políticas. Esto lleva a concluir que las relaciones entre género, clase social y pertenencia étnica colocan a las mujeres pobres en particular desventaja en lo que tiene vinculación con el trabajo y por consiguiente, con la posibilidad de salir de la pobreza.

El derecho al acceso a la justicia puede ser aún más menoscabado cuando se trata de mujeres indígenas y afrodescendientes, a causa del racismo. En este sentido, la Declaración de Durban –adoptada en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la

⁸ Gómez, Elena, *La valoración del trabajo no remunerado: una estrategia para la política de igualdad de género. La economía invisible y las desigualdades de género*. OPS-OMS, 2008, págs. 3 y ss.

Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia— precisó que estos flagelos se manifiestan de manera diferenciada en el caso de la mujer, haciendo que sus condiciones de vida se agraven, generando múltiples formas de violencia y afectando el ejercicio de sus derechos humanos. El racismo se manifiesta en una discriminación personal debido al origen de las víctimas y de manera institucional o estructural a través de todo el comportamiento social, lo que lleva a que la situación se perpetúe.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha constatado cómo se agudiza el problema del acceso a la justicia de las mujeres indígenas y afrodescendientes por ser objeto de doble discriminación, por ser mujeres y por pertenecer a una etnia o raza diferente. Los obstáculos que enfrentan las primeras se vinculan a la exclusión social, al difícil entorno geográfico en que viven para poder desplazarse, a la falta de documentos de identidad y a producir prueba para llevar adelante procedimientos, así como a la tendencia a que sus derechos sean negados en el interior de sus propias comunidades. Inclusive, si viven en la ciudad, a los problemas económicos se les suma la falta de información, en ocasiones el desconocimiento del idioma y, en el caso de existir situaciones de conflicto armado, el temor a las represalias.

Las mujeres afrodescendientes, además de sufrir los problemas de acceso a la justicia derivados de la pobreza en que se encuentran en su gran mayoría en la región —entrecruzada con el componente género, ubicación geográfica e idioma según los casos—, padecen dificultades asociadas con el color de la piel y la falta de comprensión de sus tradiciones y cultura⁹.

La complejidad del tema del acceso a la justicia se evidencia también en el caso de mujeres privadas de libertad, cuando existen prisiones preventivas y la detención se prolonga más allá del tiempo debido. Especial atención merece la normativa referente al acceso a la justicia de las personas con discapacidad en países con administraciones de justicia muy débiles.

⁹ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA/CIDH, Doc. 68 20/1/07, Washington, DC, págs. 84 y ss.

Para lograr la equidad de género es necesario procurar tanto la igualdad formal a través del derecho como la eliminación de prácticas y conductas que generan, mantienen y reproducen la posición de inferioridad de las mujeres y la dificultad en hacer efectivo, entre otros, el derecho al acceso a la justicia. Es interesante el esfuerzo que se está llevando a cabo en el ámbito de la OEA con el objetivo de adoptar indicadores de progreso para medir los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) contemplados en el Protocolo de San Salvador¹⁰. En este sentido, en el año 2005 la Asamblea General de la OEA aprobó normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del referido Protocolo. Los indicadores son de tres tipos: estructurales, para evaluar el aparato institucional y el sistema jurídico del Estado; de proceso, a fin de medir la calidad de los esfuerzos que realiza el Estado para aplicar los derechos; de resultados, para medir el impacto real de las estrategias y políticas adoptadas. Ellos responden a tres categorías conceptuales: recepción del derecho, contexto financiero y compromiso presupuestario y capacidades estatales, así como a tres principios transversales a todos los derechos del Protocolo: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia, y acceso a la información y participación política.

Como bien se ha señalado en la propuesta presentada por el Grupo de Trabajo para el análisis de los informes¹¹, en el campo de los derechos humanos se han desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y administrativos efectivos para reclamar frente a la lesión de los derechos, siendo la obligación de los Estados no sólo la de no impedir el acceso a esos recursos sino esencialmente la de organizar su aparato institucional de forma tal que las personas tengan acceso a los mismos. Los Estados están obligados a remover los obstáculos que impidan o limiten la posibilidad de acceder a los tribunales y a los recursos de protección disponibles.

¹⁰ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹¹ Doc. OEA/Ser. L/XXV.2.1 GT/PSSI/doc.2/11 de 11/3/2011.

Democracia - Derechos humanos - Estado de Derecho

La democracia como concepto de vida y de gobierno, y como ideal político en sus distintas formas, ha pasado por diferentes períodos y experimentado una evolución de sus instituciones. La paulatina generalización de la democracia, tanto a nivel interno como internacional, coincide en cierta medida con la tremenda expansión de los derechos humanos, que han dejado de circunscribirse a la jurisdicción doméstica de los Estados.

Como bien lo señala Norberto Bobbio, existen distintas democracias, unas más sólidas que otras, con distintos grados de aproximación al modelo ideal, pero aun la más alejada de él no puede ser confundida con un Estado autoritario. Ella comprende un conjunto de principios y valores. Si bien supone el sufragio universal, debe visualizarse en términos de razonamiento en lo público, con la debida inclusión de la oportunidad del debate, la participación interactiva y el encuentro razonado. La democracia fomenta la libertad y la participación, su consolidación trasciende los aspectos electorales para proyectarse a la gobernabilidad de manera de asegurar estabilidad en el gobierno. En la búsqueda de la gobernabilidad democrática son imprescindibles la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Los beneficios de las democracias deben reflejarse en los seres humanos, en el mejoramiento de su calidad de vida.

El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos está basado en una determinada concepción del ser humano, de su dignidad y derechos, y de su posición preeminente frente al Estado, que es un instrumento para el bien común. De esta manera se da una entrañable relación entre la protección de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, y la efectiva existencia de una democracia, previéndose la posibilidad de acceder a la justicia en todos los casos de lesión de esos derechos en los principales instrumentos jurídicos interamericanos. Como bien lo expresó el Juez Diego García Sayán en su voto concurrente en el Caso *Yatama vs. Nicaragua*¹², la democracia y el

¹² Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127.

respeto de los derechos esenciales del ser humano fueron concebidos de manera interdependiente. Esta vinculación, que está presente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Carta de la OEA y en la CADH, y fue precisada en la Declaración de Santiago de 1959, define los estándares democráticos interamericanos. En el momento actual asistimos al desarrollo y profundización de lo que se ha denominado “el derecho humano a la democracia”, reflejado en el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana, que establece que los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

Cabe señalar que el artículo 8 del mencionado instrumento contempla también la posibilidad de interponer denuncias o peticiones ante el Sistema Interamericano y reafirma la intención de los Estados miembros de fortalecer dicho sistema para la consolidación de la democracia en América. El acceso a la justicia es un derecho humano, social, indispensable para el Estado de Derecho. El Estado debe garantizar a todos su ejercicio, con la mayor equidad. Como bien lo han expresado integrantes del Comité Jurídico Interamericano, la exclusión jurídica de importantes segmentos de la población deslegitima a las instituciones democráticas¹³.

En el proceso de Cumbres de las Américas se puso de relieve la relación entre democracia, justicia y derechos humanos, así como la necesidad de impulsar medidas que aseguren el acceso oportuno, equitativo y universal a la justicia. En este sentido, en la Segunda Cumbre de las Américas, que tuvo lugar en Chile en abril de 1998, en el marco de las medidas para la preservación y fortalecimiento de la democracia, la justicia y los derechos humanos se acordó “desarrollar mecanismos que permitan el fácil y oportuno acceso de todas las personas a la justicia, en particular a aquellas de menores ingresos, adoptando medidas que doten de mayor transparencia, eficiencia y eficacia a la labor jurisdiccional”, considerando el uso de métodos alternativos de solución de conflictos en el sistema de justicia. En esta

¹³ Castillo, Freddy, “Intervención en nombre del Comité Jurídico Interamericano ante la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas”, Ginebra, 19 de mayo de 2010.

misma línea, la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Canadá en el año 2001, estableció un Plan de Acción sobre Justicia, Estado de Derecho y Seguridad de las Personas, que en materia de acceso a la justicia prevé el apoyo a iniciativas y programas públicos y privados para educar a las personas sobre sus derechos de acceso a la justicia, así como medidas para asegurar el acceso oportuno, equitativo y universal a la justicia. A tales efectos se impulsará la cooperación para intercambiar experiencias en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias para acelerar la administración de justicia, inclusive entre los pueblos indígenas. Una mención particular de los esfuerzos que se procuran en la materia está dada por las reuniones de ministros de Justicia en el ámbito interamericano, donde se ha debatido el acceso universal a una justicia de calidad independiente y eficaz que tenga en cuenta a los más pobres y a las minorías tradicionalmente excluidas. Dentro de las medidas para asegurar el pleno acceso de las personas a la justicia se prevé el continuar con el intercambio de experiencias entre los Estados miembros de la OEA en este tema, su perfeccionamiento, la protección jurídica de la infancia y juventud, y la incorporación de medios alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia. Para ello se emprenderán, entre otras acciones, la recopilación de legislación para crear un banco de datos, así como estudios comparativos y medidas que permitan la cooperación internacional en la materia.

La Corte IDH ha puesto de manifiesto en varias oportunidades la trascendencia del tema, desarrollando a partir de la opinión consultiva OC-8/87¹⁴, y luego en la OC-18/03¹⁵, la tesis de la tríada, según la cual “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, complementa y adquiere sentido en función de los otros”, es decir, que el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables.

¹⁴ Corte IDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8.

¹⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

Sería de desear que en el futuro se continuaran utilizando las posibilidades que brindan las opiniones consultivas para profundizar y mejorar la situación de nuestro Continente en materia de acceso a la justicia de las mujeres en situación de pobreza, ya que ello compromete en última instancia el futuro democrático de las Américas.

La violencia contra la mujer. Entre lo público y lo privado

*Santiago Massolo**

Introducción

A partir del *Caso Maria da Penha vs. Brasil*¹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) inició un camino sin retorno en la jurisdicción internacional. Allí estableció –por primera vez aplicando la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)– la responsabilidad del Estado y su falta de efectividad para prevenir y sancionar la violencia doméstica. La impunidad –que se tradujo en más de 20 años de proceso judicial para establecer la responsabilidad penal del agresor por la tentativa de homicidio contra Maria da Penha– demostró un acto de tolerancia por parte del Estado frente a la violencia sufrida por la víctima. Responsabilizando al Estado por la violación del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, la CIDH concluyó que esa tolerancia no es exclusiva del caso individual, sino un patrón de comportamiento del Estado frente a este tipo de violaciones de derechos, y que no se ha violado solamente la obligación de investigar sino también la de prevenir este tipo de violencia². En tal sentido, concibió a la violencia doméstica como una violación de derechos humanos³.

* Abogado y Maestrando en Derechos Humanos (en proceso de tesis) por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Auxiliar Letrado en el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo No. 1 del Departamento Judicial La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

1 CIDH, *María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe No. 54/01 del 16 de abril de 2001, Caso 12.051.

2 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Gaceta No. 20, 2004. Disponible en: <<http://cejil.org/publicaciones/gaceta-n%C2%BA-20-asamblea-general-de-la-oea-en-quito-la-proteccion-de-los-derechos-humanos>>, a mayo de 2011.

3 Lo que ya había hecho el Comité CEDAW en su Recomendación General No. 19, *La violencia contra la mujer*, 11o. período de sesiones (1992), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84, 1994, párr. 9.

Pero sucede que la CIDH se refirió a una situación generalizada y de tolerancia frente a este particular tipo de violencia, que suele denominarse como “patrón de conducta”. Sin embargo, no profundizó en el tema en el sentido de que su jurisprudencia permita identificar en qué casos y bajo qué condiciones un hecho de violencia doméstica puede ser jurídicamente imputado al Estado ante un Tribunal de Justicia y, eventualmente, pedir del Estado el resarcimiento por los daños sufridos. Si se demuestra el patrón de conducta parece que ya no quedan dudas en cuanto a la responsabilidad del Estado.

La misma observación cabe hacer al *Caso “Campo algodonero”*⁴ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o “la Corte”), por el cual –aplicando por segunda vez la Convención de Belém do Pará⁵– condena al Estado mexicano por los homicidios de tres jóvenes mujeres, aun cuando no se probó que hayan sido cometidos por agentes estatales sino en el contexto de un patrón de violencia que, se probó, existía –y sigue existiendo– en Ciudad Juárez.

De tal modo, la gran dificultad radica en que, fuera del “patrón de conducta” que permite el enjuiciamiento a la conducta “en general” asumida por el Estado, el derecho de las mujeres “a una vida libre de violencia” (según los términos expuestos por la Convención de Belém do Pará) suele ser violentado por particulares que no se consideran “sujetos pasivos” de las normas de derechos humanos, puesto que los desarrollos jurídicos de los últimos 50 años por lo general sólo han tenido en cuenta al Estado para la exigibilidad de las obligaciones que de tales normas se derivan.

Por lo tanto, presentaré la problemática que exhibe el fenómeno de la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico anclada en uno

4 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

5 Ya lo había hecho *in re* Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrs. 344, 346, 378, 379 y 408. Allí se declara el incumplimiento del artículo 7 inciso ‘b’ de la Convención de Belém do Pará, que establece expresamente la obligación de los Estados parte de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

de los más graves problemas que enfrenta hoy la teoría general de los derechos humanos, esto es, la de los sujetos obligados a cumplir con sus prescripciones. Y lo haré con las herramientas que se divisan en la propia jurisdicción internacional, con especial énfasis en aquellas que suministra la Corte IDH por la mayor influencia que sus precedentes generan en la región.

1. Derechos humanos: ¿derecho público o derecho privado?

La primera dificultad que se presenta cuando se aborda la cuestión de la violencia doméstica es el trasfondo cultural que concibe a las relaciones familiares (en sentido amplio) como aquellas respecto de las cuales queda exenta toda intervención de terceros. En ese marco, no es extraño que las mujeres tengan tantas dificultades a la hora de denunciar un hecho de violencia⁶ o que, incluso, ignoren que en este fenómeno se pone en entredicho un derecho humano básico oponible *erga omnes*: el derecho a una vida libre de violencia.

Desde el punto de vista teórico, los derechos humanos deben superar un problema de índole conceptual puesto que una visión de derecho puramente internacional, que repara en los sujetos que los crearon y se obligaron a su respeto frente a toda la comunidad internacional, ha conducido a sostener –a mi juicio erróneamente– que el sujeto obligado a cumplir con las normas de derechos humanos es uno solo: el Estado⁷.

⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Caso Opuz vs. Turquía*, sentencia del 9 de junio de 2009, No. 33401/02, párrs. 96, 101, 143 y 195, donde pone de relieve cómo la policía no investigaba los hechos, excusándose de intervenir con el argumento de que dicha violencia era un problema familiar privado (“private family matter” según cita textual); así como la renuencia de los fiscales a iniciar investigaciones sobre hechos de violencia doméstica. En el *Caso Bevacqua y S. vs. Bulgaria*, sentencia del 12 de junio de 2008, No. 71127/01, párr. 83, sostuvo que el argumento estatal del “private family matter” es incompatible con las obligaciones positivas para asegurar el goce de los derechos de la peticionaria.

⁷ Véase, por ejemplo, Nikken, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, en: *Estudios básicos de derechos humanos I*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, Costa Rica, 1994, pág. 27.

Ahora bien, si estos derechos sólo son oponibles frente al Estado pero no respecto de particulares, ellos residen en la relación existente entre la persona humana y el Estado –el ámbito de lo público–, quedando descartados de las relaciones interindividuales – el ámbito de lo privado. El problema que ello representa para la teoría es que implica decir tanto como que no hay nada inherente en las personas que suponga una cierta dignidad, por lo que los derechos humanos no derivarían de una condición de humanidad sino que se encontrarían fuera de la misma: sólo en relaciones de derecho público. En esta ecuación, si los derechos humanos sólo pueden ser violados por el Estado, la familia es un ámbito que quedaría excluido de su eventual protección sin importar la afrenta a la dignidad humana involucrada en la violencia familiar.

Sin embargo, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia desnuda como pocos lo nocivo de esa concepción, respecto de la cual asumo una postura crítica. Como se verá, las normas de derechos humanos suponen obligaciones *erga omnes*, independientemente que sólo al Estado le quepa la obligación de garantía y el concepto técnico de la responsabilidad internacional.

Es que la teoría política liberal, con su ideal formal de la igualdad, ha propiciado una separación entre lo público y lo privado que perpetúa en este último ámbito relaciones de discriminación. Gran parte de la crítica feminista a la doctrina liberal se vertebra en torno a dicha escisión, por las consecuencias que genera en relación con la legitimidad de la acción estatal⁸, esto es, dónde puede intervenir y dónde no puede hacerlo.

Así, hay quienes sostienen que la distinción entre ambas esferas pretende separar la sociedad de la esfera íntima, la cual se configura como un refugio de las personas no sólo frente a la coerción estatal sino también frente a las presiones sociales. Relaciones tales como las de parentesco, la amistad o el sexo estarían bien resguardadas por el Derecho, por aplicación del derecho a la intimidad.

⁸ Turégano Mansilla, Isabel, “La dicotomía público-privado y el liberalismo político de J. Rawls”, en: *Revista Doxa*, No. 24, 2001, pág. 320. Disponible en: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_13.pdf>, a mayo de 2011.

Falso. Considero que esas teorías, más que basadas en análisis realistas de lo jurídico, esconden la implícita aprobación de la hipocresía colectiva frente a ciertos fenómenos de lo social, puesto que si en la intimidad perduran relaciones de dominación, cabe repensar la función que cumple ese tan denominado “derecho” a la intimidad. Dependiendo del alcance que se le reconozca, puede trasuntar un derecho o un total desdén de la dignidad de la mujer. Pero claro, la igualdad entendida en términos formales no permite ver las diferencias de base existentes y constituye una visión simplista del fenómeno social. Es por ello que la cuestión no puede ser analizada desde la tradición liberal sino que su estudio –para un diagnóstico más acertado– habrá de transitar las relaciones reales de poder.

Aclaro lo anterior porque ahora pareciera ser que el ámbito doméstico ha permanecido tradicionalmente fuera del alcance de los Estados. Con esta perspectiva, aun cuando se pregone la supresión de la dicotomía público-privado, no es extraño observar que se concede un argumento que adolece de cierta ingenuidad y que proviene incluso, a mi juicio, de sectores del activismo de los derechos humanos. Es el que reconoce que “en el ámbito de la política pública, no existe suficiente conocimiento ni experiencia acumulada sobre el modo en que el Estado puede intervenir en el entorno familiar”⁹.

Nada más lejos que eso. Hace tiempo ya que los estudios filosóficos y sociológicos del comportamiento del poder vienen demostrando lo contrario. Una excelente investigación sociológica de la historia de la familia argentina, por poner un ejemplo, detalla minuciosamente cómo las políticas públicas no sólo han incidido, sino que han estado deliberadamente dirigidas a regular las cuestiones más privadas y más íntimas de la familia y de las personas que la integran¹⁰.

⁹ Kim, Sunah, “El estado y el entorno familiar: una convivencia necesaria”, en: Birgin, Haydée (editora), *Violencia familiar*, 1a. ed. Altamira, Buenos Aires, Argentina, 2004, pág. 50.

¹⁰ Torrado, Susana, *Historia de la familia argentina moderna (1870-2000)*, 1a. ed. Ediciones de la Flor, Buenos Aires, Argentina, 2003. Allí la autora explica cómo las regulaciones y los actos estatales estuvieron siempre dirigidos a moldear, a disciplinar un determinado tipo de familia, según el rol que esta debía cumplir en la sociedad. Así, temas como la beneficencia, el filantropismo y el

Como puede advertirse, la administración de la vida es indistinguible de los cálculos del poder, lo cual llevó a Michel Foucault a referirse a la política como una biopolítica¹¹:

Los mecanismos del poder se dirigen al cuerpo, a la vida, a lo que la hace proliferar, a lo que refuerza la especie, su vigor, su capacidad de dominar o su aptitud para ser utilizada. Salud, progeneración, raza, porvenir de la especie, vitalidad del cuerpo social, el poder habla de la sexualidad y a la sexualidad; no es marca o símbolo, es objeto y blanco¹².

De tal modo, la familia siempre ha sido una preocupación del Estado, cuya regulación del matrimonio y la sexualidad presupone y mantiene la posición subordinada de la mujer. Muchas circunstancias personales de las mujeres dependen de factores públicos, tales como las regulaciones sobre los métodos anticonceptivos, el aborto, la

asistencialismo, la intervención médico-higienista, el patronato de la infancia, el seguro y la seguridad social, el control sanitario de las escuelas, la admisión del trabajo infantil en el ámbito familiar y la penalización fuera de dicho ámbito, entre otras medidas, aseguraron a la unidad familiar su reproducción biológica y desarrollaron todas aquellas prácticas, económicas y no económicas, indispensables para la optimización de las condiciones materiales y no materiales de existencia de la unidad y de cada uno de sus miembros, y que por tanto tienden a reproducir el funcionamiento de las clases sociales a las que pertenecen. (Véase el capítulo 13). En el caso de la mujer, Torrado expone claramente cómo se ha administrado su vida a través de la regulación del derecho de familia, a saber, sujeción de la mujer al marido, fijación del domicilio conyugal, inferioridad legal, patria potestad, restricción en todo tipo de derechos civiles, valoración más rigurosa del adulterio, etc., y por otras medidas especiales, como la legalización de la prostitución –destinada a preservar la virginidad prematrimonial de las mujeres solteras–, la exclusión del voto femenino –por cuanto se la pretendía confinar al ámbito doméstico y fuera de la vida pública–, así como las concepciones de la femineidad asociadas a la maternidad. (Véase capítulo 4, en especial las págs. 160-192). No es casual que aun en la actualidad la mujer no haya logrado el reconocimiento de sus derechos reproductivos.

- 11 Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. Tomo 1: La voluntad de saber*. Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 1990, pág. 169. La noción de biopolítica la construye para explicar que a partir del siglo XVIII los fenómenos característicos de la vida humana ingresan en los cálculos del poder estatal, por lo que el poder soberano se transforma, así, en un biopoder: el uso de lo biológico como componente de una tecnología política.
- 12 *Ibidem*, pág. 178. Algunos casos también se han ventilado ante el Sistema Interamericano. Véase, por ej., CIDH, *Caso María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*, Informe No. 71/03, del 10 de octubre de 2003, que exhibe ciertos planes reproductivos para las poblaciones.

violación, el matrimonio, políticas de bienestar sobre el cuidado de la descendencia, entre otras¹³.

Ante estas evidencias, pareciera que el poder sobre la vida –el biopoder– se extiende a todas sus facetas, a todos sus recovecos. O, dicho de otro modo, que lo público y lo privado confluyen en el biopoder de la modernidad.

Así, para el sociólogo Zygmunt Bauman, un Estado premoderno se diferencia de un Estado moderno por la “política de jardinero” que este último efectúa. Mientras el primero opera como un “guardabosque” confiando en que la sociedad se reproduzca por sus propios medios como si se tratase de una naturaleza inmodificable que se dona ciclo tras ciclo regida por sus propias leyes, el segundo diseña detalladamente el césped, distingue sabiamente las buenas plantas de las malas hierbas, y tiene la decisión para exterminar con venenos adecuados las malezas que alteran el orden y la armonía de su jardín¹⁴. Como se observa, el Estado jardinero de Bauman es el Estado biopolítico de Foucault.

Se alcanza a comprender así el conocido lema feminista “lo personal es político”, que debe trasuntar una postura activista que reclame al Estado que haga en favor de las mujeres lo que tradicionalmente ha hecho en su detrimento, puesto que el resguardo de la dominación masculina ha requerido una “privatización” de sus prácticas y una invisibilización de sus víctimas¹⁵.

Por su parte, Foucault consideró decisivo al biopoder para el desarrollo del capitalismo, puesto que

[...] éste no pudo afirmarse sino al precio de la inserción controlada de los cuerpos en el aparato de producción y mediante un ajuste de los fenómenos de población a los procesos económicos¹⁶.

13 Pateman, Carol, “Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy”, citada por Turégano Mansilla, Isabel, “La dicotomía público-privado y el liberalismo político de J. Rawls”... pág. 330.

14 Bauman, Zygmunt, *Modernidad y holocausto*. Sequitur, Madrid, España, 1997, pág. 75.

15 Matus, Verónica, “Lo privado y lo público, una dicotomía fatal”, en: Facio, Alda, y Lorena Fries (editoras), *Género y derecho*, 1ª ed. LOM, 1999, págs. 72-74.

16 Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad...* pág. 170.

En perspectiva similar, Guillermo O'Donnell sostiene que el fundamento real del poder que ejercen las instituciones estatales reside fuera de estas: emana de las relaciones capitalistas de producción como garantía de las mismas¹⁷. Ya Hanna Arendt había explicitado la ficción de la distinción entre la esfera pública y la esfera privada con la llegada de la Edad Moderna, cuya forma política la encontró en la nación-estado¹⁸. En esta figura irrumpe lo social, que no es ni público ni privado, toda vez que los propietarios, en lugar de exigir el acceso a la esfera pública debido a su riqueza, pidieron la protección del Estado para acumular más riqueza. Es así que el interés privado por la propiedad privada se transformó en un interés público¹⁹.

Con las precedentes anotaciones estamos en condiciones de afirmar que los acontecimientos de la vida privada constituyen indudablemente cometidos públicos y a la inversa, que las estructuras públicas llevan a cabo una función privada, por lo que las categorías puestas aquí en entredicho se pierden en una zona de indistinción, cuya separación, en rigor, revela la intención –por parte de quienes ostentan el poder– de preservar y perpetuar una relación de dominación. Esa voluntad de poderío se logra a través de la formulación de categorías cuya legitimidad se pretende como *a priori* de la experiencia, independientemente de toda observación de la realidad. La igualdad formal es sin duda uno de los dispositivos jurídicos más útiles con los que el liberalismo cuenta a esos efectos.

Por lo tanto, cabe reclamar la intervención del Estado en aquellas situaciones que son percibidas como intolerables, aun cuando aquel no aparezca como el responsable directo. En caso contrario, se presenta –al

17 O'Donnell, Guillermo, “Apuntes para una teoría del Estado”, Documento Cedes No. 9. Cedes, Buenos Aires, Argentina, 1977, págs. 14 y 19. Disponible en: <<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catadmde/Material/2009-08-19-%20ODONNELL%20Guillermo%20-%20Apuntes%20para%20una%20teoria%20del%20estado.pdf>>, a mayo de 2011.

18 Arendt, Hanna, *La condición humana*. Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1993, pág. 41.

19 *Ibidem*, pág. 73, donde se lee: “el gobierno pertenecía a los reyes y la propiedad a los súbditos, de manera que el deber de los reyes era gobernar en interés de la propiedad de sus súbditos. La ‘Commonwealth’ [...] existió en gran medida para la common wealth, la ‘riqueza común’”.

menos implícitamente— como garante de ciertas formas de dominación en las relaciones interindividuales. Por ejemplo, casos de explotación laboral o de contaminación por empresas suponen relaciones privadas que, en tanto tales, quedarían exentas de la acción “pública” del Estado según la tradición liberal. Ese es el modelo de Estado contra el cual los derechos humanos deben reaccionar, por cuanto reproduce algunos de los problemas cuya protección es demandada en la actualidad, entre los cuales se encuentra sin duda la problemática de la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico.

En lo que hace a la normativa vigente, de acuerdo con el artículo 2, inciso e), de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), los Estados parte se comprometen a “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”, y en forma coincidente su art. 3 indica que

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas [...] todas las medidas apropiadas [...] con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Más específicamente, la Convención de Belém do Pará incluye en su concepto de violencia tanto la ocurrida en el ámbito público como en el privado (artículos 1 y 3), que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal (artículo 2, inciso a).

En consecuencia, el grado de evolución al que ha llegado la ciencia jurídica permite afirmar que, cuando se habla de derechos humanos, la línea divisoria entre autoridad y libertad, entre intervención y abstención, no es trazada por el paradigma bipolar público-privado, y por ende la postura que sostiene que las normas de derechos humanos no suponen obligaciones respecto de particulares es hoy difícilmente sostenible.

Para sustentar esa hipótesis, haré a continuación una breve reseña de varios casos significativos que a mi juicio exponen claramente la línea argumental de estos comentarios.

Aclaro que ello no implica desconocer que internacionalmente sólo sean los Estados los responsables, por cuanto sólo ellos han ratificado los instrumentos y se han sometido a los procedimientos de control de cumplimiento de los mismos. No obstante, en todo caso será esa una cuestión de índole técnica y puramente descriptiva de la responsabilidad internacional de los Estados, derivada del contenido de tales o cuales normas del Derecho Internacional, pero no coincide necesariamente con el concepto normativo de los derechos humanos, aquel que indica el por qué “debe ser” lo que la norma prescribe, el que alude a sus fundamentos, el que surge con la Declaración Universal de Derechos Humanos: la dignidad inherente en la persona humana, y que por ser inherente irriga sus consecuencias a todas las relaciones sociales, ni públicas ni privadas.

2. Las normas de derechos humanos, ¿cuándo derivan efectos respecto de particulares?

Es principio receptado en materia de responsabilidad internacional del Estado, que la obligación de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a toda persona sujeta a su jurisdicción, comprende el deber

[...] de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos²⁰.

Sabido es, también, que las obligaciones del Estado en materia de prevención, investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos, no se agota en las conductas provenientes de agentes estatales. En efecto, un hecho violatorio obra de un particular o de autor desconocido, puede acarrear la responsabilidad internacional

²⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166.

del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención²¹.

Sucede que, como habrá de advertirse, “[l]a de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio”²², por lo que, a fin de evaluar el grado de cumplimiento de aquellas, deberá indagarse si el Estado ha realizado todos los esfuerzos razonables en orden a su consecución, y que en el caso de las mujeres asumen un carácter más estricto²³.

Frente a los casos cuyos actos provienen de particulares, al no poder imputar *a priori* al Estado la conducta del agresor en el ámbito familiar, la herramienta jurídica con que se cuenta para evaluar cuándo un Estado ha conducido su accionar de modo respetuoso con los compromisos asumidos es el concepto de debida diligencia²⁴. Es la vara de medición que permite indicar cuándo la conducta del Estado deja de ser jurídica, aun cuando la vulneración del derecho provenga de un agente no estatal.

Sin embargo, los comentarios que siguen tienen por objeto adicionar un enfoque que no pretende dejar de lado el concepto de debida diligencia, sino por el contrario enriquecerlo y ofrecerle algunas pautas que permitan articular reclamos con mayor firmeza. Me refiero

21 Ibidem, párr. 172. Es también la doctrina que sustenta el Comité CEDAW: véase, vgr. Comunicación No. 2/2003, *Sra. A. T. contra Hungría* (del 26 de enero de 2005, 32o. período de sesiones), punto 9.2., con cita de su Recomendación General No. 19, *La violencia contra la mujer...* párr. 9. Luego, en el *Caso Yildirim vs. Austria*, en el cual la víctima fue asesinada por su esposo, el Comité CEDAW encontró que el Estado había faltado a su deber de debida diligencia por no haberlo detenido (Comunicación No. 6/2005, *Fatma Yildirim vs. Austria*, 39o. período de sesiones, 23 de julio a 10 de agosto de 2007, párrs. 12.1.4 y 12.1.5).

22 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* párr. 175.

23 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* párr. 283.

24 Para un análisis más detallado véase García Muñoz, Soledad, “La obligación de debida diligencia estatal”, en: *Revista “Razón Pública”, Derechos humanos y perspectivas de género*, No. 1. Publicada por Aministría Internacional Argentina, 2004, pág. 29 y ss.

a la doctrina alemana denominada **Drittwirkung Der Grundrechte**, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por particulares en relación con otros particulares²⁵.

Considero que esta doctrina constituye el marco teórico adecuado para suministrar respuestas jurídicas al fenómeno de la violencia doméstica contra la mujer, que entiendo pertinente traer a colación a raíz de su recepción por parte de la Corte IDH varios años después del *Caso Velásquez Rodríguez*, y que inserta al Tribunal regional en la corriente que sostiene que el Estado no es el único sujeto obligado a la observancia de las normas que se derivan de los derechos humanos, sin perjuicio de mantener —a su respecto— los clásicos criterios sobre la responsabilidad internacional contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que el ejercicio de su jurisdicción se encuentra fuertemente limitada por aquellos criterios.

La doctrina del *Drittwirkung Der Grundrechte*: la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares

Consideraciones generales

La doctrina nace con claridad en el *Caso Luth-Urteil*, fallado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania el 15 de enero de 1958, en cuya oportunidad expresó:

Los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. De ahí que la acción de amparo sólo proceda contra actos del poder público. La Constitución, sin embargo, no es neutral respecto de los valores. Los derechos fundamentales traducen un orden o sistema de valores, sustentado en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona humana, que en su condición de disposición constitucional básica, está llamada a regir en todos los ámbitos del derecho. En este sentido, el sistema de valores prohijado por la Constitución, influye en el derecho civil, no pudiendo sus disposiciones contradecirlo y, por el

²⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 140.

contrario, deben ellas interpretarse con arreglo a su espíritu. [...] Si el “juez civil” deja de reparar en el efecto objetivo que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales producen sobre las disposiciones del derecho civil –“efecto de irradiación”–, viola con ocasión de su fallo el derecho fundamental que ha debido proteger y cuya observancia judicial le es impuesta²⁶.

Como se ve, el argumento del Tribunal es que la Constitución contiene en su parte de derechos fundamentales un sistema u orden objetivo de valores que busca realizarse en todo tipo de relaciones sociales, tanto jurídico-públicas como jurídico-privadas²⁷. De esta tesis nacerá el *Drittwirkung* o efecto horizontal de los derechos fundamentales, que se justifica por el hecho de que la persona humana se encuentra sometida a una situación de indefensión frente a una sociedad controlada y dirigida por poderes privados que emulan, en ocasiones con ventaja, al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad, y que hace que el planteamiento de los derechos y las libertades no se conciba ya sólo en relación con el poder del Estado, sino además ante ese conjunto de poderes privados capaces también de conculcarlos²⁸.

²⁶ Citado por Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, en: *Cuadernos Constitucionales*, No. 27. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, pág. 13. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=119>>, a mayo de 2011.

²⁷ La misma Corte Suprema argentina es pionera en la materia, toda vez que en el famoso *Caso Kot*, en el mismo año que su par alemán (fallos 241:291, sentencia del 5 de setiembre de 1958, “Samuel, Kot SRL”), afirmó que “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita aseverar que la protección de los derechos humanos esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad ni que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos”, y que “[I]a Constitución Nacional está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes ‘los beneficios de la libertad’ y este propósito se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, obstaculizan o postergan la efectiva plenitud de los derechos”. Son notorias, quizás haciéndose eco del precedente alemán, las similitudes con las consideraciones del caso Luth.

²⁸ De Vega García, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung Der Grundrechte*)”, en: Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, Serie Doctrina

A partir de estas nociones se puede hablar del *Drittwirkung* o, entre nosotros, el “efecto horizontal” o “eficacia entre particulares” de los derechos humanos. No quita de escena al Estado, no lo exime de su responsabilidad. Por el contrario, demanda su intervención en ámbitos que clásicamente se suponían reservados a particulares. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo recordó en el *Caso Opuz* que la interferencia de las autoridades en la vida privada o familiar puede ser necesaria para proteger los derechos de las personas, o para prevenir la comisión de delitos²⁹.

En el caso de las mujeres, frente a la situación de dominación patriarcal en la que se encuentran, la normativa destinada a la defensa de sus derechos, tanto interna como internacional, obliga a los Estados a adoptar medidas especiales de protección. Siendo ello así, los derechos humanos nos están obligando a tomar consideración acerca de la ecuación real de poder existente en el ámbito doméstico y familiar. Así, tanto en este como en otros ámbitos, las relaciones asimétricas de poder le incumben al ordenamiento jurídico en general, y a los derechos humanos muy en particular.

Esto no implica dar de baja la noción de autonomía de la voluntad³⁰, necesaria para el desarrollo en libertad de las relaciones sociales, puesto que esa simple y genérica libertad de ningún modo puede ser invocada para lesionar derechos ajenos. Ese deber de respeto constituye, precisamente, la base del *Drittwirkung*.

Ahora bien, puede suceder que haya casos confusos en los que la violación no luzca tan evidente. En tales supuestos, deberá establecerse hasta dónde llega la capacidad de autodeterminarse, y hasta dónde

Jurídica, No. 96. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, pág. 697.

29 TEDH, *Caso Opuz vs. Turquía...* párr. 144, con cita del *Caso Bevacqua y S. vs. Bulgaria...* párr. 83.

30 Riesgo que lleva a sostener a Bilbao Ubillos que “a nadie se puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Es el precio que hay que pagar para preservar una sociedad de seres libres y responsables, con una capacidad real de autodeterminarse”. Citado por Carbonell, Miguel, “¿Se puede hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares?”, en: García Ramírez, Sergio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, Tomo 1. UNAM, México, 2007, pág. 218.

llega la vinculación del texto constitucional y convencional respecto de particulares. El elemento que creo fundamental para armonizar eventuales tensiones, consiste en verificar la presencia de relaciones asimétricas de poder entre las partes de la relación jurídica³¹ (y que al movimiento de mujeres le resulta especialmente caro³²), de modo que cuanto menor sea la igualdad real entre ellas, mayor será la injerencia de los derechos fundamentales en la vida “privada”, a fin de corregir tales desigualdades. ¿Acaso no es esa desigualdad de base la que justifica la adopción de medidas de acción afirmativa?

Dicho de otro modo, si un poder privado deriva en una situación de monopolio, la autonomía de la voluntad quedaría simplemente reducida a la autonomía de ese poder privado, de esa dominación, y la igualdad ante la ley se convierte en legitimación de las desigualdades de hecho.

Por ello no parece suficiente proclamar la interdicción de la arbitrariedad pública, sino también de la privada. Es que sólo así puede afirmarse el concepto de inherencia de la dignidad humana como fundamento del ordenamiento jurídico, que por tanto irroga consecuencias jurídicas también a las relaciones interindividuales. Es desde esta perspectiva que la protección del derecho a una vida libre de violencia es una función privada y pública, las dos al mismo tiempo, o simplemente ninguna. Supone una obligación estatal (garantía) y otra *erga omnes* (respeto). De lo contrario, los derechos humanos sólo podrían llegar a ser derechos defensivos frente al Estado, y este sólo asumiría con respecto a ellos obligaciones negativas, de no injerencia. Tal la concepción liberal-clásica de los derechos, concepción que no está vigente ni viviente en la jurisdicción internacional. Veamos.

Recepción por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En su opinión consultiva No. 18 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte sostuvo que

³¹ Carbonell, Miguel, “¿Se puede hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares?”... pág. 219.

³² Lo cual es reconocido por la Convención Belém do Pará en su parte considerativa, en la que señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)³³. Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares³⁴.

También ha señalado la existencia de dichos efectos de la Convención en relación con terceras personas, al haber ordenado medidas provisionales para proteger a integrantes de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales, y también por particulares³⁵.

Por su parte, en lo que hace a la aplicación de la doctrina en ejercicio de su función contenciosa, la Corte ha condenado al Estado colombiano por actos cometidos por paramilitares en el marco del conflicto armado interno que desangra a la población de dicho país. Así, en el *Caso de la masacre de Mapiripán* consideró que

Las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, [...] se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la

³³ Efectos que Antônio Augusto Cançado Trindade ya venía destacando insistentemente en sus votos razonados de los *Casos Blake vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, párr. 28; *Caso Blake vs. Guatemala*, reparaciones y costas, sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C No. 48, párr. 40; *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C No. 67, párr. 2 y ss.

³⁴ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* párr. 140.

³⁵ Corte IDH, *Caso de las penitenciarias de Mendoza*, medidas provisionales, resolución de 18 de junio de 2005; *Caso del Pueblo Indígena Sarayaku*, medidas provisionales, resolución de 6 de julio de 2004; *Caso de la Comunidad Kankuamo*, medidas provisionales, resolución de 5 de julio de 2004; *Caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, medidas provisionales, resolución de 6 de marzo de 2003, Serie E No. 4, párr. 169; *Caso de la Comunidad de Paz de San José Apartadó*, medidas provisionales, resolución de 18 de junio de 2002, Serie E No. 4, párr. 141, y *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, medidas provisionales, resolución de 18 de junio de 2002, Serie E No. 4, párr. 53.

efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales³⁶.

Luego, en el *Caso de la masacre de Pueblo Bello*, la Corte clarifica los supuestos a partir de los cuales cabe aplicar el *Drittwirkung*. Señaló que

[U]n Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía³⁷.

Ello se sostiene, pues

[T]eniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada³⁸.

³⁶ Corte IDH, *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 111.

³⁷ Corte IDH, *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 123. Y confirma sus criterios en el *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 78. El criterio fue tomado del TEDH. Véanse los casos *Kiliç vs. Turquía*, sentencia del 28 de marzo de 2000, No. 22492/93, párrs. 62-63, y *Osman vs. Reino Unido*, sentencia del 28 de octubre de 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, párrs. 115-116.

³⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 155.

Es curioso que, sin mencionar la doctrina del *Drittwirkung*, la Corte haya reproducido este criterio en el párrafo 280 del fallo recaído en el Caso “*Campo algodonero*”³⁹, por el cual –aplicando la Convención de Belém do Pará– condena al Estado mexicano por los homicidios de tres jóvenes mujeres, aun cuando no se probó que hayan sido cometidos por agentes estatales, sino en el contexto de un patrón de violencia que, se probó, existía en Ciudad Juárez. De este modo, la Corte IDH viene a compartir implícitamente la estrategia propuesta en estos comentarios en cuanto a que la violencia contra la mujer perpetrada por agentes no estatales, corresponde encuadrarla en la noción conceptual de la *Drittwirkung*.

Aplicabilidad al ámbito de la violencia contra la mujer

Trasladando estas reflexiones al ámbito de la violencia contra la mujer, se deduce que la responsabilidad del Estado en virtud de actos de violencia perpetrados por particulares, requiere para su configuración de dos elementos: a) conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para la mujer, y b) tener posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.

a) *Conocimiento de la situación de riesgo*

El acto violento –o su amenaza– puede llegar a conocimiento de la autoridad pública por cualquier medio. Centralmente a través de la denuncia (signada por su informalismo⁴⁰), pero también por informes de agencias estatales o de organismos no gubernamentales, o bien porque el hecho sale a la luz en otro tipo de procedimiento, por ejemplo, en un juicio de divorcio.

Luego, en algunos casos puede ser difícil determinar si la autoridad pública –cualquier persona funcionaria– tuvo conocimiento de un hecho de violencia. Ahora bien, por obra del concepto de la debida diligencia no siempre se requerirá probar que existió un conocimiento efectivo de la situación, sino que bastará con que se entienda que el Estado debió tener conocimiento de ello. Eso es una cuestión que se

³⁹ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...*

⁴⁰ Véase Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Protección contra la violencia familiar*, 1a. edición. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2007, págs. 39-41.

resolverá en cada caso, de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar que lo rodeen.

Por su parte, es pertinente tener en cuenta algunas pautas que la Corte IDH consideró exigibles en el *Caso “Campo algodonero”* y que aquí resultan especialmente aplicables, dada la analogía evidenciada entre ambos supuestos. Allí sostuvo que una vez denunciada la desaparición de las jóvenes (lo que es lo mismo que el conocimiento de la situación de riesgo antes referida), el Estado debió actuar “con prontitud dentro de las primeras horas y días”⁴¹, de modo que “permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer”⁴². Ello por cuanto, “[l]as autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad”⁴³; de este modo, a través del recurso interpretativo de la analogía, debe igualmente presumirse que la mujer golpeada continuará en tal situación hasta tanto no se tomen medidas efectivas para evitarlo.

A su vez, no pueden admitirse leyes que exijan hechos violentos ya consumados, sino que el conocimiento de un peligro inminente impone la adopción de medidas cautelares para evitar el daño. En caso de existir antecedentes, de modo tal que pueda hablarse de una “gran probabilidad de daño”, la técnica procesal moderna aconseja la promoción de procesos urgentes, como la medida autosatisfactiva, cuyo objeto es acceder a una justicia más rápida y eficaz⁴⁴. Si no existen mecanismos similares, el Estado falla en prevenir la violación, cuestión que nos coloca en el campo de la razonabilidad de tal prevención.

b) Prevención razonable

La razonabilidad de la prevención es, en definitiva, la debida diligencia con que el Estado atiende una violación, toda vez que exista

41 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* párr. 284.

42 *Ibidem*, párr. 285, por aplicación del art. 7, inc. c, de la Convención de Belém do Pará.

43 *Ibidem*, párr. 283.

44 Peyrano, Jorge W., y Edgar J. Baracat, *Medida innovativa*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2003, pág. 15.

un deber jurídico de actuar, ya que la Corte IDH se ha referido a ella al tratar el caso de la responsabilidad del Estado por omisión. Este deber supone prevenir razonablemente, investigar seriamente y, en caso de encontrar responsables, sancionar al autor y reparar a la víctima⁴⁵.

En los casos de omisiones puras el Estado será claramente responsable pues la violación que ocurre en defecto de toda prevención⁴⁶. Más compleja es la situación en que el Estado ha ejecutado diversas acciones a fin de evitar un potencial daño, pero que no obstante no cumplen su objetivo. En ellos deberá analizarse si el obrar estatal cumple con ciertos requisitos.

Si bien escapa a los objetivos de este trabajo exponer detalladamente los supuestos en que el Estado puede ser responsabilizado, cabe no obstante exponer qué debe entenderse por la noción de razonabilidad, de manera de poder evaluar hasta qué punto el Estado se encuentra obligado a prevenir las violaciones.

El principio de razonabilidad (o como lo prefiere cierta doctrina, de proporcionalidad) es el concepto clave para evaluar la legitimidad de la injerencia estatal en los derechos fundamentales o, dicho de otro modo, determinar el exacto alcance del derecho en cada caso y por lo tanto –como contrapartida– la medida de acción que del Estado cabe exigir para garantizarlo. Radica, *grosso modo*, en que toda medida de la autoridad que restrinja o reglamente un derecho fundamental, lo haga sólo en la medida indispensable para la obtención de un fin constitucionalmente –y convencionalmente– lícito⁴⁷. Esto es, que “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”⁴⁸.

De allí las dos preguntas que se formula el Sistema Interamericano a la hora de evaluar la validez de una restricción de derechos humanos.

45 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* párrs. 174 y ss.

46 Salvo, claro está, que el Estado demuestre que el daño no era previsible o, aunque previsible, inevitable con los medios regulares con los que cuenta. Porque en tales casos no habría una posibilidad razonable de evitarlo.

47 Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*. UNAM, México, 2007, pág. 20.

48 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 46.

Primero, si el obrar estatal persigue un fin legítimo, lo cual surgirá de cada obligación en particular. Segundo, si la conducta adoptada en cada caso exhibe una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue, lo cual –a su vez– supone un examen de necesidad de la medida, en el sentido de que sea la menos gravosa para el derecho afectado. De tal modo, si con evidencia se advierte que la lesión a un derecho proviene de una medida concreta que podría reemplazarse por otra, y que de haberse elegido no irrogaría dicha lesión, la conducta estatal deja de ser razonable, pues habiendo otras medidas igualmente conducentes, se ha optado por la más gravosa. Ello así porque en tal caso si la mayor afectación no es necesaria es, por consiguiente, desproporcionada⁴⁹.

Por lo expuesto, para estimar la licitud de una medida interventora de un derecho fundamental, tiene ella que superar el *test* de cada uno de estos elementos, fin legítimo y proporcionalidad, en cuyo caso reúne las condiciones de su propia racionalidad. Caso contrario, el Estado falla en prevenir la violación.

El otro de los temas cruciales a fin de que el Estado cumpla con sus obligaciones de garantía lo constituye la puesta en práctica de investigaciones serias, efectivas y asumidas como propias del Estado, tendientes a no propiciar la impunidad, cuestión que se percibe como la mayor discriminación que enfrentan las mujeres⁵⁰. Al respecto, se impone la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de debido

⁴⁹ Para una aplicación del principio de proporcionalidad véase: Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, fondo, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 79; *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, fondo, sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C No. 20, párrs. 69 y 72; *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 107; *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 42. Ver también, TEDH, *McCann y otros vs. Reino Unido*, sentencia del 27 de setiembre de 1995, Serie A 324, párr. 149. Asimismo, Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 6/16; *Suárez Guerrero vs. Colombia*, No. 45/1979; *Herrera Rubio vs. Colombia*, No. 161/1983; *Hermanos Sanjuán vs. Colombia*, No. 181/1984; *Baboeram et al. vs. Surinam*, Nos. 146, 148-154/1983; *Bleier vs. Uruguay*, No. 30/1978; *Dermis Barbato vs. Uruguay*, No. 84/1981, y *Miango Muiyo vs. Zaire*, No. 194/1985.

⁵⁰ Birgin, Haydée (editora), *Violencia familiar...* pág. 29.

proceso, en el sentido de que los recursos deben ser susceptibles de producir el resultado para el cual están destinados. Esta es la nota de eficacia de los procedimientos, que dimana del artículo 25 de la Convención Americana. Así, en aquellos casos en los que el reconocimiento de alguna garantía procesal se exhiba como ilusoria o haya quedado reducida al plano declarativo, el proceso no satisface los estándares de la Convención⁵¹.

De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de

⁵¹ Al respecto, la Corte Interamericana señaló que: “[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párr. 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 113; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párrs. 136 y 137, y *Garantías judiciales en estados de emergencia...* párr. 24, entre otros.

las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará⁵².

Conclusiones

A pesar de que los Estados están obligados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a tomar medidas efectivas para respetar, proteger y garantizar los derechos de las mujeres, la violencia contra ellas sigue siendo un fenómeno generalizado y sistemático⁵³. Verificado ello, el reclamo por la intervención estatal –real y efectiva– constituye un paso esencial para evitar que la hipocresía colectiva “privatice” el problema, que permanezca todavía oculto en nuestras sociedades cada vez más individualistas.

A esos efectos, contextualicé la denominada *Drittwirkung* para poner en entredicho la distinción entre lo público y lo privado, de manera que la doctrina pretende remediar la confusión existente en materia de derechos humanos, que los concibe oponibles únicamente frente al Estado. Porque una cosa es que el Estado sea el garante del ejercicio pleno y efectivo de un derecho, y otra muy distinta es que las normas sólo a él obliguen y, por tanto, sólo a él responsabilicen.

Ello, que se verifica ante los tribunales internacionales puesto que no se han modificado las normas sobre la responsabilidad internacional del Estado, no puede ser sostenido en los ordenamientos jurídicos nacionales, toda vez que –como quedó demostrado– aquellos tribunales consideran responsables a los Estados por no aplicar las normas de derechos humanos respecto de particulares. Por tal motivo, tanto como la responsabilidad estatal, también existe una responsabilidad individual por el incumplimiento de normas de derechos humanos, aun cuando esta no pueda ser declarada por tribunales internacionales al no serles atribuida la competencia para el enjuiciamiento de personas o de entidades no estatales, lo cual –en todo caso– constituye una cuestión de capacidad procesal para ser demandado y que admite variaciones conforme el grado de evolución

⁵² Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* párr. 258.

⁵³ Amnistía Internacional, “Hacer los derechos realidad. El deber de los Estados de abordar la violencia contra las mujeres”. ACT 77/049/2004, pág. 72.

alcanzado por la disciplina. No obstante, ello no responde tanto a una imposibilidad teórica cuanto a una exigencia de los intereses dominantes cuya voluntad es lógicamente preservar un estado de cosas funcional a tales propios intereses.

Por otra parte, se podrá decir que hay derechos, como el de la tutela judicial efectiva o el principio de la legalidad penal, que no son oponibles a las personas, pero ello no responde a razones conceptuales, sino a la mera circunstancia de que aquellas no tienen la posibilidad de afectarlos en la medida en que no cuentan con aparatos gubernamentales para ello.

De tal modo, si bien es cierto que los Estados siguen siendo quienes, con poderes normativos y coercitivos, positivizan los designios de los derechos humanos en los respectivos territorios nacionales –cuyo gobierno da nacimiento a la obligación de garantía–, no lo es menos que todas las personas están obligadas a respetarlos (obligaciones *erga omnes* de respeto), puesto que es esta la única forma de sostener validamente el concepto de inherencia. De lo contrario, si los derechos devienen oponibles únicamente respecto de los Estados, su fundamento residiría en el vínculo existente entre las personas y los Estados, pero no serían predicables en las relaciones interindividuales. La Corte IDH reacciona claramente contra esta postura al receptor la *Drittwirkung* en el párrafo 140 de su opinión consultiva 18. Parece aceptar, sin decirlo expresamente, que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (que sólo obligan a los Estados) no deben extrapolarse a los sistemas nacionales y, así, conceptualizar a los derechos humanos como otra cosa que un fenómeno jurídico-político en permanente construcción y cambio, cuya primordial función radica en controlar el modo en cómo se ejerce el poder, legitimándolo, y que puede provenir no sólo del Estado sino también de una persona en concreto, de un grupo de ellas, de la familia, de una empresa, de una multinacional o, por qué no, de las nuevas esferas de poder supranacional o supraestatal⁵⁴.

54 La “Directiva de retorno” del Parlamento Europeo, que permite detener a un nacional de país no comunitario hasta dieciocho meses, es un buen ejemplo de ello. Véase: <<http://tardesgrises.wordpress.com/2008/06/23/directiva-retorno/>>, disponible a mayo de 2011.

En el caso particular de estos comentarios, el derecho de la mujer a una vida libre de violencia exhibe como pocos la falacia conceptual sobre la cual se ha erigido la postura que pretendo poner aquí en crisis, falacia cuya comprobación se encuentra en la jurisprudencia internacional y que la Convención de Belém do Pará, como instrumento normativo, ha sido pionera en advertir.

Asimismo, sabido es que la interpretación evolutiva de los textos de derechos humanos les depara un contenido variable y dinámico, en permanente construcción. Una obra de arquitectura que “debe acompañar [...] las condiciones de vida actuales”⁵⁵. En este aspecto, creo necesario destacar que el mayor problema que tiene hoy la disciplina no es si un derecho pertenece a una u otra categoría o si se protege por medio de tal o cual acción, sino cuál es el modo más seguro de garantizarlos para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. En definitiva, la mayor discriminación que enfrentan las mujeres son las dificultades para acceder a la justicia⁵⁶.

Debemos preguntarnos cada vez más si los compartimentos estancos, categorías abstractas, o tecnicismos de dudosa estirpe, no terminan siendo los aliados jurídicos de los mayores sometimientos de la historia, como es, en nuestro caso, el de las mujeres. De ahí que deba quedar ya definitivamente claro que ante la pregunta de si un tribunal nacional puede, con ocasión de su fallo, declarar que el cónyuge o pareja violó el derecho de su mujer a una vida libre de violencia, aplicando el art. 3 de la Convención de Belém do Pará, entonces la respuesta me parece indudablemente afirmativa.

⁵⁵ TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, sentencia del 25 de abril de 1978, Serie A No. 26, párr. 31. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay...* párr. 117; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 125, y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 165. En el mismo sentido, Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 114.

⁵⁶ Birgin, Haydée (editora), *Violencia familiar...* pág. 29.

Es que allí donde la mujer se debate entre la vida y la muerte, en ese umbral donde todas las determinaciones jurídicas de las mujeres son desactivadas, las categorías público y privado no son predicables. Y en este estado de anomia, donde la violencia sustituye al derecho y donde este ya no puede reaccionar frente a aquella, la reafirmación de la dignidad humana, una vez más en la historia, deviene ineludible. Es, pues, el concepto de inherencia⁵⁷ el fundamento jurídico a partir del cual puede demandarse la intervención estatal en este fenómeno para que, en el ámbito doméstico, los derechos humanos sean efectivamente oponibles frente a particulares. Esa condición básica de humanidad –la dignidad– es la que va a permitir comprender por qué toda distinción entre público y privado, entre civil y social, entre sustantivo y procesal, y otros tantos viejos tecnicismos, ya no acompañan las condiciones de vida actuales y son discriminatorios, puesto que producen a la postre otra distinción, la madre de todas las distinciones, la que no puede admitirse: la que distingue entre derechos humanos o la nada misma. Entre uno y otro caso, hay una apuesta política. Una posición tomada.

⁵⁷ Que dimana del art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que se encuentra insito en el principio de no discriminación, norma de *ius cogens* internacional.

Medidas contra la impunidad en el contexto de la violencia de género

*Eduardo Meier García**

El 16 de noviembre de 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte) dictó un fallo paradigmático para la tutela integral de los derechos de la mujer, una auténtica respuesta a la subutilización de las vías judiciales y del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) en casos de violencia y discriminación de género.

Se trata de la sentencia del *Caso González y otras vs. México*, mejor conocido como “Campo algodoner”¹, sobre la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodoner de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001.

Estamos ante un caso emblemático que permitió a la Corte IDH y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), concretar jurisprudencialmente la guía para que los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cumplan con las diversas obligaciones relacionadas a la igualdad de género. Este proceso se inició en el hemisferio americano con la aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)², y el

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derechos Fundamentales, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

² Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

establecimiento por parte de la CIDH de la Relatoría Especial sobre los Derechos de la Mujer³.

Por primera vez, la Corte IDH examina una situación estructural de violencia de género y se logra la justicialización del tipo de violencia contra la mujer que define el artículo primero de la Convención de Belém do Pará como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

La Corte IDH (i) define el estándar de “debida diligencia” establecido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, a fin de determinar el alcance del deber estatal de prevención de crímenes basados en el género, tales como desapariciones, vejaciones sexuales, torturas y homicidios de mujeres; (ii) aplica el estándar de debida diligencia respecto del deber estatal de protección de los derechos frente a actos de particulares, y (iii) fija los criterios jurídicos que permiten atribuir la responsabilidad estatal por crímenes de particulares. Asimismo, (iv) retoma la doctrina del riesgo previsible y evitable, siguiendo la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos, que había desarrollado en fallos previos sobre la violencia de grupos paramilitares en el conflicto armado interno en Colombia, aplicando esos estándares al contexto social de las prácticas de violencia de género en Ciudad Juárez y (v) definiendo un deber de protección estatal reforzado por la Convención de Belém do Pará⁴.

Como se observa son muchas las aportaciones de la sentencia “Campo algodonero”. No obstante, en esta oportunidad centraremos el análisis en la existencia de mayores niveles de impunidad en

³ Abi-Mershed, Elizabeth, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los derechos de la mujer: avances y desafíos”, en: Martín, Claudia, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Distribuciones Fontamara, Universidad Iberoamericana, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, México, 2004, pág. 482.

⁴ Abramovich, Victor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, No. 6, Año 2010. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, julio de 2010, págs. 167-182.

estos casos de violencia contra la mujer, y en significar la mayor vulnerabilidad asociada a la desigualdad y a la pobreza, a ese círculo de la desesperanza en el que habitualmente están sumidas las víctimas de estos delitos.

Sin dudas “[l]a impunidad [en el contexto de la violencia de género] envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación”⁵. De modo que toda estrategia integral de judicialización que pretenda combatir o cuando menos paliar la impunidad debe ser bien recibida en la medida que se pretenda con ello erradicar el patrón de impunidad sistemática en la actuación policial, forense, fiscal y judicial en los casos de violencia contra las mujeres en el Continente, que en su mayoría carecen de una investigación, sanción y reparación efectivas.

La sentencia “Campo algodoner” como canon de interpretación conforme

En la sentencia “Campo algodoner” la Corte IDH va más allá de las aciagas circunstancias particulares de las víctimas. Al desplegar el *thema decidendum*, se centra en el “efecto interpretativo” para profundizar en una situación más amplia de violencia y desigualdad estructural, previendo su impacto dentro de las estructuras, procesos y sujetos estatales, concretamente los encargados de la protección y promoción de los derechos humanos en la esfera de la igualdad y no discriminación por motivos de género. De esta manera, procura los efectos indirectos, pro futuro, obligatorios y *erga omnes*, de compatibilización y armonización del derecho interno de los Estados parte al canon o estándar mínimo que fija la sentencia.

La CIDH alegó ante la Corte la responsabilidad internacional del Estado mexicano por (i) la falta de medidas de protección a las víctimas; (ii) la falta de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género en la zona; (iii) la falta de respuesta de las autoridades frente a la

⁵ CIDH, *Situación de los derechos humanos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003, párr. 7.

desaparición; (iv) la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos, y (v) la denegación de justicia y la falta de adecuada reparación. Solicitó a la Corte IDH que declarara al Estado responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la misma, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

La Corte determinó que el Estado mexicano⁶ es responsable por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en relación con la obligación de garantía contenida en el artículo 1.1 de la CADH y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en el artículo 2 *eiusdem*. Asimismo, que incumplió con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las víctimas; incumplió con su deber de investigar –y con ello su deber de garantizar– los derechos a la vida, integridad personal (de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 y 5.2 CADH) y libertad personal, en relación con las obligaciones generales de garantía establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las víctimas. Asimismo, que el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, en relación con las obligaciones generales de garantía establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las y los familiares de las víctimas. Violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la CADH, en relación con el deber de garantía de los derechos a la vida, integridad personal (de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 y 5.2) y libertad personal, en perjuicio de las víctimas, así como en relación con el acceso a la

⁶ México es Estado parte en la CADH desde el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 16 de diciembre de 1998.

justicia y protección judicial, en perjuicio de los y las familiares de las víctimas. Violó los derechos de la niñez, en relación con las obligaciones contenidas en los 1.1 y 2 de la CADH, en perjuicio de las niñas Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez. Violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los sufrimientos causados a las y los familiares de las víctimas. Violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los actos de hostigamiento que sufrieron varios/as de las y los familiares de las víctimas⁷.

Sin dudas esta histórica decisión interamericana le dio más visibilidad internacional a los múltiples feminicidios⁸ de Ciudad Juárez (señalada como una de las ciudades más violentas del Continente), pero también a la existencia de patrones de acción y omisión empleados en un contexto de violencia contra la mujer⁹, con respuestas deficientes y actitudes indiferentes de las autoridades encargadas de la investigación de los crímenes, poniendo en evidencia mayores niveles de impunidad en los casos de homicidio de mujeres, con características de violencia sexual.

Esta sentencia es canon de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en el contexto de la violencia de género, por lo que esperamos no tarde en favorecer la ósmosis tan necesaria en este ámbito, esto es, la integración y complementariedad entre ordenamientos, y la eficacia de los medios y procedimientos de protección de los derechos humanos.

⁷ Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México...* Puntos resolutivos.

⁸ “En el presente caso, la Corte, a la luz de lo indicado en los párrafos anteriores, utilizará la expresión ‘homicidio de mujer por razones de género’, también conocido como feminicidio”. *Ibidem*, párr. 143.

⁹ “Todo esto lleva a la Corte a concluir que las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez”. *Ibidem*, párr. 231.

Se suele señalar que el canon de la interpretación conforme a la jurisprudencia internacional favorece la ósmosis, esto es, la integración entre ordenamientos (intra e intersistemáticos), reduce su consideración de compartimientos estancos y homogeneiza las técnicas de protección en el sentido del artículo 29 de la CADH¹⁰.

Es canon de interpretación conforme al DIDH por el vínculo judicial obligatorio de las sentencias estimatorias de la Corte IDH, que no sólo tienen eficacia *inter partes*, esto es, relacionada con la cosa juzgada, sino que desde la perspectiva del sistema de garantías, la actuación conforme de los Estados y concretamente la interpretación conforme de los jueces, garantiza que no se generen diferencias interpretativas, múltiples criterios de protección y grados de cumplimiento de los fallos conforme a la CADH y a la Convención de Belém do Pará.

Así, los efectos indirectos de la sentencia “Campo algodnero” responden al efecto de la cosa interpretada, al que se le reconoce eficacia *erga omnes* en la medida que la Corte IDH es intérprete último, auténtico y supremo de la CADH y de la Convención de Belém do Pará. Al desempeñar su función con plena jurisdicción y con el reconocimiento del principio *Kompetenz-Kompetenz* como su homólogo europeo¹¹, establece el alcance y el contenido de los derechos y garantías que forman parte del *acquis conventionnel* al que los Estados parte –y especialmente sus jueces y tribunales– deben seguir en su interpretación conforme.

¹⁰ Cascajo Castro, José Luis. “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral. Marcial Pons, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, pág. 204. Por su parte, el artículo 29 de la CADH (normas de interpretación) contempla: “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

¹¹ Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 403.

En tal sentido, no dudamos en que la aportación de este fallo sería un idóneo y plausible objeto de análisis y de referencia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por la African Court of Justice o por la African Court on Human and Peoples' Rights, por los órganos de las Naciones Unidas y los tribunales nacionales. En este último caso, como guía o canon (*acquis conventionnel* o estándar mínimo) de efectos inmediatos para las decisiones internas de los tribunales y demás órganos de la administración de justicia, de los otros poderes públicos y de los particulares de los países que integran el hemisferio americano, por lo menos para los que han ratificado la CADH¹² y reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH¹³.

Sin embargo, creemos que se ha mediatizado el impacto o efectividad de los estándares contenidos en este fallo en la esfera de la igualdad y no discriminación por motivos de género, y que los esfuerzos de la CIDH y de la Corte IDH corren el riesgo de caer en “saco roto”, en muchos casos por la inexistencia de un mecanismo estandarizado de implementación nacional en el plano judicial y por la falta de voluntad de los encargados de su implementación.

Lo mismo ocurre con la Convención de Belém do Pará, que entró en vigor el 5 de marzo de 1995, ratificada por 32 de los 34 Estados parte de la OEA, y sin embargo existe una resistencia y el desconocimiento de algunos jueces sobre la aplicación e interpretación en el derecho interno de este y otros tratados internacionales de derechos humanos, particularmente los aplicables en los casos de mujeres. Esta circunstancia ha sido puesta en evidencia por la CIDH, al señalar que:

Los problemas para la aplicación del marco jurídico orientado a combatir la violencia contra las mujeres, forman parte de un problema

¹² Los Estados que han ratificado la CADH son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Ver: <http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm>, disponible a mayo de 2011.

¹³ Veintiún Estados parte han reconocido la competencia contenciosa de la Corte: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados. *Ibidem*.

generalizado sobre la correcta implementación e interpretación de los tratados internacionales. El CLADEM ha descrito estas irregularidades en la siguiente forma:

La falta de compromiso de los gobiernos; las situaciones de inestabilidad política; la predominancia, en el nivel nacional, de una cultura jurídica poco favorable al derecho internacional de los derechos humanos, en especial en las cuestiones relacionadas con la discriminación basada en el género; el desconocimiento del significado, contenido e importancia de tales tratados por parte de los(as) parlamentarios(as) que los aprueban; la resistencia a cambios de fondo, a inversiones presupuestarias en esa área y a la aceptación de mecanismos de *accountability*; la debilidad de los mecanismos institucionales; la gran fuerza de sectores religiosos conservadores y fundamentalistas, como algunos de la Iglesia Católica; la insuficiente movilización y presión de sectores organizados de la sociedad¹⁴.

En efecto, muchos de los Estados parte de la OEA no han establecido mecanismos formales o informales de coordinación o interlocución entre representantes de gobierno y sociedad civil, agencias internacionales y el sector académico, para fomentar el conocimiento a nivel judicial, o en las escuelas de formación de juristas, de los instrumentos, estándares, decisiones y recomendaciones del Sistema Interamericano¹⁵, lo que, aunado a la precariedad o ausencia de libre, gratuito y célere acceso a la justicia en el contexto de la violencia de género, aumenta las posibilidades de impunidad, que en este ámbito es ostensiblemente perniciosa dada la indefensión y la quiebra de los valores asociados a la dignidad humana y a la igualdad que genera en las víctimas y en la sociedad.

Creemos que los mecanismos existentes para asegurar que las personas integrantes de la rama judicial estén bien informadas sobre

¹⁴ CIDH, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007, párr. 227, pág. 97.

¹⁵ Cuestionario “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” para los Estados y las entidades no estatales, preparado como parte del plan de trabajo de la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objetivo de recopilar información sobre decisiones jurídicas adoptadas por tribunales nacionales relacionadas con el principio de igualdad y de la no discriminación, y la incidencia de las recomendaciones y decisiones de los órganos del SIDH en esta esfera, abril de 2011. Disponible en: <<http://www.cidh.org/women/Cuestionario.04.29.11sp.htm>>, a mayo de 2011.

estándares, decisiones y recomendaciones del Sistema Interamericano, son insuficientes. Incluso, algunos gobiernos y algunos jueces y juezas o tribunales nacionales han visto en la internacionalización de los derechos humanos una amenaza para sus intereses, cuestionando la exigencia de una legitimidad global valorada allende las fronteras nacionales. Se observa como respuesta un cierto resurgimiento de nacionalismo constitucional, un brote estatocéntrico que plantea como postura jurídico-política la superioridad de la soberanía como principio político preferente frente al DIDH.

Asimismo, la ausencia de técnicas idóneas de protección o la escasa importancia dada por los gobiernos a la legitimidad democrática conferida por el ordenamiento y los organismos internacionales, ha permitido imponer posiciones monistas, visiblemente retrógradas, si observamos que pretenden reducir todas las dimensiones de los derechos a los poderes de la norma constitucional y, más propiamente, a la omnipotencia de los poderes de su órgano interno de interpretación última, esto es, las cortes constitucionales o los tribunales supremos.

Sin embargo, ante la precariedad de una justicia global, la aceptación, interiorización y aplicación del estándar mínimo del DIDH por los Estados, en especial por los jueces y juezas nacionales –y en este caso del canon de interpretación conforme fijado por la sentencia “Campo algodónero” en el contexto de la violencia de género–, sería una especie de revalorización realista del papel fundamental de los controles externos, de la labor de promoción y protección –así sea regional– de los derechos humanos como precondition fundamental para la existencia y preservación de una sociedad democrática y de un Estado respetuoso de la tutela fundamental de los derechos y de la dignidad humana.

Violencia de género, impunidad y pobreza como problemas estructurales

De los muchos problemas que azotan al continente americano, sin dudas el triángulo perverso de la violencia –y por supuesto la violencia de género–, la impunidad y la pobreza constituyen un trinomio voraz y desesperanzador, capaz de aniquilar la libertad, la autonomía y la dignidad misma.

Se trata del tipo de situación de debilidad estructural, de “situaciones sociales extremas” descrita por la Corte Constitucional colombiana, que supone la aplicación de “excepcionales mecanismos de protección”, dada la

[...] debilidad manifiesta [que] tiene por objeto que el actuar estatal se oriente a la remoción de las causas de la debilidad o a paliar la situación de debilidad (con miras a su superación). En estas condiciones, la erradicación de situaciones injustas en las cuales se hace más patente la debilidad, impone al juez considerar las consecuencias de su decisión¹⁶.

En cuanto a la pobreza estructural, es considerada por las Naciones Unidas como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, opciones y capacidades, seguridad y poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Así, la pobreza implica privación de recursos materiales y servicios básicos, pero incluye también privaciones de otros derechos humanos fundamentales que permiten el pleno desarrollo de las personas. Las personas pobres sufren una privación de los recursos materiales, espirituales y emocionales necesarios para sobrevivir, desarrollarse y prosperar, lo que les impide disfrutar sus derechos, alcanzar su pleno potencial o participar como integrantes plenos y en pie de igualdad de la sociedad¹⁷.

De esta manera, las estrategias de prevención en el contexto de la violencia de género deben estar orientadas a reducir los factores de riesgo y aumentar los factores de protección. Dentro de los factores de riesgo los hay estructurales, como la inestabilidad laboral, la pobreza o los procesos migratorios masivos, producto de crisis económicas de

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-958/01, Acción de tutela de María Herminia Herrera Duque contra el FOREC y la Cámara Junior Misión Quimbaya, 6 de setiembre de 2001.

¹⁷ Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Estado mundial de la infancia 2005. La infancia amenazada*. UNICEF, Nueva York, 2004. Ver las págs. 16-18 y en general el Capítulo 2: “Niños y niñas que viven en la pobreza”, págs. 15 a 38. UNICEF, *Estado mundial de la infancia 1996*. UNICEF, Nueva York, 1995, pág. 14. Disponibles en: <<http://www.unicef.org/spanish>>, a mayo de 2011.

regiones o países, que requieren intervenciones globales con resultados a mediano plazo; factores sociales, como el aislamiento social o la falta de redes; factores familiares, como las historias de violencia de cada miembro de la pareja, o factores individuales, como la ingestión de alcohol y drogas, la agresividad o valores culturales que legitiman el uso de la violencia y las situaciones de abuso de poder¹⁸.

En fin, así como la violencia de género y la impunidad asociada pueden ser consideradas estructurales, la pobreza y las privaciones materiales extremas, incluyendo la falta de acceso a la justicia, deben ser consideradas como circunstancias estructurales, como lo reconoció el Estado mexicano al diagnosticar “la violencia institucional, la indiferencia y discriminación que padecen las mujeres indígenas frente al personal de salud institucionalizado e instancias de impartición de justicia, poco capacitados e insensibles a las condiciones de pobreza y a la diversidad cultural”¹⁹, y la propia CIDH tuvo la ocasión de manifestar:

[...] su gran preocupación ante el hecho de que la mayoría de los actos de violencia contra las mujeres quedan en la impunidad, perpetuando la aceptación social de este fenómeno. Por este motivo, reitera a los Estados la necesidad de mejorar la respuesta judicial para cumplir plenamente con su obligación de debida diligencia. En las circunstancias actuales, las mujeres víctimas de violencia no pueden gozar y ejercer a cabalidad sus derechos consagrados en la Convención de Belém do Pará, en la Convención Americana, en la Declaración Americana y en otros instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. La CIDH y su Relatoría han confirmado a través de este proyecto, que el próximo peldaño para continuar avanzando los derechos de las mujeres, es pasar de su reconocimiento formal, a la creación de garantías para su real y efectivo ejercicio²⁰.

18 Rioseco Ortega, Luz, *Buenas prácticas para la erradicación de la violencia doméstica en la Región de América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, setiembre de 2005, pág. 32, citando Larrain, 2002, en: CIDH, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... pág. 72.

19 Respuesta del Estado de México al cuestionario de la CIDH sobre la situación del acceso a la justicia de las mujeres en las Américas, noviembre 2005, pág. 20, en: CIDH, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... pág. 87.

20 CIDH, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr. 294, pág. 122.

Sin embargo, las democracias constitucionales contemporáneas, con sus constituciones sustanciales densamente rematerializadas y tuitivas de los derechos, que gozan –por lo menos en el papel y deseablemente en la acción– de un alto grado de institucionalidad y legitimidad democrática, jurídica y política, son proclives a desconocer el DIDH, con el desconocimiento unilateral de los tratados y de las decisiones jurisdiccionales. Este es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, que no han ratificado la CADH ni la Convención de Belém do Pará, lo que la doctrina ha calificado como protección “a la carta”²¹ para explicar una indeseable fragmentación del SIDH entre Estados plena y voluntariamente sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH y otros que, a pesar de su reconocida condición de democracias constitucionales, no terminan de adherirse al sistema regional.

Así, el juicio unilateral hecho por un Estado sobre el alcance jurídico de las propias obligaciones internacionales en materia de derechos humanos nos conduce directamente al análisis de la importancia del discurso judicial, de la interpretación y de la aplicación del DIDH por los jueces nacionales como elemento de expansión o de contracción del derecho de los derechos humanos.

En el caso “Campo algodonero”, la Corte IDH, a manera de conclusión, acepta el reconocimiento estatal de responsabilidad por las irregularidades cometidas en la primera etapa de las investigaciones. Sin embargo, constata que en la segunda etapa de la investigación no se han subsanado totalmente dichas falencias, que son la causa generadora de la vulneración del derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Justamente: (i) las irregularidades en el manejo de evidencias, (ii) la alegada fabricación de culpables, (iii) el retraso en las investigaciones, (iv) la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y (v)

²¹ Burgorgue-Larsen, Laurence, y Amaya Úbeda de Torres, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, págs. 17-90.

la inexistencia de investigaciones contra funcionarios y funcionarias públicos por su supuesta negligencia grave.

La Corte IDH señala que tales circunstancias

[...] denota[n] un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas. Todo ello permite concluir que en el presente caso existe impunidad y que las medidas de derecho interno adoptadas han sido insuficientes para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas.

Se precisa que

[...] el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia. Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir²².

La impunidad en la violencia de género

Una concepción muy extendida sobre el fenómeno de la impunidad, la considera como

[...] la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de los derechos [internacionalmente] protegidos [...] toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares²³.

Al referirnos a la impunidad qué duda cabe, por ejemplo, sobre el rol fundamental que cumplió el Sistema Interamericano en la consecución de la democracia en el Perú. La CIDH y la Corte condenaron las prácticas del horror, de la injusticia y de la impunidad que ocurrieron

²² Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México...* párr. 388.

²³ Corte IDH, *Caso de la "Panel blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37, párr. 173.

bajo el Gobierno del Presidente Fujimori, y la comunidad internacional se percató que el pretendido retiro de la competencia contenciosa de la Corte IDH lo que buscaba era bloquear los procesos regionales y las sentencias estimatorias que condenaban al Gobierno peruano, especialmente por la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las disposiciones de la CADH –que luego fueron dejadas sin efecto– y por otras decisiones inconvencionales, siendo esa la verdadera intención velada de justificarse en una posición estatocéntrica de la soberanía, evitando esclarecer los hechos, investigar y castigar a los culpables, los cuales –como luego se determinó– comenzaban por la cabeza más visible, el ex presidente Fujimori y su ejecutor, Bladimiro Montesinos, así como los cuadros más altos de las fuerzas armadas.

La eficacia aleccionadora, disuasiva y correctora del *acquis conventionnel* del SIDH fue internalizada por la justicia peruana que, en sentencia del 7 de abril del 2009 de la Sala especial de la Corte Suprema del Perú, ha enfrentado la impunidad, condenando a Alberto Fujimori a 25 años de pena privativa de libertad por encontrarlo responsable de las matanzas de Barrios Altos y La Cantuta, entre otros. Este también es un reconocimiento a la Comunidad Internacional, especialmente a los fallos de la Corte IDH. Por una parte, sin el otorgamiento de la extradición por parte de la Corte Suprema chilena no habría sido posible juzgar a Fujimori. Por otra, las recomendaciones y decisiones del SIDH sentaron los precedentes que coadyuvaron al juzgamiento de Fujimori²⁴.

Igualmente, para prevenir la impunidad el Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 1 de la CADH, de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención. Está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere

²⁴ Lovatón Palacios, David, “Condena judicial contra el ex Presidente Alberto Fujimori: mensaje contra la impunidad y nuevo capítulo en la historia del Perú contemporáneo”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, No. 6... págs. 71-78.

que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos reconocidos en la Convención²⁵.

La Corte IDH ha afirmado en varias oportunidades que

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados²⁶.

A ningún Estado le está dado considerarse infalible, por encima del Derecho, del DIDH en particular, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos (*pro homine*), y tienen la misión –*inter alia*– de evitar que en cualquier circunstancia y contexto sean infringidas las normas inderogables de Derecho Internacional (*ius cogens*).

Por ejemplo, en los términos del artículo 1.1 de la CADH, los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables. Ante la naturaleza y gravedad de los hechos –más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos–, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la Comunidad Internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar

²⁵ CIDH, *María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe No. 54/01 del 16 de abril de 2001, Caso 12.051, párr. 43, citando Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 176, y *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 175. Ver, CIDH, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr. 28, pág. 13.

²⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, reparaciones y costas, sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39, párr. 68; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párr. 179.

las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la CADH, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales²⁷ y universales²⁸ en la materia, los Estados parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido²⁹.

27 Cfr. Carta de la OEA, Preámbulo y art. 3.e; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y Resolución No. 1/03 de la CIDH sobre juzgamiento de crímenes internacionales.

28 Cfr. Carta de las NU firmada el 26 de junio de 1945, Preámbulo y art. 1.3; Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Res. de la AG 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos de las Naciones Unidas, Res. 2200 A (XXI) de la AG de 16 de diciembre de 1966; convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus protocolos; Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, Res. 2391 (XXIII) de la AG de 26 de noviembre de 1968; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Res. 260 A (III) de la AG de 9 de diciembre de 1948; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Res. 39/46 de la AG de 10 de diciembre de 1984; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, Res. 47/133 de la AG, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) párr. 207, U.N. Doc. A/47/49 (1992), art. 14; Principios de las Naciones Unidas sobre la Efectiva Prevención e Investigación de Ejecuciones Extra-legales, Arbitrarias y Sumarias, E.S.C. Res. 1989/65, U.N. Doc. E/1989/89 párr. 18 (24 de mayo de 1989); Principios de las Naciones Unidas de Cooperación Internacional en la Detección, Arresto, Extradición y Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, Res. 3074 de la AG, U.N. Doc. A/9030 (1973); Resolución sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, Res. 2840 de la AG, U.N. Doc. A/Res/2840 (1971); Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de 1996; Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1er. período de sesiones, tema 4 del programa, A/HRC/1/L.2, 22 de junio de 2006; Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la AG de las NU, Res. 2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967, y Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, 189 U.N.T.S. 150, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, convocada por la AG en su Res. 429 (V), de 14 de diciembre de 1950.

29 Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párrs. 128 a 132.

Como han señalados los órganos del SIDH, el Estado “tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares”³⁰. Esta obligación implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos³¹.

Se ha observado que en muchos casos la impunidad ha debilitado la confianza en el Poder Judicial y, como consecuencia, en el Estado de Derecho. Esa desconfianza se ve agravada por la falta de independencia del Poder Judicial, que se genera por el incumplimiento de ciertas garantías en los procesos de designación y destitución de jueces, juezas y fiscales, así como también por los altos porcentajes de ellos que se encuentran en situación de provisionalidad³².

En efecto, la impunidad crea en el seno de los Estados una serie de compromisos jurídicos internacionales con claras consecuencias jurídicas sobre el colectivo, al generar inquietud, zozobra e inseguridad que se produce, por una parte, por la falta de castigo y, por la otra, por el sentimiento de permisividad derivada de la infalibilidad de que los actos u omisiones no serán juzgados por los órganos competentes del Estado y, en caso de ser juzgados por la jurisdicción internacional tampoco será objeto de castigo, al consentir el Estado que esas

³⁰ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 299; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150, párr. 137, y *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párr. 81.

³¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* párr. 166; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 110, y *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190, párr. 69.

³² CIDH, Informe *Democracia y derechos humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1150 y 1151.

decisiones no sean ejecutables, no se implementarán en su territorio. De esta forma, se ven truncadas todas las expectativas de las víctimas y de sus familiares sobre las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió como víctima, con claras consecuencias sobre la esfera individual que se concreta en el desconocimiento del derecho a saber, a conocer, el derecho a la verdad.

La lucha contra la impunidad se apoya de manera ineludible en la actuación de los órganos jurisdiccionales estatales. El reconocimiento jurídico internacional del derecho a la justicia constituye la base esencial para delimitar el alcance de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados a este respecto. Es menester, en consecuencia, intentar profundizar en su formulación jurídica internacional.

La obligación jurídica internacional de garantizar los derechos humanos está presente en los más importantes tratados sobre derechos humanos (universales o regionales), que desarrollan el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales; v.gr., lo que dispone el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: los Estados parte del mismo se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos. En el mismo sentido, los artículos 1 de la CADH y 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Como señalan Bonet y Alija, la impunidad puede ser tanto de hecho –funcionamiento inadecuado de la administración de justicia, sea por causas internas (por ejemplo: la falta de imparcialidad de los jueces) o por causas externas (por ejemplo la obstrucción de su acción por otros poderes públicos o amenazas de terceros)–, como de derecho –normas jurídicas que impiden o limitan la investigación, la persecución penal, o la ejecución de las decisiones judiciales. Se entronca con un comportamiento activo y pasivo de los poderes públicos estatales dirigido en parte a no desempeñar de oficio las actividades de investigación y persecución³³.

³³ Bonet Pérez, Jordi y Rosa Ana Alija Fernández, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, No. 53, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, págs. 16-47.

Situados frente a las normas jurídicas cuyo objeto es la protección internacional de los derechos humanos, y a la exigencias, por un lado, del Derecho Internacional en el sentido de que se repriman tales conductas y, por otro lado, del DIDH de que el Estado respete y garantice efectivamente los derechos humanos, se proyecta también sobre el Estado la obligación jurídica internacional de castigar los cuadros persistentes de violaciones graves a los derechos humanos, así como de hacer lo propio, en ciertos supuestos, respecto a determinadas prácticas que atentan contra derechos fundamentales esenciales, esto es, la obligación de remover los límites, impedimentos y restricciones al derecho de acceso a la justicia internacional, a la tutela judicial efectiva y al derecho a la verdad. De esta forma, más allá de cualquier visión estatocéntrica o de la imposición de la doctrina del nacionalismo constitucional, la consecuencia lógica de que el Estado cierre filas ante la jurisdicción internacional es que ello puede conllevar a la injusticia y a la impunidad en el plano interno.

De allí que tanto la jurisprudencia internacional como la práctica de los Estados y de los organismos internacionales, y la doctrina jurídica más lúcida, coinciden en la necesidad del despertar de una conciencia jurídica universal que permita reconstruir, en este inicio del siglo XXI y con base en un nuevo paradigma, el propio Derecho Internacional, ya no más estatocéntrico sino más bien antropocéntrico, situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo³⁴.

En tal sentido, la Corte IDH concluyó que efectivamente la violencia ejercida en contra de las tres víctimas en el caso “Campo algodonero” era “violencia contra la mujer” en los términos establecidos en la CADH y en la Convención de Belém do Pará, principalmente debido a las siguientes razones: (i) el reconocimiento del Estado (si bien dicho reconocimiento no se materializó frente a la Corte sino frente al Comité que monitorea el cumplimiento de la CEDAW) de que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez están influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer; (ii) las conclusiones

³⁴ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 16.

arribadas por varios organismos internacionales de monitoreo de los derechos humanos, tales como la CIDH, el Comité que monitorea el cumplimiento de la CEDAW y Amnistía Internacional, en el sentido de que muchos de los homicidios de las mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en el género, y que (iii) las víctimas eran mujeres quienes “muy probablemente” sufrieron actos de violencia sexual de algún tipo antes de su muerte³⁵.

a. Patrón de violencia, discriminación e impunidad

La Corte IDH reproduce con matices las hipótesis de la demanda de la CIDH y del escrito de los peticionarios, en el sentido de que la situación de riesgo a evitar obedecía a un patrón de violencia, discriminación e impunidad, que afectaba a las mujeres jóvenes de sectores pobres de Ciudad Juárez.

Este patrón se había configurado a partir de la comisión de crímenes basados en el género, que incluían homicidios, desapariciones, torturas y vejámenes sexuales, desde fines de la década del noventa. Además, este patrón de violencia, discriminación e impunidad hace al Estado no sólo responsable de no haber previsto o evitado los crímenes, sino de contribuir sustancialmente a su configuración, tanto por (i) la falta de políticas de seguridad dirigidas a la protección de las mujeres, como por (ii) la falta de respuesta del sistema de justicia para buscar a las mujeres secuestradas y para investigar diligentemente los crímenes ya consumados.

Tanto los peticionarios como la CIDH, y por supuesto la Corte, sostenían que la respuesta estatal deficitaria no era sólo resultado de la negligencia y la imprevisión, sino de patrones de discriminación y machismo arraigado en las agencias públicas.

En consecuencia, podría afirmarse, que tanto la CIDH como los peticionarios plantean una participación clara del Estado en la configuración y preservación de la situación de riesgo que lleva a la muerte de las víctimas, aunque no coinciden sobre el momento exacto en que se configura responsabilidad del Estado por las

³⁵ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* párrs. 230, 231, 129, 132, 133, 124-127, 164

violaciones consumadas. Por su parte, los peticionarios indican que “[l]as autoridades mexicanas al momento en que ocurrieron las desapariciones de las víctimas tenían conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato para la vida de estas, debido a que los casos aquí expuestos forman parte del patrón de violencia contra mujeres, niñas, y el Estado no tomó las medidas necesarias con la debida diligencia para evitarlo”. Mientras que para la CIDH, si bien el Estado es responsable de la configuración del patrón de violencia, sólo resulta jurídicamente imputable la responsabilidad internacional a partir de que toma conocimiento de las desapariciones de las tres víctimas y no actúa eficazmente para evitar sus homicidios y los crímenes que sufren en cautiverio. Para los peticionarios la responsabilidad internacional se genera un paso antes, por la falta de prevención de las desapariciones de las mujeres, que no son más que la expresión de un patrón de violencia que afecta a todo el grupo³⁶.

b. El estereotipo de género

La Corte IDH hace varias precisiones sobre los estereotipos de género, centrándose no sólo en definirla sino en reflexionar sobre cómo influyen negativamente en la investigación de los homicidios de mujeres. En este sentido, la Corte sostuvo que el estereotipo de género es una “pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”³⁷.

De esta manera, puede asociarse la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género que dominan y persisten en la sociedad, situación que se ve agravada en el momento en que los estereotipos se reflejan –ya sea de manera implícita o explícita– en políticas y prácticas, en particular aquellas desplegadas por parte de la policía judicial “como ocurrió en el presente caso”, y, por lo tanto, “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”³⁸.

³⁶ Demanda de la CIDH, párrs. 161-176. Ver también, Escrito de los peticionarios, pág. 133.

³⁷ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* párr. 401.

³⁸ *Ibidem*.

Precisa asimismo que los comentarios de las personas funcionarias respecto de que “las víctimas se habrían ido con su novio o que tendrían una vida reprochable” y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas, constituyen estereotipos³⁹.

Además, el hecho de que algunas autoridades hubieran afirmado que las víctimas eran “voladas” o que se habrían ido con sus novios aunado a la inacción estatal en la primera etapa de la investigación, permite concluir que dicha indiferencia “por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia”⁴⁰.

Medidas contra la impunidad

Con mucha razón, en la *Declaración conjunta de las Relatoras Especiales sobre los derechos de la mujer* se señala que

[s]i bien la comunidad internacional y las comunidades regionales han elaborado normas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y la discriminación contra la mujer, muchos Estados aún no han adoptado las medidas necesarias para incorporar esas normas en la legislación y las prácticas nacionales [y que, en tal sentido,] las mujeres que son objeto de actos de violencia y discriminación no suelen gozar de protección ni tener acceso a recursos judiciales eficaces. Deben adoptarse estrategias que abarquen las reformas legislativas y, en particular, las reformas del sistema de justicia penal. Es necesario capacitar a los encargados de la formulación de políticas, a la policía, los jueces y los fiscales. Además, se debe proporcionar a las víctimas asesoramiento jurídico, médico y psicológico, así como servicios sociales adecuados. Los Estados deberían aprovechar el sistema educativo y las campañas de sensibilización de la sociedad para aplicar las normas internacionales a nivel nacional⁴¹.

En sentido similar, en el fallo “Campo algodoner” se precisa que

³⁹ *Ibidem*, párr. 208.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 400.

⁴¹ La Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer y las Relatoras Especiales sobre los Derechos de la Mujer de la CIDH y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se reunieron por primera vez el 28 de febrero y el 1 de marzo de 2002 en Montreal.

[l]os Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva de los casos de violencia contra la mujer⁴².

a. Prevención y alerta precoz

Como se ha señalado, los Estados deben establecer estrategias de prevención integral que eviten o disminuyan los factores de riesgo, debiendo adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia, adoptando para ello medidas y procedimientos de alerta temprana que faciliten la puesta en marcha de mecanismos de tutela general y particular de las posibles víctimas, especialmente, el deber reforzado de protección a las mujeres víctimas de violencia contra actos inminentes. Siempre una adecuada actuación policial, una respetuosa y profesional asistencia forense y una eficaz actuación de los órganos de administración de justicia especializada, serán formas de prevención general.

Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención de Belém do Pará⁴³. Así, en su artículo 7 los Estados parte convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, su funcionariado, personal y agentes e instituciones se comportan de conformidad con esta obligación y actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

⁴² Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México...* párr. 258.

⁴³ *Ibidem*.

La Convención de Belém do Pará reconoce el vínculo crítico que existe entre el acceso de las mujeres a una adecuada protección judicial al denunciar hechos de violencia, y la eliminación del problema de la violencia y la discriminación que la perpetúa. Su artículo 7 establece las obligaciones inmediatas del Estado en casos de violencia contra las mujeres, que incluyen procedimientos, mecanismos judiciales y legislación para evitar la impunidad:

- (1) En la esfera de la administración de la justicia, establece explícitamente que los Estados deben “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos” y “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”.
- (2) En cuanto al marco normativo, dispone que los Estados deben incluir en su legislación interna “normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”, así como adoptar “las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.
- (3) Igualmente, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas de protección judicial “para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”⁴⁴.

⁴⁴ CIDH, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr. 33.

b. El deber de debida diligencia

En el *Caso “Campo algodouero”* tanto la CIDH, los peticionarios y la propia Corte señalaron cómo los prejuicios machistas de las personas operadoras judiciales demoraron el inicio de las averiguaciones del paradero de las jóvenes desaparecidas. También se identificó cómo las irregularidades cometidas por los jueces, policías locales y peritos forenses que realizaron autopsias y examinaron el lugar donde aparecieron los cuerpos, resultaron determinantes de la impunidad de los crímenes de las víctimas y de las demás mujeres afectadas por formas similares de violencia en Ciudad Juárez⁴⁵. En tal sentido, la CIDH solicitó que se “declare que el Estado falló en su deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia sufridos por [las víctimas] en contravención del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará”⁴⁶.

La CIDH ha señalado que el deber de debida diligencia para prevenir situaciones de violencia, sobre todo en el contexto de prácticas extendidas o estructurales, impone a los Estados el correlativo deber de vigilar la situación social mediando la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil. En tal sentido la obligación del artículo 7, inc. b, de la Convención de Belém do Pará debe ser interpretada en conjunción con la obligación establecida en el artículo 8, inciso h, de “garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencias de la violencia contra las mujeres, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres y de formular e introducir los cambios necesarios”⁴⁷.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, la descripción de irregularidades en pericias forenses realizadas a las víctimas del caso y a otras víctimas encontradas en el denominado “Campo algodouero” y “Cristo Negro” en el escrito de solicitudes de los peticionarios, págs. 108-111.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodouero”) vs. México...* párr. 109.

⁴⁷ CIDH, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr. 42.

En idéntico sentido, la Corte IDH ha precisado que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará⁴⁸.

En el *Caso “Campo algodonero”* el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias que permitieran a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia, conforme al artículo 2 de la CADH y al artículo 7.c de la Convención de Belém do Pará. Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general, y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir⁴⁹.

c. Algunas medidas institucionales

Como advierte la CIDH, a pesar de la creación de instancias especializadas en varios países de la región dentro de las fiscalías, los ministerios públicos, los tribunales y la policía, estas continúan careciendo del personal especializado y los recursos económicos necesarios para funcionar efectivamente⁵⁰.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* párr. 258.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 388.

⁵⁰ CIDH, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”...

Asimismo, la CIDH advierte sobre la falta de programas de capacitación y especialización para el funcionariado, como las expertas y los expertos en medicina forense que desempeñan una labor central en el desarrollo eficaz de la prueba científica y en su presentación en el proceso penal. La gran mayoría de estas personas carecen de capacitación y especialización para abordar casos de violencia contra las mujeres, en los cuales la presencia de este tipo de prueba es crucial por la complejidad probatoria de los hechos.

La Convención de Belém do Pará también establece que los Estados se comprometen a adoptar progresivamente un conjunto de medidas pertinentes que garanticen el derecho de las mujeres a un acceso adecuado, efectivo y oportuno a la justicia en casos de violencia, que incluyen “fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer (art. 8.c.)”⁵¹.

En el Informe No. 54/01 (Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil) la CIDH emitió una serie de recomendaciones concretas orientadas a la reparación del daño sufrido por la víctima y la eliminación de la tolerancia estatal frente a la violencia. Entre los principios incorporados en las recomendaciones se encuentran: (i) la necesidad de adoptar medidas de capacitación y sensibilización destinadas a las y los funcionarios judiciales y policiales especializados para que comprendan la importancia de no tolerar la violencia contra las mujeres, y programas educativos para la población en general; (ii) la necesidad de simplificar los procedimientos judiciales penales para poder reducir los tiempos procesales sin afectar los derechos y garantías de debido proceso, e (iii) incrementar el número de instancias en las que las víctimas de violencia pueden interponer denuncias⁵².

Asimismo, existe el compromiso convencional del ofrecimiento de servicios de apoyo especializados para las víctimas de violencia,

⁵¹ *Ibidem*, párr. 34.

⁵² CIDH, *María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil...* párr. 61. Ver también, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr. 37.

“apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea el caso, y cuidado y custodia de los menores afectados”⁵³, de modo que no se trata de medidas sólo *ex post facto* sino prioritariamente preventivas.

La CIDH ha constatado la gran divergencia que existe entre el acceso a la justicia por parte de mujeres que tienen recursos económicos y las que se encuentran en desventaja económica. Algunos Estados manifiestan prestar asistencia legal gratuita a las víctimas. Sin embargo, observa que considerando la gravedad y la prevalencia del problema de la violencia contra las mujeres y su reconocimiento como un desafío prioritario, existe la necesidad de incrementar este tipo de asistencia⁵⁴.

Implementación de las decisiones de la Corte IDH

Otra de las medidas para paliar la impunidad en el contexto de la violencia de género tiene que ver con el compromiso de los Estados parte de la OEA en la implementación de las decisiones de la Corte, incluso de las recomendaciones de la CIDH.

En primer lugar, vale decir que todo fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos será motivado, definitivo e inapelable (artículos 66 y 67 de la CADH). Además, los Estados parte en la Convención, sean federales o unitarios, se comprometen a cumplir la decisión de la Corte IDH en todo caso en que sean parte (artículo 68 de la CADH), y toda decisión le será notificada a las partes en el caso y transmitido a los Estados parte en la Convención (artículo 69 de la CADH).

Asimismo, como lo ha señalado la propia Corte IDH

[...] la obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta*

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ CIDH, Informe “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr. 184.

sunt servanda) y, [...] como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida⁵⁵.

De lo dicho hasta ahora se evidencia la especial gravedad de la ineficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos y su efecto *inter partes* sobre la cosa juzgada y la impunidad de hecho, y sobre los principios democráticos, de recurrente y vital importancia en la cosa interpretada constituida por la jurisprudencia europea e interamericana que suele ser utilizada como guía (*acquis conventionnel* o estándar mínimo) de efectos indirectos para las decisiones internas de los tribunales nacionales, exponiendo al Estado a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales.

Cuando los poderes públicos nacionales ajustan su actuación a lo dispuesto por el DIDH lo hacen, por regla general, en función de las directrices establecidas por los tribunales regionales. De esta afirmación se desprenden dos consecuencias directas. Por una parte, la observancia de los derechos y libertades garantizados convencionalmente se hace más viable por medio de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH. Asimismo, esta doctrina jurisprudencial exige una interpretación y un proceso de conocimiento en muchos casos especializado, de modo tal que son los tribunales nacionales (jurisdicciones constitucionales y tribunales supremos) los cualificados para verificar, rectificar y ordenar idónea y eficazmente que la conducta de los poderes públicos nacionales sea conforme a Derecho, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, más concretamente, al “derecho jurisprudencial” emanado de los tribunales regionales.

El canon de interpretación conforme que emana de las decisiones de la Corte IDH, conlleva la consecuente democratización y racionalización del poder al interior de los Estados, que tienen la obligación jurídica general y frente a todos (*omnium et erga omnes*) de reconocer

⁵⁵ Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de mayo de 2004, medidas provisionales respecto de Venezuela (casos: Liliana Ortega y otras, Luisiana Ríos y otros, Luis Uzcátegui, Marta Colomina y Liliana Velásquez).

la dignidad humana y respetar los derechos fundamentales de la persona que se encuentre bajo su jurisdicción⁵⁶, de lo que ha derivado una nueva visibilidad internacional de la persona humana como sujeto de derecho⁵⁷.

Sin embargo, de una contemplación rasante del panorama actual comprobaremos que en muchas latitudes, concretamente en algunos escenarios nacionales⁵⁸, se viene produciendo una confrontación entre la “cultura de los derechos humanos”⁵⁹ y un poder salvaje e indómito basado en muchos casos “en la razón de Estado, o incluso a veces en la pasión de Estado, con estrategias de fuerza y de sumisión”⁶⁰; entre ellas, la pretensión de desandar más de medio siglo hasta recalar

56 Vid. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Los derechos humanos en el mundo (la Organización de las Naciones Unidas)”, en: Marzal, Antonio (ed.), *Los derechos humanos en el mundo*. Bosch Editor, Esade, Facultad de Derecho, Barcelona, 2000, págs. 22-23.

57 Incluso como sujeto derecho ha adquirido la capacidad de acceso directo a la jurisdicción internacional (*ius standi*) o para comparecer como parte en juicio (*ius standi in iudicio*).

58 La Declaración y el Programa de Acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada el 25 de junio de 1993, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CONF.157/23 12 de julio de 1993) “manifiesta su grave preocupación ante las persistentes violaciones de los derechos humanos en todas las regiones del mundo, en contravención de las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario internacional, y ante la falta de recursos eficaces para las víctimas, [...] asimismo su consternación y su condena porque en distintas regiones del mundo se siguen cometiendo violaciones manifiestas y sistemáticas de los derechos humanos y se siguen produciendo situaciones que obstaculizan seriamente el pleno disfrute de todos los derechos humanos”.

59 “La cultura de los derechos humanos, y consiguientemente el lenguaje que la significa, se inclina a la visión subjetiva, al referente individual, a la titularidad de los derechos, más que al sistema de normas que la sostiene y ampara. El sujeto y su protección es el núcleo central necesario para la comprensión del problema y el elemento unificador último, que comunica a todos los términos usados como sinónimos de derechos humanos”. Ver, Peces-Barba, Gregorio, con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, 1era. reimpresión. Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España, 1999, pág. 23.

60 Peces-Barba, Gregorio, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Cuadernos y Debates, No. 54, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1995, págs. 56-57.

en el Estado nacional soberano, un poder supremo que no reconoce autoridad superior o distinta, y menos aún, la cosa juzgada y la cosa interpretada interamericana.

Si bien todos los poderes, todos los órganos del poder público y los agentes estatales pueden generar responsabilidad internacional del Estado por sus acciones u omisiones, ciertamente, son las y los jueces constitucionales y demás jueces supremos los que –paradójicamente– pueden convertirse en sujetos activos últimos de la violación, al ser quienes regularmente se encargan de tutelar los derechos humanos y de ser garantes de la Constitución, de dictar las normas de cierre de sistema, por lo cual tienen la última palabra frente a los órganos competentes de interpretación y aplicación del DIDH de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos.

Es por ello que en el *Caso “Campo algodonero”* se espera un plus de tutela en su actividad jurisdiccional o, lo que es lo mismo, el reconocimiento y la promoción de los cauces del Derecho y de la razón implícitos en el DIDH, comenzando por la aceptación y respeto de las competencias contenciosa y consultiva de los tribunales internacionales y regionales, los cuales se dan a la tarea de revisar que la actuación de los Estados miembros se apegue a un catálogo específico sobre derechos y libertades.

La implementación de las decisiones y recomendaciones del Sistema Interamericano no son un asunto potestativo de los Estados, máxime cuando se ha comenzado a concretar el deber de solidaridad entre los mismos a fin de garantizar el reconocimiento y la protección efectiva y universal de los derechos humanos⁶¹. Con ello se da una

⁶¹ En este sentido el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas contempla que: “Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55 [...] con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: [...] c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

toma de conciencia sobre el necesario cambio de posicionamiento del principio constitucional de soberanía estatal frente al ordenamiento internacional, dando paso a la “desformalización” de la soberanía⁶² y al proceso de internacionalización de los derechos humanos y libertades públicas, que interesan hoy no sólo en el plano de las constituciones de los Estados, sino también en el Derecho Internacional, ya que la protección de los derechos humanos, en cuanto garantía de la integridad moral y física de cada persona, ha quedado recogida tanto en los ordenamientos constitucionales estatales como en el orden jurídico internacional⁶³.

Desde luego que el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales obedece, en la mayoría de los casos, a un mandato constitucional, lo que no implica de modo alguno que deba caerse en una profesión de fe jurisprudencial con relación a la jurisprudencia internacional⁶⁴. Ningún análisis debería conducir a la aplicación ciega e irreflexiva de la jurisprudencia internacional, porque una plena integración de la justicia nacional en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de diálogo crítico de ida y vuelta.

De manera tal que el diálogo jurisdiccional no debe convertirse en monólogo, y la necesaria interacción y comunicabilidad de las jurisdicciones nacionales y las internacionales exige que

[...] así como la jurisprudencia constitucional nacional se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también

⁶² En términos generales, puede afirmarse que la señalada “desformalización” de la soberanía ha recibido expresión definitiva en la formación y consolidación de dos de los principios fundamentales del orden jurídico internacional contemporáneo: el de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos y el de respeto a los derechos humanos fundamentales. Mariño Menéndez, Fernando, *Derecho Internacional Público*, parte general. Trotta, Madrid, España, 1999, pág. 93.

⁶³ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Prólogo”, Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Trotta, Madrid, España, 2006, pág. 23.

⁶⁴ Jimena Q., Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en: Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *El poder judicial*. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009, págs. 541-542.

la jurisprudencia interamericana [o regional europea o africana, e internacional] debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran [cada uno de los] sistema[s]⁶⁵.

La incorporación de las sentencias estimatorias y de la jurisprudencia regionales e internacionales en materia de DIDH en el ordenamiento nacional no debería ser abordada en términos de choque o confrontación irreversible, sino desde una dimensión plurinormativa o de múltiples niveles (*multilevel Constitutionalism*), dispuesta a procurar la cooperación, la complementariedad, la comunicabilidad y la interacción intrasistémicas, siempre de buena fe entre todos los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales que lo integren.

Como afirma Zagrebelsky, cuando los bienes constitucionales se hacen interdependientes e indivisibles, es natural que las justicias constitucionales de cada nivel aspiren a integrarse, lo que podrá traer, antes o después, una cierta convergencia de resultados.

La apertura de las jurisprudencias a recíprocos argumentos no es una moda, una aspiración de profesores, arbitrio respecto de las respectivas constituciones nacionales. Es una exigencia enraizada en la actual vocación de la justicia nacional. Es parte de un proceso de múltiples caras de “universalización del derecho”, un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico⁶⁶.

La jurisprudencia y las interpretaciones de los órganos del SIDH en el *Caso “Campo algodónero”* constituyen puntos de vista sobre problemas de índole estructural que afectan la vigencia de los derechos humanos, que han incidido —o deben hacerlo— en importantes reformas

⁶⁵ Abramovich, Víctor, “Introducción: una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en: Abramovich, Víctor, Alberto Bovino y Christian Curtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2007, pág. VII.

⁶⁶ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, discurso pronunciado frente al Presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50o. aniversario de la Corte Constitucional italiana. Traducción de Miguel Carbonell, en: *Revista Jurídica “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”*, No. 17. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, septiembre-diciembre, 2006, págs. 1135-1151.

del funcionamiento y de la accesibilidad de los sistemas de justicia, en la fijación de límites a las diversas formas de violencia estatal, en un mayor respeto de los derechos civiles y políticos, y en un aumento cualitativo en los derechos de libertad y las garantías procesales defensivas, así como en la derogación de normas discriminatorias de las mujeres, de grupos étnicos y de minorías, entre otras cuestiones medulares para las estrategias de desarrollo social.

Si hacemos una comparación intersistemática (v.gr: TEDH-Corte IDH-African Court on Human and Peoples' Rights) encontraremos, con sus matices, que la jurisprudencia y las interpretaciones de los órganos de los sistemas de protección de los derechos humanos constituyen una tutela judicial efectiva y reforzada de los derechos, del individuo y de las libertades públicas de toda persona o grupo humano, sean o no mayoría política, social o nacional, en la conformación de un determinado Estado, por lo que no es descabellado pensar en que competan excepcionales mecanismos de protección para quienes padecen de situaciones de debilidad ostensiblemente extremas, como es el caso de quienes sufren la pobreza estructural, la violencia de género y la impunidad.

No podemos en todo caso soslayar que el DIDH cumple una función de último recurso, de último eslabón de justicia para las víctimas, incluso ante situaciones de violaciones masivas y sistemáticas. El sistema cuenta con herramientas de intervención que permiten mejorar sustancialmente su aporte conceptual a los procesos de formulación de políticas públicas a nivel doméstico. Este enfoque tiene como presupuesto el carácter subsidiario de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de esos derechos en los propios Estados, de modo que reconoce los límites claros de la supervisión internacional y al mismo tiempo, resguarda el necesario margen de autonomía de los procesos políticos nacionales para alcanzar mejores niveles de realización y vigencia de los derechos humanos.

Por ello, no tiene explicación alguna que los Estados se nieguen a aceptar la preeminencia y el carácter de “posiciones preferentes” de los derechos humanos. Estos jueces y juezas que dan la espalda

al DIDH, aparecen anclados en un error arcaico que se creía ya superado, producto de la concepción de una soberanía omnipotente, dormida en el debate circular de la tónica contraposición entre Derecho Nacional y Derecho Internacional, entre juez/jueza nacional y juez/jueza internacional, entre jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional, entre intereses estatales e intereses internacionales. Lo cierto es que las fronteras se difuminan cada vez más, y el individuo, la persona humana, indistintamente de su nacionalidad, o de cualquier otra condición personal o social, se levanta como sujeto de derecho internacional, se erige sobre derechos que le son inherentes y que, independientemente de su fuente nacional o internacional, convergen en torno a un mismo fin, esto es, integrarse en un sistema complejo y progresivo de derechos humanos. Porque teniendo como telón de fondo el sistema de derechos humanos, las pretendidas incompatibilidades señaladas quedan si no suprimidas, al menos sí extraordinariamente relativizadas⁶⁷.

La progresividad de los derechos humanos⁶⁸ apunta a principios de interpretación amplios como *pro homine*⁶⁹ o *pro personae*, lo que ha significado el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de

⁶⁷ Jimena Q., Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”... pág. 534.

⁶⁸ Sobre el principio de progresividad ver, O’Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, 2a. edición. Comisión Andina de Juristas, IIGH, Lima, Perú, 1989, págs. 34-35; Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*. IIDH/Civitas, Madrid, España, 1987; Nikken, Pedro, “Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección a los derechos humanos”, en: *Derechos humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. CIDH, Washington, DC, 1984, págs. 22-40.

⁶⁹ Sobre el principio *pro homine* ver, Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, 2a. reimpresión. Editorial del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1999, págs. 80-85; Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: Abregú, Martín, y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997, págs. 163-171.

su estatus nacional o internacional, que le otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica expansiva permanente.

Surge evidente que la jurisprudencia interamericana tiene carácter obligatorio para los Estados que libre y voluntariamente se han sometido a la jurisdicción de los órganos que la producen, por lo que es un verdadero contrasentido luego no procurar su cumplimiento, desconociendo parcial o totalmente sus decisiones, desoyendo sus mandatos y demás providencias, exponiéndose a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales⁷⁰.

Conclusiones

La sentencia del *Caso “Campo algodouero”* y su falta de implementación o ejecución por el Estado mexicano demuestran que la impunidad en el contexto de la violencia de género sigue enviando el mensaje de que esa violencia es tolerada, favoreciendo su perpetuación. Asimismo, que todas las medidas para erradicar la violencia de género –convencionales, jurisdiccionales o legales– son simples entelequias sin la voluntad de los órganos encargados de su consumación.

La situación estructural de violencia de género en Ciudad Juárez exige cuando menos el cumplimiento del estándar de “debida diligencia” establecido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, y el deber de protección estatal reforzado, dada la debilidad manifiesta, la fragilidad evidente en la existencia de mayores niveles de impunidad en estos casos de violencia contra la mujer, asociada a la desigualdad y a la pobreza, a ese círculo de la desesperanza en el que estaban sumidas las víctimas de “Campo algodouero”, como muchas otras mujeres y niñas en la región. Ante la precaria y displicente recepción de esta sentencia por parte de las autoridades responsables, surge evidente que el gran promotor de la impunidad estructural es el

⁷⁰ Abramovich, Victor. “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en: Abramovich, Víctor, Alberto Bovino y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década...* pág. 220.

propio Estado mexicano, que en consecuencia debería ser sometido a más intensas responsabilidades políticas regionales.

Por otra parte tenemos la cosa interpretada de esta sentencia, que es canon de interpretación conforme para los otros Estados parte, que deberán iniciar –sin no lo han hecho– un proceso de interacción, reacomodo e internalización de los estándares fijados por el fallo. Recordemos que las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema en un caso particular no sólo tienen valor *inter partes* (cosa juzgada), sino un valor heurístico, una función interpretativa y uniformadora, una especie de fin armonizador o de compatibilización, de interpretación de los tratados aplicables al conflicto que se produce normalmente entre Poder y Derecho, que trasciende a las víctimas afectadas en ese proceso, al procurar un fin de irradiación y compromiso general. Esa jurisprudencia suele ser utilizada como guía (*acquis conventionnel* o estándar mínimo) para las decisiones que adoptan luego a nivel doméstico los tribunales nacionales, que procuran así evitar que los Estados puedan ser expuestos a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales⁷¹.

No se puede obviar que en el DIDH existe un sistema de normas imperativas que funcionan como auténticas cláusulas que llaman a esa retroalimentación, y a una fructífera y positiva comunicabilidad entre los órdenes nacionales e internacionales, en el sentido de diálogo (jurídico) y de complementariedad de los sistemas que integran el pluralismo jurídico, conocido como constitucionalismo multinivel⁷².

Pero como se ha subrayado, el obcecado desconocimiento de las normas internacionales por algunos gobiernos tiene como contrapartida la existencia de aliados en todas las latitudes para darles vigencia en plenitud⁷³. Afortunadamente, las jurisdicciones más conservadoras

⁷¹ Abramovich, Víctor, “Introducción: una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”...

⁷² Cascajo Castro, José Luis. “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”... págs. 197-210.

⁷³ Méndez-Silva, Ricardo, “El caso Avena y otros. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte

o provincialistas tienen sus honrosas excepciones, como el juez Kennedy de la Suprema Corte norteamericana que se atreve a señalar, refiriéndose a la apertura al Derecho Internacional que “[n]o disminuye nuestra fidelidad a la Constitución o nuestro orgullo por sus orígenes reconocer que la afirmación expresa de determinados derechos fundamentales por otras naciones y pueblos subraya la centralidad de estos mismos derechos en nuestro patrimonio de libertad”.

El impacto de “Campo algodoner” no sólo espera una respuesta idónea del Estado mexicano, sino que su carácter *erga omnes*, pro futuro y ejemplarizante, conlleva el efecto de la cosa interpretada sobre la jurisprudencia de los tribunales nacionales al momento de aplicar las normas del DIDH en el ámbito de la igualdad de género. Todo esto daría cuenta del grado de institucionalidad democrática. Sin dudas su mayor recepción y aceptación se traduciría en mayores garantías para la persona humana y la realización de su dignidad, lo que al final evidencia el mayor o menor talante democrático del Gobierno de un Estado, que es lo mismo que decir su menor o mayor compromiso con los derechos humanos.

Del mismo modo que el proceso de juridificación y democratización del Estado ha significado un mayor disfrute de los derechos fundamentales, cabe precisar igualmente que, en la mayor o menor deferencia o resistencia que tengan los Estados en la apertura del Derecho Interno al DIDH, subyace una especie de barómetro del funcionamiento democrático del Estado, que en términos reales puede incidir sobre los principios democráticos, sobre la dignidad y la universalidad de los derechos humanos, y arrojar luces sobre la constatación de la vigencia real –que no conceptual o normativa– del Estado de Derecho y del constitucionalismo, más allá de los prejuicios o visiones aparentes.

Internacional de Justicia”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IX, Derechos humanos y tribunales internacionales...* págs. 970-1013.

Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José

*Enzamaría Tramontana**

Introducción

En 2003, al afrontar el tema de la protección los derechos humanos de la mujer en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), Cecilia Medina Quiroga, ex Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), elogiaba el empeño de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por integrar la perspectiva de género en todas sus actividades y contribuir así eficazmente al mejoramiento de la condición de la mujer en las Américas. A la vez, observaba cómo en la misma materia el papel jugado por la Corte de San José parecía haber sido, hasta aquel momento, “extremadamente modesto”¹.

Esta evaluación respondía a la verdad. En efecto, el año en que Cecilia Medina realizaba su análisis, a pesar de haber conocido de casos en los que las mujeres habían sido víctimas de violaciones de los derechos humanos, la Corte jamás había adoptado un enfoque sensible a las diferencias de género y a sus consecuencias sobre el goce efectivo de los derechos humanos por parte de las mujeres².

* Doctoranda en Derecho Internacional y de la Union Europea en la Universidad “La Sapienza”, Roma.

¹ Medina Quiroga, Cecilia, “Human Rights of Women: Where are we now in the Americas?”, en: Manganas, A. (ed.), *Essays in Honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos*, Vol. B. Nomiki Bibliothiki Group, Panteion University, Atenas, 2003, pág. 908. Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (“Derechos humanos de la mujer: ¿dónde estamos ahora en las Américas?”), disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Medina_DondeEstamos.pdf>, a mayo de 2011.

² Véase también López Vega, Leonor Cecilia, “Mecanismos de protección de los derechos humanos de las mujeres en el sistema interamericano”, en: *Revista*

A partir de 2006, sin embargo, la Corte IDH ha examinado con frecuencia cuestiones relacionadas de manera específica con los derechos humanos de las mujeres, en particular con la violencia de género –“la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que le afecta en forma desproporcionada”³– y con el acceso de las mujeres víctimas de violencia a recursos judiciales idóneos y efectivos.

Las interesantes interrogantes que, en nuestra opinión, son planteadas por esta reciente evolución constituyen el principal foco de atención del presente estudio. En particular, es nuestra intención determinar si y en qué medida, la Corte de San José ha contribuido con sus decisiones más recientes a integrar la perspectiva de género en el SIDH, poniéndose al paso con las actuales tendencias del Derecho Internacional en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres y, de esa manera, promoviendo su ulterior desarrollo.

Para cumplir este objetivo desarrollaremos cuatro apartados. Se comienza por realizar algunas consideraciones preliminares acerca del significado del “enfoque de género” y de su consolidación en la teoría y en la práctica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Seguidamente, se presenta un cuadro sintético de los instrumentos y de los mecanismos creados por la Organización de los Estados Americanos (OEA) con el objetivo de proteger los derechos humanos de las mujeres en la región. Luego, se pasa a hacer una síntesis de los esfuerzos realizados por la Comisión Interamericana para incluir la dimensión de género dentro del SIDH y se analizan los recientes avances de la jurisprudencia de la Corte acerca de las

IIDH, No. 36. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, Costa Rica, 2002, págs. 75-106; Badilla, Ana Elena, e Isabel Torres García, “La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en: IIDH, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, Vol. I. IIDH, San José, Costa Rica, 2004, págs. 91-190.

3 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Recomendación General No. 19: *La violencia contra la mujer*, párr. 6, en: Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004.

violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Finalmente, se extraen algunas conclusiones del análisis realizado y se formulan algunas consideraciones acerca del futuro de esta materia en el Sistema.

Derechos humanos, derechos de las mujeres y perspectiva de género

En las últimas décadas ha crecido progresivamente el compromiso de la Comunidad Internacional con la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres. A los fines específicos del presente estudio, cabe subrayar cómo la evolución de la agenda internacional en la materia se ha desarrollado básicamente en dos momentos.

El primero dio inicio en la mitad de los años 70, cuando, gracias al aporte de la teoría feminista del Derecho, se fue afirmando la necesidad de una protección específica de las mujeres en el ámbito del DIDH⁴. Así, también bajo el impulso de los movimientos sociales de mujeres, al lado de los instrumentos de protección general de los derechos de todo ser humano se multiplicaron iniciativas destinadas a dar una respuesta particular a la problemática de género, que culminaron con la adopción, en 1979, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)⁵.

El núcleo conceptual de esta primera fase de desarrollo en la manera de concebir la protección internacional de las mujeres fue la distinción entre los términos “sexo” y “género”, el primero referido a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, el segundo a las costumbres, prácticas y normas a partir de las cuales, en un determinado contexto sociocultural y momento histórico,

⁴ Véase, entre otros, Lacey, Nicola, “Feminist Legal Theory and the Rights of Women”, en: Knop, Karen (ed.), *Gender and Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2004, págs. 13-56.

⁵ Para una síntesis de las iniciativas internacionales desarrolladas durante los años 70 y 80 en relación con el tema de los derechos de la mujer ver, Salvioli, Fabián, “La mujer en el Derecho Internacional Público, un viaje de medio siglo desde San Francisco a Pekín”, en: *A un año de Beijing*. Instituto de Relaciones Internacionales UNLP, La Plata, Argentina, 1996, págs. 7-31.

las diversidades biológicas se traducen en diferencias socialmente construidas que conllevan a oportunidades y condiciones de vida desiguales⁶. A partir de este presupuesto se afirmó la idea de que, frente a las desigualdades históricas y estructurales experimentadas por las mujeres a causa del proceso de estereotipación en razón del género, y a pesar de la existencia de unos derechos humanos inherentes a toda persona, era necesario un tratamiento específico de las violaciones de los derechos de la mujer⁷.

La segunda etapa del proceso de evolución del ordenamiento internacional en esta materia –que se extiende hasta hoy en día– inició en la primera mitad de los años 90, cuando, en contraposición al enfoque anterior, emergió la convicción de que los instrumentos específicos, como la CEDAW, por sí solos eran insuficientes para garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos de las mujeres y que era necesario integrar el reconocimiento de las diferencias de género en la interpretación y aplicación de todos los tratados generales sobre derechos humanos. En este contexto se difundió la expresión “transversalización de la perspectiva de género” (en inglés, *gender mainstreaming*), donde la tradicional dicotomía entre los términos “sexo” y “género” dejaba el paso a la utilización de este último como sinónimo de “mujer”, y el concepto de “perspectiva de género” remitía a un enfoque sensible al valor de las diferencias entre hombres y mujeres, así como a sus consecuencias sobre el goce de los derechos fundamentales por parte de estas últimas⁸.

⁶ Véase, IIDH, *Glosario especializado sobre derechos humanos de las mujeres*, disponible en: < <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/>>, a mayo de 2011. Ver también, Otto, Diane, “Lost in Translation: Re-scripting the Sexed Subjects of International Human Rights Law”, en: Orford, Anne (ed), *International Law and its Others*. Cambridge, 2006, págs. 318-356.

⁷ Charlesworth, Hilary, “Feminist Methods in International Law”, en: *American Journal of International Law*, vol. 93. The American Society of International Law, Washington, DC, 1999, págs. 379-394.

⁸ Véase, Charlesworth, Hilary, “Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations”, en: *Harvard Human Rights Journal* vol. 18. Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, 2005, págs. 1-18; Ainetter-Brautigam, Christine, “International Human Rights Law: The Relevance of Gender”, en: Benedek, Wolfgang, et al (eds.), *The Human Rights of Women: International Instruments and African Experiences*. Zed Books, Londres, 2002, pág. 8 y ss.

Lo que inspiró este cambio de dirección fue, por un lado, la voluntad de superar la división artificial que, tanto en la práctica internacional como en la doctrina, se había producido entre los derechos de las mujeres y los del resto de la humanidad⁹; por otro, la percepción de que los derechos humanos de la mujer pueden ser violados en formas diferentes a aquellos de los hombres y que determinadas violaciones tienen lugar contra la mujer sólo por el hecho de serlo¹⁰; y, finalmente, la conciencia, surgida de la teoría feminista contemporánea, de que, aunque tienen una formulación neutral desde el punto de vista del sexo, las normas contenidas en los instrumentos de protección general de los derechos humanos han sido tradicionalmente aplicadas –por los órganos encargados de su supervisión– de acuerdo con estereotipos de género y desde una perspectiva masculina, es decir, tomando como referencia a los hombres¹¹.

El primer paso hacia la transversalización de la perspectiva de género fue marcado en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos llevada a cabo en Viena en 1993, al proclamarse que “[l]a igualdad de condición de la mujer y sus derechos humanos deben integrarse en las principales actividades de todo el sistema de las Naciones Unidas”, y que “[t]odos los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas deben tratar estas cuestiones en forma periódica y sistemática”¹². Cuatro años más tarde, bajo el

⁹ Reanda, Laura, “Human Rights and Women’s Rights: The United Nations Approach”, en: *Human Rights Quarterly*, vol. 3. The Johns Hopkins University Press, Maryland, 1981, pág. 11 y ss; Bunch, Charlotte, “Women’s Rights as Human Rights: Toward a Re-vision of Human Rights”, en: *Human Rights Quarterly*, vol. 12. The Johns Hopkins University Press, Maryland, 1990, pág. 486 y ss.

¹⁰ Véase, entre otros, Charlesworth, Hilary, Christine Chinkin y Shelley Wright, “Feminist Approaches to International Law”, en: *American Journal of International Law*, vol. 85. The American Society of International Law, Washington, DC, 1991, págs. 613-645, pág. 628 y ss.

¹¹ En este sentido, véase por ejemplo, Neuwirth, Jessica, “Towards a Gender-Based Approach to Human Rights Violations”, en: *Whittier Law Review*, vol. 9. Whittier Law School, California, 1987, pág. 399 y ss.

¹² Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, UN Doc. A/Conf. 157/23 de 12 de julio de 1993, párrs. 37-38.

impulso de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas proclamó la necesidad de una “inclusión activa y visible” del enfoque de género en todas las políticas y programas de la Organización, precisando, al mismo tiempo, que el *gender mainstreaming* no debería sustituir la necesidad de desarrollar instrumentos y mecanismos especiales para la salvaguardia de los derechos de la mujer¹³.

Desde entonces, la perspectiva de género ha empezado a difundirse a todos los órganos y agencias especializadas de la ONU, así como a las más importantes organizaciones gubernamentales de alcance regional, a través de un proceso continuo, dinámico y ascendente que dura hasta el día de hoy¹⁴. Este desarrollo ha acompañado y complementado la multiplicación de documentos internacionales específicamente centrados en la mujer, particularmente en temas de la mayor trascendencia, como la discriminación por sexo, la violencia de género, y la protección de la maternidad y de la salud¹⁵.

El compromiso de la OEA con la defensa de los derechos humanos de las mujeres

Con este cuadro general como trasfondo, podemos ahora enfocar el análisis en los instrumentos y mecanismos desarrollados por la OEA con el objetivo de la defensa de la mujer en la región, para luego investigar de un modo más específico el proceso de transversalización

¹³ El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas definió la transversalización de la perspectiva de género de la siguiente manera: “Es una estrategia para hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres así como también de los hombres constituyan una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales de modo que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y la desigualdad no sea perpetuada. El fin último es alcanzar la igualdad de los géneros” (UN Doc. A/52/3 Rev. 1, págs. 24-25).

¹⁴ Vid. S. García Muñoz, “La Progresiva Generización De La Protección Internacional De Los Derechos Humanos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2001), disponible en www.reei.org.

¹⁵ Véase Palacios Zuloaga, Patricia, *Las convenciones internacionales de derechos humanos y la perspectiva de género*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/Libros/las_convenciones_internacionales.pdf>, a mayo de 2011.

de la perspectiva de género llevada a cabo por los órganos generales de supervisión del SIDH, la Comisión y, especialmente, la Corte.

Es interesante destacar que la problemática de la mujer está presente en el marco de la cooperación entre los países del Continente americano de manera previa a la fundación de la OEA y al inicio del SIDH, ambos acontecidos en 1948. El interés por el tema data de 1928, cuando durante la Sexta Conferencia Internacional Americana –y como resultado de un poderoso movimiento de mujeres nacido en el Hemisferio a principio de los años 20– fue establecida la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), primer precedente mundial de órgano intergubernamental creado expresamente con el propósito de asegurar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de las mujeres¹⁶.

La CIM es el órgano especializado de la OEA encargado de guiar el trabajo de la Organización para promover la equidad de género en la región. Desde su creación ha estudiado la condición jurídica de las mujeres en las Américas, ofrecido apoyo y dialogado con los movimientos de mujeres, exhortado a los gobiernos a adoptar las medidas pertinentes para eliminar los obstáculos a la plena participación de la mujer en las esferas civil, económica, social, cultural y política, e impulsado la creación de instrumentos internacionales en la materia, como la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer (1933), primer instrumento internacional adoptado en el mundo sobre la igualdad de género; la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1948), y la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (1948)¹⁷.

Un asunto que ha tenido especial relevancia para la CIM desde principios de los años 90, bajo la influencia de los avances internacionales en la materia¹⁸, ha sido el fenómeno de la violencia de género.

¹⁶ CIM, *Historia de la Comisión Interamericana de Mujeres: 1928-1997*. CIM, Washington, DC, 1990.

¹⁷ CIM, *Un siglo de luchas por los derechos de la mujer en las Américas: la CIM conquista lo prometido*. CIM, Washington, DC, 1995.

¹⁸ Especial mención merecen las Recomendaciones Generales No. 12 de 1989 y No. 19 de 1992 del Comité de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Declaración sobre la Eliminación de

Así, a partir del presupuesto básico de que “la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida”, la CIM promovió con éxito la adopción, en 1994, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), primer acuerdo internacional que tiene como fin la eliminación de la violencia de género¹⁹.

La Convención de Belém do Pará, que define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en su ámbito público como en el privado” (art. 1), establece la obligación de los Estados parte de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, y prevé la posibilidad de presentar quejas o denuncias individuales ante la CIDH por incumplimiento de dicha obligación. Igualmente, rige el deber de los Estados de incluir en los informes nacionales a la CIM, noticias sobre las medidas que se hayan adoptado con relación al cumplimiento de la Convención (art. 10). Desde 2004, además, opera el Mecanismo de Seguimiento de la Convención, órgano intergubernamental con el mandato de analizar el progreso en logro de los objetivos del tratado, formular recomendaciones a las partes y facilitar la cooperación entre ellas²⁰.

Otras importantes áreas de actividad de la CIM conciernen a la promoción de la participación activa de las mujeres en la política, su

la Violencia contra la Mujer adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 diciembre de 1993 (Res. 48/104). En doctrina, véase, Degani, Paola, “Diritti umani e violenza contro le donne: recenti sviluppi in materia di tutela internazionale”, Quaderni del Centro di studi e di formazione sui diritti dell’uomo e dei popoli, No. 2. Eurooffset, Università di Padova, Maerne, Venezia, 2000.

¹⁹ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer fue suscrita durante la IV Asamblea Extraordinaria de Delegados a la Comisión Interamericana de Mujeres, el 18 de abril de 1994, y entró en vigor el 5 de marzo de 1995. El texto aparece en OEA/Ser.P, AG/doc. 3090/94, 10 de mayo de 1994.

²⁰ Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), adoptado por la OEA el 24 de octubre de 2004.

acceso al poder y los procesos de toma de decisiones en los ámbitos políticos y económicos; el mejoramiento de las oportunidades económicas y sociales de las mujeres, y el desarrollo de una visión intercultural de los derechos de las mujeres en el contexto de la gobernabilidad democrática²¹. Asimismo, a partir del año 2000, la CIM se ha comprometido a fomentar la inclusión de la perspectiva de género en el trabajo de la Secretaría General de la OEA, a asegurar que los derechos de las mujeres sean tomados en consideración en las reuniones y otros foros ministeriales realizados en el marco de la Organización y a exhortar a los Estados miembros a formular políticas públicas dirigidas a promover la igualdad de género²².

En definitiva, son muchas las iniciativas emprendidas por la OEA, a lo largo de su historia, con el objetivo de la promoción y salvaguardia de los derechos de las mujeres. Confirmando las tendencias generales en la protección internacional de la mujer descritas en el apartado anterior, el sistema desarrollado por la Organización se articula alrededor de dos principios de actuación: por un lado, la convicción de que, frente a los mayores desafíos sociales afrontados históricamente por las mujeres, es necesaria la definición de mecanismos específicos de protección de sus derechos; por el otro, el propósito, más reciente, de integrar sistemáticamente la perspectiva de género en la formulación de políticas, la gestión de programas y la elaboración e implementación de proyectos de la OEA.

Queda ahora por investigar cuál ha sido la actitud de los órganos generales de supervisión del SIDH acerca de los derechos de la mujer,

21 Toda información sobre las iniciativas adoptadas por la CIM en la materia está disponible en la página web <<http://www.oas.org/es/CIM>>. Entre los proyectos promovidos por la CIM, ver, Avance de la igualdad de género en el marco del trabajo decente (enero 2008); Integración de políticas y programas de VIH y violencia contra las mujeres desde un enfoque de derechos humanos en Centroamérica (enero 2009); Desarrollo de capacidades para el liderazgo y la incidencia en las políticas públicas para la igualdad de género (mayo 2010).

22 Programa Interamericano sobre Promoción de los Derechos Humanos de la Mujer y la Equidad e Igualdad de Género, CIM/RES. 209/98 y AG/RES. 1625 (XXIX-O/99). Ver también, Incorporación del análisis y de la equidad e igualdad de género como temas y objetivos transversales en los programas de la OEA (enero 2008).

y cuál su contribución al cumplimiento de los objetivos generales de la OEA en la materia. A pesar de que el enfoque de este trabajo está centrado en los recientes avances de la jurisprudencia de la Corte IDH, se realiza en las páginas que siguen –sin ninguna pretensión de exhaustividad– una síntesis del papel desarrollado por la CIDH en esta tarea.

La inclusión de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: síntesis del papel de la CIDH

Durante las primeras décadas de su existencia la Comisión Interamericana no se mostró sensible a la problemática de género, a pesar de que las mujeres de la región eran víctimas de violaciones, muchas veces sistemáticas, de sus derechos fundamentales²³.

Es a partir de la mitad de la década de los 90, y bajo recomendación de la Asamblea General de la OEA, que la CIDH comenzó a dedicar atención a los derechos de las mujeres²⁴. El punto de inflexión fue marcado por la creación, en 1994, de la Relatoría Especial de la Comisión sobre los Derechos de la Mujer, con el mandato de analizar la observancia de las obligaciones establecidas en la CADH por las leyes y prácticas de los Estados de la OEA relacionadas con la mujer²⁵. Desde que la Relatoría vio la luz, la Comisión Interamericana comenzó

²³ Medina Quiroga, Cecilia, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las mujeres, con particular referencia a la violencia”, en: *18 ensayos sobre justicia transicional, Estado de Derecho y democracia*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005 (disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Medina_LaComInteramericana.pdf>, a mayo de 2011); Andión Ibañez, Ximena, “The Right of Women to Be Free From Violence and the Approach of the Inter-American System in Individual Cases: Progress and the Challenges”, en: *Revista IIDH*, vol. 45. IIDH, San José, Costa Rica, 2007, págs. 11-57, págs. 15 y 20.

²⁴ Asamblea General de la OEA, *Fortalecimiento de la OEA en materia de derechos humanos*, AG/RES. 1112 (XXI-0/91).

²⁵ CIDH, “Relatoría Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de la Mujer: antecedentes y mandato”, disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/women/mandate.sp.htm>>, a mayo de 2011. Véase, Abi-Mershed, Elizabeth A. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Relator Especial sobre los Derechos de la Mujer: una iniciativa para fortalecer la capacidad de la mujer para ejercer sus derechos libre y plenamente”, en: *Revista IIDH*, vol. 29. IIDH, San José, Costa Rica, 1999, págs. 145-152.

a desarrollar su potencial en la materia, estableciendo la práctica de incluir en sus informes generales por país, capítulos sobre la condición de las mujeres, y en sus informes anuales, informes de progreso dedicados al tema. Asimismo, la CIDH empezó progresivamente a examinar demandas individuales referentes a violaciones de derechos humanos con causas y consecuencias específicas de género y, a través de sus decisiones sobre las mismas, a lograr importantes progresos en la protección de los derechos de las mujeres en la región.

Al sintetizar los principales desarrollos de la práctica de la CIDH en la materia se hace evidente, en primer lugar, cómo esta ha enfatizado constantemente que la igualdad formal, aunque no garantiza la eliminación de las instancias de discriminación en la práctica, es indispensable para mejorar la condición de la mujer en la vida social, económica y política²⁶. Con base en esto, la Comisión Interamericana se ha pronunciado respecto a numerosos casos de discriminación por razón de sexo en la ley, instando a los Estados a emprender una revisión completa de las provisiones con el propósito o efecto de impedir el goce de los derechos de las mujeres en condición de igualdad a los hombres²⁷. Igualmente, ha afirmado la posibilidad de la adopción por parte de los Estados de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer²⁸, y ha subrayado reiteradamente la necesidad de

²⁶ CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, 13 octubre 1998, pág. 32.

²⁷ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, 24 de abril de 1997; *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, 2 de junio de 2000; *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118, 29 de diciembre de 2003; *Informe de seguimiento: acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II.135, 7 de agosto de 2009. Ver también, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Informe No. 4/01, fondo, Caso 11.625, 19 de enero de 2001 (relativo a la regulación discriminatoria del régimen conyugal en el Código Civil de Guatemala).

²⁸ Véase, en general, CIDH, *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.106, 13 de abril de 2000.

realizar esfuerzos serios para eliminar las formas discriminatorias de la estereotipación en razón del género en países donde son socialmente persistentes y dominantes²⁹.

Entre los temas específicos tratados por la Comisión Interamericana han tenido un lugar prominente, por su gravedad y difusión en la región, el problema de la violencia de género y la cuestión de las barreras al acceso de las mujeres a recurso judiciales oportunos y efectivos, especialmente las víctimas de violencia³⁰.

La CIDH ha afirmado reiteradamente que la violencia de género representa una violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la honra y la dignidad de las mujeres, y ha calificado la violación sexual cometida por agentes del Estado como una forma de tortura³¹. Además, ha establecido que la violencia doméstica es –al igual que cualquier otro tipo de violencia– una violación de los derechos humanos de la mujer³², y precisado que la comisión

²⁹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.97, 29 de septiembre de 1997; *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OES/Ser.L/V/II.102, 26 de febrero de 1999; *Haití: ¿justicia frustrada o Estado de Derecho? Desafíos para Haití y la Comunidad Internacional*, OEA/Ser.L/V/II, 26 de octubre de 2005; *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II, 28 de junio de 2007.

³⁰ Véase, en general, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007.

³¹ CIDH, *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Haití en abril de 2007*, OEA/Ser.L/V/II.131, 2 de marzo de 2008; *Honduras: derechos humanos y golpe de Estado*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 55, 30 de diciembre de 2009. Ver también, *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, Informe No.24/94, fondo, Caso 11.154, 26 de setiembre de 1994; *Raquel Martín de Mejía vs. Perú*, Informe No. 5/96, fondo, Caso 10.970, 1 de marzo de 1996; *Ana Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, Informe No. 53/01, fondo, Caso 11.565, 4 de abril de 2001. En doctrina, cfr., Andión Ibañez, Ximena, “The Right of Women to Be Free From Violence and the Approach of the Inter-American System in Individual Cases: Progress and the Challenges”... pág. 20 y ss.

³² CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*, OEA/Ser.L/V/II.104, 7 de octubre de 1999; *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.111, 6 de abril de 2001; Informe sobre Guatemala de 2003; Informe sobre Bolivia de 2007; Informe sobre Haití de 2008. Ver también, *Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe No. 54/01, fondo, Caso 12.051, 16 de abril de 2001. Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), *Bevacqua vs. Bulgaria*, No. 71127/01,

de actos violentos por parte de actores privados puede generarle responsabilidad al Estado cuando este no instrumenta medidas razonables de prevención, no investiga debidamente los hechos o no castiga a los responsables, según lo establecido en la CADH y en la Convención de Belém do Pará³³. De igual manera, ha declarado repetidamente que para erradicar el fenómeno de la violencia de género y para contrarrestar la creación o la permanencia de un clima de impunidad que contribuya a que esa violencia se perpetúe, es indispensable garantizar el acceso de las víctimas a recursos judiciales idóneos y efectivos, junto al cumplimiento por los Estados de su obligación de prevención, investigación y sanción. Por esta razón, ha recomendado a los Estados dedicar atención prioritaria a eliminar las barreras jurídicas y fácticas que impiden el acceso de las mujeres a la justicia³⁴.

También en otras materias sustantivas la CIDH ha alcanzado logros relevantes. Entre estos, especial mención merecen los que se refieren al acceso de las mujeres a servicios de salud materna y reproductiva, a la garantía de los derechos laborales y a la participación en la vida pública.

En cuanto al primer tema, la CIDH ha aclarado que la protección del derecho a la integridad de las mujeres entraña la obligación de los Estados de asegurar el acceso a servicios de salud durante el embarazo, el parto y el periodo posterior a este³⁵. Igualmente, ha subrayado la

sentencia del 12 de junio de 2008; *Opuz vs. Turquía*, No. 33401/2, sentencia del 9 de junio de 2009. En doctrina ver, Meyersfeld, Bonita, "Reconceptualizing Domestic Violence in International Law", en: *Albany Law Review*, vol. 67. Albany Law School, Nueva York, 2003, págs. 371-425.

33 Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil, parr. 43.

34 CIDH, Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas; Informe sobre Ecuador de 1997; Informe sobre Colombia de 1999; Informe sobre Guatemala de 2003; Informe sobre Haití de 2005.

35 CIDH, *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010. En doctrina, sobre el tema de tutela de la maternidad ver, Cook, Rebecca, "Human Rights Law and Safe Motherhood", en: *European Journal of Health Law*, vol. 5. Brill, Países Bajos, 1998, pág. 357 y ss.; Cook, Rebecca, Bernard Dickens, *Advancing Safe Motherhood Through Human Rights*. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2001.

importancia de garantizar el derecho de las mujeres a controlar su fecundidad libres de toda forma de violencia y coerción, enfatizando su preocupación por las prácticas de esterilización forzada realizadas en algunos países de la región³⁶. Por último, es interesante que la Comisión haya calificado el aborto como “un problema muy serio para las mujeres [...] no solamente desde el punto de vista de la salud, sino también de sus derechos como mujeres, incluyendo los derechos a la integridad y a la privacidad”³⁷; que haya considerado la criminalización de la interrupción del embarazo como una de las causas principales del alto nivel de mortalidad materna derivado de la extendida práctica de abortos ilegales en la región³⁸, y finalmente, que no haya dejado de reprobar el trato degradante de las personas operadoras sanitarias y autoridades públicas a mujeres sospechosas de haber realizado abortos clandestinos o con la intención de ejercer su derecho a interrumpir el embarazo según lo establecido por la ley³⁹.

En materia de derechos económicos y sociales, la atención del órgano interamericano se ha concentrado en la discriminación contra las mujeres que todavía persiste en el mercado laboral de América Latina y el Caribe, y que se refleja en barreras para el acceso al empleo, disparidades en la remuneración, y acoso y maltratos en los lugares de trabajo⁴⁰. En particular, ha condenado la extendida utilización de

³⁶ CIDH, Informe sobre Perú de 2000; *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110, 9 de marzo de 2001. Ver también, *María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*, Informe No. 71/03, solución amistosa, 3 de octubre de 2003; *I.V. vs. Bolivia*, Informe No. 40/08, admisibilidad, 23 de julio de 2008. Cfr. CEDH, *KH vs. Eslovenia*, No. 32881/04, decisión del 9 de octubre de 2007 (admisibilidad).

³⁷ CIDH, Informe sobre Colombia de 1999; *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, párr. 42.

³⁸ CIDH, Informe sobre Paraguay de 2001; Informe sobre Bolivia de 2007.

³⁹ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Véase también, *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México*, Informe No. 21/07, solución amistosa, 9 de marzo de 2007 (relativo a la violación de los derechos de una menor víctima de violación sexual, obstaculizada por las autoridades estatales para ejercer, según lo establecido por ley, su derecho a interrumpir el embarazo resultado de la violencia sufrida).

⁴⁰ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II.100, 24 de setiembre de 1998; Informe sobre República Dominicana de 1999; Informe sobre Guatemala de 2000; Informe sobre Bolivia de 2007.

la maternidad como criterio para la contratación o el despido, y ha destacado la importancia de que los Estados aseguren la observancia del “derecho de las mujeres a decidir cuántos hijos desean tener y cuándo hacerlo”, así como la salvaguardia de los derechos laborales de las mujeres embarazadas y de las puérperas⁴¹.

Finalmente, la CIDH ha tenido a menudo la ocasión de relevar las dificultades afrontadas por las mujeres de la región en la participación en la vida pública. En ese sentido, ha llamado a los Estados a fortalecer la representación de las mujeres en cargos electivos y en otros espacios de adopción de decisiones; a adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar todo acto de discriminación contra las mujeres que acceden a cargos públicos; a realizar, de igual manera, los esfuerzos necesarios para avanzar en el proceso de inscripción de las mujeres, en particular en zonas rurales, a fin de que cuenten con la documentación necesaria para el pleno ejercicio de sus derechos políticos⁴².

A la luz de este sintético examen de la práctica de la Comisión Interamericana es evidente, entonces, que esta ha realizado relevantes esfuerzos por integrar una perspectiva sensible a las diversidades de género en el análisis de casos de violación a los derechos humanos de las mujeres. Es destacable, en particular, que aunque haya comenzado tardíamente a dedicar su atención a la materia, la CIDH ha abrazado diferentes temas de relevancia para la defensa de la mujer, como la erradicación del fenómeno de la violencia, la protección de la maternidad, o la participación en el desarrollo social, económico y político de los países. Este dinamismo lleva a confiar en que, en el futuro próximo, la Comisión Interamericana vaya desarrollando progresivamente su doctrina en otros ámbitos, por ejemplo con relación a temas de gran actualidad, como la reproducción asistida, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada, o la prácticas de matrimonio forzado

⁴¹ CIDH, Informe sobre México de 1998; Informe sobre Perú de 2000; Informe sobre Guatemala de 2001; Informe sobre Paraguay de 2001.

⁴² CIDH, Informe sobre Bolivia de 2007; Informe sobre Bolivia de 2009. Ver también *María Merciadri de Moroni vs. Argentina*, Informe No. 103/01, solución amistosa, Caso 11.307, 11 de octubre de 2001 (relativo a la discriminación en la representación de las mujeres en un partido político).

y de mutilación genital femenina difundidas entre las comunidades de inmigrantes del Continente.

De igual manera, hay que valorar el hecho de que la Comisión ha puesto especial énfasis en las obligaciones positivas de los Estados con relación a los derechos de la mujer, estableciendo con precisión el alcance tanto de unos como de las otras, e interpretando la CADH en el marco de todos los instrumentos normativos del SIDH, incluida la Convención de Belém do Pará. Al respecto, y considerando los resultados sustantivos alcanzados por la CIDH en las áreas examinadas, se puede concluir que el actual *corpus juris* interamericano de los derechos humanos constituye una base adecuada y suficiente para garantizar eficazmente el conjunto de los derechos humanos de las mujeres en la región.

Por otro lado, sin embargo, al evaluar globalmente el papel de la CIDH en defensa de los derechos de la mujer, no puede dejar de ser considerada su tradicional reticencia en la remisión a la Corte Interamericana de demandas individuales relacionadas con cuestiones de género⁴³. De hecho, hasta 2002 la Comisión envió a la Corte un solo caso entre todos en los que había encontrado una violación por razón de género, mientras los demás se concluyeron con la consecución de un acuerdo amistoso o bien con la publicación del informe final de la CIDH, sin la debida compensación de las víctimas. El resultado ha sido, por un lado, impedir que la protección de la mujer se viera fortalecida en casos concretos por medio de sentencias jurídicamente obligatorias para los Estados, y, por el otro, imposibilitar por largo tiempo el desarrollo de la jurisprudencia del máximo órgano interamericano de derechos humanos en relación con los derechos de las mujeres.

Sólo a partir del comienzo del nuevo siglo, como veremos en las páginas que siguen, se ha hecho más frecuente la presentación ante la Corte IDH de demandas individuales sobre violaciones de

⁴³ Cfr. Medina Quiroga, Cecilia, “Derechos humanos de la mujer ¿dónde estamos ahora en las Américas?”... págs. 9-10; López Vega, Leonor Cecilia, “Mecanismos de protección de los derechos humanos de las mujeres en el Sistema Interamericano”... págs. 88-89.

género. Es presumible que la reforma del Reglamento de la CIDH haya contribuido a generar este cambio de dirección, puesto que ha limitado la discrecionalidad del órgano en la remisión de los casos ante la Corte, subordinando la decisión pertinente al interés en la obtención de justicia en el caso concreto, y a la apreciación, entre otros aspectos, de la naturaleza y gravedad de la violación, así como a la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del Sistema⁴⁴.

Analizaremos, a continuación, cuál ha sido la respuesta de la Corte de San José en los casos presentados por la Comisión, con el objetivo de verificar su eventual contribución a la integración de la perspectiva de género en el SIDH.

Las mujeres y la Corte: los recientes avances de la jurisprudencia de San José en materia de violencia de género y acceso de las mujeres a la justicia

El primer episodio de inclusión de la perspectiva de género en una sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se remonta a finales de 2006, en ocasión del *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*⁴⁵. Antes de esa fecha, la Corte se había pronunciado sobre cuestiones pertinentes a los derechos de las mujeres solamente en el marco de su competencia consultiva: la primera vez en 1984, cuando consideró como discriminatorio el trato jurídico diferenciado que se establecía en la Constitución de Costa Rica para las mujeres extranjeras que contraían matrimonio con hombres costarricenses⁴⁶; la segunda vez en 2003, al consagrar el principio de igualdad y no discriminación como expresiones del *jus cogens*⁴⁷. Ni

44 Palacios Zuloaga, Patricia, "The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights", en: *Texas Journal of Women & the Law*, vol. 17. The University of Texas School of Law, Austin, 2008, pág. 227 y ss.

45 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160.

46 Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.

47 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 16 y ss.

en uno ni en otro caso, sin embargo, el órgano había profundizado su reflexión sobre la naturaleza, las causas y las consecuencias de las desigualdades, *de jure* o *de facto*, basadas en la estereotipación por razones de género.

En su voto razonado con respecto a la sentencia sobre el mencionado caso *Castro Castro*, en 2006, el juez Sergio García Ramírez imputó el retraso de la Corte en tratar temas relacionados con los derechos de la mujer a la circunstancia que, hasta entonces, “no había recibido consultas o litigios que tuviesen como personaje principal –o, al menos, como uno de los personajes principales, de manera específica,– a la mujer”⁴⁸.

Si bien es verdad, sin embargo, que hay que reprocharle a la CIDH por haber sido reticente en la trasmisión de casos de violaciones por razón de género, igualmente es cierto –y debe ser reconocido– que antes de 2006, algunas demandas sobre derechos de las mujeres habían ya llegado ante la Corte y que, en ningún caso, esta había aprovechado la ocasión para enriquecer su desarrollo argumentativo a través de la incorporación de consideraciones basadas en el género⁴⁹. Piénsese en el *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, relativo a la detención de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana por una patrulla militar del Ejército de Colombia, y su posterior desaparición⁵⁰; en el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, referente a la

48 Voto razonado del juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160.

49 Cfr. Palacios Zuloaga, Patricia, “The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights”... pág. 8 y ss; Andión Ibañez, Ximena, “The Right of Women to Be Free From Violence and the Approach of the Inter-American System in Individual Cases”... págs. 22-23.

50 Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, fondo, sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22. En este caso, la Corte consideró que no existían elementos suficientes para demostrar que las presuntas víctimas habían sido objeto de torturas y malos tratos durante su detención, ignorando del todo los testimonios –para nada imprecisos– que hacían referencia al hecho de que María del Carmen, a diferencia de Isidro Caballero, hubiese sido amarrada y desnudada por los militares, y puesta a caminar en ese estado por la región (ver párr. 36, 38, 39).

detención arbitraria de una mujer acusada de actos de terrorismo⁵¹; o en el *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sobre el secuestro y la detención arbitraria de una militante de un grupo subversivo durante el conflicto interno guatemalteco⁵².

La decisión sobre reparaciones en el *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 2004, marcó los primeros pasos hacia la introducción de la perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte, preparando el camino hacia la sentencia *Castro Castro*⁵³. Pronunciándose sobre las reparaciones debidas por el Estado como consecuencia de su responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de las víctimas, la Corte, a diferencia de lo ocurrido en la sentencia sobre el fondo, hace referencia a la violencia sexual sufrida por muchas mujeres el día de la masacre, y a la especial gravedad de los padecimientos físicos y psicológicos de las mismas⁵⁴.

Dos años más tarde, el 25 de noviembre de 2006, llega la sentencia sobre el caso del *Penal Miguel Castro Castro*. Los hechos se refieren a un operativo de las fuerzas de seguridad dentro del Penal Castro Castro, que, realizado con el objetivo formal del traslado de las mujeres que se hallaban recluidas en el Penal a una cárcel de máxima

⁵¹ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, fondo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33. En este caso lo que es criticable en la conducta de la Corte es el haber estimado probados, entre otros, el aislamiento en celda reducida, los golpes y otros maltratos, y la intimidación por amenazas de otras violencias padecidas por la víctima, y, al contrario, el no haber considerado comprobada la violación sexual contra la misma (párr. 58). Puesto que la violación se apoyaba en pruebas de igual valor a las de los demás hechos del caso, debería concluirse que la primera, en la opinión de la Corte, supusiese una carga de prueba más pesada que los otros (cfr., en este sentido, Palacios Zuloaga, Patricia, “The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights”... pág. 14).

⁵² Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103. Llama la atención el hecho de que la Corte no haya incluido en su razonamiento alguna reflexión de género, no obstante la Comisión, al analizar los actos de violencia sufridos por la víctima, subrayó específicamente el sometimiento de Maritza Urrutia “a torturas psicológicas derivadas de la amenaza y posibilidad continua de ser [...] violada” (párr. 78.b)

⁵³ Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116.

⁵⁴ *Ibidem*, párrs. 49.19 y 106.

seguridad, había consistido en realidad en un ataque premeditado, destinado a atentar contra la vida y la integridad de los prisioneros que se encontraban en el Penal, acusados de delitos de terrorismo⁵⁵. La Corte, por primera vez, busca destacar la especificidad de género en las violaciones denunciadas⁵⁶, y afirma su competencia para aplicar e interpretar la Convención de Belém do Pará, calificándola como un elemento integrante del *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres⁵⁷.

Los casos *González y otras (Campo algodónero) vs. México*, primer caso ante la Corte IDH enteramente centrado en el tema de la violencia de género, y *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, del 16 y 24 noviembre de 2009 respectivamente, proporcionan a la Corte la ocasión de profundizar esta nueva tendencia jurisprudencial⁵⁸. El primero se refiere a la desaparición y muerte de tres jóvenes mujeres en Ciudad Juárez, y a la falta de respuesta del Estado para investigar efectivamente lo ocurrido, en el marco de un contexto general de violencia y discriminación contra las mujeres⁵⁹. El segundo es relativo a

⁵⁵ Para una análisis del caso ver, Quintana Osuna, Karla I., “Recognition of Women’s Rights before the Inter-American Court of Human Rights”, en: *Harvard Human Rights Journal*, vol. 21. Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, 2008, págs. 301-312.

⁵⁶ La Corte, en particular, subraya como, “[a] analizar los hechos y sus consecuencias, la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres”, párr. 223.

⁵⁷ *Ibidem*, parr. 379.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso González y otras (Campo algodónero) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205; *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211.

⁵⁹ Para un estudio detallado del caso ver, Tiroch, Katrin, y Luis E. Tapia Olivares, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la protección transnacional de la mujer: análisis del Caso González y otras vs. México (Campo algodónero)”, en: von Bogdandy, Armin, y otros (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo II. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Heidelberg, Mexico, 2010, México, 2010, págs. 497-531; Vázquez Camacho, Santiago José, “El Caso “Campo Algodonero” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”,

la falta de debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la masacre de 251 personas por miembros de las fuerzas armadas de Guatemala, en cuyo contexto, antes de ser matadas, muchas niñas y mujeres habían sido violadas sexualmente y sometidas a actos de crueldad extrema, y mujeres embarazadas habían sido golpeadas hasta el punto de sufrir abortos.

Por esta vía se llega a las sentencias más recientes sobre violaciones a los derechos humanos de mujeres: las decisiones sobre los casos *Fernández Ortega y otros vs. México* y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, del 30 y 31 agosto de 2010, relacionados con los actos de violación sexual cometidos por militares en perjuicio de dos mujeres del Pueblo Indígena Me'paa⁶⁰; y la decisión sobre el caso *Gelman vs. Uruguay*, relativo a la desaparición forzada y a la detención arbitraria de una mujer embarazada por las fuerzas de seguridad uruguayas y argentinas, y a la posterior sustracción y entrega de su hija a la familia de un policía uruguayo⁶¹.

Ahora bien, realizado este breve resumen de la evolución de la práctica de la Corte hacia la protección de la mujer, podemos ahora pasar a examinar con más detalle los perfiles de mayor interés de la doctrina del órgano en la materia. Con este fin, y puesto que hasta hoy la atención de la Corte se ha concentrado exclusivamente en el tema de la violencia de género y del acceso de las víctimas de violencia a la justicia, nuestra investigación tendrá por objeto: a) la definición de los actos constitutivos de violencia de género; b) la calificación jurídica de dichos actos; c) la determinación del alcance del deber estatal de prevención, investigación y sanción de crímenes basados en el género, y el significado del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violencia, y, por último, d) la inclusión de la perspectiva de género en la determinación de las reparaciones para las violaciones de los derechos humanos de las mujeres.

en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI. IJ/UNAM, México, 2011, págs. 515-559.

60 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216.

61 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

a. La definición de los actos constitutivos de violencia contra la mujer

La Corte ha hecho propia la definición de “violencia contra la mujer” contenida en el artículo 1 de la Convención de Belém do Pará. Para determinar si, en los casos concretos, los actos de violencia sufridos por las presuntas víctimas pueden considerarse como “violencia de género”, se ha referido al alcance del artículo 5 de la Convención Americana (que consagra el derecho a la integridad personal), en relación con la Convención de Belém do Pará y la CEDAW, que considera elementos del “*corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres”⁶².

Violencia sexual, abortos forzados, mutilaciones, y “femicidio”, son algunos de los actos que la Corte ha tenido ocasión de calificar como formas de violencia basadas en el género. Entre estos, la violencia sexual ha sido considerada como una “forma paradigmática” de violencia contra las mujeres⁶³; es a la misma, por lo tanto, que ha dedicado la mayor atención y desarrollo argumentativo en el marco de su jurisprudencia en la materia.

Siguiendo el criterio utilizado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), la Corte IDH no ha proporcionado una enumeración taxativa de los actos materiales que constituyen violencia sexual, y ha identificado la misma con “acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”⁶⁴. Esto le ha permitido

⁶² Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 276; *Caso González y otras (Campo algodón) vs. México*, párrs. 128-136.

⁶³ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 119; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 109. En doctrina ver, Chinkin, Christine, “Rape and Sexual Abuse of Women in International Law”, en: *European Journal of International Law*, vol. 5, 1994, págs. 332 y ss. Disponible en: <<http://www.ejil.org/>>, a mayo de 2011.

⁶⁴ *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 306; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 119; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 109. Cfr. TPIR, *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, de 2 de setiembre de 1998, párr. 688; *Prosecutor vs. Musema*, ICTR-96-13-A, de 27 de mayo de 2000, párr. 226; *Prosecutor vs. Nijyitegeka*, ICTR-96-14-/I, de 16 de mayo de 2003, párr. 456. En doctrina cfr., Vitucci, Chiara, “I crimini contro le donne nel diritto internazionale”, en: Fiume, Giovanna (ed.), *Donne, diritti, democrazia*. XLedizioni, Roma, 2007, págs. 83-120, pág. 100 y ss.; Poli,

incluir en la noción de violencia sexual –junto con la violación, o sea “una invasión física” de carácter sexual–, otros abusos de la misma naturaleza, como la desnudez forzada de mujeres y niñas⁶⁵. Respecto a la violación sexual, al contrario, la Corte ha adoptado una definición puntual de la conducta material pertinente. Así, poniéndose esta vez en la estela del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY), ha precisado que la violación “no implica necesariamente una relación sexual por vía vaginal”, como se consideraba tradicionalmente, sino que incluye también todo “acto de penetración vaginal o anal [...] mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos”⁶⁶. Con base en esto, en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, concluyó que la violencia a la que había sido sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar constituía violación sexual contra la misma⁶⁷.

Tanto en el caso de la violación como de otros actos de violencia sexual, la consideración del acto material como una conducta prohibida radica en la ausencia de consentimiento de la víctima⁶⁸. Al respecto, la Corte ha afirmado que el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible, así como tampoco debe exigirse prueba de la existencia de resistencia física pues es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta⁶⁹. Esto le ha permitido evaluar la existencia o no de consentimiento a la luz de las circunstancias de hecho del acto sexual y del contexto en cual este se produce, y no simplemente con relación a la respuesta de la víctima⁷⁰.

Ludovica, “La tutela dei diritti delle donne e la violenza sessuale come crimine internazionale. Evoluzione normativa e giurisprudenziale”, en: *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 3. Edizioni FrancoAngeli, Nápoles, 2009, págs. 396-416, págs. 406-408.

65 *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 306.

66 *Ibidem*, párr. 310. Cfr. TPIY, *Prosecutor vs. Furundzija*, IT-95-17/1-T, de 10 de diciembre 1998, párr. 185; *Prosecutor vs. Kunarac, Kovac, Vukovic*, IT-96-23&23/1, de 22 de febrero 2001, párr. 442. En doctrina cfr., Vitucci, Chiara, “I crimini contro le donne nel diritto internazionale”... pág. 100 y ss.; Poli, Ludovica, “La tutela dei diritti delle donne e la violenza sessuale come crimine internazionale”... págs. 409-411.

67 *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 310-312.

68 *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, párr. 306; *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 119; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 109.

69 *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 115. Cfr. IPIY, *Prosecutor vs. Kunarac, Kovac, Vukovic*, párrs. 452 y 464.

70 Sobre el punto, en doctrina cfr., MacKinnon, Catharine A., “Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu”, en: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, parte 3. Columbia Law School, Nueva York, 2006, pág. 956 y ss.

En cuanto a los fines perseguidos a través de la violación sexual, la Corte ha afirmado que, en términos generales, se trata “de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre”⁷¹, y que además, durante los conflictos armados, la violación sexual es utilizada, a menudo, “para humillar a la parte contraria”, y “como un medio de castigo y represión” contra una colectividad en su conjunto⁷². En cuanto a los efectos, todo acto de violencia sexual, según la Corte, tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para las mujeres, que se ven agravadas en los casos de mujeres embarazadas y mujeres detenidas⁷³. La violación sexual, en particular, es una experiencia sumamente traumática que causa un grave daño físico y psicológico a la víctima “difícilmente superable por el paso del tiempo”; el sufrimiento moral, además, es de mayor intensidad siempre que la violencia sea presenciada por otras personas, aumentando en esta circunstancia el grado de indefensión y humillación de la víctima⁷⁴.

Menos detallado, pero igualmente llamativo, es el análisis de la Corte sobre el feminicidio, término calificado por el órgano –por primera vez en la decisión sobre el *Caso Campo algodonoero*– como sinónimo de “homicidio de mujer por razones de género”⁷⁵. A pesar de no furnir una definición circunstanciada del mismo, la Corte parece

⁷¹ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 127; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 117.

⁷² *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párr. 49.19; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 224; *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 139. Cfr. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 19: *La violencia contra la mujer*, Doc. HRI/GEN/1/Rev (1994), párr. 16.

⁷³ *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 313.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 311; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 104, 124-125; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 91-92, 115. Con base en esto, la Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, *a priori*, imprecisiones en el relato, y que el trauma sufridos por la víctimas pueda derivar en determinadas imprecisiones al recordar los hechos ocurridos. Cfr. CEDH, *Caso Aydin vs. Turquía* (GC), sentencia de 25 de setiembre de 1997, App. No. 57/1996/676/866, párrs. 72 y 73.

⁷⁵ *Caso González y otras (“Campo algodonoero”) vs. México*, párr. 143.

entender el feminicidio como la muerte violenta de mujeres, por el hecho de ser tales, en un contexto generalizado de discriminación y violencia contra las mismas⁷⁶. Es con base en este presupuesto que la contextualización de los asesinatos de Ciudad Juárez en el marco de una situación generalizada de violencia basada en el género, junto al patrón en el que se enmarcaban las tres víctimas (al ser jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes), permite al órgano concluir que sus muertes constituyen casos de feminicidio.

b. La calificación jurídica de los actos de violencia contra la mujer

La Corte ha destacado reiteradamente que la violencia contra las mujeres constituye una violación del derecho a la integridad física, psíquica y moral de las víctimas, de su derecho a la dignidad, y, en los casos en los que lleve a la muerte, de su derecho a la vida. Asimismo, ha afirmado que la violencia basada en el género constituye una grave forma de discriminación, y que, entre sus principales causas y consecuencias, está la creación y difusión de estereotipos de género, que “se refieren a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”⁷⁷. De esto ha derivado, a partir del *Caso Campo algodónero*, la vinculación de la violencia de género con el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la CADH, en relación con los derechos sustantivos violados por los Estados en el caso concreto.

En la jurisprudencia del Tribunal de San José es más controvertida la cuestión de la calificación como tortura de las violaciones a

⁷⁶ Véase Toledo Vásquez, Patsilí, “¿Tipificar el feminicidio?”, en: *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008, disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/7-Seccion_Nacional/3-Toledo_Patsili/Patsili_Toledo.pdf>, a mayo de 2011. Ver también, IIDH, *Feminicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de feminicidio de Ciudad Juárez*. IIDH, San José, Costa Rica, 2008, págs. 13-20; disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_190524876/Femicidiojuarez/Femicidio_Juarez.pdf>, a mayo de 2011.

⁷⁷ *Caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México*, párr. 401.

la integridad física, psíquica y moral de las mujeres víctimas de violencia sexual. De los casos analizados se desprende que el órgano, guiándose por la definición contenida en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), considera como una condición indispensable para establecer un acto como “tortura” el hecho de que este haya sido perpetrado por un agente del Estado, o con la aquiescencia o tolerancia del mismo.

A ello hace referencia detallada la jueza Cecilia Medina Quiroga en su voto relacionado con la sentencia sobre el *Caso Campo algodonero*, criticando la decisión de la Corte de abstenerse de calificar como tortura los actos contra la integridad de las víctimas realizados por personas no identificables como funcionarios públicos⁷⁸. En su razonamiento sobre el punto, ella observa, en primer lugar, que el criterio decisivo para distinguir la tortura de otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes no es el elemento de la participación estatal, sino la severidad del sufrimiento físico o mental causado a la víctima; en segundo lugar, que la Corte no está obligada a guiarse por la definición de tortura contenida en la Convención contra la Tortura y en la CIPST, sino que debe garantizar la mayor protección a los derechos humanos de los individuos. En consecuencia, y puesto que las tres jóvenes mujeres asesinadas en *Campo algodonero* habían sufrido graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual antes de morir, la Corte hubiera podido establecer que las mismas habían sido sometidas a tortura y con ello marcar un importante desarrollo en su jurisprudencia, reflejando la tendencia de otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos que han venido afirmando la responsabilidad de los Estados por actos de tortura cometidos por agentes no estatales⁷⁹.

⁷⁸ Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga en relación con la sentencia de la Corte IDH en el *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009.

⁷⁹ *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, párrs. 3, 12, 16 y 20. Cfr. Evans, Malcolm D., “Getting to Grips with Torture”, en: *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 51. British Institute of International and Comparative Law, Cambridge, 2002, pág. 378 y ss; Marshall, Jill, “Torture

En los casos posteriores *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, la Corte ha tenido la ocasión de precisar que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando “consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima”, afirmando que esto es así “ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza”⁸⁰. Asimismo, es interesante que haya establecido que el sufrimiento severo de la víctima, que caracteriza los actos de tortura, sea inherente a la violación sexual, aún cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas⁸¹.

Siempre en el tema de la violación sexual, cabe subrayar que, en el marco de los casos arriba mencionados, la Corte ha considerado la libertad sexual de la mujer como un bien jurídico lesionado por dicha forma de violencia, junto a la integridad física y la dignidad de la persona. En la opinión del órgano, la violación sexual vulnera aspectos esenciales de la vida privada de la víctima, constituye “una intromisión en su vida sexual” y anula su “derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales”, determinando la completa pérdida de control sobre “las deliberaciones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas”⁸². Por lo tanto, dicha forma de violencia integra una violación del artículo 11 de la CADH (protección de la honra y de la dignidad), puesto que el contenido del mismo incluye también la protección de la vida privada, cuyo alcance “comprende, entre otros ámbitos protegidos, la

Committed by Non-State Actors: The Developing Jurisprudence from the Ad Hoc Tribunals”, en: *Non-State Actors and International Law*, vol. 5. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pág. 173 y ss.

80 *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 128; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 118. Cfr. ONU, Comité contra la Tortura, *Caso V. L. vs. Suiza*, No. 262/2005, de 20 de noviembre de 2006, párr. 8.10.

81 *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 114.

82 *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 129; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 119. Cfr. TPIY, *Prosecutor vs. Zejnir Delalic et al.* (“Celebici Camp”), Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 492.

vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”⁸³.

Por último, es necesario reflexionar sobre el enfoque de la Corte en materia de violencia contra las mujeres cometida en el marco de conflictos armados o de ataques generalizados o sistemáticos. Poniéndose al paso con la evolución del Derecho Internacional en materia, la Corte IDH considera que los asesinatos y actos de tortura ejecutados en esos contextos constituyen “crímenes de lesa humanidad”, cuya perpetración es prohibida por una norma imperativa del Derecho Internacional⁸⁴. De esto se deriva la obligación inderogable del Estado de perseguir eficazmente tales conductas y sancionar a sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad⁸⁵.

Por otro lado, sin embargo, hay que destacar que a pesar de haber denunciado la utilización de actos de violencia sexual como método para humillar a la parte contraria en los conflictos armados, la Corte no ha incluido esas prácticas dentro de la categoría de los “crímenes de guerra”. Este desarrollo es deseable y alinearía la jurisprudencia interamericana con los más recientes avances de la práctica internacional en la materia⁸⁶.

⁸³ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 129; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 119. Sobre la noción de vida privada en la jurisprudencia de la Corte, cfr. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 55. Respecto a la inclusión de la vida sexual en la noción de “vida privada”, cfr. CEDH, *Dudgeon vs. Reino Unido*, No. 7525/76, sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; *X and Y vs. Países Bajos*, No. 8978/80, sentencia de 26 de marzo de 1985, párr. 22.

⁸⁴ *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 402.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 404; *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 140.

⁸⁶ Copelon, Rhonda, “Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law”, en: *McGill Law Journal*, vol. 49. 2000, pág. 221 y ss; McHenry, James R., “The Prosecution of Rape under International Law: Justice that is Long Overdue”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35. Vanderbilt University Law School, Nashville, 2002, pág. 1275 y ss.

c. Las obligaciones “reforzadas” del Estado en los casos de violencia de género y el acceso a la justicia de las víctimas

La perspectiva de género influye también en la definición del alcance de la obligación de los Estados de garantizar los derechos reconocidos en la CADH, de acuerdo con su art. 1.1. Esta obligación, en general, exige a los Estados organizar su aparato gubernamental a modo de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de toda persona, e implica el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar adecuadamente todas sus violaciones⁸⁷. En los casos de violencia contra las mujeres la aplicación de la Convención de Belém do Pará da a la Corte la oportunidad de verificar el cumplimiento de dicho deber de garantía con un enfoque de género, configurando a cargo de los Estados, además de las obligaciones genéricas contenidas en la CADH, unas “obligaciones reforzadas” de prevención e investigación, de conformidad con el estándar de “debida diligencia” establecido en el art. 7 (b) de la Convención contra la violencia hacia la mujer⁸⁸.

Así, con relación al deber de prevención la Corte sostiene que los Estados deben “contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias” de violencia contra la mujer, precisando, además, que “[l]a estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores

⁸⁷ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C No. 4, párr. 166; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, párr. 62.

⁸⁸ En el *Caso Campo algodónero* la Corte realiza un análisis detallado sobre su competencia para conocer violaciones al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará frente a la excepción preliminar de México, basada principalmente en que el artículo 12 de la Convención solamente menciona la competencia de la CIDH para considerar las peticiones referentes a la violación del art. 7, sin hacer expresa referencia a la Corte (párr. 35-77). Cfr. en doctrina, Cardenas Cerón, María Alejandra y Nicolás Ernesto Lozada Pimiento, “Estrategias de litigio de la Convención de Belém do Pará ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Acosta Alvarado, Paola Andrea et al (eds.), *Apuntes sobre el Sistema Interamericano*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahíta”, Bogotá, 2008, págs. 83-108.

de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva”, y estableciendo, asimismo, la obligación de los Estados de “adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia”⁸⁹.

Al respecto, el *Caso Campo algodonero* es especialmente interesante, ya que la Corte ha aplicado el estándar de debida diligencia respecto al deber estatal de protección frente a actos cometidos por particulares⁹⁰. Conforme a la jurisprudencia interamericana, la atribución de responsabilidad a un Estado por incumplir su deber de adoptar medidas de protección de los particulares en sus relaciones entre sí, debe reunir, en general, tres requisitos: a) el conocimiento por parte de las autoridades estatales, de una situación de riesgo real e inmediato; b) para un individuo o grupo de individuos determinado, y c) la existencia de posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo⁹¹. En los casos de violencia contra las mujeres, sin embargo, el carácter “agravado” del deber estatal de prevención incide en la evaluación de la previsibilidad del riesgo para las víctimas, induciendo a la Corte a realizar un escrutinio más estricto sobre la conducta de los Estados, siempre que los hechos del caso concreto se sitúen en contextos generalizados de violencia, desigualdad y vulneración⁹². Así, en el caso en cuestión, excluida la intervención directa de funcionarios públicos en la perpetración de los crímenes de *Campo algodonero*, la

⁸⁹ *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, párr. 258.

⁹⁰ Cfr. sobre el punto, Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo algodonero” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010. Disponible en: <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario06/ABRAMOVICH.pdf>>, a mayo de 2011.

⁹¹ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 153; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 78. Ver también CEDH, *Case of Kiliç vs. Turquía*, No. 22492/93, de 28 de marzo de 2000, párrs. 62 y 63.

⁹² Abi-Mershed, Elizabeth A., “Due Diligence and the Fight Against Gender-Based Violence in the Inter-American System”, en: Benninger-Budel, Carin, (ed.), *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, pág. 130 y ss.

Corte ha establecido la responsabilidad de las autoridades estatales por violar su deber de investigar con debida diligencia frente a las denuncias de desaparición de las víctimas, con base en que dichas autoridades, “dado el contexto del caso”, o sea, un contexto de discriminación histórica y estructural hacia un grupo en condición de vulnerabilidad, tenían conocimiento de que existía “un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas”⁹³.

De igual manera, en opinión de la Corte el deber de investigar efectivamente las violaciones de los derechos humanos tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o lesión a su libertad personal en el marco de un contexto generalizado de violencia de género. En particular, es importante que en estos casos la investigación “sea realizada con vigor e imparcialidad”, “con determinación y eficacia”, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar la condena de la violencia por parte de la sociedad y de fortalecer la confianza de las mujeres en la capacidad de las autoridades de protegerlas de la violencia⁹⁴.

En cuanto al contenido de la obligación “reforzada” de investigación por violencia sexual, es necesario, entre otros, que: a) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, y se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; b) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima; c) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado; d) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima y la investigación inmediata del lugar de los hechos, y e) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso⁹⁵.

⁹³ *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, párr. 283.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 293; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 193; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 177.

⁹⁵ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 194; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 178.

En este contexto, finalmente, cabe destacar la centralidad que reviste en la práctica de la Corte el tema de las barreras al acceso de las mujeres a la justicia.

Así, en la sentencia sobre el *Caso Campo algodónero*, el órgano ha abarcado el tema de la influencia de estereotipos de género en la investigación de los casos de violencia contra la mujer, interpretando la actitud indiferente y minimizadora de los funcionarios estatales frente a las denuncias de desaparición de las tres víctimas como una consecuencia de la cultura de discriminación existente en Ciudad Juárez, y calificando dicha conducta, en sí misma, como una forma de discriminación contra las mujeres en el acceso a la justicia⁹⁶. Al respecto, citando el informe de la CIDH *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia*, el Tribunal ha señalado que

La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal [...] y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción [...] ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos [...], que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales⁹⁷.

Asimismo, ha sido fundamental para la Corte resaltar que la discriminación judicial frente a los actos de violencia contra las mujeres no solamente constituye una violación del derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas, sino también propicia un ambiente de impunidad que, por un lado, favorece la perpetración y la aceptación

⁹⁶ *Caso González y otras ("Campo algodónero") vs. México*, párr. 400. En los casos *Rosendo Cantú y otra vs. México* (párr. 93) y *Fernández Ortega y otros vs. México* (párr. 78), además, la Corte ha abarcado el tema de la doble discriminación sufrida por las mujeres indígenas en el acceso a la justicia, subrayando sus dificultades en la interposición de denuncias sobre violaciones sexuales ante autoridades de salud y ministeriales, tanto por vivir en zonas aisladas como por no contar con interpretes de sus lenguas, y el riesgo para las mismas de enfrentar, como consecuencia de dichas denuncias, un posible rechazo de sus comunidades.

⁹⁷ *Caso González y otras ("Campo algodónero") vs. México*, párr. 400.

social del fenómeno, enviando el mensaje de que la violencia puede ser tolerada “como parte del diario vivir”, y, por el otro, incrementa la sensación de vulnerabilidad e inseguridad en las mujeres, así como su desconfianza en el sistema de administración de justicia⁹⁸. De aquí la vital importancia de garantizar el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos, no solamente para ofrecer una respuesta adecuada a las víctimas en los casos concretos, sino también como medio para prevenir otros crímenes y avanzar de esa manera hacia la progresiva erradicación del fenómeno de la violencia contra la mujer.

d. Las reparaciones con perspectiva de género

Por último, llegamos al tema de las reparaciones por violaciones de los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte IDH. Según se desprende de la doctrina, la posibilidad de reparar las violaciones con una perspectiva de género deriva tanto del diferente impacto de las violaciones sobre hombres y mujeres, como de la circunstancia de que estas últimas pueden ser víctimas de violaciones específicas de sus derechos⁹⁹. De acuerdo con este punto de vista, la adopción de dicha perspectiva debería influenciar la definición del concepto de víctima y la concepción de las medidas de reparación. En cuanto al primer elemento, es de fundamental importancia –con respecto a las víctimas directas del caso concreto– valorar las formas y las consecuencias específicas de las violaciones sobre las mujeres y las niñas; asimismo, deben tenerse en consideración los efectos de esas violaciones sobre

⁹⁸ *Ibidem*, párr. 388 y 400; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 193; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 177.

⁹⁹ Aguilar Castañón, Gail, “Violence against Women and Reparations from a Gender Perspective before International Courts”, Department of Legal Studies, Central European University, 2009, disponible en: <http://www.etd.ceu.hu/2010/aguilar_gail.pdf>, a mayo de 2011; Rubio-Marín, Ruth y Pablo De Greiff, “Women and Reparations”, en: *The International Journal of Transitional Justice* vol. 1. Oxford University Press, Oxford, 2007, págs. 318-337. Ver también, Declaración de Nairobi sobre el Derecho de las Mujeres y las Niñas a Anteponer Recursos y Obtener Reparaciones, adoptada por defensoras y activistas de los derechos de las mujeres en Lima, Perú, en febrero 2008; y, al respecto, en doctrina, Couillard, Valérie, “The Nairobi Declaration: Redefining Reparations for Women Victims of Sexual Violence”, en: *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1. Oxford University Press, Oxford, 2007, pág. 445 y ss.

el colectivo de mujeres al que pertenecen las víctimas¹⁰⁰. En cuanto al segundo elemento –la determinación concreta de las medidas reparatorias–, se debe tratar de privilegiar una eficaz rehabilitación de las víctimas; igualmente, resulta de especial importancia la definición de medidas capaces de impulsar una transformación de las situaciones estructurales de discriminación contra las mujeres¹⁰¹.

A pesar de su tradicional posición de vanguardia en materia de reparación, la Corte ha tardado en incluir el enfoque de género en la determinación de las reparaciones en favor de mujeres víctimas de violaciones de sus derechos¹⁰². Así, en la decisión del *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, aunque reconoció el especial sufrimiento padecido por las mujeres violadas sexualmente, el Tribunal no tuvo en consideración este elemento en la determinación del importe de las indemnizaciones pecuniarias en favor de las víctimas, y se limitó a pedir al Estado la adopción de medidas dirigidas a reducir los daños físicos y psicológicos causados por la masacre, “atendiendo a las circunstancias especiales de cada persona”¹⁰³. De

¹⁰⁰ Aguilar Castañón, Gail, “Violence against Women and Reparations from a Gender Perspective before International Courts”... págs. 20-22. Ver también, “Amicus Curiae presentado a la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos por Clara Sandoval y algunas de sus estudiantes en representación del Centro de Derechos Humanos y la Escuela de Derecho de la Universidad de Essex, Carla Ferstman y Marta Valiñas de Redress, Javier Ciurlizza y Catalina Díaz del Centro Internacional para la Justicia Transicional, Ruth Rubio Marín del Instituto Universitario Europeo, Mariclaire Acosta, Ximena Andión Ibañez y Gail Aguilar Castañón”, 25 de agosto de 2009, disponible en: <<http://www.redress.org/downloads/country-reports/AmicusCampoAlgodoneroFinalrev25August2009.pdf>>, a mayo de 2011.

¹⁰¹ Rubio-Marín, Ruth y Pablo De Greiff, “Women and Reparations”... pág. 331; Declaración de Nairobi sobre el Derecho de las Mujeres y las Niñas a Anteponer Recursos y Obtener Reparaciones... punto 3.

¹⁰² En general, sobre la práctica de la Corte IDH en materia de reparaciones ver, Carrillo, Arturo J., “Justice in Context: The Relevance of the Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past”, en: De Greiff, Pablo (ed.), *The Handbook of Reparations*. Oxford University Press, Oxford, 2006; Antkowiak, Thomas, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46. Columbia Law School, Nueva York, 2008, pág. 445 y ss.

¹⁰³ *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (reparaciones), párrs. 75-76, 88-89, 106.

igual manera, en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, a pesar de haber fijado una cantidad adicional de indemnización para las víctimas de violencia sexual y las mujeres que estaban embarazadas al momento del ataque, la Corte no reconoció la necesidad de brindar medidas de asistencia especializada a favor de las mismas, para aliviar los traumas ocasionados como resultado de la violencia sufrida¹⁰⁴. Un enfoque todavía parcial caracteriza también la sentencia sobre el *Caso de la Masacre de Las Dos Erres*, donde la perspectiva de género emerge exclusivamente con relación al deber del Estado de investigar de forma efectiva los hechos del caso, respecto al cual la Corte requirió expresamente que fuesen tomados en cuenta “los impactos diferenciados de las violaciones con motivo de la alegada violencia contra la mujer”¹⁰⁵.

Es en ocasión de la decisión del *Caso Campo algodonero* que, por primera vez, consideraciones basadas en el género asumen una posición central en la fase de la reparación, conduciendo a la Corte a tomar en cuenta “los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres”, y a sostener la necesidad de que, cuando se identifique una situación de discriminación estructural, las reparaciones tengan “una vocación transformadora de dicha situación”, es decir “un efecto no solo restitutorio sino también correctivo”¹⁰⁶. La especificidad de género influye en todos los componentes del clásico modelo reparatorio empleado por el órgano: restitución, satisfacción, garantías de no repetición, compensación y rehabilitación.

Así, la Corte, a) ordena al Estado identificar, procesar y sancionar a los responsables de la desaparición, maltratos y asesinato de las jóvenes víctimas del caso, precisando que la investigación deba incluir una perspectiva de género, emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, y ser realizada por funcionarios altamente capacitados en casos similares¹⁰⁷; b) entre las medidas de satisfacción, establece la obligación del Estado de levantar un

¹⁰⁴ *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 433 (c) ix-x. párr. 448-450.

¹⁰⁵ *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 233 (b).

¹⁰⁶ *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, párr. 451.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párr. 455 (ii).

monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez, “como forma de dignificarlas y como recuerdo del contexto de violencia que padecieron y que el Estado se compromete a evitar en el futuro”¹⁰⁸; c) en cuanto a las indemnizaciones, otorga una cantidad adicional a favor de las madres de las víctimas, considerando que en ellas “recayó la búsqueda de justicia”, y además, *motu proprio*, ordena al Estado que indemnice a las víctimas por la falta de garantía de sus derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, tomando en consideración, en la determinación de la cantidad correspondiente, “la violencia por razones de género que sufrieron” las mismas¹⁰⁹; d) con referencia a las medidas de rehabilitación, ordena al Estado que brinde atención médica, psicológica o psiquiátrica a las víctimas, enfatizando la necesidad de contar con profesionales que “tengan la experiencia y formación suficiente para tratar [...] los traumas psicológicos ocasionados como resultado de la violencia de género”¹¹⁰. Por último, entre las medidas de no repetición, encontramos: a) la estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, para combatir desapariciones y homicidios de mujeres y los distintos tipos de violencia contra las mujeres “con base en una perspectiva de género”; b) la implementación de un programa de búsqueda y localización de mujeres desaparecidas; c) la implementación de programas dirigidos a funcionarios públicos para la superación de estereotipos socioculturales sobre las mujeres, y d) la realización de un programa de educación destinado a la población, con el fin de superar la situación de discriminación de género¹¹¹.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párrs. 471-472.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párrs. 584-585.

¹¹⁰ *Ibidem*, párr. 549.

¹¹¹ *Ibidem*, párrs. 497-502; 503-508; 541- 543. Al contrario, sin embargo, debido a falta de información adecuada por parte de la CIDH y de los representantes de las víctimas, la Corte no pudo pronunciarse sobre la necesidad de la adopción, por parte del Estado, de una “política integral y coordinada”, orientada a combatir la violencia por razón de género, garantizando eficazmente la prevención, investigación y persecución de los casos de violencia contra las mujeres, y la reparación de las víctimas (párr. 494).

Teniendo en cuenta todo esto, puede desde luego concluirse que en el *Caso Campo algodónero* la Corte ha tenido plena conciencia de la oportunidad de reparar las violaciones a los derechos de las mujeres con una perspectiva de género, tanto desde el punto de vista de la definición del concepto de “víctima”, como de la identificación del contenido de las medidas de reparación. Esta tendencia innovadora, además, ha sido confirmada recientemente en las decisiones sobre los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, en los que tanto las garantías de no repetición, como las medidas de compensación y rehabilitación ordenadas en favor de las víctimas han contribuido a incorporar un enfoque sensible a las especificidades de género¹¹².

Consideraciones conclusivas

A lo largo de este trabajo se ha ido exponiendo el proceso de transversalización de la perspectiva de género en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Ha quedado manifiesto que, en la década de los 90, bajo la influencia del fortalecimiento de la atención a los derechos de las mujeres en la agenda de la Comunidad Internacional, la OEA logró significativos avances en sus esfuerzos por promover la equidad de género en la región. En este marco, especialmente destacable ha sido la labor llevada a cabo por la CIM y, entre sus logros más importantes, la adopción de la Convención de Belém do Pará, precedente mundial en la lucha contra el fenómeno de la violencia de género y pieza fundamental del *corpus juris* interamericano, e internacional, en materia de protección de la integridad personal y de la dignidad de las mujeres.

Se constató, asimismo, cómo esta evolución ha influido en la práctica de la CIDH, que, a partir de la creación de su Relatoría Especial sobre los Derechos de la Mujer, comenzó a pronunciarse de manera innovadora sobre diferentes temas de relevancia para las mujeres, desde el problema de la violencia de género hasta la protección de la maternidad, desde la igualdad ante la ley hasta las barreras al acceso de las mujeres a la vida económica, social y política

¹¹² *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párrs. 230, 251-252, 256, 260, 262, 270; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párrs. 213, 242, 246, 249, 252-253.

de los países, realizando un esfuerzo serio por establecer el alcance de las obligaciones positivas de los Estados en la materia.

A través de este recorrido, finalmente, se llegó a desarrollar el nudo central del presente trabajo, es decir, la contribución de la Corte IDH a la transversalización del enfoque de género dentro del SIDH. Al respecto, se observó que la Corte dio sus primeros pasos hacia la protección específica de los derechos de la mujer solamente a partir de la mitad del 2000. Esto es de algún modo sorprendente considerando, por un lado, los avances realizados por otros organismos internacionales sobre temas de género ya durante la década anterior¹¹³, y, por el otro, la circunstancia de que la Corte ha sido conocida por sus interpretaciones progresistas en varias áreas de derechos humanos, como la tutela de la niñez, la promoción y salvaguardia de los derechos de los pueblos indígenas, la lucha contra las desapariciones forzadas, o la protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través de la noción del derecho a una “vida digna”¹¹⁴.

¹¹³ Palacios Zuloaga, Patricia, *Selección de jurisprudencia universal e interamericana en materia de derechos humanos y mujeres*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2006, disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/libros/jurisprudencia_internacional.tpl>, a mayo de 2011. Sobre los avances de la Corte Europea de Derechos Humanos en la protección de los derechos de las mujeres ver, Viviani, Alessandra, “La tutela della donna di fronte alla Corte europea dei diritti umani: il discorso di genere arriva a Strasburgo?” y “La violenza contro le donne nell’interpretazione della Corte di Strasburgo” ambos en: *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4. Edizioni FrancoAngeli, Nápoles, 2010, págs. 159-168 y págs. 412-422, respectivamente.

¹¹⁴ Cfr., entre otros, Dulitzky, Ariel E. y Luguely Cunillera Tapia, “A Non-Governmental Perspective Regarding the International Protection of Children in the Inter-American System of Human Rights”, en: *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 8. College of Law, The Florida State University, Tallahassee, 1992, págs. 265-291; Nash Rojas, Claudio E., “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Aylwin, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004, págs. 29-43; Citroni, Gabriella, “Desaparición forzada de personas: desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derecho Internacional*. Universidad de Navarra, Pamplona, España, 2003, págs. 373-407; Tramontana, Enzamaría, “Dignidad humana y protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Entre los factores que han influido sobre la progresiva inclusión de la perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte a partir del año 2004, se ha indicado la reforma del Reglamento de la CIDH, que limitó la discrecionalidad del órgano en la remisión de los casos ante el Tribunal, generando un aumento de los casos sobre derechos humanos de la mujeres recibidos por este último. A esta evolución, además, parece haber contribuido la elección como jueza de la Corte –justo en el 2004– de una mujer muy sensible a las cuestiones de género, la jueza Cecilia Medina Quiroga¹¹⁵.

El análisis de los pronunciamientos de la Corte IDH ha demostrado sus crecientes esfuerzos por aplicar las normas del SIDH con perspectiva de género, ya sea en los casos en que los derechos de la mujer constituyen el tema principal de examen –como, por ejemplo, el de *Campo algodonero*–, o en aquellos en que la lesión de dichos derechos forma parte de un contexto más amplio y diferenciado de violaciones – como el *Caso del Penal Castro Castro*. El Tribunal ha reconocido las formas de victimización específica que sufren las mujeres y ha vinculado las lesiones específicas de sus derechos con la situación general de discriminación en cuyo marco las mismas se desenvuelven. La decisión de tener competencia para aplicar la Convención de Belém do Pará, junto al diálogo con la jurisprudencia de otros organismos internacionales, especialmente los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, han permitido, además, a la Corte adoptar una posición muy progresista, en varios aspectos, en materia de violencia de género. Así, el órgano ha incluido la libertad sexual de la mujer entre los bienes jurídicos lesionados por los actos de violencia sexual, junto a los más tradicionales de la integridad y de la dignidad de la persona; ha delineado con precisión el alcance de los deberes

de Derechos Humanos: el nuevo concepto del derecho a una vida digna”, en: Von Bogdandy, Armin, et al (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, Brasil, 2010, págs. 357-378.

¹¹⁵ En este sentido Palacios Zuloaga, Patricia, “The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights”...; y Quintana Osuna, Karla I., “Recognition of Women’s Rights before the Inter-American Court of Human Rights”... págs. 311-312.

de acción positiva de los Estados en materia de violencia de género, estableciendo un nuevo estándar “reforzado” de debida diligencia en la prevención e investigación, y ha fijado los criterios jurídicos que permiten atribuir a los Estados los actos de violencia cometidos por particulares. Es igualmente destacable que las reflexiones basadas en el género se hayan reflejado también en el catálogo de medidas de reparación ordenadas por el órgano, demostrando su sensibilidad a la especificidad del daño al que están expuestas las mujeres, y a la necesidad de que, en los casos donde se identifique una situación de “discriminación estructural”, las reparaciones tengan un efecto transformador de la realidad, orientándose “a identificar y eliminar los factores causales de la discriminación”¹¹⁶.

En definitiva, durante los últimos años ha sido notable el papel jugado por la Corte de San José para enfrentar el tema de los derechos humanos de la mujer desde una perspectiva de género. Está claro, sin embargo, que falta todavía mucho camino por recorrer en la materia. Así, por ejemplo, en el campo de la violencia de género –donde la atención de la Corte se ha concentrado hasta hoy en día– sería muy deseable, considerando la circunstancia de que a menudo las mujeres son víctimas de violencia en el ámbito privado, que la Corte reflejase la tendencia de otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos que han venido calificando como “tortura” los actos de especial gravedad cometidos por agentes no estatales¹¹⁷. Esto permitiría superar definitivamente la dicotomía entre el ámbito público y privado que ha obstaculizado tradicionalmente la protección efectiva de los derechos de las mujeres¹¹⁸.

¹¹⁶ *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, párr. 450-451.

¹¹⁷ En este sentido también, Tiroch, Katrin, y Luis E. Tapia Olivares, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la protección transnacional de la mujer: análisis del Caso González y otras vs. México (Campo algodonero)”, en: Von Bogdandy, Armin, y otros (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?...* págs. 497-531, pág. 524.

¹¹⁸ Ver, Romany, Celina, “State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique to the Public/Private Distinction in International Human Rights Law”, en: Cook, Rebecca J. (ed.), *Human Rights of Woman: National and International Perspectives*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, pág. 58 y ss.

De manera más general, sería de suma importancia que la Corte tuviera la oportunidad de abordar otros tipos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres, en la estela de los más recientes desarrollos de la práctica de la CIDH, en relación, por ejemplo, con el tema de la participación de la mujer en la vida económica y política de los países de la región, o con la promoción y salvaguardia de los derechos sexuales y reproductivos. Será necesario, a este fin, que las denuncias individuales sobre violaciones de género lleguen más frecuentemente al examen de la Corte. También, las organizaciones de la sociedad civil tendrán que jugar un papel relevante en la promoción de nuevos estándares de protección en la materia, ya sea a través de la presentación de casos ante el Sistema o enriqueciendo el debate judicial por medio de la intervención en calidad de *amici curiae*¹¹⁹.

Ver también, Chinkin, Christine, “A Critique of the Public/Private Dimension”, en: *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, págs. 387-395, disponible en: <<http://www.ejil.org/>>, a mayo de 2011.

¹¹⁹ Vease Tramontana, Enzamaría, “La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas”, en: Von Bogdandy, Armin, y otros (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?...* págs. 533-556.

**Temas en acceso a la justicia
de las mujeres: situaciones
específicas**

Con las carriolas vacías. La maternidad impedida y cuestionada. Mujeres calificadas como “malas madres” por el Estado*

*Edith Carrillo Hernández***

Introducción

Cuando una niña o un niño es considerado posible víctima de abandono, omisión de cuidados, violencia física o sexual en su entorno familiar, es retirado por el Estado para su protección y cuidado. Primero se buscan redes familiares –tíos, tías, abuelos–, que puedan responsabilizarse por ellos; en caso de no ser posible, la custodia es asumida por el Estado. Durante este primer momento se realizan las averiguaciones para establecer si existió o no un delito. En caso de que haya ocurrido y se considere grave, el Estado promueve la pérdida de la patria potestad y de la custodia de la persona menor de edad. No en todos los casos se demuestra la existencia de un delito, lo que lleva a que se declare improcedente la acción penal y a que concluya el actuar judicial. Sin embargo, las y los niños en esta situación continúan en albergues sin poder convivir con sus progenitores por lapsos prolongados, ya que no existen plazos y caminos definidos para resolver la situación de la infancia institucionalizada.

A partir de ese momento, quien decide impedir que la o el infante se reintegre a su hogar es la institución pública encargada de supervisar su custodia durante la investigación judicial; en este caso de estudio,

* El presente artículo es producto de la investigación “Maternidades y paternidades en pugna. Progenitores en procesos de búsqueda y rescate de menores sustraídos en México”, presentada por la autora para obtener el grado de Maestría en Antropología Social en el Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), sede Occidente. Dicha investigación fue realizada en el periodo de setiembre de 2008 a diciembre de 2010 en la ciudad de Guadalajara, Jalisco.

** Socióloga por la Universidad de Guadalajara y psicóloga por la Universidad del Valle de Atemajac, con Maestría en Antropología Social por el CIESAS, México.

esta institución es el Consejo Estatal de Familia del Estado de Jalisco¹ (el Consejo). Así, se configura una sustracción institucional, cuando las instituciones encargadas de la protección de la infancia, retienen y ocultan a menores –sin causa judicial justificada– impidiendo la convivencia con sus progenitores.

Una gran mayoría de estos casos es enfrentado por madres solteras. Después de que el Consejo les ha realizado peritajes socioeconómicos y psicológicos, se considera que no pueden garantizar la seguridad ni el bienestar de sus hijos e hijas. Para que recuperen su custodia se les requiere frecuentemente que mejoren ingresos, vivienda, educación y trabajo, sin que reciban para ello respaldo gubernamental alguno.

El tiempo que toma la investigación sobre la situación familiar, aunado al tiempo que transcurre para que las progenitoras cumplan con los requisitos que les pide el Estado, puede llegar a ser muy prolongado. Las madres consideran que esta retención de sus hijos e hijas es injustificada, ya que no hay delito que perseguir; sin embargo, ya está en tela de juicio su forma de vida, situación que las excluye indefinidamente de la posibilidad de reunirse con sus hijos e hijas.

Este tipo de sustracción es particularmente complicada porque el Estado aparece como juez y parte, ya que la determinación de reintegrar a las y los menores a su familia depende de que las madres cumplan con los requisitos que se les estipule. Según algunas madres, lograr la aprobación del Estado va más allá de cumplir con ciertos criterios –como tener cierto tipo de vivienda, monto de ingreso o tiempo disponible para el cuidado de las y los infantes–, sino que más bien implica lograr que las autoridades las califiquen como una familia “moralmente adecuada”. El resultado es que en ocasiones se tomen

¹ En el estado de Jalisco, hasta el año pasado las instituciones encargadas de establecer custodias eran el Consejo Estatal de Familia y los juzgados familiares. Debido a las denuncias y quejas de numerosos progenitores de no poder recuperar la custodia de sus hijos o hijas sin causa justificada, y a que en ocasiones ambas instancias se contradecían, se realizó una reforma legal en 2010 para que sean solamente los juzgados familiares los que determinen los casos de custodias. Los casos que se analizan en este trabajo corresponden al periodo anterior a esta reforma, es decir, son retenciones realizadas por el Consejo Estatal de Familia del Estado de Jalisco.

decisiones discrecionales, de acuerdo a la moralidad imperante entre el personal institucional. Así, aunque las retenciones sean justificadas bajo una serie de criterios “objetivos”, usualmente asociados a la pobreza económica y educativa de las progenitoras, la realidad es que los juicios morales, la discriminación y el abuso de poder por parte del Estado, buscan ser encubiertos bajo un discurso de protección a la infancia.

Cabe señalar que en el Derecho Familiar –especialmente en lo que respecta a las decisiones sobre custodia y tutela de las y los infantes– han incidido las creencias y prejuicios imperantes sobre la maternidad y la paternidad. Así, por ejemplo, se ha señalado la existencia en la Inglaterra del siglo XIX de la práctica denominada “secuestro filantrópico”, por medio del cual el Estado arrancaba a personas menores de edad de las familias consideradas “inadecuadas” para otorgarles mejores condiciones de vida². Esta práctica no ha cambiado del todo. En la actualidad encontramos que la sustracción institucional es llevada a cabo por funcionarias y funcionarios públicos, que continúan empleando criterios morales para evaluar si se es una madre “apta”, y si su desempeño como tal es el adecuado o no.

La estrategia metodológica que se siguió en este estudio fue la realización de entrevistas a profundidad con una abuela y cuatro madres –una de ellas transgénero³– que están tratando de recuperar la convivencia con sus hijos/as o nietos/as. Asimismo, se llevaron adelante entrevistas y observaciones en el marco de las organizaciones sociales que tienen injerencia sobre esta problemática, especialmente con el Movimiento Ciudadano de las Carriolas Vacías.

² García, Emilio, “Infancia, Ley y democracia: una cuestión de justicia”, en: García, Emilio y Mary Beloff (comps.), *Infancia, Ley y democracia en América Latina*. TEMIS/Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1998. Aquí García cita el trabajo de Cunningham (1997), quien reseñó la historia de protección a las y los infantes en Inglaterra, en el siglo XIX.

³ La mujer transgénero no tiene ningún lazo biológico con la menor; se vivió una situación de adopción de hecho. Ella y la menor se ven como familia y utilizan el término de madre e hija para referirse a su relación.

La construcción social de la maternidad y su regulación en el marco del orden de género

Cristina Palomar realiza un recorrido histórico de la construcción social de la maternidad, señalando que es a partir de la Ilustración que comienza el proceso de politización e idealización de esta función⁴. Anteriormente, la maternidad no había sido objeto de una valoración social especial. En un principio el interés científico por la maternidad se redujo sólo a la experiencia biológica. Es en la modernidad que cobra importancia al determinarse como el elemento definitorio del sujeto femenino que, al estar relacionado con la naturaleza y lo instintivo⁵, buscará ser controlado y dominado por la razón. Así, la maternidad se convierte en un asunto público, es decir, se empieza a tratar de controlar la natalidad y a establecer el “deber ser” del ejercicio materno.

La “buena madre” se fija entonces como el ideal de la mujer que interioriza y sabe cumplir con el “deber ser” de la maternidad, es decir, está atenta y sabe cubrir todas las necesidades de las y los hijos, antepone su bienestar al propio, las y los ama y educa para ser buenas y buenos ciudadanos. Mientras que la etiqueta de “mala madre” correspondería a quien transgrede o incumple en diferentes grados con este deber social. Si bien la maternidad ha sido construida

4 Palomar, Cristina, “Maternidad: historia y cultura”, en: *Revista de Estudios de Género La Ventana*, No. 22. Universidad de Guadalajara, México, 2005.

5 En este periodo se construye como natural y universal la diada mujer-madre, que implica que sólo a través de la maternidad las mujeres cumplen con su destino fisiológico y vocación natural (De Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*. Editorial Sudamericana, Argentina, 1949). Debido a las capacidades o habilidades que se consideran atributos propios de las mujeres, en especial los que por “naturaleza” se les asigna para los aspectos emotivos y expresivos, se ha establecido como su papel o función principal la crianza de las y los hijos y la vida familiar. Como señala Burin, esto se basa en una supuesta “esencia femenina”, que establece como inherentes a su naturaleza características de comportamiento o conductas como la docilidad, la comprensión, la generosidad, la amorosidad, el altruismo, la capacidad de contención emocional, la disposición sumisa para servir y la receptividad, entre otras (Burin, Mabel, “Subjetividad femenina y salud mental”, en: Pérez, Sara (coord.), *Género y salud femenina: experiencias de investigación en México*. CIESAS/Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1995). Así, a las mujeres se les asigna el rol de esposa, de ama de casa y, especialmente, el de madre.

como necesariamente “buena”, estipulando que el comportamiento exigido y esperado en una madre es natural o instintivo⁶, y que, por tanto y como lo establece el mandato social, todas las mujeres deberían ser forzosamente “buenas madres”, también se ha producido la construcción de la posibilidad de la desviación, es decir, de las “malas madres”.

Consuelo Paterna señala que las mujeres pertenecientes a ciertos sectores raciales o socioeconómicos son categorizadas y percibidas comúnmente como desviadas de la maternidad ideal y normal, debido a que se les asocia a la condición de pobreza, que a su vez es sinónimo de ser una madre inadecuada⁷. Las madres pobres, solteras y de grupos étnicos tienen más problemas al ser juzgadas o evaluadas socialmente, ya que no tienen la misma disposición de tiempo, no se consideran igual de afectivas, controladas y educadas. Según argumenta, es en estas mujeres que se busca estereotipar ciertos aspectos “patológicos” de la maternidad. En otras palabras, sólo en quienes no coinciden con las representaciones del imaginario de revista de la “buena madre” –blanca, de clase media y educada– es que podría presentarse la “desviación”.

La construcción de estos estereotipos tiene un gran peso e incidencia en la vida de las mujeres que son enjuiciadas como “malas madres”, ya que reciben un fuerte repudio social por no cumplir con

⁶ Entre los mecanismos que contribuyen a que hasta ahora no se reconozca el aspecto cultural de esta experiencia están la centralidad que cobran en este discurso la biología y la psicología, ya que por ser la procreación y la gestación un proceso fisiológico, se ha supuesto que este origina los mismos deseos y emociones en todas las mujeres. Badinter hace referencia a cómo desde el psicoanálisis se formuló la teoría del instinto materno. Señala la autora “los psicoanalistas ingleses han elaborado un retrato de una madre ideal, totalmente dedicada a su retoño y con intereses idénticos a los de su hijo [...] ellas (o en dado caso, un sustituto femenino) deben ser las principales dispensadoras de amor y placer, principalmente en los primeros años” (Badinter, Elizabeth, *XY. La identidad masculina*. Alianza Editorial, Madrid, 1993, pág. 87. Ver también, Badinter, Elizabeth, *¿Existe el amor maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX*. Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 1980).

⁷ Paterna, Consuelo, *La maternidad hoy. Claves y encrucijadas*. Minerva, Madrid, 2005.

este mandato, pilar central en el orden de género⁸. Esta severa sanción social obedece a que se niega la posibilidad de reflexionar o cuestionar los significados construidos en torno a la maternidad y los atributos establecidos como propios de cada sexo⁹. En ese sentido se explica que estas mujeres sean calificadas como madres “desnaturalizadas”, “disfuncionales”, “inadecuadas”, “insanas” y “malas”. Así, se construye un estigma imborrable en torno a estas mujeres que sirve para separarlas de las “buenas madres”¹⁰.

Otra consecuencia de la construcción de la “buena maternidad”, es que se coloca en las mujeres toda la responsabilidad respecto a la situación de bienestar de las y los infantes. Esto ha incidido en que socialmente nos irresponsabilicemos o despreocupemos de ellos, ya que asumimos que su crianza, protección y cuidado es la obligación o deber único de las madres¹¹. Solamente al momento de juzgar la “mala maternidad” este asunto se torna en un tema público. Así se observa en los casos de sustracción institucional, en los que la madre se vuelve objeto de sospecha por el supuesto de haber realizado algún acto ilícito con respecto a las y los hijos – maltrato directo o por considerarse cómplices en la agresión sexual por parte de algún familiar. Aunque luego de la investigación se demuestre que no existió el delito, se establecen, sin embargo, otros elementos “objetivos” que permiten sostener la sospecha respecto a la mala maternidad, como son el que: “la madre no tiene recursos, no tiene estudios o no tiene tiempo”.

8 Ibidem.

9 Tubert, Silvia, *Figuras del padre*. Cátedra, Madrid, 1997. Conuerdo con Palomar en que la creencia en los principios universales del instinto y amor materno, han generado la producción de estereotipos que impiden reconocer fuera de esta carga moral, la diversidad de circunstancias que median y determinan el ejercicio de la maternidad (Palomar, Cristina, *Maternidad en prisión*. Indesol, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2007).

10 Palomar, Cristina, *Maternidad en prisión...*

11 Socialmente se prestan ciertas “ayudas” parciales para “algunas” madres. Algunas mujeres pueden obtener protección laboral durante el embarazo y la lactancia, acceden a servicios de guardería, de salud, de apoyo para la educación o alimentación de las y los hijos. Sin embargo, estos apoyos todavía son escasos y no son considerados o asumidos como parte de una responsabilidad social frente a la infancia.

Y es cierto, la mayor parte de las mujeres que se encuentran en estos casos pertenecen a los sectores más desprotegidos o excluidos socialmente. Ninguna recibió apoyos previos para el cuidado y crianza de sus hijos e hijas, y, sin embargo, sí reciben todo el repudio institucional una vez establecido el estigma en su contra. El Estado decide retener a las y los hijos de estas mujeres que desean ser madres y que hacen “lo mejor que pueden”, pero que no pueden cumplir con el ideal de familia trazado socialmente.

Los casos de sustracción institucional permiten evidenciar cómo la construcción social de la maternidad y el estereotipo de la “mala madre”, impactan en el tratamiento que las instituciones de gobierno tienen ante este tipo de casos.

El Estado dispone de los medios necesarios para imponer e inculcar principios duraderos de división al contar con la autoridad particular de nombrar, delimitar y significar, razón por la que se convierte en la principal sede de concentración y ejercicio del poder simbólico¹².

[A]l enunciar con autoridad lo que un ser, cosa o persona, es en realidad, en su definición social legítima, es decir, lo que está autorizado a ser, lo que tiene derecho a ser, el ser social que tiene derecho a reivindicar, a profesar, a ejercer, el Estado ejerce un verdadero poder creador, casi divino¹³.

Este poder simbólico estatal tiene una de sus principales fuentes en el sistema jurídico, ya que mediante su intervención nombra y regula, es decir, logra conformar, a través de sus mensajes del “deber ser” a la maternidad y al modelo familiar que se ha establecido como hegemónico. Como menciona Ruiz¹⁴, el derecho opera naturalizando y construyendo bajo esquemas maniqueos y morales, lo que es “mejor”, “normal” o “natural”, realizando así una interpretación y estableciendo el orden social a partir de una óptica particular, la dominante.

¹² Bourdieu, Pierre, *Razones prácticas*. Anagrama, Barcelona, 1997.

¹³ *Ibidem*, 1997, pág. 114.

¹⁴ Ruiz, Alicia, “De las mujeres y el derecho”, en: *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por A. Ruiz. Editorial Biblos, Argentina, 2000.

Carla Villalta¹⁵, quien ha trabajado el tema de la apropiación ilegal de niños y niñas por el Estado durante la dictadura militar argentina, apuntó que en el sistema judicial existían una serie de usos, procedimientos y rutinas burocráticas que posibilitaron el desarrollo de esta práctica criminal. Entre ellas señala algunas que claramente también se presentan y han permitido los casos de sustracción institucional de los que aquí nos ocupamos.

Una central es la impronta clasista y salvacionista que desde el siglo XX impregna al circuito jurídico-burocrático encargado de la minoridad clasificada como “vulnerable” o “desprotegida”. Villalta señala que el funcionariado público colocaba esta etiqueta en las y los infantes a partir de sus condiciones de pobreza¹⁶. En algunos casos, esas condiciones no se consideraban estructurales sino responsabilidad de la familia y, particularmente, de las progenitoras, a quienes se consideraba no aptas para la crianza. Esta clasificación y evaluación de la situación familiar permitía la intromisión del Estado en un marco de poder amplio, arbitrario y discrecional, ya que se basaba en la creencia de que esas y esos infantes necesitaban ser protegidos o salvados de sus propios familiares. Esta conceptualización daba pauta a que el Estado delinea medidas de protección para las y los infantes, que desconocían o anulaban los reclamos y opiniones de las madres biológicas por ser señaladas como “inadecuadas” o “malas”. De igual manera, en los casos de sustracción institucional media como justificación del actuar estatal, la construcción de “vulnerabilidad” del menor en un medio familiar “nocivo o inmoral”, de las “madres no aptas” y de la “familia inadecuada”.

La práctica estatal es legitimada mediante el discurso de la generosidad y el bienestar de las y los infantes, “que de otra manera hubieran vivido en la inmoralidad y la miseria, al ser sometidos a la negligencia de sus progenitores”. Villalta señala que esto redundó

¹⁵ Villalta, Carla, “Cuando la apropiación fue adopción. Sentidos, prácticas y reclamos en torno al robo de niños”, *Cuadernos de Antropología Social*, No. 24. UBA, Buenos Aires, Argentina, 2006. Disponible en: <<http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n24/n24a08.pdf>>, a mayo de 2011.

¹⁶ *Ibidem*.

en la configuración de amplias atribuciones, escasez de controles y flexibles reglas para que las y los funcionarios públicos, de acuerdo a su “prudente arbitrio”, dictaminaran qué progenitores son aptos o no, así como qué es lo mejor para las y los infantes¹⁷.

Como apunta Daich, en los tribunales se garantizan o se niegan derechos a las personas, atendiendo no sólo al derecho formal sino también a las construcciones establecidas respecto a la familia y la maternidad, ya que estas orientan sus formas burocráticas de intervención y de tratamiento de los casos¹⁸. En el tema que nos ocupa, son los discursos y significados sobre la maternidad y, en especial, sobre la “buena” y la “mala” madre, los que enmarcan el proceso de la sustracción institucional de menores.

La custodia de las y los hijos y el interés superior del niño

Entre los principales deberes establecidos a partir de la patria potestad se encuentran la representación legal, la administración de los bienes y el brindar cuidados, protección, alimentación y educación a las y los infantes, con el objeto de asegurar su sano desarrollo.

Sólo un juez puede determinar la pérdida de la patria potestad, tomando en cuenta las siguientes causales: que se cometa o se consienta que se realice un delito en contra del menor; que se ejerza violencia en su contra; que se le abandone por más de tres meses; cuando quien la ejerza sea condenado por un delito grave, o cuando se comprometa la seguridad o moralidad de las y los infantes – aunque los hechos no sean penalmente punibles¹⁹.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Daich, Deborah, “De las normas jurídicas a las relaciones sociales. Historia de un conflicto familiar”, *Intersecciones Antropológicas*, No. 7, ene./dic. 2006. Disponible en: <<http://www.scielo.org.ar/pdf/iant/n7/n7a23.pdf>>, a mayo de 2011.

¹⁹ Esta causal, establecida en el Código Civil del Estado de Jalisco, art. 598, permite hacer una serie de interpretaciones respecto a qué conductas o comportamientos de los progenitores pueden poner en peligro a las y los infantes, y sobre qué es lo moral o no moralmente aceptable. En ese sentido, los aparatos institucionales se convertirán en juez y parte para determinar la pérdida de la patria potestad.

Al iniciarse una averiguación respecto a una de estas causales, se afecta inmediatamente el derecho de custodia de las madres, es decir, estas pierden la tenencia y resguardo físico de sus hijos e hijas. En estos casos, las y los infantes son derivados por la Procuraduría de Justicia a algún albergue con el objeto de protegerlos mientras se realiza la investigación y se defina la situación de progenitores e infantes. En caso de que la investigación arroje que los progenitores son culpables y sean objeto de sanción penal, de acuerdo a la gravedad del delito se define si pierden o no la patria potestad, y si las y los menores serán puestos bajo la custodia de algún familiar o en un albergue.

Sin embargo, en los casos en que la investigación ha determinado que los progenitores no son culpables de ningún delito, también las y los infantes pueden quedar indefinidamente bajo la custodia de alguna institución de asistencia social. Como se ha mencionado arriba, en ocasiones se determina que es necesario que las madres modifiquen algo en su estilo de vida que se considera nocivo o inmoral para sus hijos e hijas. Entre las solicitudes o requerimientos que se les hacen se encuentran que cambien de trabajo, de vivienda o que acudan a la escuela para padres. No siempre las mujeres están en posibilidad de realizar estos cambios. En muchos casos, el tiempo que transcurre para que recuperen a sus hijos e hijas puede convertirse en años, debido, en parte, a que el procedimiento jurídico y de investigación no cuenta o no cumple con tiempos definidos.

Estos son los casos en que se hace particularmente evidente cómo las autoridades públicas –jueces/zas, médicos/as y psicólogos/as–, a partir del discurso de protección a la infancia, cobran cada vez mayor injerencia y poder respecto a las relaciones familiares. Apunta Kniebhlér²⁰ que se sitúan como los “nuevos padres”, cuyo poder y decisión dentro del ámbito familiar pesa igual o más que el establecido por los progenitores²¹, quienes más que nunca se dan cuenta que sus

²⁰ Kniebhlér, Yvonne, “Padres, patriarcado, paternidad”, en: Tubert, Silvia, *Figuras del padre...*

²¹ Aunque, como ya apunté, la injerencia del Estado se realiza de manera un tanto ambigua o contradictoria, ya que en algunos momentos, especialmente al juzgar a los progenitores, las autoridades se establecen como actores corresponsables del cuidado y protección de las y los infantes; sin embargo, existen otros

hijos e hijas ya no son sólo suyos, pues ahora son las autoridades públicas quienes tienen el poder de determinar si sus relaciones son sanas o no, así como de evaluar si ellos se desempeñan o no de forma adecuada.

La figura jurídica y el discurso que permite y fomenta esta intervención por parte de las autoridades públicas es la del interés superior del niño –establecida en 1989 a través de la Convención Internacional de los Derechos del Niño–, que reafirma sus derechos como persona humana, sobre todo al encontrarse en situaciones de vulnerabilidad, como ocurre cuando él/ella o sus progenitores se encuentran en conflicto con la Ley. En general, la Convención opera como un ordenador de las relaciones entre la niñez, el Estado y la familia, las cuales son estructuradas desde el reconocimiento de los derechos y deberes recíprocos. El instrumento reconoce la posibilidad de que los derechos del niño y la niña entren en pugna o conflicto con los de las personas adultas, y es precisamente de este reconocimiento que surge la figura jurídica del interés superior del niño, de acuerdo a la cual cualquier decisión debe privilegiar su conveniencia e interés sobre la de personas adultas o el Estado.

Fanlo señala que la noción de interés superior del niño es cada vez más ampliamente utilizada en la cultura jurídica y en las intervenciones burocráticas; sin embargo, más allá de algunas afirmaciones de principio compartidas, lejos de revelarse homogénea y de signo unívoco está impregnada de ambigüedades, particularismos y contradicciones²². El hecho de hacer alusión a esta figura jurídica, que resulta entonces poco explicitada, y al lugar común de “que todos actuamos pensando únicamente en lo mejor para los infantes”, han contribuido a que no se evidencien los significados e interpretaciones previas que respecto a la maternidad y la infancia elaboran las y los funcionarios públicos, y que inciden en la forma de intervenir y conceptualizar esta problemática.

momentos en que esta corresponsabilidad se niega y se atribuye por completo a los progenitores biológicos.

²² Fanlo, Isabel, “Los derechos del niño y las teorías de los derechos. Introducción a un debate”, en: *Justicia y Derechos del Niño*, No. 9. UNICEF, Chile, 2007.

La experiencia de la sustracción institucional

De acuerdo a la información recabada y a lo observado en el trabajo de campo, se identificó un perfil de las madres que enfrentan la sustracción institucional de sus hijos e hijas: se trata de madres solteras que trabajan, la mayor parte de ellas en empleos informales; su nivel de escolaridad y socioeconómico es bajo; su moral es cuestionada debido a su empleo, a que han tenido diferentes parejas, o bien, porque alguno de sus familiares tiene adicciones o se encuentra en prisión. La sospecha de haber ejercido violencia contra las y los menores se convierte en un estigma de “mala madre”, que ni siquiera puede ser borrado por una resolución judicial absolutoria. Este estigma, así como la imposibilidad de cumplir con los criterios solicitados por el Consejo Estatal de Familia, inciden en que en la mayoría de los casos no puedan recuperar a sus hijos e hijas.

a. Los contextos y las causas de la sustracción

Las madres que han pasado por la experiencia de la sustracción institucional de sus hijas e hijos refieren algunos elementos comunes en sus contextos familiares. Entre ellos destaca que la mayoría se encontraba en una situación económica bastante difícil. Todas eran madres solteras – a excepción de la abuela. Algunas tenían pareja pero esta no asumía los gastos y la responsabilidad de los hijos e hijas, o lo hacía sólo parcialmente. Algunas sufrían de desempleo periódicamente, por lo general sus trabajos eran temporales y con bajos salarios. En algunas ocasiones solicitaban el apoyo de familiares o de alguna institución pública con el objeto de obtener apoyo en guarderías, despensas o asistencia médica, pero sus familiares tampoco contaban con recursos para apoyarles y las instituciones públicas generalmente les negaron los servicios, no había lugares disponibles en las guarderías, o bien recibían despensas con tan pocos artículos que sólo les servían para unos cuantos días.

Estas madres se enfrentaban cotidianamente a la imposibilidad de satisfacer las necesidades de sus hijas e hijos, y de cumplir con su cuidado, al tener que dejarlos solos. En dos casos esta situación se volvió insostenible y propició que se buscara la ayuda de un albergue

para el cuidado temporal de las y los hijos. En los casos restantes las madres se las arreglaban para obtener los recursos y el tiempo necesarios para su cuidado.

Pero no fue la condición de poder cubrir o no las necesidades de cuidado y crianza de las y los hijos la que resultó ser la causa directa para que el Estado les retirara su custodia, aunque estos elementos después se convierten en parte de la justificación para sostenerla. Son otras las causas que provocan la retención de las y los infantes. En los casos estudiados se distinguen al menos tres.

La primera, cuando se presume la existencia de violencia o abuso sexual contra las y los infantes. Es importante destacar que en estos casos no se ejerció acción penal contra ningún responsable, en la mayoría porque se comprobó que no existió el delito. Sólo en un caso se declaró que existió el ilícito, pero nunca se ejerció acción penal contra el responsable, el padrastro, que fue denunciado por la propia madre. En estos casos la sospecha y el estigma respecto a ser madres encubridoras les impide la restitución de sus hijos e hijas al hogar. La resolución judicial no borra este estigma. La moral y aptitud de las madres queda en cuestión.

Consuelo

Yo considero que es una injusticia porque yo fui a poner una denuncia y lo único que pasó fue que me quitaron a mi niña, y a la persona que le hizo daño y que llevé detenido a tres delegaciones no le han hecho nada, lo dejaron ir...

Cuando resultó la niña dañada yo no dudaba de él porque ya teníamos como diez meses y medio de vivir juntos y la trataba bien, incluso la niña le decía papá... yo no vi cuando le hizo daño, malicié que le hizo daño porque al voltear vi todo mal el pañal de la niña. Cuando llegué a la casa la revisé y vi que el ano ya no estaba apretadito, que se le abría poquito, yo me enojé y le dije que así no estaba la niña, que él me le había hecho daño.

Yo lo veía a él inquieto, agarró papeles, como que no sabía qué hacer, a mí me dio miedo de que me fuera a matar o le hiciera algo a la niña, yo lo que hice fue darle por su lado, lo empecé a tratar de calmar, le decía que era bueno, que siempre quiso a mis niñas (llora)... yo creo que estaba preocupado... yo tenía mucho coraje, tristeza, no sabía qué hacer... yo tenía miedo de que nos hiciera daño... estaba espantada...

eso fue un sábado, el lunes yo le dije que iba a llevar a la niña que la revisaran y que si estaba dañada pobre de él...

Yo me daba coraje que cada vez que le cambiaba el pañal el ano se le abría a la niña, no sabía qué hacer, me decían que si denunciaba me quitaban a la niña, pero yo tenía mucho coraje, no me podía quedar callada y no sabía si necesitaba una sutura o algo, no me podía quedar así, yo fui a denunciar, dejé pasar como 72 horas...

Yo preguntaba por el daño a la niña, y ya me decían que sí que estaba considerado como violación, y ya no me dejaron llevar a mi niña... me empezaron a interrogar, yo estaba como asustada... ellos pensaban que yo estaba defendiendo al fulano, lo redactaron como ellas quisieron... ese es su causal para perjudicarme...

Ahí me la quitaron... la niña brincaba porque no quería que la separaran de mí, a mí se me hizo como un robo, yo decía –“Denme a mi niña no me voy a ir sin ella–”, ellos decían que por motivos de protección me iban a retener a la niña por dos o tres meses, que yo la podía recuperar pero que ya con ellos ya no tenía que ver, que fuera con el Consejo²³.

La segunda causa que origina la sustracción institucional es cuando directamente se pone en duda la moral y la aptitud de las madres para llevar a cabo la crianza y el cuidado de las y los infantes; ese cuestionamiento es originado por dos razones. Una, por el tipo de trabajo realizado por las madres, generalmente porque laboran en centros nocturnos como meseras o como bailarinas de *table dance*. Se considera que estas madres no pueden dar un buen ejemplo a las y los hijos, ya que se presume que son promiscuas, que pueden consumir algún tipo de sustancia y que no los cuidan, es decir, son consideradas “malas madres” por su moral “cuestionable”.

La otra posibilidad ocurre cuando se cuestiona la capacidad de maternaje debido a su identidad de género. Una de las mujeres entrevistadas es transgénero, causa que origina que el Consejo de Familia considere que su cercanía con la niña puede perjudicarle o confundirle. Con objeto de no hacer evidente que se trata de un caso

²³ En este caso, el proceso judicial contra el padrastro se cerró por falta de pruebas. Sin embargo, el juicio y la evaluación respecto a la madre continúa. Los meses necesarios para realizar la investigación se han convertido en cuatro años sin poder recuperar a su hija.

de discriminación, el Consejo buscó generar la sospecha de que se ejercía violencia en contra de la infante.

Paloma

El tío de la niña, que era mi pareja, quiere recuperarla, y me denuncia al DIF²⁴. Me citan en el DIF y ese mismo día me la quitaron. Me entrevistó la trabajadora social y me dijo que no se me iba a quitar la niña porque estaba muy bien, que la traía limpia, y le dije –“Claro, ni modo que la trajera mugrosa o qué”. Me engañaron, sí me la quitaron, nos llevaron a la Procuraduría y ahí me la quitaron.

Primero me dijeron que sólo me la quitaban tres días para investigar, yo decía que qué iban a investigar si tenía todos los papeles de la niña... y la niña pues como si fuera delincuente llore y llore, –“Mami, mami no me dejes”–, y ¡ay no! me vine has de cuenta, lo peor. No me dieron ni un papel de por qué me la quitaron, nada, me vine en blanco, haz de cuenta como si me la arrebató un cabrón malandrín y se la llevó, así me pasó a mí...

Después me empezaron a decir que yo me prostituía... yo decía que me investigaran, que vieran en que trabajaba. Antes de que estuviera con la niña sí trabajaba como taibolera, sí, no tengo por qué decir que no, pero cuando tenía a la niña me quité de todo eso, es lo que menos quiero yo, darle un mal ejemplo a la niña... Luego, decían que la golpeaba, el director del DIF lo dijo en una entrevista, que yo la maltrataba, que le pegaba, pero pues ¿qué él vivió conmigo?, ¿cuándo me vio?

Aunado a este cuestionamiento directo sobre las madres, se suman elementos que se consideran inmorales o inadecuados en otros integrantes de la familia. Entre estos se encuentran el que algún pariente esté privado de libertad, que alguno consuma una sustancia adictiva o que padezca una enfermedad mental que podría poner en peligro a la persona menor de edad.

b. El procedimiento de búsqueda y restitución de la convivencia con los hijos

Las madres que viven la sustracción institucional de sus hijas e hijos enfrentan un arduo y tortuoso camino para recuperarlos, ya que tienen que demostrar que no han cometido delito alguno en su contra y que estos se encuentran bien en su hogar.

²⁴ Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia.

El proceso comienza con la retención de las y los menores por parte del sistema judicial, debido a que se establece una denuncia en contra de las madres por algún tipo de maltrato o violencia hacia sus hijas e hijos. En ese momento se canaliza el resguardo y la custodia del o de la menor a un albergue, y se señala a las madres que además de llevar su juicio deben presentarse ante el Consejo. Esta instancia les dará a conocer el albergue en que se encuentran sus hijas e hijos y realizará, además, peritajes psicológicos y de trabajo social con el objeto de que se determine si la restitución del o de la menor al hogar es conveniente o no²⁵, o bien, establecerá los requisitos que deben cumplir las madres si es que desean recuperarlos.

Como segundo paso, pues, las madres acuden al Consejo Estatal de Familia. Lo que más les interesa es conocer en qué albergue se encuentran sus hijas e hijos. En algunos casos, recibir esta notificación tomó de un mes a un año; este tiempo es particularmente angustiante para ellas, todas refirieron que sentían como si sus hijas e hijos se encontraran desaparecidos o secuestrados. Mientras tanto, las madres son objeto de investigación por el aparato judicial y el Consejo; deben acudir a dar declaraciones, a ser entrevistadas, a realizar pruebas psicológicas y, además, son visitadas en sus hogares.

Las madres reportan que estos procedimientos generalmente son irregulares o incorrectos; señalan que en las declaraciones se escriben otras cosas de las que ellas afirmaron; que las entrevistas están dirigidas a provocar su contradicción y son realizadas en tono acusatorio; que las pruebas psicológicas son las mismas para todos los niveles socioeconómicos, y que con una única visita al hogar se realiza una evaluación de la situación familiar.

Además de estos procedimientos formales, las madres reportan ser objeto de discriminación y maltrato por parte de las autoridades, quienes de antemano las enjuician como “malas madres”. El trato que reciben de su parte es intimidatorio, desinteresado, prepotente o acusatorio. Al complicado y nada claro proceso que debe realizarse

²⁵ Si el Consejo Estatal de Familia determina que las y los infantes no deben estar con sus madres, emprende un juicio familiar para que se establezca una custodia definitiva a favor del Estado y se solicita la pérdida de la patria potestad.

se suman los obstáculos generados por este tipo de relación, que anula a las madres.

Adriana

Me dijeron que me iban a mandar al área de psicología y que trabajo social iba ir a mi casa y fueron hasta diciembre, la entrevista de psicología fue hasta octubre creo... que pintara un muñequito, que dibujara un hombre o una mujer, que dibujara una casa o que dibujara puntitos.

Me preguntaron, te hacen un estudio socioeconómico o sea cuánto ganas, si tienes ingresos o quién te mantiene, cuántos hijos tienes, qué comen, cuánto te gastas en los camiones.

Daniela

Y siempre dicen que en los exámenes salimos alteradas, pero pues claro que cualquier persona en nuestro lugar se va alterar, si no son animales son nuestros hijos, nos agarran de bajada... Y luego la que me hace el examen me decía –“Dígame cómo se quería quitar la vida, cómo quería matar a sus hijos”–, yo le conteste que no tenía intentos suicidas ni por desesperada que esté he intentado matar a mis hijos, era un señalamiento ni pregunta era, era que a fuerzas quería que le dijera que sí... y ya por eso me pone ahí que me exalté.

En esta etapa de la investigación y evaluación las madres viven dando vueltas entre los juzgados y el Consejo. Generalmente se resuelve más pronto su situación judicial que su proceso de valoración ante el Consejo Estatal de Familia. Es decir, aunque se ha demostrado que no existe una causa penal que justifique la separación de sus hijos e hijas, no pueden recuperarlos debido a que están siendo evaluadas o cuestionadas en cuanto a su capacidad como madres.

En algunos casos se les solicita que cumplan con ciertos requisitos para recuperar a sus hijos, como son el cambio de vivienda, de trabajo o que acudan a la escuela para padres. En otros casos las madres son señaladas como inmorales o no aptas, se considera que sus formas de vida son perjudiciales para las y los infantes, y entonces se busca nuevamente una justificación judicial para impedir su restitución al acusarlas de maltrato o negligencia.

Adriana

Hubo otra audiencia testimonial donde ellos ofertan a dos personas, entre ellas la directora del primer albergue... quiero que descarten

totalmente ese testimonio porque la señora dice que la niña llegó en muy malas condiciones físicas, desnutrida, sucia, la pintó pero bien mal, y yo dije –“Bueno, ¿qué onda, qué trae?”–... y se me prendió el foco, en la averiguación previa dice en qué condiciones entregan a la niña... La niña estaba limpia, estaba todo, que hasta piojos traía, según. Entonces ahora yo creo que me lo quieren pintar como omisión de cuidados, pues están locos.

Brenda

En el Consejo Estatal de Familia dicen que no somos personas dignas para que estén las niñas con nosotros... la señora me dijo que no somos familia apta porque supuestamente vinieron de trabajo social a hacer una entrevista y que alguien de aquí dijo que aquí vendíamos droga y que en la noche se fumaba marihuana, si mi vecino es policía, o hasta eso ahora van a decir, que él es corrupto o qué.

Daniela

Empezaron a decir que además de lo que tenía en la denuncia yo era taibolera.

En los casos estudiados el proceso de restitución de las y los hijos ha implicado tres o más años. Mantenerse en este proceso es muy difícil para las madres, ya que supone un fuerte desgaste económico, físico y psicológico. Todas se encontraban ya en una situación económica bastante frágil, que se vio aún más complicada al sumar los gastos de traslados y papeleo que derivan de este seguimiento. Todas tuvieron que recurrir a la abogacía de oficio, lo que también incidió en que no se resolviera con mayor prontitud su situación legal.

Junto con este proceso, las madres se enfrentan a una tercera instancia, el albergue en que se encuentran sus hijas e hijos. En estos espacios también es común que las madres enfrenten conflictos con el personal, ya sea porque reciben malos tratos y discriminación por ser consideradas “malas madres”, porque se les niegan o restringen discrecionalmente las visitas –que además son excesivamente supervisadas– o bien, por el reclamo de las madres por alguna situación respecto al cuidado de las y los niños en el albergue. Generalmente, sólo las madres tienen el acceso a la visita, por lo que hermanos/as, abuelos/as y otros familiares dejan de tener contacto con estas niñas y niños.

Evidentemente, se produce una clara afectación en la relación de madres e hijos/as debido a la falta de contacto o a lo restringida que se vuelve su convivencia. Cuando son muy pequeños pierden el recuerdo de sus madres, dejan de compartir momentos especiales y ellas no tienen la posibilidad de criarlos y educarlos. Su relación se vuelve tensa o distante.

El hecho de que sus hijos e hijas se encuentren en un albergue es una situación muy angustiante para las madres, ya que no los consideran espacios seguros o adecuados. A partir de sus visitas a los albergues –y de lo que se ha dado a conocer en algunos medios de comunicación respecto a la poca vigilancia y control institucional de estos espacios–, se hace evidente la inadecuada e irregular situación de muchos de estos establecimientos²⁶.

Frente a todo este contexto es que las madres recurren a instituciones de defensa de los derechos humanos, a organizaciones sociales y a medios de comunicación, con el objeto de dar a conocer su situación y de avanzar en el proceso de recuperación de sus hijas e hijos. Esta tarea tampoco es sencilla, estas mujeres deben abrirse camino ante los señalamientos y la falta de comprensión que en general hay hacia sus casos. El estigma de ser “malas madres” elimina la posibilidad de que se visibilice el abuso cometido en su contra.

²⁶ Ríos, Julio, “Orfelinatos: historias que erizan la piel”, Proceso Jalisco, Guadalajara, 20 de abril de 2010. Partida, Juan Carlos, “Se indagan presuntas anomalías en albergues del DIF en Jalisco”, PGJE, La Jornada, Sección Estados, 8 de noviembre de 2006. García, Maru, “Denuncian irregularidades en Villa de los Niños”, El Occidental, Guadalajara, 8 de abril de 2007. Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, “Evidencia CEDHJ deficiencias en albergues infantiles”, Revista DHumanos, Año II, Núm. 10, Guadalajara, setiembre de 2006.

La intervención del Estado. Instancias de protección a la familia e infancia: el Consejo Estatal de Familia de Jalisco²⁷

El Consejo Estatal de Familia fue creado en el año de 1995 y forma parte del DIF Jalisco. El Consejo establece como su propósito central

[R]esolver la problemática jurídica de los menores abandonados, expósitos, huérfanos, maltratados reiteradamente por quienes ejercen su custodia, no sujetos a Patria Potestad o tutela que se encuentren en albergues, o bien, a personas incapaces, ejercitando procedimientos de tipo jurídico, administrativo o interno, en beneficio directo de la población objeto, dentro de un marco jurídico señalado en beneficio de la familia y la sociedad, logrando la sensibilización y armonía de los más necesitados.

Para ello, el Consejo se divide en tres departamentos de trabajo, el encargado de custodia, el de tutela y el de adopciones. Es con el departamento de custodia con el que las madres tienen relación directa, pues es el que determina si las y los progenitores se encuentran o no en la posibilidad de recuperar la custodia de sus hijos e hijas. El departamento cuenta con un área jurídica, una de trabajo social y una de psicología: su propósito es el de apoyar y asesorar jurídicamente a las familias disfuncionales, otorgando la guarda y custodia de las y los menores.

A dos años de su creación se comenzó a recibir denuncias contra el Consejo Estatal de Familia por el retiro discrecional y sin sustento legal de la custodia y patria potestad de las y los hijos de personas, quienes denuncian ser víctimas de discriminación y abuso de autoridad. La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) tomó cartas en el asunto y emitió la Recomendación 20/2001²⁸. En ella se reconoce que la conducta de las y los servidores públicos había violentado los derechos de las y los infantes a permanecer en el ámbito familiar, y a su identidad.

27 La información sobre al Consejo fue tomada de: <http://sistemadif.jalisco.gob.mx/Ley%20de%20Transparencia/Estructura_Organica/Consejo_Estatal_de_Familia.pdf> y <http://app.jalisco.gob.mx/organismos/organismosdes/interinstitucionales/consejo_familia.pdf>, disponibles a mayo de 2011.

28 Información obtenida del sitio web de comunicación social de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, disponible en: <<http://www.cndh.org.mx/comsoc/compre/2001/109.htm>>, a mayo de 2011.

Después de realizar las investigaciones pertinentes, la CNDH estableció que el Consejo había realizado prácticas ilegales, tales como:

- Solicitar el registro de menores con datos de nacimiento distintos a los que originalmente les correspondían, con el objeto de iniciar el trámite para otorgar custodias temporales o promover su adopción internacional.
- El hecho de que, sin causa justificada, trabajadoras sociales del DIF sustrajeran a un menor de su domicilio, trasladándolo a una agencia del Ministerio Público, que lo sujetó a disposición del Consejo. Ninguna de las personas funcionarias que conoció el hecho buscó corregirlo. La CNDH pudo acreditar que la decisión del Consejo de internar al menor en diversos albergues provocó la separación ilegal de sus padres, y provocó su desequilibrio emocional.
- Iniciar indebidamente trámites de adopción internacional de menores que contaban con familiares dispuestos a asumir su custodia.

Ante estos hechos la CNDH realizó las siguientes recomendaciones al gobernador del Estado.

- Dictar las medidas pertinentes para que las y los menores sean reintegrados al seno familiar, atendiendo su interés superior. Resolver el trámite legal y proporcionar asesoría jurídica a los progenitores o familiares biológicos.
- Vigilar y supervisar las actuaciones de las dependencias administrativas relacionadas con los trámites de adopción, guarda y custodia de menores, cuyos padres estuvieran involucrados en procedimientos administrativos y judiciales que les impidieran la atención y asistencia inmediata de sus hijos e hijas.
- Iniciar una línea de investigación en contra del funcionariado público involucrado, con el objeto de determinar responsabilidades.

Posterior a esta fecha se han seguido presentando quejas similares en contra de este organismo. Fue sin embargo, a partir del año 2007 que nuevamente se hicieron visibles y se colocaron en el debate público debido a la cobertura mediática relativa a tres casos en particular. El primero es el relativo a Jorge Alberto Juárez Medina, un menor que

había sido retirado de la custodia de su madre y padrastro por violencia en su contra. El Consejo decide entregar el menor a un familiar de la madre, quien lo regresa con ella. Al poco tiempo el niño es muerto a manos de su padrastro y es enterrado en el patio de la casa²⁹.

El segundo es el originado por la negativa del Consejo de permitir que una menor continuara bajo la custodia de una transexual que la había cuidado por más de ocho años. En este caso se hizo evidente que la discriminación contra esta mujer era lo que justificaba su disposición³⁰.

El tercero corresponde a las notas originadas a partir de la conformación del Movimiento Ciudadano de las Carriolas Vacías. Este grupo, compuesto principalmente por madres, decide unirse para denunciar la separación injustificada de sus hijos e hijas, así como el abuso de autoridad del Consejo al impedirles convivir con las y los menores albergados.

Todos estos casos denotan que las formas de evaluación y diagnóstico que son utilizadas por esta institución para valorar a las

²⁹ Algunas notas periodísticas que pueden consultarse en línea respecto a este caso son: Parra, Martha, “Negligencia que mata”, *La Gaceta*, Universidad de Guadalajara, lunes 10 de marzo de 2008, ver en: <http://www.gaceta.udg.mx/Hemeroteca/paginas/519/G519_COT%2012.pdf>; Rello, Maricarmen, “Por el caso del niño Jorge Alberto Juárez. CEDHJ urge a trabajar en custodia infantil”, *Milenio*, 18 de noviembre de 2008, ver en: <<http://admin-impreso.milenio.com/node/8019805>>.

³⁰ Algunas de las notas periodísticas que pueden consultarse en línea respecto a este caso son las siguientes: Reyes, Alicia, “Mi hija no está desamparada, no tiene porqué estar en un albergue, reitera Alondra”, *Sociedad*, *La Jornada*, Jalisco, martes 29 de mayo de 2007, ver en: <<http://www.lajornadajalisco.com.mx/2007/05/29/index.php?section=sociedad&article=010n1soc>>; Ferrer, Mauricio, “Consejo Estatal de Familia impide reencuentro de transexual con su hija”, *Política*, *La Jornada*, Jalisco, miércoles 12 de noviembre de 2008, ver en: <<http://www.lajornadajalisco.com.mx/2008/11/12/index.php?section=politica&article=009n1pol>>; Ferrer, Mauricio, “Revoca el Consejo Estatal de Familia permiso a transexual para visitar a su hija”, *Estados*, *La Jornada*, Jalisco, jueves 13 de noviembre de 2008, ver en: <<http://www.jornada.unam.mx/2008/11/13/index.php?section=estados&article=036n1est>>; Robles, Vanesa, “Alondra, sin derechos: Consejo Estatal de Familia”, *Ciudad y región*, *Milenio*, 16 de noviembre de 2008, ver en: <<http://impreso.milenio.com/node/7063132>>; Robles, Vanesa, “El CEF se amparó para no entregar niña a Alondra”, *Ciudad y región*, *Milenio*, 28 de noviembre de 2008, ver en: <<http://impreso.milenio.com/node/8129296>>.

progenitoras, no son adecuadas ni debidamente aplicadas. Esta situación ha provocado que se conozcan casos como los aquí expuestos, en que, debido a prejuicios sociales, no se permite la reintegración de las y los infantes a sus familias, o bien, de reintegración de infantes a familiares que realmente no pueden hacerse cargo de su cuidado.

Algunos de los casos mencionados forman parte de las diecisiete quejas que en el año 2010 se han presentado en contra de esta institución en la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Jalisco (CEDHJ). Al respecto, su Presidente ha apuntado que

[A] estas alturas el Consejo Estatal de Familia no tiene un reglamento interno que le permita normar sus atribuciones y procedimientos, por lo que urge su inmediata elaboración y aprobación para evitar futuras violaciones a los Derechos Humanos, y dado que este organismo ha sido cuestionado por su actuación en varios casos³¹.

El actuar discrecional por parte de esta institución encuentra una “justificación” o cortina de humo, como apunta Villalta³², en el hecho de que las madres son evaluadas como negligentes o “malas madres”. Así, se construye una matriz interpretativa que, a partir de la desvalorización y culpabilización de las madres, construye a estas instituciones como guiadas por impulsos generosos y humanitarios, es decir, las convierte en los “buenos padres salvadores”. Las instituciones objetivizan y legitiman esta matriz interpretativa a partir de formas pseudolegales (*tests*, valoraciones) que, en conjunto con valoraciones y relatos emitidos por personas funcionarias, buscan enfatizar el estado de desprotección o peligro en que se encontraban las y los infantes.

A partir de estas acciones las instituciones logran estigmatizar socialmente a las madres, de tal forma que sus reclamos en contra de la institución tampoco reciben mucho apoyo o interés social³³. Pich

³¹ Rello, Maricarmen, “Por el caso del niño Jorge Alberto Juárez. CEDHJ urge a trabajar en custodia infantil”...

³² Villalta, Carla, “De secuestros y adopciones: el circuito institucional de la apropiación criminal de los niños en Argentina”, en: *Revista Historia Crítica*, No. 38. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de los Andes, 2009. Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=8111231200>>, a mayo de 2011.

³³ La magnitud y gravedad de la violencia y crueldad en contra de infantes generan particularmente un gran impacto e indignación social. Generalmente se rechaza o

señala que en estos casos de sospecha contra las madres, casi siempre tiene mayor peso el escrutinio y evaluación de los servicios sociales frente a lo dicho por ellas³⁴.

Aunada a esta discriminación por el supuesto de ser “malas madres”, también existe una discriminación respecto a su estrato socioeconómico, su estilo de vida o moral. Como ya se apuntó, la mayoría de las madres cuenta con una situación socioeconómica baja, algunas tienen trabajos nocturnos y son señaladas como indecentes o inmorales, especialmente, en el caso de la madre transexual.

Pitch apunta que este tipo de familias tiene mayores posibilidades de ser escudriñadas que las familias “normales” y, por tanto, de que en ellas se reconozcan condiciones o comportamientos que se consideren perjudiciales para las y los infantes³⁵. Al respecto, en un estudio relativo al maltrato infantil³⁶ se señala que resulta indudable que la pobreza afecta la capacidad que tienen las y los progenitores para satisfacer las necesidades de sus hijas e hijos. Sin embargo, se enfatiza en que “por sí misma la pobreza no es una razón suficiente para etiquetar a los padres como negligentes”. Diversos estudios muestran que la mayoría de niñas y niños que forman parte de familias pobres no sufren negligencia.

Además, se indica en el estudio, tendría que distinguirse cuando la negligencia obedece al fracaso en proveer los cuidados necesarios debido a la falta de recursos, de cuando es originada por la negativa o rechazo consciente de brindar cuidados. Muchas condiciones inadecuadas para la crianza de niñas y niños deberían considerarse responsabilidad social, más que responsabilidad de las y los proge-

elude hablar sobre el tema, y la reacción inmediata busca castigar a quien realizó estos actos. Así se evita pensar un poco más allá respecto a ellos. El estudio de casos específicos facilitó la comprensión del fenómeno y sus múltiples aristas.

34 Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Ed. Trotta, Madrid, 2003.

35 *Ibidem*.

36 Azaola, Elena, “Maltrato, abuso y negligencia contra menores de edad”, Informe nacional sobre violencia y salud. Secretaría de Salud, México, 2006. Disponible en: <[http://www.unicef.org/mexico/spanish/Informe_Nacional-capitulo_II_y_III\(1\).pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/Informe_Nacional-capitulo_II_y_III(1).pdf)>, a mayo de 2011.

nitores, ya que podrían mejorarse en gran medida a partir de programas sociales.

El Movimiento Ciudadano de las Carriolas Vacías

El Movimiento Ciudadano de las Carriolas Vacías comenzó a articularse en setiembre de 2009 con cerca de quince madres que vivían la sustracción institucional de sus hijos e hijas, y a partir de que una periodista se dio cuenta de que existía este tipo irregular de despojo de infantes por parte del Consejo Estatal de Familia de Jalisco. La periodista motivó a las madres a que se conocieran, a que hicieran un frente común que les permitiera demandar la restitución de sus hijos e hijas, y a dar a conocer a la opinión pública las violaciones a sus derechos humanos. Las madres comenzaron a realizar reuniones periódicas con el objeto de compartir sus experiencias. Las similitudes encontradas facilitaron el establecimiento del tipo de acciones y señalamientos que realizarían como colectivo para denunciar de manera más certera los abusos de esta instancia³⁷.

Las similitudes en los casos eran claras: no podían recuperar a las y los hijos a pesar de que judicialmente no se había comprobado que se hubiera realizado algún delito en su contra; a muchas se les negó información respecto a en qué albergue se encontraban sus hijos/as, o bien, los cambiaban de albergue sin avisarles; a muchas les negaron las visitas y, sobre todo, muchas recibían un trato discriminatorio por parte de la institución que se negaba a entregarles a sus hijos/as debido a que calificaban desfavorablemente sus estilos de vida o sus características personales. Estas acciones representan claras violaciones a los derechos humanos tanto de las y los infantes como de sus madres. Sin embargo, no son reconocidas como tales, lo que ha motivado la creación y participación política del colectivo, que está

³⁷ El Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco declaró en rueda de prensa que en el año 2010 se integraron nueve quejas en contra del Consejo, mientras que en el 2009 la Comisión integró 26 quejas en contra del organismo. Nuño, Analy, “La CEHDJ dictó medidas cautelares contra el pleno del organismo estatal”, La Jornada, Jalisco, miércoles 11 de agosto de 2010, ver en: <<http://www.lajornadajalisco.com.mx/2010/08/11/index.php?section=politica&article=008n1pol>>.

pugnando por hacerlas visibles para ampliar su margen de negociación con las autoridades.

Con el objeto de denunciar los hechos, el Movimiento ha realizado diferentes acciones: ruedas de prensa, manifestaciones, entrevistas, desplegados, plantones y marchas. Se ha apoyado con otras organizaciones y ha buscado acercamientos con funcionarias y funcionarios públicos. En todos estos ámbitos ha dado a conocer sus casos y las irregularidades atribuibles al Consejo Estatal de Familia. Asimismo, ha logrado una respuesta muy favorable por parte de los medios de comunicación para dar a conocer los hechos³⁸. Hasta ahora, las acciones que han realizado son financiadas por ellas mismas y con el apoyo de otras organizaciones sociales.

A partir de la denuncia en colectivo se les ha escuchado y el trato con algunas de ellas es mucho más respetuoso, pero en general siguen enfrentando la misma situación. Aunque no han obtenido los resultados que esperaban, el participar en el colectivo hizo que recobraran fuerzas y esperanzas para seguir luchando. Llama la atención la seguridad y el conocimiento que han adquirido para defenderse. Resalta que su respuesta ante la sustracción de sus hijos no ha sido típicamente “femenina”, es decir, no ha estado enmarcada por el sufrimiento en

³⁸ Algunas notas que pueden consultarse en línea respecto a las actividades del Movimiento Ciudadano de las Carriolas Vacías, son las siguientes: Ferrer, Mauricio, “Por no estar casada, impide el CEF a mujer conservar a su lado a sus hijos”, *La Jornada*, Jalisco, viernes 18 de setiembre de 2009, ver en: <<http://www.lajornadajalisco.com.mx/2009/09/18/index.php?section=politica&article=009n1pol>>; Rello, Maricarmen, “Piden padres de familia la cabeza de Claudia Corona, titular del Consejo Estatal de Familia”, *Milenio*, lunes 19 de julio de 2010, ver en: <<http://www.milenio.com/node/305962>>; Rello, Maricarmen, “Padres denuncian despojo de niños”. *Milenio*, viernes 18 de setiembre de 2009, ver en: <<http://www.milenio.com/node/287490>>; Ferrer, Mauricio, “No es posible que Emilio solape a Claudia Corona, increpa ciudadano”. *La Jornada*, Jalisco, jueves 15 de abril de 2010, ver en: <<http://www.lajornadajalisco.com.mx/2010/04/15/index.php?section=politica&article=013n2pol>>; Rello, Maricarmen, “El Consejo de Familia una vez más en la polémica”, *Milenio*, lunes 2 de noviembre de 2009, ver en: <<http://www.milenio.com/node/313745>>; Castañeda, Omar, “Con carriolas vacías se manifestaron afuera del palacio de gobierno”, *El informador*, martes 20 de octubre de 2009, ver en: <<http://www.informador.com.mx/jalisco/2009/147118/6/con-carriolas-vacias-se-manifiestan-afuera-de-palacio-de-gobierno.htm>>; Rello, Maricarmen, “Carriolas vacías marcharon ante el palacio de gobierno”, *Milenio*, martes 20 de octubre de 2009, ver en: <<http://www.milenio.com/node/306241>>.

silencio y la abnegación; son madres que se han organizado, que se han apropiado del ámbito público con el objeto de responsabilizar al Estado por la ausencia de sus hijas e hijos.

Es importante destacar la manifestación pública de este colectivo de madres porque, a pesar de no cumplir con la representación de la “buena maternidad”, dan la cara y luchan públicamente por recuperar a sus hijas e hijos, se atreven a decir que no son malas madres, no se callan, no se intimidan, no se avergüenzan, salen dispuestas a cuestionar los estereotipos sociales que las discriminan. En otras palabras, “encarnan la tesis feminista más trascendental de que lo personal es político, llevando lo íntimo de la relación madre/hijo desde el espacio privado del hogar hasta la escucha colectiva de la sociedad”³⁹.

Debido a la falta de reconocimiento y a la negativa de apoyo que enfrentan estas madres, el Movimiento Ciudadano de las Carriolas Vacías se ha convertido en un espacio muy significativo para todas sus integrantes. El colectivo les hace sentirse acompañadas, se brindan apoyo y encuentran empatía respecto a la difícil situación que están viviendo. Además, se ha convertido en un espacio para compartir y reflexionar sobre los cambios que están experimentando a nivel personal y familiar.

Conclusiones

Los casos de sustracción institucional de niños y niñas evidencian que la intervención del funcionariado público ante cierto tipo de situaciones familiares está dirigida por una serie de prejuicios y estereotipos de género, así como por los imaginarios y discursos relativos a la familia e infancia. Es decir, más que las evaluaciones y los elementos “objetivos” que son utilizados para justificar la retención de las y los infantes, pesa la discriminación de la que son objeto las madres por parte del Estado.

Estos casos dan cuenta de cómo el aparato estatal pone en práctica el ejercicio de su poder simbólico, al definir el tipo adecuado de

³⁹ Maier, Elizabeth, *Las madres de los desaparecidos. ¿Un nuevo mito materno en América Latina?* UAM y El Colegio de la Frontera Norte, México, 2001, pág. 46.

familia y el modelo para ser considerada una buena madre. Como bien señalan Ramírez y García, los imaginarios de género que ocupan la posición hegemónica se convierten en norma, se incorporan en las subjetividades y guían los procesos sociales que aseguran su reproducción⁴⁰, en este caso al señalar lo que se considera se aleja de estos ideales.

Si bien es evidente el conjunto de violaciones a los derechos humanos de estas madres y de sus hijas e hijos ante la incompetente, inadecuada y negligente acción institucional, no se ha logrado que sean reconocidas como tales. Las madres que resultan estigmatizadas de estos procesos y que cuentan con escasos recursos, se enfrentan en solitario a pugnar contra un Estado que no admite estos hechos y que se escuda detrás de un discurso de protección e interés por la infancia.

Su batalla no es fácil, pero aun con todos estos elementos en contra ellas deben luchar por desarmar o deconstruir este discurso “políticamente correcto”. Para lograrlo, estas madres deben visibilizar que la retención de sus hijas e hijos es consecuencia del abuso de poder y la discriminación. Su reclamo de justicia se basa en que estas y estos niños institucionalizados para su “protección”, no habían sido maltratados por ellas, pero sí lo son ahora por las instituciones donde se encuentran y que les niegan el permiso para regresar a su hogar. Así, el colectivo busca modificar el discurso institucional de maltrato/“malas madres”/retención legal de menores, por el de estigmatización/discriminación/sustracción institucional.

⁴⁰ Ramírez, Rafael y Víctor García, “Masculinidad hegemónica: sexualidad y transgresión”, en: Centro Journal, vol. XIV, No. 1. Latinoamericanistas, The City University of New York, 2002. Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/377/37711290001.pdf>>, a mayo de 2011.

La judicialización de la violencia sexual en el conflicto armado en Perú: a propósito de los recientes estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH

*Gisela Astocondor Salazar, Andrea Ofracio Serna
y Tania Raico Gallardo**

Introducción

La violencia sexual contra las mujeres perpetrada durante conflictos armados es una manifestación de la violencia basada en género y una violación a los derechos humanos. Esta práctica se encuentra prohibida por los instrumentos internacionales de los sistemas Regional y Universal de protección de los derechos humanos ratificados por el Estado peruano. Pese a su gravedad, de los casos de violencia sexual cometidos durante el conflicto armado en el Perú, entre los años 1980 y el 2000, sobre los cuales se ha iniciado un proceso de judicialización, hasta el momento ninguno ha recibido una sentencia condenatoria. Por el contrario, los procesos han revictimizado a las mujeres que se atrevieron a denunciar estos actos, careciendo de una perspectiva género-sensitiva frente a su experiencia, y sin cumplir muchas veces con los parámetros de debida diligencia correspondientes.

* Gisela Astocondor es abogada del Área Legal de la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), con Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Diploma de Postítulo “Mujeres y derechos humanos: teoría y práctica” (Universidad de Chile). Andrea Ofracio es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de postgrado y especialización en derechos humanos y derecho constitucional. Ha trabajado en la Dirección de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lima y como consultora para la Defensoría del Pueblo. Tania Raico es especialista en temas de género y derechos humanos, integrante del Programa de Participación Política y Ciudadanía del Movimiento Manuela Ramos, con Diploma de Postítulo “Mujeres y derechos humanos: teoría y práctica” (Universidad de Chile) y Diploma de Estudios de Género (Pontificia Universidad Católica del Perú). Las autoras agradecen los comentarios de Víctor Saco, profesor de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es por ello que se consideró importante elaborar el presente artículo, con el objetivo de analizar y difundir los actuales estándares de derechos humanos en materia de judicialización de la violencia sexual que son de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano, a fin de que puedan contribuir a impartir justicia en el plano interno. Hemos dividido nuestro análisis en tres secciones. La primera presenta de manera concreta los problemas principales en la judicialización de casos por violencia sexual en el marco del conflicto armado peruano. La segunda aborda los actuales estándares en materia de procedimiento y prueba en casos de violencia sexual, en atención a la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Finalmente, la tercera desarrolla la obligatoriedad de estos estándares internacionales dada la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano.

Judicialización de casos de violación sexual en el conflicto armado interno peruano

Pese a la igualdad formal consagrada en la Constitución de la República del Perú y en diversos tratados de derechos humanos, el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en el conflicto armado peruano dista mucho de estar garantizado. Esto se debe a las diferencias sociales, económicas y de género que han existido y aún permanecen. Así, una mujer campesina, iletrada, quechuahablante, encontrará mayores obstáculos en el camino de la justicia. Ese es el panorama que enfrentan hasta hoy las mujeres víctimas del conflicto armado. En las líneas a continuación, describiremos ese largo y complejo proceso de judicialización de casos en el que se han inmerso varias de las mujeres que, rompiendo el miedo y el silencio cómplice, decidieron denunciar el daño causado; y siguen exigiendo y esperando obtener verdad, justicia y reparación.

a. La Comisión de la Verdad y Reconciliación: punto de partida o referencia

En el año 2001, el gobierno de transición dispuso la creación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) con el propósito

de investigar, hallar y exponer la verdad sobre el trágico período de violencia padecido en Perú entre 1980 y 2000¹.

La CVR logró determinar que durante el conflicto armado interno peruano hubo un impacto diferenciado en el tipo de violaciones de derechos humanos sufridas por hombres y mujeres. Así, si bien se registraron desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones sumarias, se evidenció que existió una violencia de género, pues fueron mayoritariamente las mujeres quienes sufrieron violencia sexual².

La violencia contra las mujeres puede explicarse desde varios aspectos. Fue un arma de guerra. Un medio para castigar, intimidar, coaccionar, degradar y humillar. Una manera de ejercer poder sobre los varones: atentar contra las mujeres de la comunidad significaba que ellos no podían cuidarlas. Fue perpetrada por diversos actores: agentes estatales (miembros de las fuerzas armadas –en su mayoría del Ejército Peruano y de la Marina de Guerra– y las policiales) y elementos subversivos (miembros de Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru - MRTA). En diversos espacios: durante las incursiones militares o subversivas a las comunidades; en circunstancias que las mujeres se acercaban a las afueras de las bases militares en busca de sus familiares detenidos, siendo obligadas o convencidas de ingresar bajo la excusa de ver y/o liberar a sus familiares detenidos; durante su permanencia como detenidas dentro de las bases militares o sedes policiales; durante los interrogatorios a los que eran sometidas buscando una autoincriminación o información sobre miembros del presunto grupo subversivo al que pertenecían. Asimismo, se perpetraron diversas modalidades de la violencia sexual: tocamientos indebidos, desnudos forzados, prostitución forzada, esclavitud sexual, violación sexual, embarazos y abortos forzados.

En conclusión, tomando como base los testimonios recogidos, la violencia sexual fue una práctica sistemática y generalizada por parte de los agentes estatales, a quienes se les atribuye el 83,46%

¹ Fue creada por resolución de la Presidencia del Consejo de Ministros en el 2001, concluyendo sus funciones y entregando su Informe final en agosto del 2003.

² Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Tomo VII, Capítulo 2; Tomo VI, Sección Cuarta, pág. 273.

de los casos. Si bien no se puede hablar, en ese mismo sentido, del accionar de los miembros terroristas, a quienes se les atribuye el 11% de los casos, sí se puede hablar de una grave trasgresión al derecho internacional humanitario, a las normas de los convenios de Ginebra y al Código Penal. Si bien estos datos marcan una tendencia importante de la mayor responsabilidad del Estado en los actos de violencia sexual, es importante tener presente que los grupos subversivos fueron responsables de actos como aborto forzado, unión forzada y servidumbre sexual³.

En relación al Estado como agente perpetrador, la CVR concluyó que esta práctica generalizada, tolerada de manera subrepticia pero permitida abiertamente en algunos casos por los superiores inmediatos, puede haber alcanzado un carácter sistemático vinculado a la represión de la subversión en determinadas provincias como Ayacucho, Huancavelica y Apurímac⁴. Estas violaciones eran toleradas por los superiores a cargo de los perpetradores estatales y, con muy pocas excepciones, nunca fueron investigadas ni sancionadas⁵.

Las principales víctimas fueron mujeres pobres, campesinas, quechuahablantes, en su mayoría de entre 10 y 30 años. Dicho de otro modo, fueron las peruanas más excluidas, las expuestas a mayor vulnerabilidad, las que sufrieron intensamente la práctica de la violación sexual⁶.

Si bien en el Informe final se señala el registro de 527 casos de violaciones sexuales a mujeres, esta cifra sólo es un subregistro, una subrepresentación: la vergüenza y el sentimiento de culpa que acompaña a la víctima dificultó la narración de los hechos⁷. Otra de las razones que contribuyeron a la invisibilización de los casos de violencia sexual tiene que ver con que estos hechos se dieron en el marco de otras violaciones de derechos humanos (masacres, detenciones arbitrarias,

³ *Ibidem*, pag. 277.

⁴ *Ibidem*, pág. 304.

⁵ *Ibidem*, Conclusiones generales, Parte III. Responsabilidad de la Entidades del Estado.

⁶ *Ibidem*, Tomo VI, pág. 276.

⁷ *Ibidem*, pág. 274.

ejecuciones arbitrarias, tortura) lo cual hizo posible que no se tomara en cuenta el detalle de los casos de violencia sexual, priorizándose el relato de otras violaciones de derechos humanos. En la base de datos de la CVR existen 7.426 mujeres que fueron víctimas de desaparición forzada, detenciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales; si bien no puede afirmarse que todas estas mujeres fueron además víctimas de violencia sexual, sí debe tenerse en cuenta la posibilidad de que esto haya sucedido, por lo que el número de mujeres víctimas de violencia sexual podría aumentar considerablemente⁸.

b. La situación de la judicialización de casos del conflicto armado interno. El poco avance de los casos de violación sexual

Con la entrega del Informe final de la CVR podemos hablar de un inicio y avance de la judicialización de casos acaecidos durante el conflicto, tales como desapariciones, ejecuciones y torturas. Las propias víctimas o sus familiares vieron en su labor un espacio donde si importaban y eran escuchadas, una esperanza para encontrar la verdad sobre lo ocurrido, alcanzar justicia y reparación del daño causado. Sin embargo, respecto a los casos de violencia contra la mujer, específicamente la violación sexual, el trabajo por realizar aún es muy arduo y complejo.

A la fecha de la entrega del Informe (2003) la CVR presentó ante el Ministerio Público **47 casos documentados** a efectos de iniciar las investigaciones, De ellos, **sólo 3 eran sobre violación sexual a mujeres**: MM, Bases Militares de Manta y Vilca, y Chumbivilcas⁹. Por su parte, varias organizaciones de derechos humanos, asumieron el patrocinio de esos tres casos y de otras mujeres víctimas: GG, RMM, LQI, MELT, Bases de Capaya y Santa Rosa, Caso Llusita, Caso Putis, Base de Totos, Caso Cabitos¹⁰.

⁸ *Ibidem*, pág. 275

⁹ El caso Chumbivilcas contiene diversas violaciones a los derechos humanos, como ejecuciones y desaparición forzada, además de violación sexual.

¹⁰ Los cinco últimos casos citados son investigaciones que incluyen además de violación sexual a mujeres, otros delitos, como desaparición forzada y ejecuciones sumarias en bases militares en Ayacucho y Apurímac. Los cuatro primeros son casos individuales.

En setiembre del 2004, siguiendo una recomendación de la CVR, se creó e implementó un subsistema de derechos humanos: fiscalías, juzgados y Sala Penal encargados del juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos, compuesta por personas operadoras de justicia especializadas. Este avance importante, entendido como un marco legal creado e ideado “también para ellas”, se visibilizaba como garantía para que las mujeres que denunciaron las violaciones sufridas tuvieran un real acceso a la justicia, un efectivo goce de sus derechos. Sin embargo, ello no se condice con la realidad. Estaríamos ante esa forma de fetichismo que nos habla Lemaitre que se refiere a no darse cuenta del abismo que separa la aprobación de una ley y su aplicación, de estar engañado por el ritualismo de la norma, posponiendo indefinidamente la confrontación con su falta de aplicación¹¹.

Si partimos de que el art. 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) establece que la discriminación contra la mujer denota “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tengo por objeto o resultado menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de sus derechos sobre la base de la igualdad con el hombre”¹², los avances en la judicialización de otros casos de graves violaciones a los derechos humanos tramitados ante el subsistema descrito nos hablan de una diferenciación sustantiva. La realidad nos demuestra que hay una ineficacia del sistema para la protección y vigencia efectiva de sus derechos.

Sobre el particular, en el Informe 139 de la Defensoría del Pueblo¹³ de diciembre del 2008 daba cuenta de lo siguiente:

- Se ha hecho seguimiento a 59 casos: 47 casos de la CVR y 12 presentados por la propia Defensoría (ninguno de estos sobre violencia sexual), además de 159 casos comprendidos en el

¹¹ Lemaitre, Julieta, *Fetichismo legal. Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia*. SELA, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007, pág. 4.

¹² Si bien CEDAW no incluyó una cláusula especial sobre la violencia contra la mujer, el Comité Cedaw en su Recomendación No. 19 establece que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que le inhibe gravemente de la capacidad de gozar derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

¹³ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial 139: a cinco años de los procesos de justicia y reparación en Perú*. Lima, Perú, diciembre 2008, pág. 118.

comunicado de prensa suscrito por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Estado Peruano¹⁴. De los 59 casos, 21 fueron remitidos a los juzgados supraprovinciales de Lima o a la Sala Penal Nacional. El ministerio Público sólo formalizó denuncia en 7 casos¹⁵.

- Hasta octubre del 2008 se constató que 21 de los 59 casos continúan en investigación preliminar, 13 se encuentran en instrucción, 11 en etapa intermedia o juicio oral, y 10 concluyeron en sentencia (dos absolutorias)¹⁶.
- Las fiscalías superiores y supraprovinciales tienen a su cargo 1.084 investigaciones preliminares relacionadas con casos de violaciones de derechos humanos, de los cuales el 69,4% se encuentra en Ayacucho, el Poder Judicial está a cargo de 32 casos, 12 de los cuales se concentran en la Sala Penal¹⁷.
- Sobre casos de violación sexual, han tomado conocimiento de que **ocho casos** se encuentran en investigación o proceso penal¹⁸.

Si comparamos la cifra de 527 casos registrados por la CVR hasta agosto del 2003, el panorama de hoy es ilustrativo: a febrero y marzo del 2009 en dos casos se aperturó proceso penal por el delito de violación sexual imputado a las fuerzas armadas: Chumbivilcas (Cuzco)¹⁹ y Manta y Vilca No. 1 (Huancavelica)²⁰, respectivamente; en el 2010, Manta y Vilca No. 2 (Huancavelica)²¹, y a inicios del 2011 un caso más: en agravio de MM (Lima). Solo cuatro casos desde la creación del subsistema de derechos humanos. Ni una sola sentencia.

¹⁴ Comunicado de prensa conjunto, disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2001/PERU.htm>>, a mayo de 2011.

¹⁵ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial 139...* pág. 120.

¹⁶ De noviembre del 2008 hasta finales del 2010 se dieron ocho sentencias absolutorias más por parte de la Sala Penal Nacional, de las cuales tres fueron anuladas por la Corte Suprema, disponiéndose nuevo juicio oral.

¹⁷ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial 139...* págs. 132 y 133.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 184.

¹⁹ Caso patrocinado por la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH). Continúa en investigación judicial dado que comprende diversos delitos.

²⁰ Caso patrocinado por el Instituto de Defensa Legal (IDL). En la actualidad está con informes finales en la fiscalía superior especializada, quien será la encargada de decidir si formula acusación fiscal y de disponer el inicio de juicio oral, o de lo contrario devolver el expediente al juzgado para que se continúe con las investigaciones.

²¹ Caso patrocinado por DEMUS. Está en investigación judicial.

Las organizaciones de derechos humanos que defienden casos del conflicto armado cuentan con información actualizada del estado de los otros casos de violación sexual: 10 casos están en investigación preliminar (que comprenden un universo de 34 víctimas), de los cuales 9 son de Ayacucho y 1 de Apurímac²². De otro lado, un caso de Junín (RMM) ha sido archivado definitivamente contra el único implicado, pero se ha dispuesto que se continúen las investigaciones contra los que resulten responsables; el caso de las Bases de Capaya y Santa Rosa (Apurímac) está archivado provisionalmente desde mayo del 2010²³.

Cabe señalar, como se mencionaba en líneas anteriores, que en abril del 2009 el magistrado Segismundo León del Cuarto Juzgado Supraprovincial Penal en Lima acogió la denuncia y aperturó proceso penal en el Caso de Manta y Vilca 1,

[...] al sostener que durante el contexto de conflicto armado, la violación sexual fue una práctica sistemática y/o generalizada. Para ello, tomó en cuenta las declaraciones de las mujeres víctimas, de los numerosos testigos, las pericias psicológicas practicadas a las agraviadas que denotan las secuelas en salud mental producto de la violación, los documentos de la época, y el informe de la CVR que permite contextualizar que estos delitos se perpetuaron en un conflicto armado interno. Esta resolución constituye un documento de avanzada que concuerda la normatividad y jurisprudencia nacional e internacional (jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y Ruanda) para reconocer que si bien estos hechos constituyen un delito de violación sexual, dado el contexto en que se desarrollaron adoptan la categoría de crímenes de lesa humanidad y en consecuencia son imprescriptibles²⁴.

La adopción del delito de violación sexual en el conflicto armado como delito de lesa humanidad constituye un importante avance en la administración de justicia.

²² IDL, *Protocolo para la investigación de casos de violación sexual en el conflicto armado interno*. Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, 2010, pág. 57.

²³ Los casos citados, además del de Chumbivilcas, un caso de Ayacucho y uno de Apurímac que están en investigación preliminar, son patrocinados por APRODEH. Es de resaltar que pese a tener informe de fondo de la CIDH, el caso de RMM ha sido archivado. Respecto del Caso Capaya y Santa Rosa, está en la actualidad en recurso de queja ante la Fiscal Superior Especializada interpuesta por nuestra parte al discrepar con el archivo provisional (esto es, que está probada la comisión del delito pero no se ha individualizado al autor directo). IDL, *Balance de la Justicia 2009-2010: ¿cómo estuvo la justicia en el Perú?* Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, 2010.

²⁴ *Ibidem*, pág. 40.

Se reconoce así, por un lado, que las mujeres fueron afectadas de manera diferenciada que los hombres en el periodo de violencia, que este no fue un daño colateral producto de la guerra sino una afectación directa sobre sus cuerpos y sus vidas, y que las reconoce como sujetos de derechos. Por otro lado, marca un precedente a nivel nacional y regional sobre la judicialización de los casos de violación sexual cometidos durante periodos de conflicto armado, porque a pesar que esta fue una práctica extendida en contextos de violencia, la condena por la administración de justicia aún no tiene ningún antecedente²⁵.

c. Los problemas en la judicialización de casos de violación sexual del conflicto armado interno peruano

De manera general, la judicialización de casos de violaciones a los derechos humanos acaecidos durante el conflicto armado presenta diversas dificultades, especialmente en cuanto a la prueba de los hechos, a la responsabilidad de los perpetradores (autoría y participación) y a la tipificación del delito (temporalidad de la norma vigente aplicable, interpretación y aplicación del Derecho Internacional en el fuero nacional). Aunado a estas dificultades, en los casos de violación sexual la judicialización presenta dos situaciones concretas adicionales: las mujeres no denuncian por temor y vergüenza, y por desconfianza en las autoridades encargadas (Ministerio Público y Poder Judicial)²⁶; y, las que deciden presentar una denuncia de parte se ven inmersas en investigaciones revictimizantes²⁷.

²⁵ *Ibidem*, pág. 41.

²⁶ “En muchas ocasiones, desde la institucionalidad se intenta explicar la ausencia de investigaciones en el tema, argumentando que no se puede hacer nada si las afectadas no quieren contar los hechos. La pregunta que cabe hacerse, entonces, es qué se está haciendo desde el Estado y las instituciones públicas involucradas para que los hechos se denuncien”. APRODEH, “*Rompiendo el silencio*”. *Informe de las organizaciones de derechos humanos sobre violencia sexual contra la mujer durante el conflicto armado interno presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Asociación Pro Derechos Humanos, Lima, Perú, octubre del 2008, pág. 17. Texto elaborado por APRODEH, Instituto de Defensa Legal (IDL), Estudio para la Defensa y los Derechos de las Mujeres (DEMUS) y Red para la Infancia y la Familia (REDINFA).

²⁷ “En aquellos casos en que la víctima finalmente decide denunciar los hechos, el proceso judicial constituye un nuevo espacio de agresión al no responder adecuadamente al tratamiento y protección de las víctimas, y al exigir pruebas vejatorias de su dignidad tales como información sobre su pasado sexual, por ejemplo”. *Ibidem*, pág. 16.

Respecto la última situación se ha señalado:

Los avances en judicialización sólo podrían visibilizarse en la medida en que las víctimas, venciendo el miedo, la vergüenza y el estigma, han decidido denunciar sus casos. Este es un avance fundamental en la lucha contra la impunidad a violadores de derechos humanos puesto que las víctimas han logrado desarrollar una conciencia del daño sufrido y reconocimiento de sí mismas como sujetos de derecho. En contraparte, tenemos operadores de justicia que aún desconocen la normatividad internacional, obviando la aplicación de estándares vigentes en casos de graves violaciones a derechos humanos, especialmente cuando se trata de violencia de género en conflictos armados²⁸.

A continuación desarrollaremos las dificultades que presenta la judicialización de casos de aquellas mujeres que exigen justicia para los responsables por el daño causado. Para ello, tomaremos en cuenta las diversas etapas y actores del proceso penal²⁹.

Investigación preliminar: actuación del Ministerio Público

El Ministerio Público, como defensor de la legalidad³⁰ y titular de la acción penal pública³¹, es el encargado de dirigir la investigación preliminar penal cuyo objetivo es el acopio de indicios razonables de la comisión de un delito, verificar que éste no haya prescrito y determinar

²⁸ *Ibidem*, pág. 10.

²⁹ La información que se consigna es respecto de lo señalado en el anterior Código de Procedimientos Penales vigente en la mayor parte del territorio del Perú, específicamente en las regiones de Lima, Ayacucho y Apurímac, lugares donde se investigan y se suscitaron los hechos denunciados. Es necesaria la aclaración, ya que desde el 2006 se viene ejecutando el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 en algunos distritos judiciales tales como Huaura, La Libertad, Tacna, Ancash, entre otros.

³⁰ Conforme lo señala el artículo 1 del Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público: “El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil”.

³¹ El artículo 11 del precitado Decreto Legislativo señala que: “El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquéllos contra los cuales la ley la concede expresamente”.

la individualización (identificación) del presunto autor o partícipe, a efectos de poder proceder a formalizar la respectiva denuncia penal ante el/la juez/a³². Esta tarea no es sencilla si consideramos que la mayoría de los casos de violación sexual tiene más de 20 años de antigüedad, lo cual significa que el tratamiento del caso en concreto y de la víctima debe ser diferente. No puede ser abordado de la misma manera que un caso actual y el estándar probatorio tampoco puede serlo.

Señalaremos en este punto algunos problemas que presenta (y limitan) la actuación fiscal:

- 1) Algunos fiscales no son sensibles a la problemática que sufrieron las mujeres durante el conflicto ya que desconocen el contexto en el que se suscitaron los hechos denunciados, algo que repercute en el tratamiento a las víctimas. Este tipo de casos requiere un acompañamiento psicosocial especialmente sensible a las víctimas, los familiares y la comunidad, capaz de dar cuenta de y atender el proceso humano que viven mientras se desarrolla el proceso jurídico. Es fundamental identificar las profundas heridas emocionales que el litigio puede remover; asimismo, el transcurso del proceso penal puede ser vivido con inquietud, frustración y a veces confusión por parte de las víctimas y sus familiares³³. La judicialización de este tipo de casos constituye un mecanismo para conseguir verdad, reparación y dignificación de la víctima, pero también de la sociedad en su conjunto³⁴.
- 2) Falta de capacitación profesional sobre el tema: desconocimiento de la normatividad internacional de derechos humanos y su aplicación en el derecho interno.
- 3) Inadecuada tipificación penal: los hechos denunciados son investigados como delitos comunes y no como delitos de lesa humanidad (imprescriptibles).

³² El artículo 77 del Código de Procedimientos Penales del Perú señala: “Recibida la denuncia, el Juez Instructor sólo abrirá la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito”.

³³ IDL, *Balance de la justicia 2009-2010: ¿cómo estuvo la justicia en el Perú?...* pág. 41.

³⁴ *Ibidem*.

- 4) Falta de una perspectiva de género durante los interrogatorios a los que son sometidas las denunciadas –en su mayoría indígenas, quechuahablantes–, lo cual las hace revictimizadas, atentatorias contra su dignidad e intimidad, ya que les hacen sentir que no hay credibilidad en sus testimonios, que se les está trasladando la carga de la prueba al exigirles, en algunos casos, los nombres de posibles testigos que corroboren lo denunciado.
- 5) La exigencia –cada vez menos común– de un reconocimiento médico legal (ya sea de la época o uno actual) para probar la violación sexual denunciada, peritaje por demás inadecuado tomando en cuenta la data de los hechos y la impunidad con la que actuaban los perpetradores.
- 6) La falta de fiscalías especializadas en los lugares de los hechos. Sólo existen algunas fiscalías especializadas en derechos humanos en provincias. En Apurímac, por ejemplo, hay dos fiscalías *ad hoc*, que además de su carga procesal de delitos comunes tienen la designación de investigar graves violaciones de derechos humanos.
- 7) La constante negativa por parte del Ministerio de Defensa de remitir información sobre la identidad de los oficiales y suboficiales que estuvieron a cargo y/o pertenecieron de las patrullas y bases militares en períodos determinados en que se dieron estas graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres, aduciendo que por los años transcurridos todo se ha incinerado, perdido, o simplemente no existe. Esto último representa un gran obstáculo para el avance de la judicialización de los casos denunciados, ya que al no poder identificar/individualizar a los presuntos autores³⁵, las investigaciones se prolongan³⁶.

35 Es necesario señalar que en la mayoría de los casos de violación sexual, las víctimas o desconocen la identidad de sus agresores o sólo escucharon sus seudónimos (nombres falsos) o apelativos con los que eran llamados por sus colegas, o por los “nombres” que eran conocidos en la comunidad. En efecto la utilización de seudónimos fue una práctica común utilizada por los miembros de las fuerzas del orden por cuestiones de seguridad cuando eran destacados a zonas de emergencia.

36 Sobre el particular, la propia Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial No. 80, *Violencia política en el Perú 1980-1996. Un acercamiento desde la perspectiva de género* (2004) hace recomendaciones puntuales a tres órganos estatales: Congreso, para que adecue el artículo de violación sexual al Estatuto de

De otro lado, si bien la mayoría de investigaciones se dan en los lugares de origen (Ayacucho y Apurímac, por ejemplo), con lo cual se garantiza, de alguna manera, el respeto a la interculturalidad de las mujeres al contar con personal operador de justicia que habla y entiende la lengua materna de las denunciadas (el quechua), facilitando con ello los procedimientos de toma de testimonios y peritajes y por ende una adecuada defensa de sus derechos; veremos que ello podría resultar un obstáculo durante las siguientes etapas procesales.

Investigación judicial y juicio oral: actuación del Poder Judicial

Conforme lo referido, son cuatro los casos que han llegado a esta etapa procesal: dos de Huancavelica, uno de Cuzco y uno de Lima. Dado que en los dos primeros lugares **no** existen fiscalías y juzgados especializados en derechos humanos, la formalización de la denuncia por parte del fiscal de origen fue dirigida al/a la juez/a especializado/a en Lima y por ende, le correspondió a esta persona la apertura del proceso penal y la realización de las diligencias judiciales. El último caso, por obvias razones, fue investigado preliminar y judicialmente por la persona de Lima.

En efecto, la ley de creación del subsistema de derechos humanos le confiere competencia nacional a los juzgados y fiscalías supraprovinciales de Lima para conocer casos de aquellos lugares donde no exista una fiscalía especializada (Ayacucho, por ejemplo, si cuenta con dos fiscalías de derechos humanos).

Frente a esto, se suscitan nuevas situaciones que dificultan el acceso a la justicia de las mujeres³⁷: la lejanía de sus comunidades de

Roma; Ministerio Público, para que investigue de oficio, y Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y Policiales, para que ponga a disposición de las autoridades a los responsables de las violaciones sexuales. Sobre el particular y a la fecha, poco han podido hacer los fiscales y jueces para obtener información completa sobre los perpetradores.

³⁷ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, DC, 2007, pág. 86. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/women/ Acceso07/ indiceacceso.htm>>, a mayo de 2011. “La CIDH ha recibido de varias fuentes y mediante la implementación de los mecanismos del sistema interamericano, información sobre los obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para

residencia, la lengua materna y el reiterado relato de lo vivido. Si bien a nivel preliminar, las mujeres debían de desplazarse de sus comunidades a las fiscalías de la capital de provincia, ello no significaba tanto esfuerzo físico y económico como el tener que venir hasta la capital del país, a la que se accede luego de varias horas, tal vez un día entero de viaje. Ello implica no sólo tener que dejar de realizar sus labores cotidianas y económicas (agricultura, comercio-venta de productos agrícolas) sino también dejar a su familia, por varios días.

De otro lado, si bien el Poder Judicial garantiza la interpretación de ser necesaria para el caso en concreto, no es menos cierto que es limitada la atención profesional en ese sentido, existiendo la limitación con respecto a las diversas formas de hablar el quechua por razones geográficas: el que se habla en Andahuaylas es distinto al de Ayacucho o al de Cuzco, distintos verbos, palabras, etc. Esta situación se torna más evidente durante las audiencias del juicio oral³⁸.

Finalmente, durante la investigación judicial la agraviada nuevamente será citada a declarar, será sometida a un nuevo interrogatorio, volverá a narrar los hechos denunciados, pero esta vez no sólo frente al/a la juez/a, sino también, al/a la fiscal, a su abogado/a defensor/a y a los/las abogados/as de los procesados. La víctima revictimizada.

acceder a la justicia, generalmente relacionados con la exclusión social y discriminación étnica que han sufrido históricamente. A lo anterior, se une la dificultad que enfrentan las mujeres indígenas por la inaccesibilidad geográfica de los territorios indígenas. Para acceder a la justicia deben realizar largas caminatas de varios días inclusive, por tierra o por agua, para llegar a la ciudad más cercana a denunciar los hechos de violencia sufridos, lo que genera además dificultades de índole probatorio. La Comisión ha sido informada que los problemas de acceso a la justicia no terminan con la llegada a la ciudad, porque ahí enfrentan otros problemas; de tipo económico, de falta de información, de ubicación en contextos urbanos y de manera muy habitual denuncian que el desconocimiento del idioma utilizado en los tribunales de justicia impide acceder a ella”.

³⁸ De los juicios por desaparición forzada que litigamos ante la Sala Penal Nacional nos deja la experiencia que por la avanzada edad de las dos únicas intérpretes designadas estas no escuchan bien las preguntas que las y los abogados formulamos a los agraviados y testigos; no traducen fidedignamente los testimonios, y, finalmente, al haber discordancia entre las formas de hablar quechua por razones geográficas, la intérprete traduce de una forma poco comprensible generando una respuesta errónea o ambigua por parte del interpretado (lo que genera pérdida de información valiosa para el caso). Esta situación podría repetirse en los juicios por violación sexual que estarían por empezar.

Con relación al juicio oral, no existe a la fecha referente alguno ya que no se ha llegado hasta este estadio procesal. Sin embargo, tomando como referencia los casos comunes, esta no será una audiencia pública sino privada. Se hará necesario igualmente que la víctima se apersona a narrar lo ocurrido, se expondrá a la presencia de los acusados a las preguntas de las partes, especialmente de los/las abogados/as defensores/as de los perpetradores.

d. La participación del Instituto de Medicina Legal

El Instituto de Medicina Legal (IML) es un órgano de apoyo del Ministerio Público; si bien no es un sujeto procesal, es necesario mencionar el papel que cumple en la judicialización de esta clase de delito. Dado que sería inoficioso someter a la agraviada a un reconocimiento médico común de violación sexual, a petición de parte y en vista de los hechos denunciados, ellas son examinadas con el Protocolo de Reconocimiento Médico Legal para la detección de Lesiones o Muerte Resultante de Tortura³⁹.

Este Protocolo abarca la realización de diversos exámenes a las víctimas, entre los que está el psicológico. Este examen constituye otra limitante o dificultad para los casos debido a diversos factores⁴⁰:

- 1) La ausencia o el escaso personal con el que cuenta el IML, especialmente en provincias: Huancavelica no cuenta con un profesional de esta especialidad por lo que las víctimas deben de desplazarse a Lima (el peritaje se hace muchas veces sin traductor y los profesionales no hablan quechua); asimismo, debe considerarse que las características de estos peritajes no están orientadas a determinar qué tipo de huella dejó la violencia sexual, sino más bien, cuál es la afectación psicológica actual de la víctima, sin hacer una conexión con el pasado traumático de violencia sexual en conflicto armado.
- 2) Ausencia de personal especializado: la región Apurímac cuenta con un solo psicólogo que debe atender a siete provincias: la carga no le permite dedicar el tiempo adecuado a cada peritaje.

³⁹ Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público No. 705-98-MP-CEMP del 3 de noviembre de 1998.

⁴⁰ APRODEH, "*Rompiendo el silencio*"... págs. 37 y 38.

- 3) La ausencia de protocolos establecidos para realizar los peritajes, lo que lleva muchas veces a que se utilicen pruebas psicométricas o *test* proyectivos, no estandarizados a la realidad peruana, además de ser poco comprensibles para personas quechuahablantes. De esta manera los peritajes psicológicos no permiten evaluar el impacto psicológico de la violencia sexual.

Ante la situación descrita, se ha optado por presentar peritajes de parte a efectos de evidenciar el real daño ocasionado a la vida de las mujeres víctimas del conflicto.

En resumen, el proceso de judicialización frente a casos de violencia sexual durante el conflicto armado en Perú, tiene hasta el momento muy limitados avances en materia de justicia debido, en gran parte, a la falta de debida diligencia y a un procedimiento no género-sensitivo frente a los hechos traumáticos sufridos por las víctimas. Como veremos más adelante, esta problemática podría implicar el incumplimiento del Estado peruano frente a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en especial de los recientes estándares desarrollados por la Corte IDH.

Estándares internacionales de derechos humanos desarrollados por la Corte IDH frente a los casos de violencia sexual

Este apartado se centrará en presentar los principales estándares que ha fijado la Corte IDH frente a los casos de violencia sexual, sobre todo en sus sentencias más recientes. Estos importantes avances pueden contribuir a incidir en el ámbito nacional para la judicialización de casos con un procedimiento más género-sensitivo, en especial en los casos de violencia sexual en el marco de conflictos armados. Algunos de los aspectos relevantes que desarrollaremos son: a) el deber de debida diligencia frente actos de violencia contra la mujer, particularmente la violencia sexual; b) los estándares que deben regir la investigación frente a este tipo de violencia; c) causas y consecuencias de la violencia contra la mujer: la impunidad y los estereotipos de género; d) la violencia sexual como una forma de discriminación y violencia contra la mujer; e) la no discriminación en el acceso a la justicia: condición de mujer indígena; f) violencia sexual

como forma de tortura; g) impacto diferenciado de la violencia sexual; h) declaración de la víctima como elemento de prueba; i) importancia de investigar patrones sistemáticos; j) las reparaciones establecidas de acuerdo al daño sufrido y a las características de la víctima.

Estos aspectos relevantes han cristalizado en cinco casos recientemente resueltos por la Corte IDH. Consideramos importante hacer referencia previa a los hechos sucedidos en estos casos, a fin de realizar un análisis en contexto de los estándares planteados.

- 1) *Caso Valentina Rosendo Cantú vs. México*⁴¹. Los hechos se producen en el contexto de una importante presencia del Ejército que colocó a las mujeres en una situación de gran vulnerabilidad. En febrero de 2002, la señora Rosendo Cantú –mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me’phaa (Estado de Guerrero), de 17 años– fue víctima de violación sexual perpetrada por dos militares. En marzo de 2002 la señora Rosendo Cantú interpuso una denuncia por el delito de violación ante el Ministerio Público, no contando con un intérprete al relatar los hechos. Posteriormente, esta entidad se declaró incompetente y remitió la causa al fuero castrense, donde quedó archivada⁴².
- 2) *Caso Penal Castro Castro vs. Perú*⁴³. Entre el 6 y el 9 de mayo de 1992 se efectuó en el penal Miguel Castro Castro, el Operativo “Mudanza 1”. Este operativo, presentado oficialmente como un

41 Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf>, a mayo de 2011.

42 El 16 de octubre de 2007 el Ministerio Público del Fuero Común, en cumplimiento de los acuerdos adquiridos por el Estado durante el trámite del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solicitó a la Procuraduría Militar la remisión de la averiguación previa para su continuación. El 2 de diciembre de 2008 el Ministerio Público remitió la averiguación previa a la Fiscalía Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar. El 29 de octubre de 2009 la Fiscalía Especializada para la Investigación de Delitos Sexuales remitió la averiguación previa al Procurador General de Justicia Militar.

43 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf>, a mayo de 2011.

traslado de las mujeres reclusas a la cárcel de mujeres de Chorrillos, consistió en un ataque diseñado para eliminar a las internas y los internos por terrorismo. En este ataque se usaron estrategias y armas de guerra, un bombardeo constante y diversas formas de tortura y violencia sexual contra las y los reclusos desarmados y rendidos⁴⁴.

- 3) *Caso Inés Fernández Ortega vs. México*⁴⁵. Los hechos se producen también en el contexto de una importante presencia del Ejército. En marzo del año 2002, Inés Fernández se encontraba en su casa cuando cuatro militares uniformados ingresaron a su casa, uno de los militares procedió a violarla sexualmente. Este mismo mes, la señora Fernández junto a su marido y miembros de la Organización del Pueblo Indígena Me'paa, acudieron ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial competente para interponer una denuncia. En un comienzo se negaron a recibirla, debido a las dificultades que tenía para comunicarse en español, pero finalmente fue aceptada. Luego de diversas irregularidades en el proceso sobre la prueba, inspección ocular del lugar de los hechos, el Ministerio Público se declaró incompetente alegando que el conocimiento de la causa correspondía a la jurisdicción militar. En diciembre de 2004, por orden del Ministerio Público Militar, el caso fue archivado⁴⁶.
- 4) *Caso Masacre las Dos Erres vs. Guatemala*⁴⁷. En 1982 tuvo lugar una masacre en lugar denominado Las Dos Erres, perpetrada

44 Valdez, Flor de María, "Avances reconocidos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú", Serie Justicia de Género. Demus, Lima, Perú, enero de 2007. Disponible en: <<http://www.demus.org.pe/Menu/Articulos/articulo-justiciagerosentenciacaastrocastro.pdf>>, a mayo de 2011.

45 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf>, a mayo de 2011.

46 Sin embargo, por intervención de la Procuraduría General de la Justicia Militar, continuó la investigación.

47 Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf>, a mayo de 2011.

por miembros del grupo especializado de las fuerzas armadas de Guatemala. Las personas ejecutadas habrían sufrido previamente golpes y maltratos, así como muchas mujeres habrían sido violadas y golpeadas hasta el punto de sufrir abortos. Recién en 1994 se iniciaron las investigaciones sobre dicha masacre, en el marco de las cuales se realizaron algunas diligencias de exhumación. Sin embargo, el supuesto uso indiscriminado y permisivo de recursos judiciales, el retardo injustificado por parte de las autoridades judiciales y la falta de una investigación exhaustiva, juzgamiento y sanción de los responsables estaba pendiente hasta el día en que la Corte emitió la sentencia.

- 5) *Caso González y otras (“Campo algodonero”)*⁴⁸. Desde 1993 en Ciudad Juárez existe un aumento significativo en el número de desapariciones y homicidios de mujeres de entre 15 y 25 años de edad, de origen humilde, estudiantes o trabajadoras. Un número considerable de los homicidios presenta varios factores en común: las mujeres son secuestradas y mantenidas en cautiverio, sus familiares denuncian su desaparición y luego de días o meses, sus cadáveres son encontrados en terrenos baldíos, con signos de violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilaciones⁴⁹.

Además, estos crímenes se han caracterizado por la falta de esclarecimiento, enraizándose en una cultura de impunidad que los ha fomentado. El funcionariado estatal suele desestimar las denuncias, influenciado por un contexto de discriminación basada en el género⁵⁰. Dentro de este contexto se enmarca la desaparición y ulterior muerte de las víctimas del presente caso, las jóvenes Claudia González, Esmeralda Herrera y Laura Ramos Monárrez (17 años), quienes desaparecieron en distintas fechas entre setiembre y

48 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>, a mayo de 2011.

49 Centro de Derechos Humanos (CDH), *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, Edición especial del Boletín de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CDH de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010. Disponible en: <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/boletin/boletin_algodonero_21abril.pdf>, a mayo de 2011.

50 *Ibidem*.

octubre de 2001, y cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001.

a. Debida diligencia en casos de violencia sexual

La Corte IDH ha desarrollado en reiterada jurisprudencia el deber de debida diligencia que obliga a los Estados a investigar las vulneraciones a los derechos humanos de diversa índole. Sin embargo, no es sino en la jurisprudencia reciente donde se consolida un marco referencial de la debida diligencia para casos de violencia contra las mujeres, particularmente entre el 2009 y 2010. Adicional a la protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el *Caso Penal Castro Castro* es representativo pues por primera vez la Corte se pronuncia sobre la violencia contra la mujer y la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)⁵¹, concretamente el art. 7 b), en referencia a la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar este tipo de violencia. Posteriormente, en los casos Rosendo Cantú y Fernández Ortega, la Corte realiza un mayor desarrollo sobre las implicancias de la debida diligencia para los casos de violencia contra la mujer, argumentando que:

[...] las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. [...] [E]l artículo 7.b de dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección⁵².

⁵¹ Valdez, Flor de María, “Avances reconocidos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”...

⁵² Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 193; *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 177.

La Corte además, reitera en estos dos casos que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana, y agrega:

El deber de investigar es una obligación de medios, y no de resultado. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad [...] que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles, y orientada a la determinación de la verdad⁵³.

La Corte considera por lo tanto, como lo desarrolla en el *Caso “Campo algodónero”* que el

[...] deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.

Asimismo, en este caso la Corte IDH hace referencia a que es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena a este tipo de violencia, acorde con el deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género⁵⁴.

En el *Caso de las Dos Erres* la Corte consideró que el Estado debía utilizar los medios que fueran necesarios, de acuerdo con su legislación interna, para conducir eficazmente las investigaciones con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables. Asimismo, debía remover

[...] todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantienen la impunidad en este caso. La debida diligencia en la investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la

⁵³ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 191; *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 175.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México...* párr. 293.

prueba, por lo que deberán brindar al juez de la causa toda la información que requiera y abstenerse de actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo⁵⁵.

b. Requisitos para una investigación género-sensitiva frente a casos de violencia sexual contra las mujeres

En casos de violencia contra la mujer, ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia⁵⁶, lo cual ha sido desarrollado en la jurisprudencia reciente de la Corte.

En los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, la Corte IDH aborda el deber de investigar las violaciones a los derechos consagrados en la CADH, precisando algunos deberes especiales que surgen para diversas personas operadoras de justicia en el marco de la investigación de actos de violencia sexual contra mujeres. Para estos efectos, la Corte atiende a las obligaciones dispuestas en esta materia por la Convención de Belém do Pará, estableciendo lo siguiente:

[E]n una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso⁵⁷.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso La Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 233.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 178.

⁵⁷ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 194; *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 178.

También en el *Caso Rosendo Cantú*, la Corte reitera que el apoyo a una víctima de violación sexual es fundamental desde el inicio de la investigación para brindar seguridad y un marco adecuado para referirse a los hechos sufridos y facilitar su participación, de la mejor manera y con el mayor de los cuidados, en las diligencias de investigación⁵⁸.

Como se puede apreciar, estos deberes de actuación ante la existencia de violencia sexual contra las mujeres dicen directa relación, por una parte, con la protección física y psíquica de la víctima y, por otra, con el registro y seguimiento de cada una de las pruebas recabadas, especialmente las de carácter médico que, además de ser fundamentales para determinar la existencia del delito, se caracterizan por su fácil extinción⁵⁹. Con relación a esto, la Corte advierte con preocupación la tendencia de las personas operadoras de justicia a enfocar las diligencias de investigación en la declaración reiterada de la víctima, en lugar de propender a la obtención y aseguramiento de otras pruebas y a evitar su revictimización⁶⁰.

Por ello, en el caso concreto de Fernández Ortega la Corte considera probado, entre otras, las siguientes omisiones y fallas en la investigación i) un funcionario del Ministerio Público no quiso recibir inicialmente la denuncia; ii) no se proveyó de la asistencia de un intérprete; iii) no se garantizó que la denuncia de la violación sexual respetara las condiciones de cuidado y privacidad mínimas debidas a una víctima; iv) no se realizó la diligencia de investigación sobre la escena del crimen inmediatamente; v) no se proveyó a la señora Fernández Ortega de atención médica y psicológica adecuada, y vi) no se protegió la prueba pericial⁶¹. La Corte menciona en este caso que:

[...] observa con especial preocupación que las autoridades a cargo de la investigación centraron sus esfuerzos en citar a declarar

⁵⁸ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 189.

⁵⁹ Centro de Derechos Humanos (CDH), *Caso González y otras ("Campo algodonoero") vs. México...* pág. 13.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 195.

reiteradamente y no en la obtención y aseguramiento de otras pruebas. La Corte destaca que en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido⁶².

Con base en las anteriores consideraciones y en el reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado, la Corte IDH concluye que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia en la investigación de la violación sexual de la señora Fernández Ortega, la cual, además, excedió un plazo razonable. Por ello, el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con el art. 1.1 de la misma (obligación de respetar los derechos), e incumplió el deber establecido en el art. 7.b (debida diligencia) de la Convención de Belém do Pará⁶³.

c. Causas y consecuencias de la violencia contra la mujer: impunidad y estereotipos de género como factores que contribuyen a su repetición

En el *Caso “Campo algodouero”* la Corte consideró que el Estado está obligado a combatir la situación de impunidad frente a casos de violencia contra la mujer, utilizando todos los medios disponibles, ya que esta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos⁶⁴. Por ello, dispone que el Estado debe conducir eficazmente el proceso penal en curso, de acuerdo a las siguientes directrices:

[...] se deberá remover todos los obstáculos *de jure* o *de facto* que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso. La investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cuál se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia.

⁶² Ibidem, párr. 196.

⁶³ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 198.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodouero”) vs. México...* párr. 454.

Frente a ello, la Corte IDH determina

[...] que el Estado debe continuar con la estandarización de todos sus protocolos, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con la [...] violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género⁶⁵.

En la sentencia del *Caso “Campo algodonero”* la Corte concluyó que existía impunidad, y que ella es causa y a la vez consecuencia de la serie de homicidios de mujeres por razones de género que ha sido acreditada⁶⁶. Por lo tanto, acota que una de las consecuencias de la impunidad de este tipo de delitos es el mensaje que se envía a la sociedad de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que promueve su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, y genera el sentimiento de desconfianza de las mujeres en el sistema de administración de justicia⁶⁷. Así, se hace mención a lo siguiente:

Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer⁶⁸.

d. La violencia sexual como una forma de discriminación y violencia contra la mujer

En los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* la Corte IDH indica –de acuerdo a la Convención de Belém do Pará– que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y

65 *Ibidem*, párr. 502.

66 *Ibidem*, párr.453.

67 *Ibidem*, párr. 400.

68 *Ibidem*, párr. 401.

una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”⁶⁹.

La violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima⁷⁰.

De otro lado, la Corte IDH hace mención a lo establecido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual ha sostenido que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] porque la afecta en forma desproporcionada”. Asimismo, también ha señalado que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”⁷¹.

e. No discriminación en el derecho de acceso a la justicia: condición de mujer indígena

En los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* la Corte consideró probado que no contaron con un intérprete provisto por el Estado a fin de presentar su denuncia y tampoco recibieron en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de la misma⁷². Estos hechos constituyeron un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de ambas mujeres, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 118.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 119.

⁷¹ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 130; *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 120.

⁷² *Caso Fernández Ortega*, párr. 201; *Caso Rosendo Cantú*, párr. 185.

de acceso a la justicia en los términos de los arts. 8.1 y 25 de la CADH, en relación el art. 1.1 del mismo instrumento⁷³.

En el *Caso Rosendo Cantú*, además, la Corte consideró probado que ella no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia. Para poner en conocimiento de las autoridades el delito que la había afectado y acceder a información, debió recurrir a su esposo que hablaba español⁷⁴.

La Corte IDH consideró en ambos casos, que el hecho de que la víctima perteneciera a la comunidad indígena Me'phaa influyó sustancialmente en el trato recibido tanto en el marco del proceso penal, como en las instancias previas al mismo⁷⁵. La obligación de garantizar el goce igualitario de los derechos sin discriminación supone la adopción de medidas positivas y especiales en favor de quienes se encuentran en desventaja para ejercer sus derechos⁷⁶. Tomando en consideración estos hechos, la Corte determina las reparaciones, desarrolladas más adelante, como el otorgamiento de un intérprete o traductor que le permitiera denunciar la violación padecida y comprender las posteriores actuaciones judiciales⁷⁷.

Cabe resaltar que la Corte considera que cuando concurre más de un factor o causa de vulnerabilidad en un mismo titular de derecho, se ve agravada la situación:

La Corte valora positivamente la existencia de diversas acciones [...] desarrollad[a]s por el Estado. Al respecto, considera que los mismos [...] deben poner énfasis en la atención de presuntas víctimas de violación sexual, particularmente cuando pertenecen a grupos en situación de mayor vulnerabilidad como las mujeres indígenas⁷⁸.

En consecuencia, el tipo de respuestas exigibles a los Estados por el daño que provoca la concreción de una violación en perjuicio de

73 *Ibidem*.

74 Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 78.

75 Centro de Derechos Humanos (CDH), *Caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México...* pág. 13.

76 *Ibidem*.

77 *Ibidem*.

78 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 259.

estas personas puede tener un carácter más estructural y amplio. Las medidas de reparación que ha dispuesto la Corte en estos casos no sólo han ido dirigidas a la compensación y satisfacción de las víctimas individualmente consideradas, sino que también han implicado la adopción de políticas públicas en diversos ámbitos, así como programas de capacitación y otras medidas destinadas a modificar las estructuras que facilitan las violaciones de sus derechos⁷⁹.

Esto ha sido reconocido también por los propios Estados de nuestra región que, representados por los máximos exponentes de sus sistemas de justicia, suscribieron en el año 2008 las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad⁸⁰. De acuerdo con estas Reglas,

[...] se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

f. La violencia sexual como tortura: intencionalidad, finalidad y experiencia traumática

La Corte IDH ha establecido que en determinados casos, la violencia sexual puede constituir tortura. Según la Convención de Belém do Pará se está frente a un acto de tortura cuando el maltrato: i) es intencional; ii) causa severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) se comete con determinado fin o propósito⁸¹.

Intencionalidad. De las pruebas que constan en el expediente –tanto en el *Caso Rosendo Cantú* como en el de *Fernández Ortega*–, la Corte considera que queda acreditado que el maltrato fue deliberadamente infligido en contra de la víctimas, que incluye la violencia sexual⁸².

⁷⁹ Centro de Derechos Humanos (CDH), *Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México...* pág. 15.

⁸⁰ Disponibles en: <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/1255447706100reglasaccesojusticiavulnerables.pdf>>, a mayo de 2011.

⁸¹ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 110; *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 121.

⁸² *Caso Rosendo Cantú*, párr. 111; *Caso Fernández Ortega*, párr. 121.

Finalidad. La Corte considera que, en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre. Por ello, considera que tanto en el *Caso Rosendo Cantú* como en el *Caso Fernández Ortega*, tuvo esta finalidad específica de castigo ante la falta de información solicitada⁸³. Asimismo, considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un sólo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales⁸⁴.

Experiencia traumática con severas consecuencias físicas y psicológicas. La Corte hace referencia a la experiencia traumática de la violencia sexual en los casos del *Penal Castro Castro*, *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*, estableciendo que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática y devastadora que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, dejando a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas⁸⁵. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales⁸⁶.

Resulta evidente que en los dos casos mencionados anteriormente, la Corte considera que el sufrimiento padecido por la víctimas, al ser obligadas a mantener un acto sexual contra su voluntad –hecho además que fue observado por otras dos personas–, es de la mayor intensidad. El sufrimiento psicológico y moral se agravó dadas las circunstancias en las cuales se produjo la violación sexual, en tanto

⁸³ *Caso Rosendo Cantú*, párr. 117; *Caso Fernández Ortega*, párr. 127.

⁸⁴ *Caso Rosendo Cantú*, párr. 118.

⁸⁵ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 114; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 311.

⁸⁶ *Caso Fernández Ortega*, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú*, párr. 114.

no podía descartarse la posibilidad de que fuera también violada sexualmente por ellos o por quienes se encontraban afuera de la casa⁸⁷.

Adicionalmente, cabe mencionar que la Corte considera que la violación sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada, supone una intromisión en la vida sexual y anula el derecho a tomar libremente las decisiones respecto de con quien tener relaciones sexuales, perdiendo la víctima de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas⁸⁸.

g. Impacto diferenciado de la violencia sexual desde una perspectiva de género

La Corte IDH dio un paso adelante respecto de la justicia de género en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, al tomar en cuenta en su análisis “que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor medida”⁸⁹. Para llegar a esta conclusión, toma en cuenta no sólo el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, que analiza la violencia sexual durante el conflicto armado interno peruano, sino también el Informe Defensorial No. 80, que documenta las violaciones a los derechos humanos desde una perspectiva de género⁹⁰.

En el *Caso Masacre de Las Dos Erres* la Corte observa, a manera de contexto, que durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual⁹¹. Asimismo, en el *Caso Masacre Plan Sánchez* la Corte estableció como hecho probado que “la violación sexual de las mujeres fue una

⁸⁷ *Caso Fernández Ortega*, párr. 125; *Caso Rosendo Cantú*, párr. 115.

⁸⁸ *Caso Fernández Ortega*, párr. 129; *Caso Rosendo Cantú*, párr. 119.

⁸⁹ Valdez, Flor de María, “Avances reconocidos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”...

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala...* párr. 139.

práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”⁹². En el *Caso “Campo algodonero”*, la Corte considera que “se ha tenido como probado que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte”⁹³.

h. Declaración de la víctima como elemento de prueba

En casos como *Rosendo Cantú y Fernández Ortega*, la Corte IDH ha desarrollado una importante referencia al valor de la declaración de la víctima dentro del procedimiento ante esta instancia. Esto marca una distancia y diferencia respecto a su sentencia en el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, donde consideró que no tenía suficientes elementos para dar por probada la violación sexual que ella sufrió⁹⁴. En los dos primeros casos, la Corte consideró que

[R]esulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho⁹⁵.

[L]as diferencias de relato, más que un problema de consistencia, pueden deberse a obstáculos en la expresión, a la intervención de terceros, o producto del uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones. Por lo demás, los hechos relatados por la señora Fernández Ortega se refieren a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede causar que se cometan determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos entre los años 2002 y 2010⁹⁶.

⁹² Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, reparaciones y costas, sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C No. 116, párr. 49.19.

⁹³ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México...* párrs. 230 y 231.

⁹⁴ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, fondo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 58.

⁹⁵ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 100; *Caso Rosendo Cantú vs. México*, párr. 89.

⁹⁶ *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 105.

Asimismo, se establece que ambas mujeres denunciaron y perseveraron en su reclamo, sabiendo que en la zona en la que viven continuaba la presencia de militares, algunos de los cuales estaban imputados penalmente por la comisión de un delito grave⁹⁷.

i. Importancia de investigar patrones sistemáticos de violencia

La Corte IDH ha abordado la importancia del contexto al momento de investigar atentados de carácter complejo a la integridad y a la vida, insertos en un patrón de violaciones sistemáticas. En diversas oportunidades, ha señalado que para que una investigación pueda ser considerada diligente y efectiva, las autoridades encargadas deben valorar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones a los derechos humanos⁹⁸.

Así, en la sentencia del *Caso de la Masacre de Las Dos Erres* estimó que la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal —como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos—, constituye un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (*jus cogens*) y generan obligaciones para los Estados, como la de investigar y sancionar dichas prácticas, de conformidad con la CADH y, en este caso, a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) y de la Convención de Belém do Pará⁹⁹.

En virtud de lo anterior, en el *Caso de Las Dos Erres* determinó que el Estado debió iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva de todos los hechos de la masacre relacionados con la vulneración de la vida, así como respecto a otras afectaciones, como los actos de violencia contra la mujer —con una perspectiva de género—, y de conformidad con los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH, y las obligaciones específicas dispuestas en los arts. 1, 6 y 8 de la CIPST y

⁹⁷ *Ibidem*, párr. 107.

⁹⁸ CDH, *Boletín de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1/2010. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010, pág. 8. Disponible en: <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/boletin/7/boletin_1-2010.pdf>, a mayo de 2011.

⁹⁹ Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala...* párr. 140.

7.b) de la Convención Belém do Pará¹⁰⁰. De igual manera, en el *Caso “Campo algodonoero”* la Corte menciona que: “los tres homicidios por razones de género del presente caso ocurrieron en un contexto de discriminación y violencia contra la mujer”¹⁰¹.

j. Reparaciones: medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición

La consecuencia de la responsabilidad internacional por haber violado la obligación de garantizar los derechos humanos incluye el derecho de la víctima a obtener una reparación como la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Algunas de las reparaciones que tienen componentes de género se dieron en los casos *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*. En ambos, la Corte toma en cuenta su condición de mujeres indígenas, que puede implicar medidas de alcance comunitario. Siguen las medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición dictadas por el Tribunal:

- 1) *Obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables*. En los dos casos, cuyas víctimas son mujeres e indígenas, la Corte determina que el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurarle la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad¹⁰².
- 2) *Protocolo para la investigación diligente de actos de violencia sexual*. La Corte determina que el Estado debe continuar con el proceso de estandarización de un protocolo de actuación para el ámbito federal y del Estado de Guerrero, respecto de la atención e investigación de violaciones sexuales considerando, en lo pertinente, los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul y las Directrices de la Organización Mundial de la Salud¹⁰³.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 141.

¹⁰¹ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodonoero”) vs. México...* párr. 463.

¹⁰² *Caso Rosendo Cantú*, párr. 213; *Caso Fernández Ortega*, párr. 230.

¹⁰³ *Caso Rosendo Cantú*, párr. 242; *Caso Fernández Ortega*, párr. 256.

- 3) *Programas de formación con perspectiva de género para funcionarios públicos.* La Corte IDH dispone que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad¹⁰⁴.
- 4) *Programa de educación permanente sobre derechos humanos para las Fuerzas Armadas.* El Estado debe continuar con las acciones desarrolladas e implementar, en un plazo razonable, un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación en derechos humanos que incluya, entre otros temas, género y derechos indígenas¹⁰⁵.
- 5) *Atención médica y psicológica para las víctimas.* La Corte estimó que es preciso disponer de una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos físicos y psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades de género y etnicidad¹⁰⁶.
- 6) *Fortalecimiento de los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual.* Los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual pueden ser garantizados por el centro existente, el cual deberá ser fortalecido a través de la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me'paa, así como mediante la utilización de un protocolo de actuación adecuado¹⁰⁷.

Hemos revisado los estándares actuales de la Corte IDH desarrollados en su reciente jurisprudencia, los cuales son de obligatorio cumplimiento para los Estados parte que han ratificado los instrumentos internacionales antes mencionados del Sistema Regional y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte, pues constituyen una interpretación autorizada sobre los derechos y obligaciones contenidos

¹⁰⁴ *Caso Rosendo Cantú*, párr. 246; *Caso Fernández Ortega*, párrs. 259 y 260.

¹⁰⁵ *Caso Rosendo Cantú*, párr. 249; *Caso Fernández Ortega*, párr. 262.

¹⁰⁶ *Caso Rosendo Cantú*, párr. 252; *Caso Fernández Ortega*, párr. 251.

¹⁰⁷ *Caso Rosendo Cantú*, párr. 260.

en estos tratados. De allí la importancia de su difusión y utilización, en especial dentro del complejo proceso descrito de judicialización frente los casos de violencia sexual perpetrados durante el conflicto armado en el Perú. A continuación analizaremos porqué el Estado peruano se encuentra vinculado frente a estos estándares, por lo que estaríamos frente a incumpliendo de estas obligaciones internacionales.

Los tratados sobre derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos conforme el ordenamiento jurídico en el Perú y el denominado “control de convencionalidad”

a. Perú: instrumentos internacionales y ordenamiento jurídico

El Perú ha ratificado diversos tratados internacionales de derechos humanos. De los que conforman el llamado Sistema Universal de Derechos Humanos destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁸, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁰⁹, y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹¹⁰. A nivel del Sistema Interamericano, la CADH¹¹¹, la Convención de Belém do Pará¹¹² y la CIPST¹¹³. Más que a analizar la obligaciones contenidas en ellos, en este apartado nos centraremos en analizar la jerarquía de estos tratados en nuestro ordenamiento jurídico y la importancia de la jurisprudencia emitida por organismos internacionales.

¹⁰⁸ Aprobado por el Estado Peruano mediante Decreto Ley No. 22128, publicado el 29 de marzo de 1978. Fecha de ratificación: 28 de abril de 1978.

¹⁰⁹ Aprobada por Resolución Legislativa No. 23432, publicada el 5 de junio de 1982. Fecha de ratificación: 13 de setiembre de 1982. Entrada en vigor para el Perú: 13 de octubre de 1982.

¹¹⁰ Aprobada por Resolución Legislativa No. 24815, publicada el 25 de mayo de 1988. Fecha de ratificación: 7 de julio de 1988. Entrada en vigor para el Perú: 6 de agosto de 1988.

¹¹¹ Aprobada por Decreto Ley No. 22231, del 11 de julio de 1978. Ratificación: 12 de julio de 1978.

¹¹² Aprobada por Resolución Legislativa No. 26583. Ratificada por el Estado Peruano el 2 de abril de 1996.

¹¹³ Ratificada por el Estado Peruano el 28 de marzo de 1991.

En el Perú ha sido tema debatido en la doctrina el alcance normativo que tienen los tratados internacionales ratificados por el Estado en el ordenamiento jurídico interno, en especial los tratados en materia de derechos humanos. Sobre estos últimos, el debate ha girado en torno a su carácter constitucional o no. En ese sentido, las y los juristas que postulan la constitucionalidad de los tratados en materia de derechos humanos lo hacen con base en la interpretación del art. 3o. de la Constitución Política, que abarca los derechos fundamentales implícitos del ordenamiento jurídico nacional¹¹⁴. Otras personas lo han hecho conforme a la interpretación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución Política, que establece que

[...] las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Este debate ha sido resuelto con la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución para el Estado peruano¹¹⁵, el cual ha señalado que en el ordenamiento jurídico nacional los tratados o convenios sobre derechos humanos tienen rango constitucional, es decir, tienen la más alta jerarquía en el plano de la legislación a nivel nacional, prevaleciendo sobre las leyes o normas con rango de ley y las demás normas jurídicas¹¹⁶. La fundamentación a nivel interpretativo se realizó conforme a lo señalado en la CDFT de la Constitución Política.

114 “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

115 Artículo 1o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley No. 28301: “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales”.

116 Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente No. 0047-2004-AI/TC, *Caso Gobierno Regional de San Martín contra Congreso de la República*, de 24 de abril de 2006, fundamentos jurídicos 22 y 61. De igual manera en sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente No. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, *Caso Colegio de Abogados de Arequipa y otro*, de 25 de abril de 2006, fundamento jurídico 25-34.

Asimismo, Código Procesal Constitucional así como el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que –conforme a la CDFT de la Constitución Política– las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales de derechos humanos constituidos de acuerdo a los tratados de los que el Perú es parte, son obligatorios para todos los poderes públicos. En ese sentido señaló que:

[...] por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte¹¹⁷.

Esto se encuentra previsto también en el art. V del Código Procesal Constitucional y reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la siguiente:

Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte¹¹⁸.

b. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el denominado “control de convencionalidad”

Los Estados parte de la CADH tienen el deber de cumplir con las disposiciones establecidas en dicho instrumento, conforme al libre compromiso del Estado al suscribirla y a lo señalado por el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece el denominado principio *pacta sunt servanda*, de acuerdo al cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Además, no puede alegar como excusa el cumplimiento de su derecho interno en el incumplimiento del Derecho Internacional

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente No. 2730-2006-PA/TC, de 21 de julio de 2006, fundamento jurídico 14.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente No. 01458-2007-PA/TC, de 15 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 3.

conforme al art. 27 de la misma Convención. El Estado peruano ratificó la CADH y aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH. Esto implica que el Perú asumió el compromiso de cumplir de buena fe las obligaciones contenidas en dicho tratado, así como de acatar las resoluciones dictadas por el Tribunal interamericano.

El control de convencionalidad ha estado presente desde las primeras resoluciones de los casos contenciosos vistos por la Corte IDH, en cuanto guardián e intérprete último de la CADH¹¹⁹, por ejemplo, en las decisiones tomadas en los casos “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros*) vs. *Chile y Barrios Altos vs. Perú*¹²⁰.

En el Caso “*La última tentación de Cristo*” la Corte IDH decidió en uno de sus puntos resolutivos que el Estado de Chile debería de modificar en un plazo razonable, su ordenamiento jurídico interno con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “*La última tentación de Cristo*”¹²¹.

Asimismo, en el *Caso Barrios Altos* argumentó que “como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la CADH, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso”¹²². En consecuencia resolvió declarar las Leyes de Amnistía No. 26479 y No. 26492 promulgadas por el Estado peruano incompatibles con la CADH y, por lo tanto, resolver que las mismas carecen de efectos jurídicos¹²³.

El control realizado por la Corte en ambos casos es el que Néstor Pedro Sagüés ha denominado “control de convencionalidad en sede internacional”¹²⁴.

¹¹⁹ CADH, art. 67: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable”.

¹²⁰ Corte IDH, *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73; *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

¹²¹ Corte IDH, *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...* punto resolutivo 4.

¹²² Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, párr. 44.

¹²³ *Ibidem*, punto resolutivo 4.

¹²⁴ Pedro Sagüés, Néstor, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en: AAVV, *La justicia*

El control de convencionalidad en sede internacional consiste –en el caso de la Corte IDH– en constatar la compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y sus protocolos adicionales)¹²⁵. Dicho órgano interamericano ha dejado en claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia¹²⁶.

El primer caso en el que el pleno de la Corte utiliza por primera vez la denominación de “control de convencionalidad” es en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*¹²⁷. En este, la Corte IDH resuelve que el decreto ley que amnistiaba a los responsables por los delitos de lesa humanidad era incompatible con la Convención Americana y,

constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, Tomo II, primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2010, pág. 453.

¹²⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en: AAVV, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo I... pág. 173.

¹²⁶ Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009, págs. 109-128, pág. 111.

¹²⁷ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154. Se usó este concepto por primera vez en el voto concurrente del entonces magistrado y vicepresidente de la Corte, Sergio García Ramírez, en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 27, que a tenor señaló: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.

por tanto, carecía de efectos jurídicos a la luz de dicho tratado. Esta sentencia va más allá en cuanto a este tipo de control, precisando que:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹²⁸.

Con esta sentencia se abre paso a la doctrina del control de convencionalidad creada por la Corte Interamericana, la misma que se realiza sin sustento normativo de la CADH¹²⁹. Es el denominado “control de convencionalidad en sede nacional”, a decir de Néstor Pedro Sagüés.

Al ser analizado el *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*¹³⁰, la doctrina del control de convencionalidad en sede nacional fue precisada en dos aspectos. Por un lado,

[c]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder

¹²⁸Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*... párr. 124.

¹²⁹“Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”... pág. 176.

¹³⁰Corte IDH, *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158.

Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana¹³¹.

Por otro lado, este control de convencionalidad debe ser realizado por las juezas y los jueces:

Evidentemente **en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes**. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones¹³².

Y en la sentencia pronunciada recientemente por la Corte IDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*¹³³, se aclara que el control de convencionalidad en sede nacional debe ser realizado por **todos** los jueces y juezas de cada Estado:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. **Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles** están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, **los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana**, intérprete última de la Convención Americana¹³⁴.

¹³¹ *Ibidem*, párr. 128. El resaltado es de las autoras.

¹³² *Ibidem*, párr. 128. El resaltado es de las autoras.

¹³³ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220.

¹³⁴ *Ibidem*, párr. 225. El resaltado es de las autoras.

El Tribunal Constitucional del Perú ha aplicado el control de convencionalidad en el caso Arturo Castillo Chirinos contra la sentencia de la Sala Mixta Vacacional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, teniendo en consideración la interpretación realizada por la Corte IDH plasmada en su jurisprudencia:

La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CP, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal¹³⁵.

c. Características del control de convencionalidad en sede nacional

Podemos precisar tres características fundamentales del control de convencionalidad en sede nacional conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

¿Quién ejerce el control de convencionalidad en sede nacional?

En el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, y en otros casos posteriores, quedó subrayada la pauta de que no solamente la Corte IDH debe llevar a cabo el contralor de marras, sino también que previamente las y los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente antes de que el caso llegue a la instancia internacional¹³⁶. Por esta razón, las y los jueces de los Estados parte de la CADH se convierten en guardianes de la convencionalidad de las leyes y demás

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente No. 2730-2006-PA/TC, de 21 de julio de 2006, fundamento jurídico 12.

¹³⁶ Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”... pág. 119.

actos nacionales, al permitirles realizar un ejercicio de compatibilidad entre estos y la CADH¹³⁷. En ese sentido, a decir del juez *ad hoc* para el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, este tipo de control convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad¹³⁸.

Esta doctrina jurisprudencial establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios a **todas y todos los jueces nacionales**, quienes deben ejercer el control de convencionalidad con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue¹³⁹.

¿Cómo se realiza el control de convencionalidad en sede nacional?

La sentencia del *Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* aclaró lo señalado en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en el sentido de que el control de convencionalidad puede practicarse a pedido de parte pero también de oficio, esto es, por propia iniciativa del juez nacional, precisando que realizar tal control es un **deber**.

¿Cuál es el material normativo controlado?

El material normativo controlado por el control de convencionalidad es cualquier regla jurídica interna (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.). En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de **norma** y, por ende, está captada por dicho control¹⁴⁰.

¹³⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional"... pág. 186.

¹³⁸ Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en relación con la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010, párr. 24.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 33.

¹⁴⁰ Pedro Sagüés, Néstor, "El 'control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano"... pág. 457.

Según se discutió en la primera sección de este artículo, se puede concluir que el Estado peruano se encuentra vinculado por los actuales estándares que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en su jurisprudencia. Con especial énfasis se deben resaltar los estándares que la Corte ha establecido en materia de debida diligencia frente a casos de violencia sexual, así como los requisitos para un procedimiento género-sensitivo y la calificación de este tipo de violencia como una manifestación de la violencia basada en género que puede constituir tortura. Cabe resaltar también, las reparaciones que ha establecido la Corte, que en los recientes casos examinados toman en cuenta las múltiples discriminaciones que atraviesan las mujeres al momento de determinar el daño causado, en especial en el marco de conflictos armados. Esta obligatoriedad radica en la jerarquía y en el valor normativo que tienen los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, así como la jurisprudencia de la Corte IDH, en nuestro ordenamiento jurídico, tal como ha sido desarrollado en sentencias del Tribunal Constitucional. Asimismo, según el control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH, las y los jueces están en la obligación de guiarse por estos estándares.

Conclusiones

1. Durante dos décadas (1980-2000) el Perú fue escenario de un conflicto armado que tuvo un impacto diferenciado de la violencia: las mujeres principalmente, en situación de pobreza, quechuahablantes, indígenas, fueron víctimas de violencia sexual. Dada la complejidad de los hechos, la CVR sólo registró 527 casos, cifra que es una subrepresentación. De ese total de casos registrados en el 2003, luego de años de investigación preliminar, sólo cuatro están judicializados en un proceso penal: Manta y Vilca 1 y 2, Chumbivilcas y MM. Hay nueve casos que están en investigación preliminar, y tres han sido archivados. Ni una sola sentencia.
2. La judicialización de casos de graves violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado en Perú continúa siendo un proceso difícil, pues las pruebas de la comisión de los

delitos han ido desapareciendo por el transcurso del tiempo. En lo que respecta a los casos de las mujeres, las dificultades son mayores. En efecto, dadas las circunstancias de la perpetración de los hechos, no hay testigos mas allá de los propios perpetradores y de las víctimas, y existe aún desconfianza y temor para denunciar el daño causado; persiste en algunos casos la exigencia de un reconocimiento médico físico para probar la violación; no existe personal profesional capacitado para la aplicación de un peritaje psicológico que muestre las secuelas que han dejado en la vida de las mujeres la violencia ejercida contra ellas; esto se suma a la falta de sensibilización y conocimiento del contexto y de la normatividad aplicable, sobre todo internacional, por parte de las personas operadoras de justicia. La ausencia de una estrategia integral por parte de estas personas y del IML hace que las investigaciones sean largas y revictimizantes, obstaculizando el acceso a la justicia a las víctimas, quienes luego de haber vencido el miedo y la vergüenza deciden denunciar.

3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado importantes avances en cuanto a la calificación de la violencia sexual como una forma de discriminación y violencia contra la mujer, con graves consecuencias traumáticas para las víctimas. Asimismo, esta instancia internacional ha determinado que en algunas circunstancias la violencia sexual puede constituir tortura. En atención a ello y considerando que la impunidad puede perpetuar este tipo de violencia, ha instado a los Estados a utilizar los medios que sean necesarios para conducir eficazmente las investigaciones con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables, es decir, a actuar con la debida diligencia prevista tanto en la Convención de Belém Do Pará como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto implica además, considerar el impacto diferenciado de la violencia en el marco de conflictos armados, así como las múltiples discriminaciones que enfrentan las mujeres en razones de su género, raza, idioma u otros, que pueden constituirse en barreras para su acceso a la justicia.

4. En cuanto a la prueba y al procedimiento, la Corte IDH ha establecido determinados requisitos que se constituyen en estándares para una investigación género-sensitiva frente a casos de violencia sexual contra las mujeres. Así, ha determinado el valor probatorio de la declaración de la víctima en casos de violencia sexual. De igual manera, ha puesto especial énfasis en establecer que los Estados deben implementar una estrategia integral para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las mujeres tanto en la investigación legal propiamente dicha, como en los exámenes médicos u otros que se realicen. La Corte considera que la debida diligencia también implica: la no revictimización en las investigaciones que se traduce en escucharlas en un lugar seguro y cómodo; que la declaración sea de tal forma que no sea necesario volver a repetirla; el recojo adecuado de evidencias y respeto de la cadena de custodia; asesoría gratuita; aplicación de protocolos, exámenes médicos y psicológicos por personal idóneo y capacitado de preferencia del mismo sexo que la evaluada. Cabe señalar también, que insta a investigar los patrones sistemáticos de violencia cuando corresponda.
5. En el ordenamiento jurídico peruano los tratados o convenios sobre derechos humanos tienen rango constitucional, es decir, tienen la más alta jerarquía en el plano de la legislación a nivel nacional, prevaleciendo sobre las leyes o normas con rango de ley y las demás normas jurídicas. La fundamentación a nivel interpretativo se realizó conforme a lo señalado en la CDFT de la Constitución Política del Perú. Asimismo, el Tribunal Constitucional del Perú y el Código Procesal Constitucional han señalado que las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales de derechos humanos constituidos conforme a los tratados de los que el Perú es parte, son obligatorios para todos los poderes públicos.
6. El Estado peruano ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y además aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto implica que el Perú asumió el compromiso de cumplir de buena fe las obligaciones contenidas en dicho tratado, así como de acatar las resoluciones dictadas por la Corte IDH, en donde se incluyen estándares importantes que deben ser cumplidos por el Estado peruano.

7. El control de convencionalidad ha estado presente desde los inicios de las resoluciones de los casos contenciosos vistos por la Corte IDH, en cuanto guardián e intérprete último de la CADH. Este control también puede y debe ser realizado en sede nacional por todos las y los jueces de cada Estado. En esta tarea, conforme señala en su jurisprudencia la Corte, las y los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH.
8. La falta de debida diligencia y de un procedimiento género-sensitivo frente a la judicialización de casos por violencia sexual en el marco del conflicto armado peruano, constituyen un incumplimiento de parte del Estado frente a sus obligaciones internacionales, en especial de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. La Corte IDH, como hemos descrito, ha realizado una interpretación autorizada sobre los derechos contenidos en estos tratados y ha marcado estándares internacionales que el Estado peruano se encuentra en la obligación de implementar en el derecho interno. Esta obligatoriedad radica en la jerarquía y en el valor normativo que tienen los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, así como la jurisprudencia de la Corte IDH en nuestro ordenamiento jurídico.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2010-2014)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Antônio A. Cançado Trindade
Gisèle Côté-Harper
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco
Mónica Pinto
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Dinah Shelton
José de Jesús Orozco Henríquez
Rodrigo Escobar Gil
Felipe González
Paulo Sérgio Pinheiro
Luz Patricia Mejía
María Silvia Guillén

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Diego García Sayán
Leonardo A. Franco
Manuel E. Ventura Robles
Margarette May Macaulay
Rhady's Abreu Blondet
Alberto Pérez Pérez
Eduardo Vio Grossi

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos