

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/314395741>

# Violencia.

Chapter · January 2008

---

CITATION

1

READS

149

1 author:



Julieta Lemaitre

University of los Andes

79 PUBLICATIONS 368 CITATIONS

SEE PROFILE

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
Ciencias Sociales y Humanidades

Colección  
**Equidad y Justicia**

Directora  
Cristina Motta

Comité editorial

Rodolfo Arango  
Paola Bergallo  
Luisa Cabal  
Roberto Gargarella  
Ángel Nogueira

La mirada de los jueces  
*Género en la jurisprudencia latinoamericana*  
Tomo 1

Cristina Motta y Macarena Sáez

*Editoras académicas*

**RED ALAS**

Favor no escribir ni subrayar  
los libros y revistas Gracias  
Sistema de Bibliotecas  
Universidad de los Andes

  
Siglo del Hombre Editores

**LAW**  
WASHINGTON COLLEGE OF LAW  
**LAW**  
AMERICAN UNIVERSITY

**CENTER  
FOR  
REPRODUCTIVE  
RIGHTS**

DE  
346.0134.  
M361  
v.1  
e-3

La mirada de los jueces / compiladores Cristina Motta y Macarena Sáez. - Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.  
2 v.; 24 cm.  
Incluye bibliografía e índice.  
Contenido: v.1 Género en la jurisprudencia latinoamericana. - v. 2 Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana

1. Mujeres - Condiciones sociales - América Latina 2. Igualdad de la mujer - América Latina 3. Derechos de la mujer - América Latina 4. Derecho de familia - América Latina 5. Sexualidad - Aspectos sociales - América Latina 6. Heterosexualidad - América Latina 7. Homosexualidad - Legislación - América Latina I. Motta, Cristina, comp. II. Sáez, Macarena, comp.

305.4098 cd 21 ed.  
A1155330

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis-Ángel Arango

*La investigación, edición y publicación de este libro ha sido posible gracias al generoso apoyo de la Fundación Ford y del Centro de Derechos Reproductivos de la Universidad de Toronto*

La presente edición, 2008

© Siglo del Hombre Editores  
www.siglodelhombre.com

© American University  
Washington College of Law  
www.wcl.american.edu

© Center for Reproductive Rights  
www.reproductiverights.org

Carátula  
Alejandro Ospina

© Guillermo Wiedemann, *Dos cabezas*, Ca. 1956, acuarela sobre papel, 55,5 x 75 cms  
Sala Wiedemann, Casa de la Moneda, Bogotá  
Cortesía Colección Banco de la República de Colombia, registro 1912

Armada electrónica  
Ángel David Reyes Durán

ISBN Obra completa: 978-958-665-110-3  
ISBN Tomo 1: 978-958-665-111-0

Impresión  
Panamericana Formas e Impresos S.A.  
Calle 65 N° 95-28 Bogotá D.C.

Impreso en Colombia-Printed in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito de la Editorial.

## ÍNDICE GENERAL Tomo 1

Presentación ..... 19

### LAS MUJERES

#### Capítulo uno. Ciudadanía *Por Cristina Motta*

La ciudadanía civil y política ..... 34  
La ciudadanía social ..... 37  
La ciudadanía multicultural y transnacional ..... 38

I. La ciudadanía como aspiración: igualdad, reparación y emancipación ..... 41  
    A. Primer problema: la igualdad ante la ley ..... 43  
    B. Segundo problema: la reparación ..... 56  
    C. Tercer problema: la emancipación ..... 77

II. La ciudadanía como pertenencia: identidad y cultura ..... 84  
    A. Primer problema: la identidad ..... 85  
    B. Segundo problema: la cultura ..... 93  
    C. Tercer problema: la globalización ..... 101

III. La ciudadanía como práctica ..... 107  
    A. Primer problema: autonomía y dependencia ..... 109  
    B. Segundo problema: la acción colectiva ..... 115

## Capítulo dos. Trabajo

*Por Paola Bergallo y Natalia Gherardi*

I. Formas y sustancias de la igualdad .....	132
A. Primer problema: igualdad en el acceso al trabajo.....	134
B. Segundo problema: la brecha salarial y el trabajo de las mujeres en la relación laboral vigente.....	148
La garantía legal de igualdad en la remuneración por igual tarea .....	148
La garantía de igualdad de trato en la legislación.....	151
C. Tercer problema: acciones afirmativas en el empleo como estrategia de cambio y como solución .....	163
II. Respuestas frente a la diferencia .....	170
A. Primer problema: la sanción por la maternidad.....	173
B. Segundo problema: licencias y permisos parentales .....	194
C. Tercer problema: trabajo y cuidado de personas .....	216
III. Mecanismos de la dominación.....	225
A. Primer problema: acoso sexual.....	227
B. Segundo problema: la desprotección del trabajo en el empleo doméstico.....	245
C. Tercer problema: los múltiples mecanismos de la dominación. El trabajo de las mujeres migrantes .....	252

## Capítulo tres. Familia

*Por Isabel Cristina Jaramillo*

La familia nuclear como ideal .....	267
Las críticas feministas a la familia nuclear .....	268
I. Igualdad de derechos en la familia e inclusión de familias diversas .....	272
A. Primer problema: imperativos morales como límites a la igualdad.....	275
B. Segundo problema: la igualdad para no discriminar a los hombres.....	285
II. La maternidad y el cuidado.....	292
A. Primer problema: valoración de la maternidad.....	295
B. Segundo problema: la valoración cultural del trabajo de cuidado .....	324

III. Violencia sexual y no sexual en la familia .....	342
A. Primer problema: la resignación frente a la violencia para proteger a la familia.....	346
B. Segundo problema: la responsabilización de la mujer.....	353

## Capítulo cuatro. Salud

*Por Lidia Casas*

Derecho a la vida y derecho a la salud .....	367
I. La salud de las mujeres.....	368
A. Primer problema: la esterilización, ¿salud o autonomía? .....	372
B. Segundo problema: las creencias religiosas de los prestadores de salud.....	389
II. El aborto .....	396
A. Primer problema: el derecho a la confidencialidad y el mandato de reportar .....	402
B. Segundo problema: la inseguridad jurídica del aborto no punible.....	425
C. Tercer problema: la anencefalia .....	437
III. Salud, tecnología y anticoncepción .....	449
A. Primer problema: la anticoncepción de emergencia.....	453
B. Segundo problema: la reproducción asistida .....	459
IV. Derecho a la salud y adolescencia.....	464
A. Primer problema: la autonomía progresiva.....	467
B. Segundo problema: interés superior del niño. El derecho a la identidad .....	479

## Capítulo cinco. Propiedad

*Por Helena Alviar García*

I. Las consecuencias positivas y negativas de vincular la identidad femenina con la maternidad y el acceso a la propiedad .....	491
A. Primer problema: la protección de la familia y de la madre en la distribución de bienes en la sociedad conyugal. El reconocimiento del trabajo reproductivo .....	493
B. Segundo problema: la identidad femenina, el trabajo reproductivo y el acceso a la propiedad comercial .....	504

II. La consagración del acceso privilegiado a la propiedad.....	511
A. Primer problema: las mujeres como víctimas del desplazamiento y la necesidad de la intervención inmediata del Estado. La reparación del daño con perspectiva de género.....	515
B. Segundo problema: derecho a una vivienda digna para las madres cabeza de familia .....	530
III. Las tensiones entre grupos marginados.....	537
A. Primer problema: reforma agraria e igualdad de género .....	538
B. Segundo problema: acceso especial a la propiedad para condiciones masculinas específicas .....	544
Capítulo seis. Violencia <i>Por Julieta Lemaitre</i>	
I. Las paradojas de la penalización.....	554
Feminismo y criminología crítica.....	554
A. Primer problema: el femicidio o los asesinatos de mujeres por ser mujeres .....	556
B. Segundo problema: la violación como tortura. Evolución jurisprudencial del derecho de los derechos humanos .....	566
II. La difícil caracterización o tipificación de los delitos de violencia contra la mujer.....	579
A. Primer problema: consentimiento de la víctima de violación sexual .....	581
B. Segundo problema: la violencia como criterio para evaluar la legítima defensa .....	593
III. La restricción de la autonomía de las mujeres por la protección legal contra la violencia .....	605
A. Primer problema: la conciliación en la violencia intrafamiliar .....	607
B. Segundo problema: la trata de personas.....	620

## ÍNDICE DE FALLOS Y DOCUMENTOS Tomo 1

### Capítulo uno. Ciudadanía

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Ángela Camperchioli. 24 de noviembre de 1921 .....	44
Corte Suprema de Justicia de Panamá. Acción de inconstitucionalidad del artículo 26 del Código de comercio. 8 de febrero de 1994 .....	48
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Cristina González de Delgado y otros contra Universidad Nacional de Córdoba. 19 de septiembre de 2000 .....	50
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-410 de 1994 .....	57
Corte Suprema de Justicia del Perú. Inconstitucionalidad de la ley 28449 .....	61
Comisión Interamericana de Derechos Humanos. María Merciadri de Morini contra Argentina .....	64
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371 de 2000 .....	66
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1042 de 2001.....	79
Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sala de lo Constitucional. Inconstitucionalidad del artículo 196 del Código penal. 10 de septiembre de 1990 .....	86

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-989 de 2006.....	89
Corte Suprema de Justicia de Salta, Argentina. 29 de septiembre de 2006.....	95
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Rosana Claudia Borelina..	103
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-184 de 2003.....	110
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. 13 de febrero de 2001.....	117
Corte Constitucional de Colombia. Auto 200 de 2007.....	120

#### Capítulo dos. Trabajo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-624 de 1995.....	135
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires, Argentina. Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo S.A. 16 de diciembre de 2002.....	138
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-322 de 2002.....	140
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-026 de 1996.....	142
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sixto Ratto y otro contra Productos Stani S.A. 26 de agosto de 1966.....	154
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Estrella Fernández contra Sanatorio Güemes S.A. 23 de agosto de 1988.....	155
Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala V, Argentina. Graciela M. Borobio contra Aerolíneas Argentinas y otro. 9 de agosto de 1991.....	157
Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado chileno.....	164
Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia constitucional 0906/2006-R. Claudia Pastén Alarcón contra Gustavo Ávila Bustamante, Ministro de Gobierno y otros. 18 de septiembre de 2006.....	176
Tribunal Constitucional de Ecuador. Sentencia 0198-2003-RA.....	181

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-053 de 2006.....	185
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-152 de 2003.....	199
Cámara del Trabajo de Bariloche, Río Negro, Argentina. M. C. M. V. y otro. 11 de mayo de 2006.....	207
Corte Suprema de México. Sala Segunda, 9ª época.....	217
Juzgado Contencioso Administrativo de Mar del Plata, Argentina. Marcela Alejandra Delledonne contra Ministerio de Seguridad, Policía de la Provincia. 13 de mayo de 2004.....	218

Cámara Nacional del Trabajo, Buenos Aires, Argentina. Sentencia 88311. Causa 6443/2004. E. V. P. contra Bandeira S.A. sobre despido.....	231
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 de 1998.....	246
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. 19 de mayo de 1993.....	254
Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Argentina. Ricardo Hans O. Nauroth y Echeagaray y otra contra Nicolás O. D'Onofrio. 7 de septiembre de 1973.....	257
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-18/03...	260

#### Capítulo tres. Familia

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Recurso extraordinario federal contra sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires. 1 de noviembre de 1999.....	277
Corte Suprema de Justicia de Colombia. Martha Silvia Neira Torres contra Rigoberto Neira Reyes. 19 de diciembre de 2005.....	280
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1039 de 2003.....	286
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-145 de 1995.....	288
Tribunal Constitucional de Bolivia. Miriam Rosa Villagómez Michel contra Ricardo Alarcón Pozo. 21 de febrero de 2006.....	297

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-523 de 1992.....	303
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. S.S. contra D.R.M. de G. 5 de septiembre de 1989 .....	305
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-278 de 1994.....	312
Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Ángel Uriel Peña López contra el Juez Primero de Primera Instancia del Ramo de Familia del departamento de Alta Verapaz. 11 de mayo de 1999.....	318
Discurso del honorable representante Eleuterio Sierra.....	326
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-494 de 1992.....	327
Corte de Constitucionalidad de Guatemala. María Eugenia Morales Acuña de Sierra contra el Estado de Guatemala. 24 de junio de 1993 .....	331
Senado de la República de Colombia. Proyecto de ley 02 de 2005. Por el cual se modifica el artículo 154 del Código civil colombiano. ("No más esclavitud femenina en el hogar").....	335
Corte Suprema de Justicia de Perú. Luisa Lizárraga Prat de Kaelin contra Óscar Guillermo Kaelin Cavenecia. 10 de enero de 1997.....	347
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062 de 1996.....	348
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-420 de 1996.....	354
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-199 de 1996.....	356
Capítulo cuatro. Salud	
Tribunal Superior de Justicia de Corrientes, Argentina. María Liliana Falcon contra Hospital Vidal de la ciudad de Corrientes. 12 de abril de 2006.....	375
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-248 de 2003.....	381
Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N° 1 de Paraná, Argentina. N. B. E. contra Hospital San Roque y/o Secretaría de Salud y/o Estado Provincial de Entre Ríos, Argentina. 29 de noviembre de 1996 .....	390

Nota de prensa. Nueva ley de anticoncepción quirúrgica. "Clínicas católicas plantean objeción de conciencia" .....	394
Human Rights Watch. Procesamientos por abortos ilegales.....	405
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Buenos Aires, Argentina. Natividad Frías.....	407
Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Argentina. Mirta Insaurralde —aborto provocado—. Recurso de inconstitucionalidad. 12 de agosto de 1998.....	411
Cámara Penal de Santa Fe, Argentina. R. B. D. sobre aborto. 22 de diciembre de 2006 .....	420
Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, La Plata, Argentina. C. P. de P. A. K. Autorización. 27 de junio de 2005 .....	427
Primer Juzgado de Familia Mendoza, Argentina. G. A. R. por su hija C. C. A./Medidas tutelares. 18 de agosto de 2006 .....	432
Comité de Derechos Humanos de la OEA. Karen Llantoy contra Perú. 24 de octubre de 2005 .....	438
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Silvia Tanus contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. 11 de enero de 2001 .....	442
República Oriental del Uruguay. Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo. Normativa de atención sanitaria y guías de práctica clínica de la ordenanza 369/04 del MPS. Agosto de 2004.....	446
Tribunal Constitucional de Perú. Susana Chávez Alvarado y otras. Expediente N° 7435-2006-PC/TC. 13 de noviembre de 2006 .....	455
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción de inconstitucionalidad. 15 de marzo de 2000 .....	461
Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2, San Luis, Argentina. Familia y Vida Asociación Civil contra Estado Provincial de San Luis. 21 de marzo de 2005 .....	470

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-477 de 1995.....	481
Capítulo cinco. Propiedad	
Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Chile. Rol 529-2006. 20 de junio de 2006 .....	495
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-494 de 1992.....	497
Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Avelina Romero Rodríguez y co-agraviadas. 14 de junio de 1945 .....	507
Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Rosa María Leñero de Revilla. 24 de septiembre de 1954 .....	508
Consejo de Estado de Colombia. 10 de abril de 2003 .....	516
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-985 de 2003.....	522
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-950 de 2004.....	530
Tribunal Supremo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Mabel Díaz Nora y otros contra GCBA sobre amparo .....	532
Suprema Corte de la Nación de México. Sentencia de amparo administrativo en revisión 1950/41. Jerónimo Zarazúa. 26 de febrero de 1943.....	540
Suprema Corte de la Nación de México. Sentencia de amparo directo 12/97. Vicente Aviña Zaragoza y otro. 20 de febrero de 1997 .....	541
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-423 de 1997 .....	545
Capítulo seis. Violencia	
Informe especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación". 7 de marzo de 2003 .....	557

Amnistía Internacional. "Ni protección ni justicia: homicidios de mujeres en Guatemala". Junio de 2005.....	559
Propuesta de reforma del Código penal federal mexicano. Diputadas Marcela Lagarde y de los Ríos, Eliana García Laguna y Rebeca Godínez y Bravo. Diciembre de 2004.....	561
Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Raquel Martín de Mejía contra Perú. Informe N° 5/96. Caso 10.970. 1° de marzo de 1996 .....	567
Corte Penal Internacional. Las reglas de procedimiento y prueba. "Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento". Capítulo 4, sección I, La prueba.....	571
Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR). Audiencia pública temática sobre legislación antiterrorista y violación al debido proceso Caso N° 3: María Magdalena Monteza Benavides .....	572
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988.....	575
Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de Chile. G.T.C. contra O.M.L.S. RUC: 0500289837-5 RIT: 17-2000. 25 de abril de 2006 .....	583
Corte Constitucional de Colombia. T-453 de 2005 .....	587
Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, Argentina. G. B. sobre homicidio calificado. 21 de septiembre de 2005 .....	596
Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de Mar del Plata, Argentina, Sala II. C.D. sobre homicidio en estado de emoción violenta. 23 de junio de 1995.....	598
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-059 de 2005 .....	610
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-382 de 1994.....	612
Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 54/01. Caso 12.051: Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil. 16 de abril de 2001 .....	615
Juzgado 14 de Familia de Lima. Acta de conciliación. Expediente 526-1997 ...	617



Comisión de Derechos Humanos, Período de sesiones N° 56. "Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género". Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer. 29 de febrero de 2000....	622
Manifiesto de las trabajadoras sexuales. Calcuta, 1997 .....	626
Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. 28 de noviembre de 1998 .....	627
Ley 985 de 2005. Reforma del Código penal de Colombia .....	628
Decreto 234 de 2005. Reforma del Código penal de Honduras .....	628
Ley 1160. Código penal de la República del Paraguay .....	628

## PRESENTACIÓN

*La mirada de los jueces* es una lectura detenida y de explícita finalidad pedagógica de algunas de las más importantes decisiones jurisprudenciales de jueces latinoamericanos en relación con los derechos de las mujeres y las sexualidades diversas. Si bien este libro intenta ser una muestra de la jurisprudencia regional, no tiene la pretensión de ser exhaustiva. Muchos de los fallos que aquí se presentan son extraordinarios, aunque no por ello intrascendentes, y se concentran en algunos países más que en otros debido a la disponibilidad, la calidad argumentativa, el impacto y su potencialidad para constituirse en modelos laudables o censurables. A pesar de privilegiar la mirada de los jueces, algunos capítulos aportan una evaluación crítica de leyes, reportes internacionales y políticas públicas cuando su pertinencia para la comprensión cabal del problema así lo demanda.

### I

La concepción del libro se apoya en dos pilares principales: una posición teórica que concibe el derecho como una práctica social compleja en la que los jueces poseen un papel activo, autónomo y trascendental, y una posición crítica frente al derecho orientada por las perspectivas que ofrecen los estudios de género y sexualidad. El primer pilar conduce a enaltecer la figura del juez, quien en los sistemas jurídicos latinoamericanos ha ocupado desde sus orígenes un plano subordinado frente a los poderes políticos. La idea central de la separación de poderes que guió a la tradición romano-germana buscaba asegurar que la voluntad popular no fuera reemplazada por la de funcionarios que no la representaban, lo que contribuyó a que los jueces fueran adquiriendo una imagen anodina, incomparable con la ejercida por las otras dos potestades del Estado.

autonomía femenina. Estos tres temas representan tanto los aportes feministas a la dogmática tradicional, como las dificultades que enfrenta el proyecto feminista cuando pretende usar el derecho para el avance de su agenda. Si bien los ejemplos no agotan el tema, ofrecen una introducción útil a un material relevante y una forma de análisis a la vez feminista y crítica.

## I. LAS PARADOJAS DE LA PENALIZACIÓN

### FEMINISMO Y CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

La crítica feminista al derecho apoya las reformas hechas a los códigos penales argumentando que la ley no sólo discrimina a las mujeres, sino que además excluye su punto de vista. Esas reformas, por lo tanto, se han orientado a eliminar las clasificaciones sexistas (la calificación del sujeto pasivo de ciertos delitos sexuales, como mujer virgen o mujer honesta, por ejemplo) y a incluir el punto de vista de las mujeres (por ejemplo, que la violación marital sí existe como forma de violencia sexual). Su objetivo no es sólo mejorar la situación de las mujeres frente al derecho penal, sino además cambiar la cultura mediante el efecto legitimador del derecho.<sup>15</sup>

Para la criminología crítica, este uso del derecho penal es un error monumental del feminismo: un movimiento emancipatorio como ése no se debería aliar con el Estado en el ejercicio del poder punitivo,<sup>16</sup> un poder que, por su estructura, no se puede ejercer sino en forma selectiva y necesariamente discriminatoria. Se cuestiona el hecho de que “el poder jerarquizante de la sociedad, el instrumento más violento de discriminación, la herramienta que apuntala todas las discriminaciones, pueda convertirse en un instrumento de lucha contra la discriminación”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> “[...] preferiría no tener que gastar tanto esfuerzo logrando que la ley reconozca que la violencia contra las mujeres es mala. Pero parece ser necesario para legitimar nuestro dolor como cierto, y para deslegitimar la violencia, y éste es un paso necesario para avanzar hacia etapas más positivas. Así, la reforma del acoso sexual por primera vez deslegitimó el acoso sexual tanto social como legalmente. Si se les ocurre un camino más efectivo para lograr esto, háganmelo saber [...]”. C. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, op. cit., 1987, p. 104.

<sup>16</sup> Ver Elena Larrauri, *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1991; ver Regina Pereira de Andrade, *A ilusão de segurança jurídica do controle da violência a violência do controle penal*, Livraria do Adrogado, Porto Alegre, 1997; Haydée Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

<sup>17</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en H. Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, op. cit.

Estas dos perspectivas enmarcan los casos que se estudian a continuación. El primero tiene que ver con la creación del delito de femicidio o feminicidio para tipificar la tortura y el asesinato de mujeres jóvenes y pobres, y su falta de investigación y castigo. Varias feministas centroamericanas, con algún eco en el resto de la región,<sup>18</sup> han abogado por la tipificación de este delito, que se define como el asesinato de mujeres por el hecho de ser mujeres. Constituirían feminicidio, por ejemplo, los homicidios que con motivos sexuales buscan imponer conductas “apropiadas” de esposa o madre, o contra una prostituta por el solo hecho de serlo. En este aparte se considera la aplicación del femicidio en dos fenómenos muy complejos: los asesinatos seriales de Ciudad Juárez, vinculados a economías legales —maquilas— e ilegales —narcotráfico, inmigración ilegal, tráfico de personas— de esta zona de frontera, y los ocurridos en Guatemala, relacionados con bandas de adolescentes jóvenes y pobres —las maras—.

El segundo caso tiene que ver con la responsabilidad del Estado por violación sexual en contextos de terrorismo de Estado o de conflicto armado. Las feministas han abogado porque el Estado, en lugar de responsabilizar únicamente a los individuos que cometen violencia sexual, asuma la responsabilidad que le cabe. Se cuestiona entonces la idea de que la violación sexual sea un acto independiente de otros actos de represión, como la detención ilegal y otras formas de tortura; la idea es que se reconozca como parte de un solo fenómeno violatorio de los derechos humanos. En este sentido, es muy importante la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Raquel Martín de Mejía contra Perú”, en el que se reconoce que la violencia sexual es una forma de tortura.<sup>19</sup>

La pregunta es si es productivo insistir en la responsabilidad del Estado por actos frente a los cuales es indiferente, como son los asesinatos sexuales o la violencia sexual; si insistir en esa responsabilidad contribuye a la emancipación de las mujeres y al cambio de mentalidades. La incapacidad del derecho penal para proteger a las mujeres es evidente en la región, y se refleja, aparte de la esfera de la violencia, en la ineficacia a la hora de criminalizar el no pago de pensiones de alimentos, para dar un ejemplo. La idea no es rechazar de plano la reforma legal, sino ponerla en un contexto amplio de activismo, y pensar que ha llegado el momento de evaluar no sólo sus resultados sino también las dificultades para ponerla en práctica como estrategia de cambio social.

<sup>18</sup> Ver, por ejemplo, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, *La violencia contra la mujer: femicidio en el Perú*, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, Lima, 2005.

<sup>19</sup> Ver nota 26.

#### A. PRIMER PROBLEMA: EL FEMICIDIO O LOS ASESINATOS DE MUJERES POR SER MUJERES

Las denuncias por tortura y asesinatos de mujeres en la región, especialmente en México y Guatemala, responsabilizan a los Estados por la impunidad y la persistencia de estos delitos, e insisten en que no se pueden confundir con las cifras generales de criminalidad. Las denuncias sostienen que estos crímenes revelan la discriminación contra la mujer, no sólo porque el sexo es su principal motivación, sino también porque las autoridades los ignoran deliberadamente, reproducen estereotipos (un argumento recurrente de las autoridades, por ejemplo en los casos de niñas desaparecidas, consiste en suponer que ésta o éstas debieron de haberse escapado con el novio) y no investigan el delito ni castigan a los culpables. Esta situación lleva a muchas organizaciones de derechos humanos a acusar al Estado de incumplir sus obligaciones como garante de los derechos humanos.

Un sector del movimiento feminista promueve además que se nombre el fenómeno como femicidio, para que los asesinatos de mujeres motivados por el sexo sean identificados como un tipo especial de asesinato. El término proviene de Jill Radford y Diane Russell, que lo definen como los asesinatos de mujeres motivados por el odio hacia éstas. Lo hicieron a partir del caso de un joven canadiense que asesinó a un grupo de muchachas estudiantes de ingeniería y que adujo haberlo hecho por el odio que sentía por las mujeres.<sup>20</sup> El prototipo del femicidio en Latinoamérica no es equiparable a este caso, de índole aislada, sino más bien a quince años de desapariciones, torturas y asesinatos de mujeres jóvenes en Ciudad Juárez, México. Otros fenómenos similares fueron incluidos más recientemente en Guatemala.<sup>21</sup>

Se está ante un fenómeno que tiene al menos tres dimensiones novedosas para el derecho. La primera es la motivación de los asesinos, que parece estar relacionada con la juventud y el sexo de las víctimas, y con un odio o desprecio que se manifiesta en conductas sexuales extremadamente violentas; la segunda dimensión es el clima de zozobra e impunidad creado por el cúmulo de crímenes sin resolver a lo largo de los años; y la tercera, por último, es la desidia, negligencia y en ocasiones evidente mala fe de las autoridades encargadas de investigar los delitos.

<sup>20</sup> Jill Radford y Diane Russell, *Femicide: The Politics of Woman Killing*, Open University Press, Buckingham, 1992.

<sup>21</sup> La antropóloga Rita Segato relaciona los crímenes de Ciudad Juárez con el modus operandi de mafias criminales. Ver Rita Laura Segato, *Qué es un femicidio. Notas para un debate emergente*, Universidad de Brasilia, Departamento de Antropología, Brasilia, 2006.

Ante esta situación, el movimiento feminista trabaja en dos frentes legales. Por una parte, en la creación de un nuevo delito que defina tanto la motivación de odio hacia las mujeres como la situación general de zozobra e impunidad de la que se aprovechan los criminales. La definición más difundida es la de la diputada mexicana Marcela Lagarde en la sustentación de su proyecto de reforma del Código penal. Lagarde define el femicidio como el atentado contra la vida e integridad física de una mujer cuando es cometido en un lugar en el que este tipo de atentados y la impunidad que le sigue son sistemáticos.

El segundo frente legal es el de denunciar al Estado por violar su obligación de proteger y garantizar la vigencia de los derechos humanos en su territorio, en especial el derecho a la vida y al acceso a una adecuada administración de justicia. A continuación se analizan algunos de los problemas con los que se enfrentan ambos esfuerzos, tanto el de crear un nuevo tipo penal como el de insistir en la responsabilidad del Estado.

#### Informe especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación" 7 de marzo de 2003<sup>22</sup>

[...]

El presente informe se refiere a los derechos de las mujeres de Ciudad Juárez, México, a no ser objeto de violencia y discriminación. En él se expone la grave situación de violencia que enfrentan las mujeres y las niñas de Ciudad Juárez, consistentes, *inter alia*, en homicidios y desapariciones, así como actos de violencia sexual y doméstica, y se ofrecen recomendaciones destinadas a ayudar a los Estados Unidos Mexicanos ("Estado" o "Estado mexicano") a ampliar sus esfuerzos tendientes a respetar y garantizar esos derechos.

[...]

Durante la visita, las autoridades de Ciudad Juárez presentaron información referente al asesinato de 268 mujeres y niñas a partir de 1993. En un considerable número de casos, las víctimas eran mujeres o niñas, trabajadoras de las maquilas (plantas de ensamblaje) o estudiantes que fueron objeto de abusos sexuales y luego asesinadas brutalmente. Dichas autoridades dieron cuenta también de más de 250 denuncias de desaparición de personas presentadas en ese período que siguen sin resolverse [...].

[...]

Si bien la situación de la mujer en Ciudad Juárez tiene muchos aspectos comunes a los de otras ciudades de México y de la región en general, presenta diferencias en

<sup>22</sup> OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003.

ciertos importantes aspectos. Primero, la tasa de homicidios de mujeres aumentó extraordinariamente en Ciudad Juárez en 1993, y desde entonces ha seguido siendo elevada. Segundo, como se explica en mayor detalle en el informe, el número de homicidios de mujeres, en comparación con el de hombres en Ciudad Juárez es considerablemente mayor que el de ciudades en situación similar, y que el promedio nacional. Tercero, las circunstancias sumamente brutales de muchos de los asesinatos han permitido centrar la atención en la situación imperante en Ciudad Juárez. Un considerable número de esas víctimas eran jóvenes de 15 a 25 años de edad, y muchas fueron golpeadas u objeto de violencia sexual antes de ser estranguladas o muertas a puñaladas. Algunos de los asesinatos con estas características han sido descritos como homicidios múltiples o "seriales". Cuarto, la respuesta de las autoridades ante estos crímenes ha sido notablemente deficiente. Dos aspectos de esa reacción revisten especial importancia. Por una parte, la gran mayoría de los asesinatos siguen impunes; aproximadamente el 20% han dado lugar a procesamientos y condenas. Por otra parte, casi al mismo tiempo que comenzara a aumentar la tasa de homicidios, algunos de los funcionarios encargados de la investigación de esos hechos y el procesamiento de los perpetradores comenzaron a emplear un discurso que, en definitiva, culpaba a la víctima por el delito. Según declaraciones públicas de determinadas autoridades de alto rango, las víctimas utilizaban minifaldas, salían de baile, eran "fáciles" o prostitutas. Hay informes acerca de que la respuesta de las autoridades pertinentes frente a los familiares de las víctimas osciló entre indiferencia y hostilidad.

[...]

Aunque el alto nivel de violencia contra hombres y mujeres es una fuente de preocupación para la CIDH en términos más generales, los esfuerzos tendientes a sancionar los asesinatos cometidos en el pasado contra mujeres y prevenir futuros hechos del mismo género han sido bloqueados por obstáculos adicionales, muy especialmente la discriminación basada en el género. En este sentido debe subrayarse que, como lo deja en claro la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"), la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Como lo establecen la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, adoptadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, esa violencia "es uno de los mecanismos sociales fundamentales mediante los que se coloca a la mujer en una posición de subordinación frente al hombre". La falta de debida diligencia para aclarar y castigar esos delitos y prevenir su repetición refleja el hecho de que los mismos no se consideran como problema grave. La impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación.

### Amnistía Internacional

#### "Ni protección ni justicia: homicidios de mujeres en Guatemala"

Junio de 2005<sup>23</sup>

Mi hija María Isabel de 15 años era estudiante y trabajaba en una boutique en vacaciones. La noche del 15 de diciembre de 2001 fue secuestrada en la capital y apareció poco antes de Navidad violada, amarrada de pies y manos con alambre de púas, acuchillada y estrangulada, metida entre una bolsa y su cara desfigurada a golpes, tenía hoyitos en el cuerpo, una soga al cuello y las uñas volteadas. Cuando me entregaron el cuerpo yo me tiré al piso a gritar y llorar y todavía me decían que no exagerara. Con base en declaraciones de testigos las autoridades identificaron dos de los autores, un vehículo lujoso y datos de la casa donde estuvo raptada, el expediente ha pasado por dos fiscalías, pero los autores siguen en libertad.

La brutal violencia sexual de que fue objeto María Isabel tras ser secuestrada y antes de que la asesinaran en 2001 es característica de muchos de los centenares de homicidios de mujeres y niñas registrados en Guatemala en los últimos años. La falta de medidas de las autoridades guatemaltecas para detener y poner a disposición judicial a los responsables es otra característica de este caso y de muchos otros. Muchos de los familiares de las mujeres asesinadas ven agravado su sufrimiento al saber que, con casi total seguridad, al no ocuparse el gobierno de estos casos debidamente, garantizando que los delitos se investigan de manera exhaustiva e imparcial, jamás tendrán acceso a la verdad y la justicia. En un plano más general, el hecho de que el gobierno guatemalteco no haya logrado prevenir el aumento en el número de asesinatos ni garantizado el enjuiciamiento efectivo de los responsables permite a éstos seguir cometiendo delitos con la certeza de que no tendrán que rendir cuentas por ello.

Las autoridades guatemaltecas confirmaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, entre 2001 y agosto de 2004, registraron la muerte de 1.188 mujeres. [...] Sin embargo, se desconoce el número exacto de mujeres asesinadas, y no hay tampoco acuerdo en torno a él. La cifra varía según las instituciones y se establece con criterios distintos. Una fuente oficial es la Policía Nacional Civil (PNC), que registró 527 casos de mujeres víctimas de homicidio violento durante 2004. Sin embargo, varios factores, como el temor de los familiares a informar del asesinato y la falta de confianza pública en las instituciones del Estado, en particular en la administración del sistema de justicia para responder adecuadamente a las denuncias, indican que las cifras de la policía podrían quedarse cortas. Algunos observadores han cuestionado o descartado la gravedad del problema de los ho-

<sup>23</sup> AMR 34/017/2005 (los pies de página fueron omitidos). Disponible en <http://web.amnesty.org/library/index/eslamr340172005>.

miciidios de mujeres por considerar que las estadísticas son iguales o parecidas a las de homicidios de mujeres cometidos en otros países de América. Sin embargo, Amnistía Internacional cree que la brutalidad reiterada, los indicios de violencia sexual —que puede constituir tortura en algunos casos— y el aumento del número de homicidios hacen necesario que las autoridades presten atención al problema con urgencia.

En Guatemala, la mayoría de los homicidios de mujeres se han cometido en zonas urbanas, donde se ha visto además un alto incremento de la delincuencia violenta en los últimos años, vinculada a menudo al crimen organizado —incluidos el tráfico de drogas o armas y los secuestros perpetrados para pedir rescate—, así como a las actividades de bandas de jóvenes de la calle conocidas como “maras”. Los hombres también se han visto afectados por el grado general de violencia existente en la comunidad, y se ha producido un significativo aumento del índice de asesinatos en general. Las cuestiones de seguridad pública y quebrantamiento de la ley figuran a menudo entre los principales motivos de preocupación de la población en general.

[...]

Muchas de las víctimas de homicidio eran menores de 18 años. Entre las mujeres víctimas de homicidio en Guatemala en los últimos años ha habido estudiantes, amas de casa, profesionales, empleadas domésticas, trabajadoras no cualificadas, miembros o ex miembros de maras y trabajadoras del sexo. Aunque los asesinatos puedan haberse cometido por distintos motivos y tanto por agentes estatales como no estatales, el estudio de algunos de los casos revela que la violencia suele estar basada en el género de la víctima, el cual parece ser un importante factor, determinante tanto del motivo como del contexto del asesinato, así como del tipo de violencia ejercida y de la respuesta de las autoridades.

[...]

Debido a la falta de información oficial fidedigna, es sumamente difícil hacerse una idea general de la magnitud de la violencia perpetrada contra las mujeres en Guatemala. En particular, la ausencia casi absoluta de datos desglosados por géneros en los documentos oficiales hace que la violencia de género se registre en general en menor proporción de la que representa realmente e incluso que a menudo apenas quede reflejada.

[...]

Las dimensiones que ha adquirido hoy la violencia contra las mujeres en Guatemala tienen su origen en valores históricos y culturales que han mantenido la subordinación de las mujeres y que fueron especialmente evidentes durante el conflicto armado interno que se prolongó a lo largo de 36 años, hasta la firma de los acuerdos de paz auspiciados por la ONU en 1996.

[...]

Amnistía Internacional reconoce que las autoridades guatemaltecas han tomado algunas medidas positivas para prevenir la violencia contra las mujeres, entre ellas la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, la promulgación de leyes y la creación de instituciones públicas para promover y proteger los derechos de las mujeres. Sin embargo, estas medidas a menudo no se han aplicado, vigilado o revisado de manera efectiva, por lo que raras veces han servido para impedir que las mujeres sufran violencia.

**Propuesta de reforma del Código penal federal mexicano  
Diputadas Marcela Lagarde y de los Ríos, Eliana García Laguna y  
Rebeca Godínez y Bravo  
Diciembre de 2004<sup>24</sup>**

ARTÍCULO PRIMERO: Se adicionan el Título Vigésimo Octavo y los artículos 432, 433 y 434 al Código Penal Federal, para quedar en los siguientes términos:

Libro Segundo. Título Vigésimo Octavo. De los Delitos de Género. Del Delito de Femicidio

Artículo 432: A quien atente, sin importar la finalidad de la acción, en contra de la vida, la dignidad, la integridad física o mental de mujeres en una determinada comunidad o región donde de manera recurrente se hubieran venido cometiendo estos delitos, se impondrá una pena de veinte a cuarenta años, además de las penas que correspondan por los delitos cometidos.

Para los efectos del presente artículo se considera un atentado en contra de la vida, la dignidad, o la integridad física o mental de las mujeres:

- I. Homicidio
- II. Desaparición forzada
- III. Secuestro
- IV. Violación
- V. Mutilación
- VI. Lesiones graves
- VII. Trata de persona
- VIII. Tráfico de persona

<sup>24</sup> Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona al libro segundo del Código penal federal el título Vigésimo Octavo, “De los delitos de género”, y los artículos 432, 433 y 434, para tipificar el delito de femicidio; y se adiciona un numeral 35 al artículo 194 del Código federal de procedimientos penales y una fracción VI al artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Diciembre de 2004. Disponible en <http://www.isis.cl/Femicidio/fdocumento.htm>.

- IX. Tortura
- X. Abuso sexual
- XI. Prostitución forzada
- XII. Esterilización forzada
- XIII. Discriminación por orígenes étnicos, raciales, preferencia sexual o por estado de gravidez, y
- XIV. Todas las conductas consagradas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y protección a la mujer.

Las penas señaladas en este artículo se incrementarán hasta en una mitad cuando el o los responsables del delito sean los encargados de establecimientos de salud, educativos, de procuración o administración de justicia o mantengan hacia las víctimas una posición de jerarquía institucional.

De igual manera se incrementarán hasta en una mitad cuando las víctimas sean niñas o adolescentes menores de 18 años.

Artículo 434: Se impondrá una sanción de cinco a ocho años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público a la autoridad que, teniendo la obligación de evitar o investigar la comisión del delito de feminicidio o de cualquier otro de los delitos señalados en las fracciones I a XIV, no lo hiciera o incurriera en acciones u omisiones que tengan como consecuencia la perpetuación de las condiciones que faciliten la comisión del delito.

### *Cuestiones a debatir*

#### **Definición de feminicidio como delito**

En ambos informes se insiste en la responsabilidad del Estado por estos asesinatos. Consideran que éste ha violado su obligación de proteger el derecho a la vida de las víctimas y el derecho al acceso a la justicia.

Considere el impacto que tendría la tipificación del feminicidio en el proceso penal y si ésta serviría como mecanismo de presión efectivo para que los individuos modifiquen su conducta.

El término feminicidio, como delito, se refiere a los asesinatos de mujeres cuya motivación es el sexo de la víctima. Un agresor que busca a una mujer para violarla y asesinarla lo hace porque es mujer; si se tratara de un hombre, no cometería la acción. Esta diferencia no existe en el caso de un asalto: el sexo de la víctima puede facilitar el delito, si el autor considera a la mujer más débil, pero no lo motiva. En este caso, el motivo sería el lucro. El que las mujeres puedan ser víctimas de asesinato debido a su sexo es algo que primordialmente les ocurre a ellas, aunque no es el único delito motivado por la categoría a la que se pertenece —también hay casos de asesinatos de homosexuales, travestis, negros,

indígenas, e incluso de miembros de una iglesia o un partido político—. Parecería entonces que el elemento a tipificar debería ser la motivación, y además cuando el homicidio se comete en razón de una característica de la víctima —el sexo, su orientación sexual, religión, raza, etcétera— se podría estar hablando de una causal de agravante de éste. La dificultad estriba en que en muchas ocasiones la motivación, incluso para los agresores, no es clara: la violación de una muchacha no parece motivada por el género hasta que una explicación no lo hace evidente. Por esto sea quizá más efectivo identificar un delito específico que exija que tanto en el proceso criminal como en la sociedad en su conjunto la motivación se visibilice como un elemento del delito.

### *Preguntas*

1. Considere las propuestas anteriores para la tipificación del feminicidio como un delito.

¿En su criterio, la tipificación propuesta responde a la situación que describen los informes de Amnistía Internacional sobre Guatemala y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre México? ¿Que tipificación recogería adecuadamente el fenómeno descrito? Evalúe la idoneidad de los siguientes elementos para crear un tipo de feminicidio: que haya sido precedido o seguido de violencia sexual (violación, mutilación sexual, entre otras); que se haya cometido por motivos fútiles o abyectos, es decir, con acciones frívolas o bajas, con alevosía, abuso de superioridad, ensañamiento, con expresiones de menosprecio por el género del ofendido.

2. A la luz de la reiterada ineficacia del Estado para investigar y castigar los crímenes que se han descrito, ¿qué ventajas y desventajas ve usted en la creación de un tipo penal especial? Considere los argumentos de MacKinnon y Zaffaroni expuestos al inicio de esta sección.

3. El proyecto de ley para la penalización de la violencia contra las mujeres de Costa Rica, de acuerdo con el informe afirmativo unánime de la Comisión Permanente Especial, y con las consultas de constitucionalidad de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, establece:

#### Artículo 21. Feminicidio

Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Disponible en [www.alianzaportusderechos.org/media\\_files/download/Leypenalizacionviolencia.doc](http://www.alianzaportusderechos.org/media_files/download/Leypenalizacionviolencia.doc).

El proyecto original de la ley costarricense no establecía la necesidad de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, sino “una relación de poder o confianza”. El cambio se hizo en la comisión legislativa porque el voto consultivo N° 2005-01800 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— opinó que el uso de estos términos —relación de poder o de confianza, de orden afectivo, familiar o jerárquico, de hecho o de derecho— producía “una gran apertura al tipo penal [...] dejando sin sustento la función de garantía de la tipicidad, principio derivado de la legalidad”.

¿Qué opina de la formulación inicial y del cambio que se le hizo?

4. La propuesta de las diputadas mexicanas incluye en el tipo que el delito ocurra en una localidad “donde de manera recurrente se hubieren venido cometiendo estos delitos”. ¿Qué problemas puede acarrear este elemento cualificador del delito? ¿Conoce otros tipos penales con calificativos similares?

### Responsabilidad del Estado por el femicidio

En el año 2003, un grupo de organizaciones no gubernamentales (ONG) regionales solicitó una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para reportar la situación de violencia contra la mujer en la región, y en particular el incremento de asesinatos de mujeres motivados por el sexo.<sup>26</sup> Las organizaciones que asistieron forman parte de una red transnacional que presiona a los Estados a través del sistema de Naciones Unidas, la OEA y organizaciones internacionales de derechos humanos como Amnistía Internacional. El objetivo es lograr que los gobiernos nacionales de turno actúen en la investigación y el castigo de estos crímenes y en el resarcimiento de las familias sobrevivientes.

La respuesta del gobierno mexicano a esta campaña, por ejemplo, ha sido positiva: ha reconocido su responsabilidad, ha creado instituciones y ha adoptado nuevas políticas. Sin embargo, las medidas no han alterado la situación de violencia. México alega que se trata de un fenómeno estructural que no depende

<sup>26</sup> A esta audiencia asistieron las siguientes organizaciones: la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH); el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM); la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH); el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); Fundación Kuña Aty, Paraguay; Estudio para la Defensa y los Derechos de la Mujer (DEMUS), Perú; Católicas por el Derecho a Decidir, México; Grupo de Mujeres de San Cristóbal de las Casas, A.C. (COLEM), México; Centro de Promoción de la Mujer Gregoria Apaza, Bolivia; Red Nacional de Trabajadoras/es de la Información y Comunicación (RED ADA), Bolivia; Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH), Guatemala; Sisma Mujer, Colombia; Red de la No Violencia contra las Mujeres de Guatemala y Washington, Office on Latin America (WOLA).

ni encuentra su causa en el Estado, y que las acciones de largo plazo que asegurarían el cambio no pueden ser de su exclusiva responsabilidad.<sup>27</sup>

### Preguntas

1. Analice los hechos que presentan los informes sobre asesinatos de mujeres en Guatemala y México, y señale si en su criterio hay o no responsabilidad del Estado. Considere como fuentes de obligaciones los principales tratados de derechos humanos suscritos por México, incluyendo las convenciones de Belém do Pará y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Considere además lo que en los casos “Velásquez Rodríguez” —responsabilidad por hechos de agentes no estatales— y “Maria Maia da Penha” —responsabilidad por inacción ante la violencia intrafamiliar— estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. En el caso de Ciudad Juárez, los familiares de las víctimas, en hechos parcialmente confirmados por la Comisión de las Naciones Unidas enviada a investigar el caso, reportan que las autoridades no sólo no han tomado medidas adecuadas para buscar a las mujeres desaparecidas, sino que además han propiciado retardos y entorpecido la investigación, llegando al extremo de fabricar pruebas, obtener confesiones bajo torturas y aceptar falsos testimonios de personas que aparecen en varios procesos.

Además han dado un trato abusivo a las familias de las víctimas: han retrasado la entrega de los cuerpos sin justificación alguna, no les han permitido ver los cuerpos (en algunas ocasiones se han entregado en caja sellada), y permanentemente alegan estar haciendo pruebas periciales que nunca aparecen en los expedientes, entre otros indicios serios de ocultamiento de pruebas. Los familiares de las víctimas, además, han recibido amenazas y las autoridades no han investigado.<sup>28</sup>

¿Estos hechos se constituyen en indicios suficientes para decidir afirmativamente sobre la responsabilidad del Estado mexicano?

3. El Estado mexicano acepta que hay deficiencias e irregularidades en el proceso de investigación; pero insiste también en que “se trata de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que por lo tanto la respuesta es más compleja que mejorar la

<sup>27</sup> Ver nota 29.

<sup>28</sup> Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y Respuesta del Gobierno de México, CEDAW/C/2005/OP.8/MÉXICO, 27 de enero de 2005, párrafos. 235, 236, 237.

investigación y sanción de determinados casos.<sup>29</sup> ¿Considera que estas circunstancias estructurales atenúan en algo la responsabilidad del Estado?

*B. SEGUNDO PROBLEMA: LA VIOLACIÓN COMO TORTURA. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS*

El derecho internacional humanitario, y en particular la Convención de Ginebra como ente regulador del tratamiento de civiles y combatientes en la guerra, estableció en 1949 que cuando la violencia sexual se cometía en contra de una persona protegida —civiles y combatientes capturados— sería considerada un acto violatorio de la Convención. Sin embargo, sólo a mediados de la década del noventa el derecho internacional de los derechos humanos estipuló que la violencia sexual cometida por un agente estatal en ejercicio de su cargo es responsabilidad del Estado. En este sentido constituyen un hito los avances de los tribunales internacionales de Rwanda y Yugoslavia, y la creación de la Corte Penal Internacional.

La lenta evolución del derecho internacional es difícil de explicar. Es evidente que al menos la violencia sexual contra los civiles detenidos era un asunto cotidiano en los regímenes represivos que el derecho interamericano de los derechos humanos condenó en las décadas de los años setenta y ochenta. Sin embargo, la violencia sexual no se consideraba parte de la tortura sino una especie de acto caprichoso de algún agente. Este punto de vista se corresponde quizá con los factores que invisibilizan la violencia sexual en los derechos nacionales, y además con la falsa idea de que cuando un agente estatal cometió un acto de violación sexual lo hace en su carácter de individuo, en busca de su satisfacción personal, y no como un agente del Estado en el contexto de una campaña de represión violenta.

Esta época quedó atrás con el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) “Raquel Martín de Mejía contra Perú”. La Comisión dejó claro desde entonces que la violencia sexual es otro más de los métodos de tortura, y no un incidente aislado. También permite suponer, en conjunción con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez”, que podría haber una responsabilidad del Estado por la violencia sexual sufrida a manos de personas no determinadas —paramilitares, guerrillas o bandas de delincuentes, por ejemplo— cuando el Estado no cumple con su deber de investigar y sancionar el delito.<sup>30</sup> Esta posibilidad, sin embargo, lleva a

<sup>29</sup> *Ibid.*, párrafo 159.

<sup>30</sup> Sobre la responsabilidad del Estado por los crímenes cometidos por escuadrones de la muerte.

preguntarse por los límites que separan la violación como tortura y la violación como delito en el derecho nacional.

**Comisión Interamericana de Derechos Humanos**  
**Raquel Martín de Mejía contra Perú**  
**Informe N° 5/96. Caso 10.970**  
**1° de marzo de 1996**

**Problema jurídico**

¿Si un agente del Estado comete un acto de violación sexual en circunstancias de represión estatal, la responsabilidad es del Estado o sólo del individuo?

**Hechos**

Cuando se detuvo a Fernando Mejía, uno de los oficiales permaneció en la casa del detenido y violó a la esposa de Mejía en dos ocasiones. La amenazó con detenerla, como lo habían hecho con su esposo, si se resistía.

**Decisión de la Comisión**

Los abusos sexuales cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen, constituyen una violación a los derechos humanos de las víctimas.

**Extractos**

[...]

A las 23:15 del [...] 15 de junio, un grupo de personas con sus caras cubiertas con pasamontañas y portando ametralladoras irrumpieron en la casa de los Mejía y reclamaron ver al [doctor] Fernando Mejía Egocheaga. Cuando éste abrió la puerta, seis individuos [vestidos con] uniformes militares entraron [...], uno de ellos golpeó al [doctor] Mejía con su arma; luego, quien estaba a cargo del operativo ordenó que se lo subiera a una camioneta amarilla de propiedad del Gobierno. Los hechos descritos fueron presenciados por su esposa, señora Raquel Martín.

Esa misma noche, aproximadamente 15 minutos después que los hechos referidos tuvieron lugar, un grupo de entre seis y diez efectivos militares con sus rostros cubiertos con pasamontañas negros se presentaron nuevamente en el domicilio de los Mejía. Uno de ellos —quien había estado al mando del operativo de secuestro

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988.



de Fernando Mejía— ingresó a la casa, presuntamente con el objeto de solicitar a Raquel Martín los documentos de identidad de su esposo.

Mientras que ésta los buscaba, la siguió al cuarto y le dijo que ella también estaba considerada como subversiva. [...] Raquel Mejía trató de explicarle que ni ella ni su esposo pertenecían a movimiento subversivo alguno; sin embargo, sin escucharla, empezó a rociarse con sus perfumes y finalmente la violó. Acto seguido, la condujo fuera de su casa para que viera al hombre que había denunciado a su esposo [...] Finalmente, el individuo que abusó sexualmente de ella, subió a la camioneta y se marchó.

Aproximadamente 20 minutos después, la misma persona regresó a la casa de los Mejía, aparentemente con la intención de comunicar a Raquel que posiblemente su esposo sería trasladado en helicóptero a Lima al día siguiente. Luego la arrastró al cuarto y nuevamente la violó. Raquel Mejía pasó el resto de la noche bajo un estado de terror, temiendo por el regreso de quien había abusado sexualmente de ella y por la seguridad y la vida de su esposo.

[...]

Raquel Mejía, en compañía del juez suplente y del secretario del tribunal a cargo de la causa, se dirigió al lugar señalado y allí, en la base de la columna que sostiene el puente, descubrió el cadáver decapitado de Aladino Melgarejo y, yaciendo a su lado, el cadáver de su esposo, el [doctor] Fernando Mejía. El último mostraba signos claros de tortura, heridas punzantes en piernas y brazos y una herida abierta en el cráneo, aparentemente causada por la bala de un arma. Su cuerpo estaba severamente golpeado e hinchado [...]

#### **Consideraciones sobre el fondo del asunto**

[...]

Raquel Mejía denunció a la Comisión que cuando el 20 de junio de 1989 presentó su declaración a la policía de Oxapampa en relación al secuestro y posterior homicidio de su esposo, omitió denunciar los abusos sexuales de los que había sido objeto pues: temerosa de que la revelación de las violaciones cometidas contra mi persona pudieran causarme ostracismo y exponerme a mayor peligro o daño físico [...]

La Comisión observa que las razones expuestas por la peticionaria para no presentar una denuncia en los tribunales internos se encuentran sustentadas por distintos documentos publicados por organismos intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales en los cuales se hace expresa referencia a la imposibilidad de aquellas mujeres que han sido víctimas de violación por miembros de las fuerzas de seguridad o de la policía de obtener un remedio a las violaciones de sus derechos [...]

[L]as pruebas recogidas demuestran que la policía y las fuerzas armadas protegen a los responsables de estas violaciones y [...] prom[ueven] sus carreras, [...] tolerando la comisión de estos crímenes.

#### **Cuestiones planteadas**

[L]a Comisión debe establecer:

1. Si los abusos sexuales de los que fue objeto Raquel Mejía constituyen una violación de los derechos a la integridad personal (artículo 5) y a la intimidad (artículo 11), en relación con la obligación consagrada en el artículo 1.1.

[...]

#### **Análisis**

[...]

Los abusos sexuales reiterados de los que fue objeto Raquel Mejía configuran una violación del artículo 5 y del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho internacional vigente establece que los abusos sexuales cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen, constituyen una violación a los derechos humanos de las víctimas, particularmente su derecho a la integridad física y mental.

[...]

En el ámbito del derecho internacional humanitario, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra explícitamente prohíbe el abuso sexual. El artículo 1472 del mencionado Convenio que contiene aquellos actos considerados como “infracciones graves” o “crímenes de guerra” incluye la violación en tanto constituye “tortura o trato inhumano”. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha declarado que la “infracción grave” de “causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” incluye los abusos sexuales.

Por otro lado, el artículo 76 del Protocolo I, adicional a los convenios de Ginebra de 1949, prevé una prohibición expresa de la violación u otro tipo de abusos sexuales. El artículo 85.4, por su parte, señala que dichas prácticas, cuando están basadas en discriminación racial, constituyen “infracciones graves”. De acuerdo a lo establecido en estas normas —Cuarto Convenio y Protocolo 1— cualquier acto de violación cometido individualmente constituye un crimen de guerra. Para el caso de conflictos no internacionales, tanto el artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra, como el artículo 4.2 del Protocolo II, adicional a dichos instrumentos, incorporan la prohibición contra la violación y otros abusos sexuales en la medida que sean el resultado de la comisión de un daño deliberado contra una persona. El CICR ha manifestado que la norma del Protocolo II reafirma y complementa el artículo 3 común, pues era necesario fortalecer la protección de las mujeres, quienes pueden ser víctimas de violación, prostitución forzada u otro tipo de abusos.

El Estatuto del Tribunal Internacional, creado a los efectos de investigar las graves violaciones al derecho internacional humanitario ocurridas en el territorio de la ex

Yugoslavia, en su artículo 5 considera la violación practicada en forma sistemática y masiva como un crimen de lesa humanidad.

[...]

De la letra de la Convención no surge qué debe entenderse por tortura. Sin embargo, en el ámbito interamericano, la determinación de qué actos configuran tortura se encuentra establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la que expresa:

[...]

[S]e entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos y mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

[...]

De este modo, para que exista tortura deben conjugarse tres elementos:

1. Que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales.
2. Cometido con un fin.
3. Por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.

En relación [con el] primer elemento, la Comisión considera que la violación es un abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia. [...]

El relator especial contra la tortura ha señalado que la violación es uno de varios métodos de tortura física. Asimismo, se considera que la violación es un método de tortura psicológica pues tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino también a su familia o comunidad. En este sentido, el [...] relator especial ha manifestado que —particularmente en Perú— “[...] [l]a violación parecería [...] ser un arma utilizada para castigar, intimidar y humillar” [...]

El segundo elemento establece que un acto para ser tortura debe haberse cometido intencionalmente, es decir, con el fin de producir en la víctima un determinado resultado. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incluye, entre otros fines, el castigo personal y la intimidación.

Raquel Mejía fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla. Según surge de su testimonio, el individuo que abusó sexualmente de su persona le manifestó que ella también había sido requerida como subversiva, al igual que su esposo. Le indicó que su nombre estaba en una lista de personas vinculadas al

terrorismo y finalmente, le previno que su amistad con una ex funcionaria del gobierno anterior no le serviría de protección. En la segunda oportunidad, antes de marcharse la amenazó con volver y violarla nuevamente. [...] Raquel Mejía se sintió aterrorizada no sólo por su seguridad sino también por la de su hija, que dormía en la otra habitación, y por la vida de su esposo.

El tercer requisito de la definición de tortura es que el acto debe haber sido perpetrado por un oficial público o por una persona privada a instigación del primero. Según se ha concluido supra, el responsable de las violaciones de Raquel Mejía es un miembro de las fuerzas de seguridad que se hacía acompañar por un número importante de soldados.

Por lo tanto, la Comisión, habiendo establecido que en el presente caso se conjugan los tres elementos de la definición de tortura, concluye que el Estado peruano es responsable de la violación al artículo 5 de la Convención Americana.

[...]

### Corte Penal Internacional

#### Las reglas de procedimiento y prueba<sup>31</sup>

#### “Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento”

#### Capítulo 4, sección I. La prueba

#### Extractos

Regla 63: Disposiciones generales relativas a la prueba

[...]

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 66, la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual.

Regla 70: Principios de la prueba en casos de violencia sexual

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

<sup>31</sup> U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

**Regla 71: Prueba de otro comportamiento sexual**

Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

**Regla 72: Procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas**

1. Cuando se tenga la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el supuesto crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo a que se hace referencia en los apartados a) a d) de la regla 70, se notificará a la Corte y describirán la sustancia de las pruebas que se tenga la intención de presentar u obtener y la pertinencia de las pruebas para las cuestiones que se planteen en la causa.

2. La Sala, al decidir si las pruebas a que se refiere la subregla 1 son pertinentes o admisibles, escuchará a puerta cerrada las opiniones del fiscal, de la defensa, del testigo y de la víctima o su representante legal, de haberlo, y, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 69, tendrá en cuenta si las pruebas tienen suficiente valor probatorio en relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer. A estos efectos, la Sala tendrá en cuenta el párrafo 3 del artículo 21 y los artículos 67 y 68 y se guiará por los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70, especialmente con respecto al interrogatorio de la víctima.

**Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR)  
Audiencia pública temática sobre legislación antiterrorista y  
violación al debido proceso  
Caso N° 3: María Magdalena Monteza Benavides<sup>32</sup>**

**Problema jurídico**

El caso se trae a cuento para mostrar los obstáculos que encuentran las víctimas cuando denuncian a agentes del Estado por violación sexual.

<sup>32</sup> Perú, Informe final de la Comisión de Verdad y Reconciliación. Disponible en [www.cverdad.org.pe](http://www.cverdad.org.pe).

**Hechos**

María Magdalena Monteza Benavides fue detenida por miembros del Departamento de Inteligencia de las Fuerzas Especiales del Ejército del Perú. Fue violada en dos ocasiones diferentes mientras permanecía incomunicada. Fue amenazada de mayores represalias si denunciaba las torturas y la violación. Fruto de las violaciones, dio a luz a una niña. Nunca se abrió proceso penal.

**Decisión**

La CVR no es un organismo decisorio.

**Extractos**

María Magdalena Monteza Benavides era una joven de diecinueve años que al momento de su detención estudiaba la carrera de sociología en la Universidad San Martín de Porres y estaba por iniciar sus estudios de educación en la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle. El 30 de octubre de 1992, alrededor del mediodía, Magdalena fue intervenida por dos miembros del Departamento de Inteligencia de la 1ª División de las Fuerzas Especiales del Ejército del Perú vestidos de civil, cuando salía de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, bajo el cargo de pertenecer y colaborar con una organización subversiva. Su detención se enmarcó en las acciones iniciadas por las fuerzas del orden para detectar la existencia y el uso ilegal de sustancias explosivas, debido al incremento de las acciones terroristas. [...] Cuando Magdalena fue detenida le cubrieron la cabeza con una frazada y la introdujeron en un vehículo particular con destino desconocido. Luego de un trayecto de aproximadamente dos horas, aún con la cabeza cubierta, fue obligada a descender del automóvil y conducida a un edificio donde fue encerrada en una habitación oscura que posteriormente identificó como un baño. [...] Los efectivos militares no se identificaron ante Magdalena ni se le comunicó formalmente el motivo de su detención. [...] Asimismo, la investigación de la CVR concluye que se la mantuvo incomunicada durante los cuatro días que permaneció bajo custodia militar [...]. El mismo día, en horas de la tarde, Magdalena fue sacada de su celda y se le vendaron los ojos para someterla a un interrogatorio. La CVR destaca que Magdalena Monteza fue sometida a interrogatorios sin presencia de un fiscal ni de un abogado, por funcionarios que carecían de facultad legal para realizar una investigación por delito de terrorismo. [...] Según su testimonio, ante su negativa a reconocer los cargos en su contra, fue golpeada y posteriormente sometida a violación sexual por sus captores. Estos mismos actos se habrían repetido durante el día siguiente. [...]

El 3 de noviembre de 1992 —cuatro días después de su detención— fue puesta a disposición de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), donde se autoincurrió de los cargos imputados debido a las amenazas que recibió de los

efectivos militares de tomar represalias contra su familia si denunciaba las torturas y la violación sexual de las cuales había sido víctima.

Magdalena Monteza ha declarado que lo hizo “porque tenía miedo y vergüenza a la vez porque todos ellos eran hombres” [...] Durante la tramitación del proceso seguido en su contra por delito de terrorismo ante el 14° Juzgado Penal de Lima, María Magdalena Monteza Benavides denunció haber sido objeto de torturas físicas y psicológicas, entre las que figura la violación sexual, por parte de miembros del Ejército del Perú.

Esta misma denuncia la hizo ante el Director del Establecimiento Penal de Chorrillos, donde fue recluida como procesada por el delito de terrorismo. El Director informó de los hechos al Ministerio Público, iniciándose una investigación a cargo de la 44 Fiscalía Provincial Penal. Esta Fiscalía se pronunció señalando que se había logrado establecer la comisión del delito denunciado, dado que el Informe Médico correspondiente corroboraba que “la interna agraviada se encuentra embarazada y, que a la fecha como consecuencia de estos hechos, ha procreado un hijo”. Sin embargo, pese a ello, dispuso el archivo provisional de la denuncia en atención a que “[...] no se ha podido identificar plenamente a los presuntos autores del ilícito penal [...] faltaría uno de los elementos de procedibilidad que es la individualización del presunto autor o autores del delito cometido”. Hasta la culminación de la investigación de la CVR, el Ministerio Público no ha realizado ninguna investigación adicional con miras a averiguar la identidad de los presuntos responsables.

Paralelamente, se inició una investigación en el fuero militar por estos hechos a cargo del Fiscal CGP de la 2ª Zona Judicial del Ejército. Por considerar que el fuero privativo militar no era competente para conocer del delito de violación, al no estar expresamente establecido en el Código de Justicia Militar, tales actos fueron calificados como una extralimitación en las funciones de los efectivos militares, por lo que se inició una investigación por la presunta comisión de delito militar de abuso de autoridad. El Juez Instructor emitió su informe final en el cual opinó “que no se encuentra acreditada la responsabilidad penal de personal militar de la Div. FFEE”, fundamentándose en que el dictamen pericial de medicina forense N° 11605/92 no arrojaba ningún resultado relacionado con la violación sexual denunciada.

La Sala del Consejo de Guerra Permanente de la IIª Zona Judicial del Ejército declaró el sobreseimiento de la causa y la elevó en consulta al Consejo Supremo de Justicia Militar, que finalmente confirmó esta decisión el 26 de febrero de 1997. Uno de los puntos centrales para negar la ocurrencia de los hechos de violación sexual fueron los resultados de los diferentes exámenes médicos a los que fue sometida Magdalena Monteza, los cuales señalan la presencia de lesiones y desgarramientos antiguos.

**Corte Interamericana de Derechos Humanos**  
**Caso Velásquez Rodríguez**  
**Sentencia del 29 de julio de 1988**

**Problema jurídico**

¿Puede surgir responsabilidad internacional de un Estado cuando las violaciones a los derechos humanos fueron causadas por un particular?

**Hechos**

Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez fue apresado en forma violenta y sin mediar orden judicial de captura por miembros de la Dirección Nacional de Investigación (DNI) y del G-2 de las Fuerzas Armadas de Honduras. Fue torturado y posteriormente desaparecido. La Comisión recomendó a Honduras disponer una investigación completa e imparcial para determinar la autoría de los hechos denunciados y sancionar a los responsables. La Comisión, en resolución 22/86 del 18 de abril de 1986, señaló que

[...] de todos los elementos de juicio que obran en el caso se deduce que el señor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez continúa desaparecido sin que el Gobierno [...] haya ofrecido pruebas concluyentes que permitan establecer que no son verdaderos los hechos denunciados.

**Decisión de la Corte**

[U]n hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que en principio no resulte imputable directamente a un Estado —por ser obra por ejemplo de un particular, o por no haberse identificado al autor de la transgresión— puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

**Extractos**

[...] 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 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 [...]

[...]

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

[...]

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales [...]

### *Cuestiones a debatir*

#### **Definición de la violación sexual como tortura**

En el caso de Raquel Martín de Mejía contra Perú, la Comisión deja claro que, por causar sufrimiento físico y emocional, los abusos sexuales son considerados una forma de tortura cuando los llevan a cabo “miembros de las fuerzas de seguridad, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen”. Además, utiliza la definición de tortura de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, según la cual

[...] se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos y mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 2. El destacado es nuestro.

#### **Procedimiento para recoger la prueba en casos de violación sexual como tortura**

En el caso de Raquel Martín de Mejía, el Estado peruano no presenta alegatos ni pruebas en su defensa, más allá de señalar que la Comisión ya había conocido del asunto cuando se pronunció sobre la desaparición, tortura y asesinato de Fernando Mejía. Puesto que Perú no aporta pruebas, la Comisión, siguiendo su reglamento interno, asume que los hechos ocurrieron. Además, para confirmar esta suposición, utiliza diversos informes de derechos humanos en los que consta que la violación sexual era una práctica común en la estrategia de represión estatal en el Perú de entonces.

En el caso de “María Elena Loayza de Tamayo contra Perú”, remitido por la Comisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la víctima reporta que, acusada de pertenecer al grupo Sendero Luminoso, fue detenida ilegalmente y sometida a varias y diversas torturas.<sup>34</sup> Entre los hechos denunciados se encuentra la violación y los abusos sexuales reiterados a manos de sus captores, miembros activos de los organismos estatales de seguridad. En este caso, el Estado peruano negó la existencia de la violación: alegó que no había pruebas de que hubiera ocurrido, que la víctima no había denunciado el hecho en su momento y que el examen médico legal que se le había practicado no registraba lesiones concordantes. En la sentencia que ordenó la libertad de María Elena Loayza, la Corte Interamericana concluyó que la violación sexual no había sido probada:

Aun cuando la Comisión alegó en su demanda que la víctima fue violada durante su detención, la Corte, después de analizar el expediente y, dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado. Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas [...], constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana. De las alegaciones y pruebas examinadas aparecen elementos graves y convergentes, y no desvirtuados por el Estado, que permiten válidamente presumir la existencia de una práctica de tratos crueles, inhumanos y degradantes en la cual se enmarca el presente caso de la señora María Elena Loayza Tamayo, en violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana.

<sup>34</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso María Elena Loayza de Tamayo contra Perú, sentencia del 17 de septiembre de 1997, Series C N° 33.

### Responsabilidad del Estado por acciones de particulares y su aplicación a la violación como tortura

En estos casos no hay duda de que las violaciones las cometieron agentes del Estado. Sin embargo, en contextos de represión estatal, en los que actúan grupos paramilitares y grupos guerrilleros, y ambos utilizan indistintamente estas tácticas, la responsabilidad de los hechos no siempre se puede establecer con claridad.

No obstante, existe el precedente de responsabilidad estatal por hechos cometidos por grupos al margen de la ley en el caso “Velásquez Rodríguez”: la responsabilidad del Estado no es sólo la de no violar los derechos —respetarlos—, sino la de adoptar medidas efectivas para su real goce y ejercicio —garantizarlos—, y en especial la de investigar y castigar las violaciones que cometen los particulares de esos derechos.

#### Preguntas

1. Supongamos que Raquel Martín no es sospechosa de pertenecer a ningún grupo armado, y que no hay motivos para suponer que el militar que la violó lo hizo por motivos diferentes a su propia satisfacción. Es decir, que durante la detención del esposo, decidió violar a la mujer. Si esto fuera así, ¿sería éste un caso de tortura? ¿Le cabría responsabilidad al Estado por violación de los derechos humanos?

2. Compare la definición de tortura de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la definición de la misma contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.<sup>35</sup> ¿Los hechos descritos se ajustan a la definición de tortura del sistema de Naciones Unidas? ¿Si no fuera tortura, considera usted que habría responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos en el régimen internacional? De ser así, ¿qué derechos, por qué motivos y en qué circunstancias?

3. ¿Considera usted que tiene razón la Corte al decir que “dada la naturaleza del hecho” no está en condiciones de probarlo? Tenga en cuenta los procedi-

<sup>35</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, “Artículo 1: 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

mientos establecidos por la Corte Penal Internacional para el levantamiento de la prueba de violencia sexual como delito de lesa humanidad, en particular la no exigencia de corroboración (ver abajo, regla 63.4).

4. ¿La violencia sexual en el caso “Monteza”, en su opinión, se puede o no considerar plenamente probada? ¿En qué se diferencia del caso “Loayza de Tamayo”? ¿Qué podría constituir prueba suficiente en este caso? ¿El embarazo? ¿Qué peso se le puede dar a la palabra de la víctima? ¿Y al peritaje médico?

5. Si en cualquiera de los casos anteriores la violencia sexual hubiera sido cometida por personas que no pudieron ser identificadas plenamente como miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, ¿considera usted que habría responsabilidad estatal? Tenga en cuenta lo establecido por la Comisión Interamericana en el caso de Manfredo Velásquez Rodríguez, “desaparecido” en Honduras por personas no identificadas pero posiblemente vinculadas a un patrón de represión estatal en el marco de la Guerra Fría y la doctrina de seguridad nacional imperante en Centroamérica en la década del ochenta.

6. Revise las afirmaciones de MacKinnon y Zaffaroni al inicio de esta sección y compare la figura de la responsabilidad penal con la de la responsabilidad del Estado. ¿Cuáles son los efectos de una y otra figura en casos como los descritos (Mejía y Monteza)? Con miras a que cesen este tipo de agresiones, ¿cuál sería en su opinión la figura más efectiva? ¿Le resta responsabilidad al Estado el que se adopte un tipo penal específico para la conducta descrita —violación como tortura, por ejemplo—?

## II. LA DIFÍCIL CARACTERIZACIÓN O TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Uno de los grandes retos de la técnica legislativa, según la dogmática penal, es la adecuada caracterización o tipificación de la conducta como delictiva. Los elementos consagrados en el tipo deben ser tales que se configure de manera clara en qué casos específicos se da la responsabilidad penal, y además deben ser lo suficientemente objetivos como para minimizar la discrecionalidad estatal al aplicar la norma penal. Con ello se busca garantizar el Estado de derecho, “un gobierno de leyes y no de hombres”.

Un principio del derecho penal moderno, además, contempla que la responsabilidad penal debe tener como elemento central la intención de cometer la conducta delictiva, es decir, el dolo. Sólo en algunos casos, por ser de especial gravedad, se castiga el comportamiento objetivo sin tener en cuenta la intención; incluso entonces, cuando el delito se castiga en su modalidad culposa, o sin intención de cometerlo, la pena es menor que cuando se tiene la intención de cometer el acto, cuando se actúa con dolo.

La importancia de esta excepción de la responsabilidad objetiva en materia penal repercute en las pretensiones feministas de incorporar la experiencia femenina a las normas penales. Puesto que la violencia contra las mujeres es un caso de ocurrencia común, que se sustenta en una cultura milenaria que la condona, resulta que “la intención” del agresor es la de ejercer unas prerrogativas a las que, a su modo de ver, tiene derecho. En su conciencia, su intención no es causar un daño sino exigir unos derechos. Esto puede llevar a calificar su actitud de culposa antes que de dolosa. Por esta razón es muy difícil lograr que el derecho penal la castigue sin incurrir precisamente en la tipificación de conductas de responsabilidad objetiva.

Un ejemplo. Una persona empuja a otra en un acceso de ira, y como consecuencia de la caída la víctima se rompe un brazo. En términos tradicionales, el delito consiste en empujar al otro con ira, causándole un daño reparable. Así lo ve el agresor, ciertamente, y el sistema penal. Sin embargo, cuando el incidente ocurre en el contexto de una relación afectiva, el impacto en la víctima es muy diferente a cuando ocurre entre desconocidos. La persona que es golpeada por su pareja queda atemorizada; si permanece en la relación, que es lo común, ese temor la va situando en una posición subordinada en la que acepta todo tipo de humillaciones y termina creyendo que las merece. El agresor, inmerso en una cultura machista en la que ese efecto no es cosa anormal, juzga el incidente con la misma mirada con la que vería una riña: en un momento dado perdió el control y causó un daño reparable. Es probable que no relacione el incidente con sus constantes humillaciones y exigencias a su pareja, o que considera que ella también tiene su parte por no cumplir adecuadamente con su supuesto rol social: cocinar mal, por ejemplo, negarse al sexo, no cuidar a los hijos o la casa como a él le gusta.

Volvamos entonces a los elementos del tipo penal. La dogmática exige que haya dolo y que el incidente se ajuste a una conducta tipificada, esto es, que el agresor haya tenido la intención de romper el brazo de la otra persona o prever que algo así sucedería. El agresor se excusa alegando que no tuvo la intención de hacerlo. Por eso el punto de vista del derecho penal termina siendo igual al del agresor, es decir, que lo que sucedió no fue grave. Una cuestión tan nimia como si hubiera ocurrido en una riña callejera.

¿Cómo lograr que el sistema penal evalúe el hecho desde el punto de vista de la víctima sin cambiar la estructura del derecho penal y volverlo de responsabilidad objetiva, es decir, dejando de lado la intención del agresor?

A continuación se examinan dos casos en los que la dogmática tradicional dificulta la protección de las mujeres. El primer caso es el del consentimiento en la violación sexual. Tradicionalmente la violación sexual se tipifica como la penetración sexual por medio del uso de la fuerza o la amenaza de hacer uso de

ella, y la dogmática penal lo interpreta desde el punto de vista del acusado: ¿era razonable suponer que esta persona sabía que el encuentro sexual era producto del uso de la fuerza o de la amenaza?

El segundo caso es el de la legítima defensa de una mujer golpeada. Si en un episodio de abuso, o entre un episodio y otro, la mujer asesina a su agresor, por lo general no cumple con los requisitos de excepcionalidad que definen la legítima defensa: no tenía otra alternativa —desde un punto de vista masculino—. Para el derecho penal esto implica que cualquier persona razonable, en esas circunstancias, pensaría que no tiene otra alternativa que defenderse violentamente; sólo que la idea que el derecho penal tiene de una persona razonable es masculina, y no incluye la percepción de quien por años ha sido maltratado y perseguido por el agresor.

Las reformas penales, por lo tanto, se enfrentan con dificultades que superan con creces los tibios remiendos a ciertos artículos e incisos. Implican enfrentarse a una tradición jurídica que, casi desde su concepción como derecho moderno, ha excluido a las mujeres tanto en el papel de agresoras como en el de víctimas, y por lo tanto tiene un *modus operandi*, unos principios, unas técnicas legislativas, una forma de comprender los derechos y un prototipo de ser humano razonable que no se compadece de la situación femenina, o lo hace con dificultad.

#### A. PRIMER PROBLEMA: CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA DE VIOLACIÓN SEXUAL

La tipificación del delito de violación está supeditada a la ausencia de consentimiento y se define precisamente como las relaciones sexuales no consentidas. El tema del consentimiento es entonces la pieza central del juicio cuando está en duda, cosa que sucede si no hay pruebas adicionales al dicho de la víctima. Esto es muy frecuente por la dificultad de probar la fuerza en la violación, y hace que sólo se judicialicen con fluidez los casos en los que además de falta de consentimiento hay una severa violencia física y un peritaje que lo demuestra. Si la fuerza fue moral, o si no dejó secuelas físicas, entonces la defensa alega que hubo consentimiento aunque la víctima lo niega. El sistema penal ha tendido a confiar en la palabra del agresor, y a dudar de la de la víctima.

Pero el sexismo del sistema penal va más allá de poner en duda la palabra de la víctima. Las normas sobre los delitos sexuales reflejan los valores que sobre las mujeres y la sexualidad, tanto en su tipificación como en su penalización, han sido dominantes históricamente. El coito, por ejemplo, se privilegiaba como la única forma de violación; la víctima sólo podía ser una mujer y ésta, en muchos casos, era definida como mujer “honesta” o virgen. Las penas eran bajas, en ciertos casos la ley alentaba el avenimiento entre la víctima y el agresor, e incluso

llegaba a considerar que el matrimonio posterior de la víctima con su agresor o con uno de ellos eximía la pena. En general se tendía a presumir el consentimiento en estos casos, y no en otros delitos en los que el hecho de que la víctima alegara falta de consentimiento solía tomarse como prueba suficiente.

Varios grupos de mujeres y redes feministas internacionales impulsaron en la década de los años noventa una serie de reformas de los códigos penales y de procedimiento penal para derogar total o parcialmente las disposiciones discriminatorias de los delitos sexuales, y reemplazarlas por normas en las que las penas son mayores y la discriminación contra las mujeres es reducida o eliminada. El efecto acumulativo de estas reformas pone en entredicho la tradicional presunción implícita del consentimiento.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Con algunas excepciones, los logros de las reformas son los siguientes: 1. *El cambio del bien jurídico tutelado* que elimina la antigua concepción según la cual el daño causado por la violación sexual era un daño a la moralidad, y un daño menor. Hoy, en cambio, se trata de delitos contra la libertad sexual, la integridad sexual, física o psíquica, la formación o desarrollo sexual, y señala un cambio en los valores sociales. 2. *La ampliación del tipo penal* de violación para incluir conductas diferentes al coito. El cambio consistió en ampliar la definición de acceso carnal para incluir otras formas de penetración, como la penetración anal y con objetos (ver, por ejemplo, Argentina, Código penal, artículo 119; Brasil, Código penal, artículo 213; Bolivia, Código penal, artículo 308; Chile, Código penal, artículo 361; Colombia, Código penal, artículo 205; Costa Rica, Código penal, artículo 156; Cuba, Código penal, artículo 298; Ecuador, Código penal, artículo 512; Honduras, Código penal, artículo 140; México D.F., Código penal, artículo 260; Perú, Código penal, artículo 170; República Dominicana, Código penal, artículo 331; Venezuela, Código penal, artículo 375). 3. *La eliminación de la exención de la pena por matrimonio posterior*, que sólo lo conserva el Código penal de Venezuela para el delito de violación, y los de Bolivia y Honduras para el delito de rapto (ver Venezuela, Código penal, artículo 395; Bolivia, Código penal, artículo 317; y Honduras, Código penal, artículo 151). Además, en algunos códigos como el chileno y el dominicano es explícito que la violación sexual dentro del matrimonio también es considerada delito (ver Chile, ley 19617 de 1999, artículo 5; Colombia, Código penal, artículo 211; Venezuela, Código penal, artículo 376; México D.F., Código penal, artículo 265; República Dominicana, Código penal, artículo 332). En Colombia y Venezuela es un agravante de la violación el que se cometa contra la pareja o en "abuso de las relaciones domésticas", pero en Venezuela es querellable mientras que en Colombia no (ver Colombia, Código penal, artículo 211; Venezuela, Código penal, artículo 375). 4. *La eliminación de la discriminación en la descripción del sujeto pasivo del delito* que ahora debe ser una persona; antes debía ser una mujer, y en muchos casos una mujer "honesta". 5. *El aumento de las penas*. En la dosimetría de la pena, es decir, en el castigo que se le da a estos delitos, hay variaciones importantes de país en país. La violación sexual en Cuba, por ejemplo, recibe de cuatro a diez años de prisión; en Perú de cuatro a ocho y en Venezuela de cinco a diez años. En Costa Rica y en República Dominicana, sin embargo, la pena mínima es de diez años y en Honduras es de nueve, de manera que la pena máxima en algunos países es menor que la mínima en otros. Además, hay diferencias en la gravedad relativa de los delitos: una misma conducta, dependiendo del país, no siempre reviste igual gravedad. Así, por ejemplo, algunas legislaciones consideran que el sexo con alguien incapaz de oponer resistencia es un delito especialmente atroz. En este caso, por ejemplo, Perú da una pena de veinte a veinticinco años, mientras que la violación por la fuerza tiene una pena de cuatro a ocho años. En cambio, en

Sin embargo, las reformas legales no producen una transformación inmediata de la cultura jurídica de los operadores de la ley ni de la conciencia que la población en general tiene de los derechos. A menudo esta cultura se refleja en asuntos técnicos en los que aplica la discrecionalidad del funcionario judicial, como la práctica y apreciación de pruebas, la dosimetría penal, las audiencias de avenimiento e incluso la decisión de si se abre o no una investigación. El caso del tribunal chileno que se estudia a continuación es un buen ejemplo de la transición que se espera lograr en la dogmática: según la mayoría, la ausencia de consentimiento es clara a pesar de tratarse de una relación marital; el salvamento de voto, por el contrario, refleja la posición antigua.

#### Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de Chile

G.T.C. contra O.M.L.S.

RUC: 0500289837-5 RIT: 17-2000

25 de abril de 2006

#### Problema jurídico

¿Cuando la esposa accede a la relación sexual por temor a una violencia mayor, se puede hablar de consentimiento?

#### Hechos

En un contexto de violencia conyugal, el esposo se pone agresivo y su esposa intenta apaciguarlo besándolo. El esposo la obliga a tener sexo vaginal y la amenaza con hacerle sexo anal en caso de que se resista. Ella le ruega que se detenga, llora, le pide que acabe rápido y que no le haga más daño.

otros países como Argentina, ambos delitos reciben una pena igual. 6. *La introducción de las relaciones de poder, dependencia o parentesco como agravantes y en ocasiones por la transmisión de enfermedades de transmisión sexual o por el embarazo*. 7. *La designación de la violación como delito de acción pública* eliminando el requisito de la denuncia o querrela de la víctima para que proceda la investigación del delito. A pesar de que las reformas a la ley penal son relativamente homogéneas en los temas críticos, aún conservan rezagos de las normas anteriores. Por ejemplo, si bien la mayoría de los códigos eliminó la referencia al honor de la mujer, e incluso a la mujer como sujeto pasivo de los delitos sexuales, a menudo mantienen el delito de rapto, que es una forma de secuestro que se comete con fines eróticos. En las referencias a este delito, además, a veces se conservan alusiones a la virginidad femenina (ver los códigos penales de Argentina, artículo 130; Bolivia, artículos 313 y 314; Honduras, artículo 144; Brasil, artículo 219; Costa Rica, artículos 163, 164, 165 y 166; Venezuela, artículos 384, 385 y 386). Si bien hay variaciones de país en país, la estructura básica es la misma: se trata de un secuestro motivado por fines lascivos. En Ecuador, el rapto es delito contra cualquier persona si se hace sin su consentimiento, pero si ésta consiente no es delito, a menos que se trate de una niña entre los 16 y los 18 años (Ecuador, Código penal, artículos 529 a 532). En México D.F. el equivalente del rapto es el delito de la privación de la libertad con fines sexuales (Código penal, artículo 162).



**Decisión del Tribunal**

No hay consentimiento porque actuó bajo intimidación.

Los hechos acreditados en este juicio constituyen una agresión sexual que puede ser definida primordialmente como un acto de violencia, en donde el sexo es el instrumento del agresor, pero la motivación es el deseo de humillar, controlar y dominar a su víctima.

**Salvamento de voto**

[...] tratándose de una relación entre cónyuges, la resistencia a la relación debe realizarse en términos completamente explícitos, de manera que no le queden dudas al otro de los cónyuges de la negativa al acceso.

**Extractos**

[...]

Que el día 9 de julio de 2005, en horas de la madrugada, en el domicilio ubicado en calle .... N° 1652, comuna de Quinta Normal, ..... y su cónyuge doña ....., tuvieron una discusión debido a que ésta rechazó una argolla de matrimonio que aquél le entregó como regalo de cumpleaños;

[...]

Que la molestia del acusado se tradujo en un "pataleo" que consistió en expresiones tales como que "ya no era una mujer", que "no hacía nada motivante" y "que podía ser el hombre más malo de este mundo", lo que motivó que la víctima lo besara [sic] en su boca y cuerpo hasta la altura de su pelvis con la intención de calmarlo, actuar que el acusado rechazó por estimar que su cónyuge, como otras veces, hacía esto sólo para tranquilizarlo, sin que existiera amor;

[...]

Que, en este contexto, el imputado quitó de encima a su mujer, le arrancó el sostén, muy molestó se subió sobre ella y le dijo que la penetraría por todas las partes, sujetándola de sus manos, para posteriormente penetrarla sin su consentimiento, con su pene por vía vaginal, mientras que ella lloraba a la vez que le pedía que se quitara de encima y que no le hiciera nada más, sin éxito, ya que su cónyuge siguió penetrándola, hasta eyacular dentro de la vagina.

[...]

Que los hechos antes relatados acaecieron dentro del contexto crónico de violencia intrafamiliar, caracterizado por el sometimiento de la ofendida a los requerimientos de su cónyuge según los testimonios de la propia víctima, de los peritos psiquiatras y psicólogos rendidos en juicio de acuerdo a sus apreciaciones clínicas observadas en su labor cotidiana.

[...]

[L]a psicóloga [...] explica que en un contexto de violencia conyugal crónica, la agresión sexual denunciada es descrita como "la más fuerte", pero no la única. Respecto a la existencia de violencia conyugal permanente ejercida por el cónyuge, la señora Guillermina presenta rasgos que resultan concordantes con el daño psicológico y emocional sufrido por mujeres que viven en esa situación, y en el caso concreto de la ofendida descarta la existencia de alguna alteración en el juicio de realidad. Sobre la vivencia del hecho traumático de una agresión sexual, observó la aparición de síntomas angustiosos y depresivos. En lo relativo a lo angustioso se distinguen miedo de carácter paralizante e inhibitorio, expectación ansiosa o sensación de que algo peor va a ocurrir, temores no especificados. En cuanto a la sintomatología depresiva se observan dificultades para dormir, disminución de la ingesta alimentaria, tristeza, desesperanza e ideación suicida leve, llegando a la conclusión de que la señora Guillermina presenta un funcionamiento psicológico y una constelación sintomática que es concordante con la ocurrencia de violencia conyugal crónica, física y psicológica, siendo posible confirmar la ocurrencia de una agresión sexual en el contexto de su relación de pareja. Dicha agresión constituye un agravamiento de la situación de violencia crónica y adquiere el valor de ser un evento que destaca en la norma de las experiencias vitales de la ofendida y que la lleva a denunciar el hecho. Este forzamiento sexual, en lo concreto, se tradujo en amenazas que para la ofendida eran reales, evidentes, atendida su experiencia de violencia crónica, tales como decirle que "ahora voy a ser muy malo", amenazas de daño a ella y a los hijos, mientras que la contención física se manifestó en sostenerle las manos con fuerza; que estos asertos son ratificados por los otros peritos que declararon en el juicio [...]

Relevante fueron también para estos sentenciadores los dichos de la hermana de la víctima, doña Rosa [...] y de su amigo Juan [...], los que impresionaron como veraces, ilustrados e imparciales, y que permiten ratificar lo concluido por los peritos en sus informes, en orden a que la ofendida durante sus años de matrimonio con el acusado experimentó un retraimiento y anulación en su personalidad, y su sometimiento a un cuadro crónico de violencia intrafamiliar [...]

[...]

Que los hechos establecidos en el considerando anterior son constitutivos del delito de violación de una persona mayor de catorce años de edad, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 361 N° 1 del Código penal [...]

Esta intimidación se identifica, en los términos expuestos por don Luis Rodríguez Collao, en su obra *Delitos sexuales*, con los "actos de violencia moral" mediante los cuales se da a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en caso de no acceder a los requerimientos del agresor, provocando en ella un estado de "conmoción psicológica" que puede provenir, ya sea de un hecho

anterior que el agresor simplemente aprovecha; de la sola presencia del agresor; de su apariencia física o de los antecedentes suyos que fueren conocidos por la víctima, como de comportamientos vejatorios de que ésta fue objeto anteriormente de parte del mismo agresor. Asimismo, para determinar si concurre o no este elemento, resulta indispensable tomar en consideración las circunstancias personales del agresor y de la víctima; en especial, el grado de impresionabilidad de esta última. En otras palabras, no interesa tanto la magnitud objetiva del estímulo que hubiere provocado el temor o el amedrentamiento del sujeto pasivo, como su capacidad de reacción frente al mismo.

[...]

El bien jurídico protegido por la figura típica de la violación es la libertad sexual, de manera que la pregunta clave para resolver la calificación está en el consentimiento de ..... [..] Más allá de toda duda razonable se llegó a la convicción de que no hubo consentimiento en la relación sexual, de hecho la víctima imploró que se detuviera, aun cuando lo dijera en voz baja, ya que tal conducta se explica por el deseo de ocultar tal acción a sus hijos que estaban acostados a escasos metros. Las amenazas proferidas por el imputado antes y durante la relación sexual de “poder si quería ser el hombre más malo de este mundo” y de “que iba a metérselo por todas partes”, se estiman como suficiente intimidación de acuerdo con los rasgos de sometimiento y personalidad de la víctima y del imputado que se arrastraban desde varios años a la fecha, no pudiendo considerar la existencia del error en la conducta del sujeto activo por cuanto los códigos interrelacionales de la pareja en la intimidad, luego de doce años de convivencia, no pueden sino conocerse por el imputado, máxime si así mismo lo determinó momentos antes cuando reprochó que la actividad sexual iniciada por su mujer no era auténtica. Los hechos acreditados en este juicio constituyen una agresión sexual que puede ser definida primordialmente como un acto de violencia, en donde el sexo es el instrumento del agresor, pero la motivación es el deseo de humillar, controlar y dominar a su víctima.

[...]

**Voto en contra del magistrado Mauricio Olave Astorga, quien estuvo por absolver al acusado tanto de la acusación criminal como de la demanda civil en su contra por los siguientes argumentos:**

[...]

Que lo primero que ha de tenerse en cuenta en este juicio es el hecho de que en él no se está juzgando la historia de agresiones que ha relatado la víctima, corroborada por el resto de la prueba aportada en la audiencia, sino que lo que se debe determinar es si efectivamente el acceso carnal vaginal ocurrido el día de los hechos fue realizado por medio de la fuerza o bien la intimidación.

[...]

La víctima del delito expresó que ella primeramente y en el marco de una discusión con su marido, se montó en él y comenzó a besarle en su boca para tranquilizarlo, agregando además que le intentó realizar sexo oral, cuestión que el acusado rechazó, para acto seguido volcarse encima de ella y penetrarla sujetándola de sus muñecas, al tiempo que le manifestaba que se lo haría por todos lados, hecho que ella no deseaba, y que por tanto le requería, alternadamente, que se detuviera y que terminara el acceso vaginal de manera rápida. Relato al cual deben agregarse las respuestas dadas a las preguntas aclaratorias de los jueces que conformamos el tribunal, en la cual afirmó la ofendida que su temor era que se le hiciese sexo anal, cuestión que en definitiva no ocurrió.

[...]

Así las cosas, no pueden descartarse a priori las argumentaciones de la defensa en términos que lo que existió fue nada más que una relación sexual marital, esto porque, tal y como lo plantea la defensa tratándose de una relación entre cónyuges, la resistencia a la relación debe realizarse en términos completamente explícitos, de manera que no le queden dudas al otro de los cónyuges de la negativa al acceso, ello a fin de evitar que el actor se confunda con la actitud volátil de la presunta ofendida [...].

[...]

Que en lo pertinente a la supuesta violencia ejercida sobre la ofendida, debe sostenerse que toda actividad sexual normal implica la aplicación de un grado de fuerza y por tanto ha de descartarse la existencia de este elemento, máxime si el propio perito del servicio médico legal, que revisó con acuciosidad a la ofendida al día siguiente del hecho denunciado, manifestó que ésta no mostraba signos de violencia en su cuerpo, en especial en sus muñecas, lugar donde la víctima refiere haber sido tomada a la fuerza por su cónyuge [...]

### Corte Constitucional de Colombia T-453 de 2005

#### Problema jurídico

¿La admisión de pruebas relativas al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual es una medida razonable, necesaria y proporcional como mecanismo para garantizar la defensa del procesado?

#### Hechos

Se reclama la inconstitucionalidad de la inclusión de pruebas destinadas a demostrar en un proceso penal un comportamiento de la víctima del que supuestamente sería posible inferir su consentimiento para sostener una relación sexual con el imputado.

**Decisión de la Corte**

Las víctimas de delitos sexuales tienen el derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como en principio ocurre cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan.

**Extractos**

[...]

En general, la admisión y práctica de pruebas en el proceso penal está librada a la apreciación racional que haga el funcionario responsable de la investigación penal sobre su potencialidad para aclarar lo ocurrido y la responsabilidad de los implicados. Sin embargo, ese ejercicio discrecional debe enmarcarse tanto dentro de los principios constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la imparcialidad y del derecho de defensa, como del respeto de la dignidad, la integridad y la intimidad de las víctimas.

[...]

La Corte Constitucional ha establecido que el juez o el fiscal vulneran el derecho de defensa y desconocen el principio de investigación integral en aquellos casos en los cuales dejan de solicitar o practicar, sin una justificación objetiva y razonable, pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa. Pero también ha reconocido que se desconoce la finalidad de establecer la verdad cuando omite tener en cuenta los derechos de las víctimas.

Aun cuando normalmente en el ámbito del derecho penal, el cuestionamiento de la ilegalidad de las pruebas está asociado a pruebas que desconocen los derechos del procesado, tal cuestionamiento también puede surgir por afectación de los derechos de la víctima. La finalidad múltiple que cumple el proceso penal y la necesidad de asegurar los fines de la justicia y garantizar los derechos de las víctimas del delito no excluye la posibilidad de que la parte civil pueda objetar la admisión y práctica de pruebas que desconozcan el debido proceso o que vulneren sus derechos fundamentales, en particular su derecho a la intimidad.

[...]

Aun cuando el derecho a la intimidad, tal como lo consagra el artículo 15 constitucional, comprende varias manifestaciones, para efectos del presente caso resulta relevante examinar sólo algunas de ellas.

[...]

En el caso bajo estudio es preciso determinar si la introducción de una prueba relativa al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual resulta razonable y proporcional como mecanismo para garantizar la defensa del procesado. La evaluación de la limitación del derecho a la intimidad en este contexto

ha de realizarse en cuatro pasos. En primer lugar, se analizará el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, se examinará si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y en tercer lugar, se estudiará la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado.

La intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores en juego. En el caso bajo estudio, dado que se trata la colisión entre el derecho de defensa del procesado y el derecho a la intimidad de la víctima, para permitir un examen del comportamiento social y sexual de la víctima con anterioridad a los hechos que se investigan o juzgan, el fin que justifica una intromisión de esa dimensión en la vida íntima de la víctima debe ser imperioso, pues sólo la búsqueda de un fin de tal magnitud y trascendencia haría razonable limitar el derecho constitucional a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales.

En principio, dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente el derecho de defensa del procesado, por ejemplo, porque un examen de la vida íntima común y anterior de la víctima y del acusado permitiría demostrar que hubo consentimiento. Por lo tanto, si la intromisión en la vida íntima de la víctima sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores y distintas de la investigada, tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada. Lo que sí es constitucionalmente admisible es que se investiguen las circunstancias en que se realizó el acto sexual objeto de la denuncia. De tal manera que a la luz del derecho constitucional experiencias íntimas separadas del acto investigado están *prima facie* protegidas frente a intervenciones irrazonables o desproporcionadas.

[...]

El tercer paso del juicio de razonabilidad consiste en establecer si el medio es necesario para alcanzar el fin propuesto. En efecto, no basta con que el fin buscado sea imperioso y que el medio no esté prohibido. Para justificar constitucionalmente la limitación de derechos fundamentales como los que se encuentran en juego, se requiere que el medio sea necesario para alcanzar el fin. En ese sentido, si la prueba del consentimiento de la víctima se puede obtener sin invadir la esfera privada de la víctima, o mediante una restricción menos gravosa que la solicitada, la prueba pedida resulta innecesaria y deberá negarse su práctica. Igualmente, una indagación general sobre la vida de la víctima, no relativa a hechos específicos y directamente relacionados con el caso que se investiga, o indeterminada en el tiempo, resulta desproporcionada, pues no existe una clara relación de medio-fin que justifique su práctica.

Finalmente, como en estos casos se invade la órbita privada de una persona después que ha sido víctima de actos lesivos de su dignidad y autonomía, es preciso analizar el cumplimiento de la proporcionalidad en sentido estricto, o sea, se estudiará el grado de afectación de la intimidad, de un lado, y el nivel de efectividad del derecho de defensa, del otro, para determinar si se presenta una desproporción en desmedro del derecho a la intimidad de la víctima.

Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.

[...]

De lo anterior se concluye que las víctimas de delitos sexuales tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión.

[...]

### *Cuestiones a debatir*

#### **Primera cuestión a debatir: consentimiento y resistencia física**

Uno de los problemas más comunes que enfrenta el juez en la apreciación de la prueba es la valoración del dictamen de medicina forense cuando no aparecen lesiones físicas o son mínimas. Es el caso de la sentencia anterior de violación conyugal: el salvamento de voto asume la postura tradicional de que la ausencia de lesiones justifica la duda inmediata sobre la existencia de la fuerza y por consiguiente de la ausencia de consentimiento, máxime cuando el reo alega que la relación fue consensuada, y el caso aparentemente depende de la credibilidad del dicho de la víctima.

#### **Segunda cuestión a debatir: el débito conyugal**

El tema de la violación conyugal se enfrenta además con la vigencia de una concepción tradicional según la cual la mujer no puede negarle a su marido el acceso sexual. Según esa concepción, éste hace parte del “débito conyugal”. En esencia, las parejas tienen el deber de satisfacer las necesidades sexuales mutuas; su incumplimiento, en la legislación civil, es causal de divorcio. Si bien la figura no implica que con el matrimonio se pierde la libertad sexual, tradicionalmente se ha usado el término para significar que la esposa debe someterse a la relación sexual incluso cuando no lo desea. Es la idea patriarcal de que el marido es el propietario del cuerpo de la mujer, de que a cambio de proveerle a ella el sustento, puede disponer de su cuerpo a su antojo. Esta idea también sustenta la antigua exculpación del delito de violación cuando la víctima y el agresor se casan con posterioridad al hecho, con la presunción de que entre personas casadas no puede haber una violación.

Sin embargo, el tipo penal de violación no distingue si las personas están casadas o no, pues el elemento que constituye el delito es la falta de consentimiento o el uso de la fuerza. No obstante, no ha bastado para aclarar que la violación sexual puede ocurrir en la pareja, y por ello el movimiento feminista ha promovido reformas que incluyan de manera expresa la violación conyugal como un tipo de violación sexual, o que la incluyan como agravante de los delitos sexuales.<sup>37</sup>

Otro ejemplo del tipo de razonamiento de las feministas lo da la Corte Constitucional de Colombia, cuando en 1997 declara inconstitucional una norma que daba una pena menor a la violación conyugal comparada con los otros tipos de violación. La Corte consideró:

La libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución. Con el matrimonio se adquieren deberes civiles, pero no se enajena la persona. Por tanto, la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular. El bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de la personas; tales bienes

<sup>37</sup> Algunos códigos estipulan, en forma explícita, que la violación sexual dentro del matrimonio también es considerada delito: Chile, ley 19617 de 1999, artículo 5; Colombia, Código penal, artículo 211; Venezuela, Código penal, artículo 376; México D.F., Código penal, artículo 265; República Dominicana, Código penal, artículo 332. El Código penal de México D.F., en su artículo 265, dice de manera explícita que la violación de la esposa o concubina tiene la misma pena que el delito de violación, pero agrega que en estos casos sólo se procede por querrela.

jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.<sup>38</sup>

### Tercera cuestión a debatir: el pasado sexual de la víctima como prueba del consentimiento

Ante la ausencia de rastros físicos concluyentes de que la relación sexual fue forzada, los tribunales deben acudir a otro tipo de pruebas y de apreciación de la prueba; lo mismo los abogados de las partes. Uno de los debates más importantes sobre este tema ha surgido en relación con la importancia del pasado sexual de la víctima con miras a determinar si hubo o no consentimiento. En las últimas décadas, incluso antes de las reformas penales, algunas cortes supremas latinoamericanas insistían en que la prueba relativa al pasado sexual de la víctima no era relevante.<sup>39</sup> En varias sentencias se advierte a las cortes inferiores, que siguen solicitando y admitiendo este tipo de pruebas, que de nada sirven para determinar la existencia o no de un delito, o la culpabilidad o inocencia del reo. Recientemente, la Corte Constitucional de Colombia fue más allá; declaró que la prueba del pasado sexual violaba el derecho a la intimidad. El caso reseñado atrás se refiere a una muchacha que alegaba haber sido violada por un conocido luego de que éste le suministrara drogas en un bar. La defensa quería traer como prueba el hecho de que la víctima había tenido relaciones sexuales con

<sup>38</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-285/97.

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, rad 10672, 18 de septiembre de 1997. En este caso, el *a quo* consideró que era información relevante para determinar la inocencia de los acusados el hecho de que fueran personas conocidas de la víctima y que ésta hubiera aceptado tomar licor y acompañarlos inicialmente al apartamento de uno de ellos. Además, en el proceso se aceptaron pruebas que alegaban que la víctima y su madre se dedicaban a la prostitución. La Corte Suprema estableció que el hecho de que los agresores fueran conocidos de la víctima, y de que ésta los hubiera acompañado a su apartamento no eran factores relevantes para determinar si había habido o no uso de la fuerza. Y en cuanto al pasado sexual de la víctima, la Corte sostuvo además que era de elemental conocimiento jurídico que “el argüido *modus vivendi* en nada incide de suyo en la libertad para disponer de la sexualidad. Es decir que por más prostituta que sea una persona su libertad debe ser respetada, so pena de que el Estado, a través de su aparato judicial, castigue ese irrespeto que él mismo (por conducto del legislador) ha elevado al grado de delito”. La Corte Suprema de México, en varios casos, ha fallado en forma similar a la Corte Suprema de Colombia. Ambas han dejado establecido que el pasado sexual de la víctima es irrelevante. La Corte Suprema de México ha dicho: “La conducta anterior de la víctima es irrelevante, porque se presume adecuada a las normas sociales mientras no se demuestre lo contrario, y segundo, incluso si se hubiere adoptado antes de los hechos una ‘conducta provocativa’ o que inclusive fuera de ‘mala reputación’ esto no desvirtúa la responsabilidad penal del quejoso”. Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial*, Tomo XI, febrero, p. 343. Amparo directo 543/92, 24 de noviembre de 1992.

el novio anterior. La Corte estableció que las pruebas sobre el pasado sexual de la víctima eran inadmisibles *prima facie*.<sup>40</sup>

### Preguntas

1. ¿Considera usted que en el caso anterior se violó el garantismo del derecho penal al fallar en contra del acusado sin que existieran pruebas suficientes de su culpabilidad?
2. ¿En casos de violencia sexual se le debería otorgar al testimonio de la víctima un peso especial? Considere si se podrían aplicar en este caso las reglas de prueba adoptadas por la Corte Penal Internacional y reseñadas en el caso anterior.
3. ¿Es compatible la noción de débito conyugal con una visión contemporánea de los derechos humanos? ¿Por qué?
4. Partiendo del criterio de que la violación del cónyuge traiciona la confianza y el respeto debido a la pareja, además de otros bienes jurídicos, se propone tomar este tipo de delito como un agravante del delito de violación sexual. ¿Qué opina de esta propuesta?
5. Estudie la decisión de la Corte Constitucional de Colombia T-453 citada arriba y considere si restringe la independencia y la discrecionalidad del juez.
6. Analice la relación entre la normatividad penal y el ámbito de aplicación directa de los derechos constitucionales. ¿Si la inadmisibilidad estuviera consagrada en una ley penal y no por vía del derecho constitucional, su respuesta sería diferente? ¿Por qué?

### B. SEGUNDO PROBLEMA: LA VIOLENCIA COMO CRITERIO PARA EVALUAR LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legislación y la dogmática latinoamericanas, en relación con la justificación de legítima defensa, revelan, a pesar de su pretendido cientificismo, una importante carga valorativa.<sup>41</sup> La legítima defensa justifica la actuación delictiva a partir de la existencia de criterios objetivos que demuestran que se actuó en defensa propia o de sus derechos. Salvo algunos detalles de técnica legislativa y de sistematización, los códigos penales de Argentina, Chile y Perú exigen los siguientes presupuestos objetivos para que la legítima defensa se configure

<sup>40</sup> Ver nota 38.

<sup>41</sup> Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1989, pp. 85 y ss., y 103 y ss.

como justificante: a) una agresión ilegítima; b) la necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; c) la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.<sup>42</sup> El Código penal colombiano estipula un recaudo legal para la agresión —que por ley debe ser injusta, actual e inminente—, establece que la defensa debe ser proporcionada y omite la referencia a la falta de provocación suficiente.<sup>43</sup> Por su parte, el Código penal para el Distrito Federal en México establece, en cuanto a la agresión, que además de ser actual e inminente, debe ser real y sin derecho, y respecto de la provocación, que debe ser dolosa, suficiente e inmediata.<sup>44</sup>

Esta tipificación, de algún modo, favorece la interferencia de criterios discriminatorios respecto de las mujeres que se defienden de la violencia doméstica que le inflige su pareja. En cuanto al primer requisito, la agresión, ninguno de los códigos particulariza el supuesto de la defensa de la mujer agredida en el espacio intrafamiliar ni menciona los aspectos psicológicos, además de los físicos, que comprende la forma de control que caracteriza a la violencia doméstica. En general, la dogmática sigue el mismo camino que el legislador: se desconoce el impacto de la violencia sostenida en el tiempo, y su existencia se trata como un asunto menor y desprovisto de contexto. El derecho percibe del mismo modo, por ejemplo, a una mujer que ataca a quien la ha agredido de manera reiterada y pertinaz, pero que lo hace cuando su agresor se encuentra en un estado de

vulnerabilidad —mientras duerme, por ejemplo—, que a otra mujer que ataca también a cualquier otro miembro de su familia mientras duerme.

En relación con los requisitos de “inminencia” o “actualidad” de la agresión, que de manera explícita exigen como condición algunos de los códigos analizados y demandados invariablemente por la literatura penal clásica, se ha interpretado que no coinciden con el inicio de la tentativa y la consumación formal del delito, sino que abarcan desde los actos preparatorios inmediatamente anteriores al principio de ejecución y se extienden hasta el agotamiento material de la agresión. En todo caso, los conceptos “inminencia” o “actualidad” aluden a conductas aisladas, de manera que la defensa debe responder a un ataque inminente y no a la situación que plantea la reiteración periódica de ataques.

Un tercer elemento que dificulta la aplicación de la justificación a la mujer golpeada es que a menudo los juristas afirman que la inminencia y la necesidad de la defensa se deben juzgar según criterios objetivos; concretamente, según el juicio de un tercer observador sensato.<sup>45</sup> La forma como las mujeres vivencian el acoso permanente y como repercute en su evaluación racional es completamente ininteligible para quien no sufre tal violencia. Es decir, que si el “observador sensato” desconoce las circunstancias concretas, no es capaz de reconocer la inminencia y la necesidad de la defensa.

La ignorancia del punto de vista de la mujer golpeada conduce además a negar la posibilidad de un error en la apreciación de las circunstancias objetivas de la causa de justificación, por ejemplo en el caso en que una mujer arremete porque cree, equivocadamente, que su maltratador la va a violentar de nuevo. Si bien en la dogmática hay consenso sobre la ubicación sistemática de la legítima defensa como causa de justificación que excluye el injusto penal, no hay acuerdo sobre los efectos de un error.<sup>46</sup> Los prejuicios de género pueden conducir a negar la existencia de la legítima defensa con error en la apreciación del peligro, para buscar, en el mejor de los casos, algún elemento que exima o atenúe la responsabilidad. Los efectos concretos en la dosificación de la pena son muy diversos.

<sup>42</sup> El artículo 34 del Código penal de Argentina establece: “No son punibles: [...] 6° El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende [...]”. El artículo 10 del Código penal de Chile establece: “Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 4° El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: Primera: Agresión ilegítima; Segunda: Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; Tercera: Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende [...]”. El artículo 20 del Código penal de Perú prescribe: “Inimputabilidad. Están exentos de responsabilidad penal: [...] 3° El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; y, c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa”.

<sup>43</sup> El artículo 32 del Código penal de Colombia establece: “Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 6° Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”.

<sup>44</sup> El artículo 29 del Código penal para el Distrito Federal de México establece: “El delito se excluye cuando: [...] IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”.

<sup>45</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García de Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 631.

<sup>46</sup> Hay quienes estiman que el justificante opera de todos modos, independientemente de la eventual responsabilidad por el delito culposo fundado en la infracción al deber de examen: teoría del injusto personal; otros lo consideran una especie de error de prohibición: teoría de la culpabilidad estricta; también están aquellos que, tras efectuar tal equiparación, acuden a la penalidad establecida para el delito culposo: culpabilidad limitada; mientras que para otro grupo, los adherentes a la teoría negativa del tipo, se trata de un error de esta especie. Algunos de los códigos latinoamericanos contienen prescripciones específicas al respecto.

El último requisito de la legítima defensa es negativo: la falta de provocación suficiente. Ésta se define como la conducta anterior del que se defiende, que determina la agresión y que no se valora jurídicamente como suficiente cuando es previsible. Una vez más, en este punto la falta de comprensión de la situación de la mujer golpeada conduce a un juicio desfavorable de lo que constituye provocación suficiente.

El caso que se examina a continuación es el de una mujer golpeada que asesina a su esposo estando éste en una situación de vulnerabilidad. Aunque al final es condenada, el tribunal de primera instancia acepta el argumento de la legítima defensa.

#### Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, Argentina

##### G. B. sobre homicidio calificado

21 de septiembre de 2005<sup>47</sup>

#### Problema jurídico

Si en el momento del homicidio la víctima ha suspendido momentáneamente la agresión, y se encuentra en una posición vulnerable, ¿existe actualidad o inminencia de la agresión necesaria para que se configure la eximente de legítima defensa?

#### Hechos

A.J. golpea a su esposa G.B. desde hace muchos años. Ella intenta en vano separarse. Por esa misma época, un día, A.J. se presenta en la casa con una pistola, golpea a G.B., la arrastra hasta el dormitorio para forzarla a tener relaciones sexuales. A.J. se descuida por un momento, la mujer toma la pistola y lo asesina.

#### Decisión del Tribunal

El Tribunal encuentra que este caso cumple con los requisitos que exige la ley para invocar legítima defensa. La decisión se apoya en los informes del perito psiquiatra del departamento judicial —D.M.O.—, según el cual los golpes y las amenazas de las que fue objeto la imputada antes del hecho le habían producido un miedo profundo, y ese estado de terror alteró su capacidad de valorar y limitó sus posibilidades de actuar.

<sup>47</sup> Un análisis completo de esta sentencia se puede encontrar en Julieta Di Corleto, "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 5, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 853-870.

#### Extractos

[...]

[E]n circunstancias en que G.B. y su hija J.P.J. regresaban caminando a su domicilio [...], fueron interceptadas en la entrada por A.P.J., esposo de la primera y padre de la segunda, quien violentamente les cruzó la camioneta en que se movilizaba, las insultó, amenazó y comenzó a pegarles trompadas y patadas obligando a las mujeres a ingresar a la casa [...]. Una vez que madre e hija fueron forzadas por A.P.J. a ingresar a la casa, comenzó para ellas un verdadero calvario, que incluyó una serie ininterrumpida de golpes de A.J. hacia G.B. que le causaron múltiples lesiones. La violencia se ejerció, además, rompiendo vidrios y blandiendo en forma amenazante un arma de fuego, la que A.J. usualmente portaba y que en la ocasión disparó dos veces hacia [...] G.B. en el local de la planta baja, obligándola luego a subir a la casa con la finalidad de mantener relaciones sexuales. En forma intimidante, arma de fuego en mano, A.J. llevó a G.B. a la habitación principal, lugar donde la mujer comenzó a quitarse sus prendas íntimas, en tanto A.J. la esperaba acostado en la cama, momento en el cual, aprovechando un descuido de su esposo, G.B. tomó el arma de fuego que llevaba A.J. y le descerrajó dos disparos en la sien derecha, poniendo fin a la agresión y a la vida de hasta quien hasta ese día había sido su esposo.

[...]

Estas declaraciones que el Tribunal escuchó ratifican la versión dada por G.B. en el juicio. Dijo la imputada que A.J. siempre le había pegado, que era una persona golpearora y que el maltrato físico comenzó cuando cursaba el embarazo de su primer hijo. [...] En los dos últimos años la situación de maltrato se agudizó. [...] Mencionó G.B. cómo una vez A.J. le pegó con una pala de punta, concurriendo a la Comisaría Jorge Newbery, pero allí no le tomaban las denuncias. "Me violó varias veces", dijo la imputada, recordando cómo la forzó a mantener relaciones sexuales las dos o tres veces que volvió a dormir en su casa luego del mes de mayo de 2004. Dijo G.B. que fue a la Comisaría y pidió que mandaran algún patrullero, que pusieran alguna vigilancia para evitar que su marido entrara a la casa, pero le dijeron que ello no era posible. La existencia de reclamos de Justicia ante la Comisaría de Jorge Newbery tienen respaldo en la documental de fs. 24 y 25, [...]

[...]

Al concluir el juicio el Fiscal estimó que A.J. probablemente estuviese dormitando o entredormido al recibir los balazos. No comparto la valoración del Fiscal. [...] cabe preguntarse qué hacía A.J. acostado en una cama donde, conforme versión de su nueva pareja, Sra. G., había dejado de dormir desde el mes de mayo. Todos estos elementos, a los que cabe agregar la declaración de J.P.J. que apoya la de su madre, me llevan a concluir que era intención de A.J. mantener nuevamente relaciones sexuales no consentidas con la imputada.

[...]

¿Hay eximentes de la responsabilidad penal?

[...]

El tema es si la acción de la acusada puede pasar el tamiz de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión (CP, 34 inc. 6-b); en especial, la cuestión es determinar si existió actualidad o inminencia en la agresión al momento de efectuarse los dos disparos a la cabeza de A.J. [...] Es nuestro deber valorar estas acciones de defensa “ex ante” y no “ex post”; es decir, hay que colocarse en la situación de quien se defiende al momento del hecho [...]. Estimo que A.J. había dejado de pegarle a G.B. pues, como ésta lo dijo en el juicio, comenzó a desvestirse para mantener las relaciones sexuales que aquél quería. [...] Pero lo que debemos preguntarnos es qué hubiera sucedido si la mujer se negaba a los deseos de A.J.; con toda seguridad la golpiza hubiera seguido. El Fiscal ponderó en contra de G.B. por no haber escapado del lugar. La huida, más allá de la limitación de las opciones propias de la situación de fuerte conmoción afectiva por la que atravesaba la imputada, no era algo que asegurara su liberación, [...] La acusada corría peligro cierto. Existía una amenaza manifiesta de parte de A.J. que tornaba inminente el peligro y la situación de riesgo para la vida de G.B.: de no acceder a la relación sexual la agresión continuaría [...].

Pero a esta situación objetiva de inminente peligro para la vida de la acusada debemos sumar una subjetiva, también abonada en el juicio. La golpiza y las amenazas sufridas antes del hecho generaron en la imputada, conforme informara el perito psiquiatra de este Departamento Judicial, D.M.O., gran miedo en su persona. Esa situación de terror afectó sus valoraciones y limitó sus posibilidades de actuar; conforme el Perito, vivió la situación con gran temor. Entiendo, entonces, que en el caso concurren los requisitos que exige la ley para la invocación de la legítima defensa [...].

**Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de Mar del Plata, Argentina, Sala II**

**C.D. sobre homicidio en estado de emoción violenta**

**23 de junio de 1995**

**Problema jurídico**

Cuando ocurrieron los hechos, la actora se encontraba en un estado de exaltación emocional severo. ¿Se le puede atribuir imputabilidad penal?

**Hechos**

El día 25 de abril de 1990, en horas de la noche, en el domicilio de la pareja, C.D. golpeó el rostro de su marido un número reiterado de veces. Lo hizo con un hierro de 50 centímetros de largo y 14 milímetros de diámetro. El marido, que se encon-

traba dormido cuando la mujer lo atacó, sufrió múltiples fracturas en los huesos de la cara y en la calota craneana, y finalmente murió.

**Decisión de la Cámara**

Por votación, el Tribunal absuelve a la acusada.

**Extractos**

[...]

¿Se encuentra probado en autos el cuerpo del delito de los hechos materia de acusación? [...]

Se acredita legalmente que en horas de la noche del día 25 de abril de 1990, en el interior del domicilio ubicado en [...], [C.D.] descargó reiteradamente golpes con un hierro de cincuenta [50] centímetros de largo y un diámetro de 14 milímetros en el rostro de [su marido] que en la emergencia se encontraba dormid[o], produciéndole múltiples fracturas en los huesos de la cara y la calota craneana [...] lo que llevó a la víctima a la muerte [...].

[...]

¿Concurren eximentes?

Tal como lo pusieran de manifiesto las partes, en la presente causa la cuestión excluyente versa acerca de la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal de la imputada. Como es sabido, cada uno de los estratos analíticos del concepto de delito reclama una cierta capacidad psíquica. [...] Adelanto que a mi modo de ver C.D. tuvo serias dificultades para comprender el carácter injusto del hecho que emprendiera y que, para colmo, no pudo adecuar su conducta a esa defectuosa comprensión. La profusa prueba de expertos rendida en autos permite afirmar, sin dejar lugar a dudas, que el psiquismo de la imputada se encontraba en la emergencia francamente limitado por un “estado de exaltación emocional severo” [...]. Pero ese estado confusional severo es tributario de la capacidad de comprensión de la criminalidad del acto o sea de la primera base del juicio de reproche. Con esa capacidad psíquica disminuida, la imputada produjo un acto que las peritos psicólogos catalogaron de “conducta impulsiva y descontrolada” en virtud del “cúmulo de frustraciones, indignación y angustia” que en la situación determinaron que C.D.

[...] ya no fue capaz de controlarse y su capacidad de reflexionar y mediatizar, de por sí escasas, fueron insuficientes para contener el estado de confusión y desorganización que sentimientos angustiosos y fundamentalmente miedo generaron dentro suyo produciéndose la acción como forma de salida o expresión impulsiva.

Me he preguntado una y otra vez si el acto imputado a C.D. es aquél del que puede afirmarse que se trata de un injusto culpable, si es el que revela que su autora, habiénd-



dole sido posible y exigible evitarlo, lo ha realizado para contrariar al derecho. Me he preguntado si ese demérito de la elección contraria a las normas ha sido producto de la deliberación y de la libertad de la acusada. Me he preguntado si —como la doctrina lo reclama— C.D. dispuso de diversas alternativas entre las cuales seleccionó el homicidio. Me he preguntado si alguna vez se incorporó de algún modo a su psiquismo la idea de matar a T.B. Todas las respuestas han sido negativas.

[...] Ya he referido parcialmente algunos aportes de los peritos de intervención en autos. Cabe ahora el análisis sistemático de sus conclusiones [...] Debo comenzar por el [doctor] E.P., quien [...] afirmó que cabe concluir que C.D. es constitucionalmente hiperemotiva. [...] Las conclusiones psiquiátricas fueron defendidas en la audiencia de vista de causa por el [doctor] J.C.B. [quien] señaló que la exaltación emocional que constataran tanto puede abolir cuanto perturbar la conciencia.

[...] [Y] fue aún más lejos al afirmar que la imputada no habría podido “controlar” su conducta, que su psique habría salteado la etapa reflexiva, [...] que “las mayores dificultades estarían vinculadas a la dirección de las acciones”, al fenómeno adaptativo que debe existir entre la percepción de la realidad y sus contenidos valorativos y la conducta subsecuente a esa percepción. [...] A su tiempo S.I. y C.S. [...] señalaron expresamente que esa constitución hiperemotiva, a la que se sumaba la tensión crónica y la angustia permanente hicieron que vivenciara una amenaza inminente y que el condigno miedo, el pánico disminuye el control del Yo.

[...] [T]engo por alteración morbosa de las facultades mentales de C.D. el trastorno mental que sufriera en el momento del hecho. Ello puesto que —como queda dicho— su desempeño conductual fue francamente deficitario y anormal conforme a los parámetros neurológico, psiquiátrico y psicológico antes reseñados. Esa noción de anormalidad, de ruptura del antecedente vital de la encartada, abastece sobradamente el concepto de “morbosa” a que la ley alude [...].

Veredicto: En mérito al resultado que arroja la votación [...] el Tribunal pronuncia veredicto absolutorio para la acusada C.D. [...]

### Cuestiones a debatir

#### Primera cuestión a debatir: el alcance del derecho a la legítima defensa

Los prejuicios o falsas creencias, en general, se aceptan como si fueran postulados de sentido común. En materia de violencia, una de esas falsas creencias consiste en sostener que las mujeres que son maltratadas por sus compañeros disfrutaban de las golpizas. Argumentan la aseveración de la siguiente manera:

si no les gustara ser golpeadas, las mujeres abandonarían sus hogares.<sup>48</sup> En la mayoría de los casos, las mujeres permanecen en sus hogares por una dependencia económica y emocional, por miedo, depresión, por una baja autoestima y porque desean y creen que las promesas de cambio de su pareja pueden llegar a hacerse realidad. La mujer víctima de violencia no experimenta placer frente a los golpes y además no se siente capaz de hacer frente a la violencia. En su decisión de no marcharse incide la falta de recursos, de fuerza y, fundamentalmente, el miedo.<sup>49</sup>

Las mujeres que logran tomar la decisión de abandonar a sus parejas son las que enfrentan un mayor riesgo de ser asesinadas o de ser gravemente lesionadas. El momento de la separación es estudiado como el período más peligroso en una relación de maltrato y se ha establecido que puede durar hasta dos años después de terminado el vínculo.<sup>50</sup> Por ello, la comprensión adecuada del fenómeno de la violencia nunca debería llevar a imponer a las mujeres maltratadas el deber de abandonar sus hogares. Por otra parte, desde el punto de vista del derecho penal, en el momento mismo del desarrollo de una agresión, esta exigencia sólo podría imponerse en los casos en los que ésta pudiera sortearse de manera total y segura.

Sin embargo, algunos manuales y tratados de derecho penal enseñan que el alcance de la legítima defensa está limitado cuando existen deberes especiales entre los intervinientes. La doctrina penal se ha ocupado de limitar la legítima defensa en el ámbito conyugal. Con el argumento de las llamadas “responsabilidades institucionales”, plantean la exigencia de comportamientos heroicos. Al respecto se señala, por ejemplo, que sólo cuando sea seguro para su defensa, se atentará contra la vida del ofensor; de otro modo se deberá esquivar la agresión o conformarse con medios defensivos menos peligrosos, aun corriendo el riesgo de sufrir daños leves. Enrique Bacigalupo sostiene sobre esto: “Se excluye el derecho de defensa necesaria en los casos de estrechas relaciones personales (padres-hijos; esposos; comunidad de vida, etc[étera]). Ello significa que en estos casos debe recurrirse, ante todo, al medio más suave, aunque sea inseguro”.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Jorge Corsi, “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar”, en Jorge Corsi, comp., *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 37.

<sup>49</sup> Julieta Di Corleto, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *op. cit.*

<sup>50</sup> Julieta Di Corleto, *ibid.*, donde cita a Leonore Walker, “Battered Women Syndrome and Self Defense”, *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol.*, N° 6, 1992, y Elizabeth Schneider, *Battered Women & Feminist Lawmaking*, Yale University Press, New Haven, 2000.

<sup>51</sup> Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 230.

Para justificar su planteamiento, utiliza el siguiente ejemplo: “el marido no tiene derecho a matar a su mujer para impedir que ésta lo abofetee”.<sup>52</sup> Por su parte, Jakobs sostiene que “en estas relaciones de garantía existe una obligación de sacrificarse más elevada —frente a la obligación de cualquiera—”.<sup>53</sup> Con un criterio aparentemente más laxo, Roxin entiende que el deber de consideración se extingue si la agresión importa lesiones graves o cuando se sufren maltratos continuos:

Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por *motivos insignificantes*, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo ya hace tiempo se ha desligado; por eso puede defenderse con un arma de fuego y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse [...] <sup>54</sup>

### Segunda cuestión a debatir: la inminencia o actualidad de la agresión

Tal como se planteó en la introducción, la doctrina en materia de legítima defensa establece que uno de sus requisitos básicos consiste en establecer si la agresión es lo suficientemente inmediata como para justificar una respuesta. El requisito de la inminencia o actualidad de la agresión sirve para determinar cuál es el momento indicado para avalar una defensa. Se ha establecido que el ataque tiene que ser actual, es decir, inminente o aun subsistente. En consecuencia, la respuesta defensiva sólo podría comenzar en el último instante, en el que todavía existan posibilidades de éxito, y sólo en ese momento se puede descartar con seguridad el riesgo de que resulte innecesaria.<sup>55</sup> Este requisito es importante para distinguir un caso de legítima defensa del supuesto de una defensa frente a ataques futuros o ya repelidos. Por lo tanto, a esta temporalidad subyace la necesidad de la defensa y, a su vez, la subsidiariedad del instituto. De ahí que los autores estimen que, ante la ausencia de actualidad e inminencia de la agresión, quien pretenda defenderse debe requerir el auxilio de las autoridades.

### Tercera cuestión a debatir: la inclusión del testimonio de expertos: la valoración de la inminencia o actualidad de la agresión

Uno de los puntos para analizar en los casos de las mujeres que son juzgadas por haber actuado en defensa de sus maridos tiene que ver con los antecedentes de

violencia. La correcta presentación y tratamiento del historial de violencia que precedió la conducta defensiva puede ser esencial para evaluar el comportamiento de la mujer. Su análisis puede ser necesario para comprender el grado de peligro al cual está expuesta la mujer y también para evaluar su percepción de la amenaza y su reacción frente a ese peligro. El estudio adecuado de la percepción del riesgo tiene efectos concretos para la solución del caso: la apreciación del peligro se refiere justamente al conocimiento de la concurrencia objetiva de la causa de justificación.

En el contexto de los procesos contra las mujeres que se defienden de las agresiones de sus maridos es posible recurrir a la pericia de un experto —idealmente de un psicólogo especializado en temas de violencia contra las mujeres— que podría explicar por qué las golpizas que sufrió una mujer en el pasado la ponen en una situación de alto riesgo y en una posición especial desde la cual puede predecir o temer la magnitud de la violencia que se puede llegar a desencadenar. Con el fin de evaluar la razonabilidad de la creencia de la mujer sobre el peligro al que se enfrenta, este tipo de peritaje puede ser concluyente.

En algunos casos, la experiencia de las mujeres maltratadas ha sido explicada a partir de una caracterización, el “síndrome de la mujer golpeada”, un concepto que evalúa los cambios psicológicos que provoca la exposición constante a la violencia. Lenore Walker acuñó el concepto en *Battered Woman Syndrome*, libro publicado en 1979. Según ella, las investigaciones sobre el síndrome de la mujer golpeada indicaban que, en general, quienes sufren situaciones de abuso y violencia responden de manera similar. Leonore Walker profundizaría esta idea en publicaciones posteriores:<sup>56</sup> el síndrome de la mujer golpeada es una subcategoría del trastorno por estrés post-traumático. Entre sus manifestaciones se destacan tres categorías de síntomas, cuya presencia determina si una persona que ha sido sometida a situaciones traumáticas ha desarrollado el síndrome: disturbios cognitivos, altos niveles de ansiedad y síntomas de evitación.

Los disturbios cognitivos comprenden trastornos en la memoria, entre los que se incluyen recuerdos invasivos que sirven tanto para reconstruir como para negar, minimizar o reprimir los incidentes de violencia. Las mujeres que han sido víctimas de violencia también tienen dificultades para concentrarse y tienden a confundir los episodios de abuso. Si enfrentan una nueva situación de violencia pueden tener *flashbacks* que las llevan a reexperimentar situaciones de abuso anteriores y a reforzar e incrementar su percepción del peligro.<sup>57</sup> Los altos niveles de ansiedad los revela el desarrollo de un sentido de hipervigilancia que permite identificar cualquier peligro potencial y reconocer, en señales

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>53</sup> Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 488-489.

<sup>54</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 652. El destacado es nuestro.

<sup>55</sup> Günter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 230-231.

<sup>56</sup> L. Walker, “Battered Women Syndrome and Self Defense”, *op. cit.*, pp. 327-328.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 328.

quizás insignificantes para un tercero, la posibilidad de que se desencadene un incidente de violencia. Esto produce comportamientos nerviosos que se pueden evidenciar en ataques de pánico y fobias, o en trastornos en la alimentación y el sueño. Otra manifestación de los altos niveles de ansiedad es el comportamiento compulsivo y repetitivo, en particular en los casos en los que la mujer cree que ella es la única que puede modificar el comportamiento de su pareja.<sup>58</sup> Finalmente, los síntomas de evitación incluyen depresión, negación y minimización, tácticas todas ellas que evitan enfrentar la situación a la que están expuestas. A medida que pasa el tiempo, y en función del control ejercido por sus compañeros, las mujeres golpeadas se aíslan de sus entornos de contención y pierden el interés por las actividades que solían disfrutar.<sup>59</sup>

Si bien la sentencia del caso "G.B. s/ homicidio" no hizo referencia al síndrome de la mujer golpeada, sí se acudió a los informes de expertos que explicaron, por un lado, las consecuencias del historial previo de violencia al que fue sometida G.B. y, por el otro, el gran temor que sufrió en el momento en el que se desencadenó su respuesta a la agresión de A.J.

### Preguntas

En el juicio que se le siguió a G.B. el Fiscal consideró que el caso no cumplía con los presupuestos de la legítima defensa. Según él, G.B. no abandonó el lugar en el momento del cese de la violencia. En lugar de defenderse de la agresión, lo exigible, en criterio del Fiscal, era que G.B. hubiera huido del hogar.

1. ¿Qué argumentos pudo haber desarrollado el Fiscal para descartar la aplicación de la legítima defensa?
2. ¿En qué sentido la relación previa existente entre las partes que intervienen en agresiones mutuas puede definir el alcance de la legítima defensa?
3. ¿Se podría pensar que esta relación previa entre las partes no debe operar para restringir la legítima defensa, sino que al contrario debería funcionar a la inversa? ¿En qué casos?
4. ¿Qué problemas tiene la aplicación de las *fórmulas tradicionales en materia de legítima defensa* en los casos de mujeres golpeadas?
5. ¿Qué argumentos se podrían desarrollar para descartar la aplicación de una regla como la propuesta por la literatura penal clásica?
6. ¿En qué casos los motivos de una golpiza pueden ser relevantes para definir una legítima defensa, tal como se desprende de la posición de Roxin?

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

7. En los argumentos del Fiscal y del Tribunal la valoración de la prueba es distinta, y diferente en consecuencia la reconstrucción de los hechos. Para el Fiscal, A.J. estaba dormido, y este hecho inhabilita la aplicación de la eximente de responsabilidad penal; para el Tribunal, A.J. no estaba dormido, G.B. aún estaba en peligro ¿Qué habría resuelto el Tribunal si como el Fiscal hubiera entendido que A.J. sí estaba dormido?

8. ¿Cómo diferenciar el "intersticio de cese de violencia" —como sostuvo el Tribunal— del "fin de la agresión"? ¿El hecho de que A.J. no estuviera dormido significaba que G.B. corría peligro inminente? ¿Por qué? ¿Qué supuesto de hecho imaginaría para dar una respuesta afirmativa? O en otras palabras, ¿qué elementos valoraría como juez para concluir que G.B. estaba todavía en peligro?

9. Si usted fuera abogado/a defensor/a, ¿qué defensas articularía apelando al concepto de "síndrome de mujer golpeada"? ¿Cómo afectaría una defensa técnica efectiva el hecho de estar imposibilitada de acudir a peritos de parte que expongan las características del "síndrome de mujer golpeada"?

10. ¿Cómo han operado los testimonios de expertos en diferentes sentencias? La sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de Mar del Plata presenta el caso de una mujer golpeada que asesina a su agresor. Luego de leer el texto, cuáles serían las desventajas de acudir al concepto de síndrome de la mujer golpeada como defensa. Considerando los testimonios de los expertos citados, ¿sería adecuado acudir a esta figura? ¿Cuáles serían las consecuencias para el colectivo de mujeres? Al dar su respuesta, considere si el asesinato del agresor puede llegar a ser un acto razonable y según qué criterios.

### III. LA RESTRICCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS MUJERES POR LA PROTECCIÓN LEGAL CONTRA LA VIOLENCIA

El derecho que pretende proteger a la mujer víctima de violencia debe conciliar la protección con el respeto a la autonomía de la víctima, y esta conciliación presenta una serie de problemas que son quizá el resultado lógico de toda pretensión emancipatoria cuando se tiene en cuenta la dimensión cultural y psicológica de la dominación. Indudablemente, incluso en las circunstancias más crueles de servidumbre y opresión, hay individuos que comparten con sus opresores la lógica de su opresión, y con mayor razón sucede en circunstancias más ambiguas en las que se combinan, por ejemplo, el maltrato, el abuso y los lazos afectivos y familiares. En esta medida, la intervención del Estado, que tiene además su propia lógica y dinámica, puede afectar la libertad de las mujeres que quieren plantear sus relaciones según su propio criterio.

Otro problema es el de la relación entre las feministas que abogan por la reforma y las mujeres que se deben ver beneficiadas por dichas reformas. Entre los grupos que las feministas pretenden interpretar usualmente hay abismos de clases, realidades sociales, creencias y experiencias vitales diferentes. En muchos casos se tienden sobre ese abismo puentes de solidaridad, pero las diferencias persisten y pueden derivar en la imposición de una forma particular de ver la vida —profesional, de clase media, feminista—, lo que también termina limitando la autonomía de las mujeres.

Por último, hay que tener en cuenta que el Estado tiene su propia lógica, su dinámica propia, y que usualmente ésta es autoritaria, impersonal y burocrática, en particular cuando se trata de la rama judicial y, con mayor razón, de la penal. En el proceso de judicialización y de intervención estatal la mujer pierde autonomía, pues deja de dirigir sus propios asuntos para quedar en manos de la autoridad estatal. Esto se agrava cuando se trata de sectores marginales, cuya relación con el Estado oscila entre el paternalismo, el control social y la coerción por parte de las fuerzas de policía —indigentes, prostitutas, habitantes de barrios ilegales, etcétera—.

Esta sección se ocupa de dos casos en los que la autonomía de la mujer, los intereses del Estado y la agenda feminista —esta última en menor medida— entran en conflicto. El primer caso es el de la conciliación en materia de violencia familiar. Aquí la mujer acude al Estado para que éste intervenga y cese la violencia —en ocasiones sin que implique cortar el vínculo con el agresor—. Busca en el Estado una especie de figura paterna que logre controlar los abusos de su pareja y le facilite la solución del conflicto. Para el Estado, éste es un problema menor; debe operar de manera eficiente y gastar la menor cantidad de recursos. La figura de la conciliación es atractiva por su eficacia y rapidez. Sin embargo, los modelos que se utilizan para llegar a verdaderos acuerdos, y sobre todo para hacerles seguimiento, no suelen ser efectivos. Además, desde la esquina feminista, la conciliación supone el abandono de las mujeres a su propia suerte en las supuestas audiencias de mediación con su agresor, y constituye una violación inaceptable de sus derechos, en especial del derecho a obtener justicia y protección del Estado. No obstante, la visión objeto de crítica coincide en principio con los intereses de las mujeres maltratadas: en aquellos casos en los que la mujer desea mantener el vínculo con el agresor, la conciliación puede parecer un mecanismo atractivo.

En el segundo caso, el del tráfico de personas, hay tensiones bastante complejas entre autonomía y protección. Por una parte, las feministas tienen una preocupación legítima por la horrenda explotación de la que son objeto muchas mujeres víctimas del tráfico de personas, preocupación que se encuentra en curiosa sinergia con el deseo de los Estados desarrollados de cerrar sus fronteras a la inmigración proveniente de países pobres. La forma como muchas mujeres

pobres le buscan salida a su situación es inmigrando a los países ricos, y para lograrlo están dispuestas a correr riesgos. En este proyecto puede parecer como si el Estado y sus ocasionales aliados feministas estuvieran aceptando una forma más de control de la migración.

#### A. PRIMER PROBLEMA: LA CONCILIACIÓN EN LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Las reformas feministas de la década de los años noventa coinciden con la tentativa de positivizar los derechos humanos, agilizar la administración de justicia, flexibilizar la contratación laboral y abrir los mercados nacionales a los productos y a la inversión extranjera. Las leyes que regulan la intervención estatal en casos de violencia contra la mujer coinciden, entre otras, con las reformas destinadas a crear los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Como resultado de esta coexistencia, la conciliación o mediación se incorpora a las alternativas de respuesta estatal a la violencia contra la mujer, o violencia intrafamiliar, en muchas instancias como parte de un mismo paquete modernizador.

La conciliación en casos de violencia intrafamiliar se consagra en tres tipos diferentes de legislación. En primer lugar, y de manera directa, en las leyes que reglamentan la intervención estatal frente a la violencia contra la mujer, permitiendo u obligando a las partes a que se presenten a una audiencia de conciliación mediada por un juez o por un psicólogo.<sup>60</sup> En segundo lugar, varias legislaciones contemplan el requisito de una audiencia de conciliación para que proceda la investigación antes del juicio en los casos de delitos de bajas penas, como la violencia intrafamiliar, la inasistencia alimentaria y las lesiones personales; y en tercer lugar, en los procesos de derecho de familia, incluidos divorcios y separaciones, así como procesos por la custodia de los menores, la audiencia de conciliación es obligatoria.

Como resultado, las mujeres maltratadas que acuden al sistema de justicia, bien en busca de una orden de protección, de un castigo por parte de la justicia penal, o de un divorcio, alimentos o custodia ante la justicia ordinaria o de

<sup>60</sup> En Argentina, ley 24417 de 1994; Bolivia, ley 1674 de 1995; Colombia, ley 294 de 1996, modificada por ley 575 de 2000; y Ecuador, ley 103 de 1995. La audiencia de conciliación en Ecuador es parte del proceso para obtener una orden de protección. En México, la ley de violencia intrafamiliar de 1996 la establece como facultativa. También es voluntaria en El Salvador, ley 902 de 1996. En Chile, según la ley 20066, la materia es conciliable excepcionalmente. En Perú, la ley 27398 de 2001 derogó la posibilidad de conciliar en casos de violencia intrafamiliar. En República Dominicana, Nicaragua, Panamá, Honduras, Guatemala, Costa Rica y Paraguay, las leyes de violencia intrafamiliar no mencionan la conciliación o la mediación.

familia, deben pasar por una audiencia de conciliación, mediada muchas veces por el mismo funcionario que, en caso de no haber acuerdo entre las partes, decide sobre el caso.

Las críticas a este sistema de la conciliación son abundantes y se pueden agrupar en dos clases: de un lado, por tratarse de una forma de denegación de justicia; de otro, por ser una práctica que desconoce el desequilibrio de poder entre las partes. Quienes consideran que la conciliación es una forma de denegación de la justicia han constatado que las mujeres buscan en vano que el Estado las proteja e imparta justicia. Desde este punto de vista no es aceptable que cuando las mujeres golpeadas solicitan protección estatal, terminen siendo obligadas a conciliar con su agresor de años. Los críticos de la conciliación la ven entonces como una forma más de ignorar y perpetuar la violencia conyugal, y como una grave violación al derecho a la dignidad, la vida, la salud, al acceso a la justicia y, especialmente, a una vida libre de violencia.<sup>61</sup>

El segundo grupo de críticas ve en la conciliación una práctica que subestima el desequilibrio de poder entre las partes. Esta mirada ofrece un reto importante a los medios alternativos de resolución de conflictos. Se ha escrito mucho sobre el síndrome de la mujer maltratada, fenómeno que explica, por ejemplo, los trastornos emocionales que padecen las víctimas: temor y angustia constantes, sentimiento de indefensión, baja autoestima, apatía y pasividad, resignación, tendencias suicidas, depresión y diversos trastornos psicósomáticos. Además, se sabe que el maltrato sucede en ciclos de agresión-perdón-reconciliación-tensión-agresión, ciclos que dificultan o impiden que las mujeres terminen la relación. También se ha estudiado la cultura del maltrato que surge en la pareja y cómo contribuye a que la mujer acepte los términos de su dominación, de la que el maltrato físico es apenas una parte de un cuadro más grande de dominación y control que impide que la mujer pueda defenderse ni reclamar su autonomía.<sup>62</sup> En estas circunstancias, no parece razonable esperar que las mujeres lleguen a acuerdos buenos o al menos justos con sus agresores.

Sin embargo, esta apreciación se confronta con la experiencia cotidiana de los operadores de la norma, quienes ven que mientras algunas mujeres llegan con la claridad de que desean ayuda para terminar el vínculo con el agresor, muchas otras sólo buscan morigerar la violencia pero no renunciar a la rela-

<sup>61</sup> Ver, por ejemplo, "Justicia injusta: una crítica feminista a la conciliación en violencia conyugal", *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, Bogotá, enero de 2002. Existe una lista permanentemente actualizada —aunque en inglés— sobre éstos y otros aspectos de la violencia contra las mujeres en [www.mincava.umn.edu](http://www.mincava.umn.edu).

<sup>62</sup> Sobre los efectos de la violencia ver Judith Lewis Hermann M.D., *Trauma and Recovery: The Aftermath of Violence - From Domestic Abuse to Political Terror*, Basic Books, New York, 1997, y L. Walker, "Battered Women Syndrome and Self Defense", *op. cit.*

ción, aceptando incluso los términos de dominio y control que la caracterizan. Con el agravante de que la cultura dominante en la región justifica muchos de los comportamientos asociados al maltrato, los ve como algo normal, e incluso correctos, por ejemplo los celos, la posesividad, la responsabilidad de la mujer por el bienestar afectivo de los miembros de la familia, el rol de ama de casa y la toma masculina de decisiones sobre el dinero. Y no hay que olvidar que no sólo el agresor está imbuido en la cultura dominante: también lo están la víctima y el operador judicial.

Frente a estas críticas, la pregunta inevitable es qué alternativas tiene la conciliación. Sin duda no todos los casos de violencia deben o pueden ser procesados a través del sistema penal, cuya idoneidad, como se vio en la primera parte de este capítulo, está puesta en entredicho. Las medidas de protección exigen grandes recursos y un aparato policial comprometido con su implementación, cosa que no sucede en la región. Finalmente, la disolución del vínculo con la intervención del sistema policivo crea otra serie de problemas: la venganza, la pérdida de una fuente de ingresos y la negociación de la custodia y mantenimiento de los hijos en común. La búsqueda de alternativas exige entonces una actitud reflexiva que contemple y sopesa las ventajas y las desventajas de la conciliación.<sup>63</sup>

A continuación se presenta un caso colombiano. En el año 2005, en Colombia, se demandó la constitucionalidad de la conciliación en la respuesta estatal a la violencia intrafamiliar y en particular la competencia de los conciliadores en equidad para recibir estas cuestiones. La Corte ignora las circunstancias concretas de la violencia y las razones por las cuales en otros lugares se prohíbe la conciliación cuando hay violencia de por medio. De modo abstracto, en cambio, afirma que

[...] nada se opone a que tratándose de hechos de violencia, maltrato o abuso intrafamiliar la respuesta del aparato estatal pueda consistir en propender por la aplicación de fórmulas alternas y complementarias, no represivas, como la que prevé la norma acusada.

Además le imputa a la conciliación los "objetivos superiores de la protección integral de la familia e igualmente la participación de la comunidad en los problemas que los afectan". La sentencia es un ejemplo claro de la forma como la dogmática tradicional, por una parte, ignora la experiencia de las mujeres y, por otra, reproduce y perpetúa valores conservadores. En primer lugar es claro cómo en estas audiencias de conciliación no hay referencia a la vulnerabilidad

<sup>63</sup> Ver, por ejemplo, Julieta Lemaitre, "Justicia injusta: una crítica feminista a la conciliación en violencia conyugal", *op. cit.*

de la mujer maltratada, y luego aparece con claridad la idea de la defensa de la familia, y el corolario implícito de que ésta tiene derechos, derechos que pueden exigir el sacrificio de las mujeres en cuanto individuos.

### Corte Constitucional de Colombia

#### Sentencia C-059 de 2005

#### Problema jurídico

¿Es constitucional una norma que autoriza la conciliación como respuesta estatal a la violencia intrafamiliar? Los conciliadores en equidad son llamados a conocer asuntos menores para los que no se requieren conocimientos jurídicos. ¿Pueden ser los conciliadores en equidad aptos para pronunciarse sobre casos de violencia intrafamiliar?

#### Hechos

Se demanda el párrafo 1° del artículo 1° de la ley 575 de 2000, que autoriza a toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de violencia, maltrato o agresión, para acudir al Juez de Paz y al Conciliador en Equidad para que con su mediación cese la violencia, maltrato o agresión o la evite. Considera el demandante que los jueces de paz no tienen facultad constitucional para esta función.

#### Decisión de la Corte

Considera la Corte que, desde la perspectiva constitucional, es posible que tratándose de hechos de violencia, maltrato o abuso intrafamiliar el Estado busque la aplicación de fórmulas alternas, no represivas, como la que prevé la norma acusada, con el fin de garantizar la protección de la familia e igualmente patrocine la participación de la comunidad en los problemas que la afectan.

#### Extractos

[...]

Se impugna el párrafo 1° del artículo 1° de la ley 575 de 2000, que autoriza a toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de violencia, maltrato o agresión, para acudir al Juez de Paz y al Conciliador en Equidad, con el fin de obtener, con su mediación, que cese la violencia, maltrato o agresión o la evite si fuere inminente, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, o la competencia asignada a los Comisarios de Familia y a los Jueces Civiles Municipales y promiscuos municipales para aplicar una medida de protección en casos de violencia intrafamiliar.

La norma acusada dispone, además, que para tal efecto se citará inmediatamente al agresor a una audiencia de conciliación, que deberá celebrarse en el menor tiempo

posible, para lo cual se podrá requerir la asistencia al agresor, a las partes o al grupo familiar, si las partes lo aceptan, de instituciones o profesionales o personas calificadas. Y que, si el presunto agresor no compareciere o no se logra acuerdo alguno entre las partes, se orientará a la víctima sobre la autoridad competente para imponer medidas de protección, a quien por escrito se remitirá la actuación.

Según el actor, la norma es inconstitucional porque los jueces de paz y los conciliadores en equidad no están habilitados constitucionalmente para conocer de la violencia intrafamiliar, sino solamente de conflictos menores que por su entidad no requieren de la intervención de funcionarios con formación en ciencias jurídicas. En este sentido, concluye que la medida en cuestión resulta ineficaz para combatir dicho fenómeno y por ello debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

Para la Corte, el cargo no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

Se ha establecido que, en lo que se refiere a los jueces de paz, el Constituyente confirió al legislador un amplio margen de configuración en cuanto a la regulación de esa institución. En este sentido resulta claro entonces que el mandato contenido en el precepto bajo examen no es otra cosa que expresión de dicha facultad de configuración reconocida constitucionalmente al legislador en relación con los jueces de paz.

Esta misma doctrina también puede hacerse extensiva respecto de los conciliadores en equidad pues, al igual que los jueces de paz, está previsto en la Carta Política que particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos que determine la ley, correspondiéndole al legislador lo relativo a su implementación y asignación de competencias, sin otro límite que el impuesto por el propio Ordenamiento Superior. De manera que si los jueces de paz y los conciliadores en equidad están habilitados constitucionalmente para administrar justicia, nada se opone a que el legislador les asigne competencia para conocer de casos de violencia intrafamiliar en los términos previstos en la norma acusada, es decir, como mediadores.

[...]

Además, el artículo 19 de la ley 294 de 1996, claramente establece que los procedimientos establecidos en la ley para la toma de medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar, no sustituyen ni modifican las acciones previstas en la Constitución y en la Ley para la garantía de los derechos fundamentales, ni para la solución de los conflictos jurídicos intrafamiliares.

[...]

Cabe recordar que, respecto de la violencia contra la mujer, contrariamente a lo afirmado por el actor, los instrumentos internacionales no demandan del Estado colombiano únicamente respuestas represivas, pues tal como se anotó anteriormente, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [...] se dispuso, entre otros, como deber de los Estados,

[...] 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 (art. 7 lit. c).

[...] Al respecto considera la Corte que tal disposición igualmente se ajusta a los postulados constitucionales de protección a la familia y a sus integrantes, pues la conducta renuente del agresor o su posición intransigente para conciliar no pueden servir de obstáculo a la acción de la justicia impidiendo la toma de medidas protectoras. De lo contrario se propiciaría el desamparo a las víctimas de violencia intrafamiliar, dejándolas expuestas a tener que soportar un daño continuo o a que finalmente éste se produzca cuando fuere previsible. Por ello, bien dispuso el legislador que si el presunto agresor no compareciere o no se logra acuerdo alguno entre las partes, se orientará a la víctima sobre la autoridad a la que puede acudir a solicitar una medida de protección y se procederá de oficio enviando las diligencias de rigor.

Vale la pena aclarar que la disposición en comento no releva a los Jueces de Paz y Conciliadores en equidad del deber de orientar, en todos los casos, a las víctimas de violencia intrafamiliar. Es decir, aún tratándose de la comparecencia del presunto agresor o cuando se logre un acuerdo entre las partes, siempre corresponde a éstos indicar a las víctimas ante qué autoridad podrán acudir a solicitar medidas de protección en caso de que los actos de violencia se repitan.

En conclusión, desde la perspectiva constitucional, nada se opone a que tratándose de hechos de violencia, maltrato o abuso intrafamiliar la respuesta del aparato estatal pueda consistir en propender por la aplicación de fórmulas alternas y complementarias, no represivas, como la que prevé la norma acusada, con el fin de alcanzar los objetivos superiores de la protección integral de la familia e igualmente la participación de la comunidad en los problemas que los afectan.

Por todo lo anterior, la Corte declarará exequible la norma acusada.

### Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-382 de 1994

#### Problema jurídico

¿Aun cuando existen mecanismos judiciales alternativos, es procedente la tutela como mecanismo transitorio para proteger la vida y la integridad física ante la conducta violenta del cónyuge?

#### Hechos

En respuesta a la conducta violenta y peligrosa —a juicio de la peticionaria— de Pedro Emilio Leal Guerrero, su marido, la mujer recurre a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y en busca de la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad física, a la familia, y en busca también de la protección de los derechos de los niños, ambos derechos, a juicio de la peticionaria, vulnerados por la conducta de su marido.

#### Decisión de la Corte

La Corte concede la tutela.

#### Extractos

[...]

No puede la Corte pasar por alto los malos tratos de que son víctimas la accionante y sus menores hijas, como se desprende de las pruebas médico-legales practicadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal por orden del Comisario Tercero de Familia y de las testimoniales practicadas por el fallador de instancia, de las cuales se colige que el señor Pablo Emilio Leal Guerrero acostumbra intimidar, no sólo a su familia sino a sus arrendatarios, y a mantener con ella tratos hostiles, lo que además de ser violatorio de cualquier norma de conducta, puede ser constitutivo de un delito tipificado por las normas penales actuales.

Analizadas las pruebas que obran en el expediente, se observa que se encuentra demostrado el comportamiento inhumano, el maltrato físico, desmedido y censurado por parte del accionado.

En este sentido, debe reiterar la Sala lo que sobre el particular ha sostenido la Corporación:

El respeto a la vida y a la integridad física de los demás, en un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a la prevención policiva o a la represión penal del agresor, comporta el deber de no maltratar, ni ofender, ni torturar, ni amenazar a las personas, mucho menos a aquella con quien se comparten la unión doméstica de procreación y desarrollo de los hijos y de la familia, y la promesa de mutuo fomento material y espiritual.

Así, no cabe duda que los tratos crueles, degradantes o que ocasionen dolor y angustia a nivel corporal o espiritual atentan de manera directa contra la dignidad humana y contra lo dispuesto en el artículo 12 constitucional, según el cual, “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” [...], lo cual impide necesariamente su cabal realización como persona.

No puede cuestionarse el hecho de que tales condiciones negativas confluyen en aquellos conflictos de pareja en que uno de sus componentes recurre a posturas arbitrarias y maltratos consuetudinarios o amenazas en contra del otro, o cuando le obliga a someterse a situaciones que esa persona estima indignantes y lesivas a su vida, integridad física, colocando una a la otra en un aberrante estado de subordinación e indefensión.

Y ello es más grave cuando están de por medio los hijos (menores de edad), quienes se verán gravemente afectados en su formación moral e intelectual al observar la conducta inmoral, arbitraria y abusiva de su padre contra su madre. Es repugnante e inhumano la descripción que hace la accionante de las conductas a las que es sometida por su esposo.

[...]

En consecuencia, los innumerables comportamientos agresivos, lesivos y vulneradores de los derechos fundamentales de la accionante a la vida e integridad física, al igual que los derechos de las niñas a la protección contra la violencia física y moral, y al cuidado y al amor por parte del accionado, han tenido y tienen ocurrencia, sin que sea posible argumentar la existencia de otros medios de defensa judicial para prevenir que se sigan presentando las conductas abusivas y arbitrarias del señor Leal Guerrero, sin que esos medios le garanticen la protección inmediata y efectiva de sus derechos, esenciales para su vida y la de sus hijas Yuliana Carol, Dayana y Lorayne.

Cualquier acción judicial que intente la peticionaria, como ya lo ha hecho acudiendo ante la respectiva Comisaría de Familia de la ciudad, dará lugar a un proceso cuya inmediatez no es lo suficientemente adecuada e idónea como la de la acción de tutela, pues el procedimiento ordinario es dispendioso y lento.

[...]

En razón a lo expuesto, concluye la Sala que deberá revocarse el fallo que se revisa, el cual desconoce los presupuestos constitucionales de protección a la vida e integridad física de las personas, al igual que los derechos fundamentales de los niños, presupuestos esenciales del Estado social de derecho, y en su lugar, conceder la tutela solicitada como mecanismo transitorio, como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, tutelando por ende, los derechos a la vida e integridad física de la peticionaria.

**Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

**Informe N° 54/01**

**Caso 12.051: María Da Penha Maia Fernandes**

**Brasil**

**16 de abril de 2001<sup>64</sup>**

**Problema jurídico**

¿Le cabe al Estado de Brasil responsabilidad internacional por mantener una pauta de impunidad en casos de agresiones conyugales?

**Hechos**

[...]

De acuerdo con la denuncia, el 29 de mayo de 1983 la señora María da Penha Maia Fernandes, de profesión farmacéutica, fue víctima en su domicilio en Fortaleza, estado de Ceará, de tentativa de homicidio por parte de su entonces esposo, el señor Marco Antônio Heredia Viveiros, de profesión economista, quien le disparó con un revólver mientras ella dormía, culminando una serie de agresiones durante su vida matrimonial. A resultas de esta agresión, la señora Fernandes resultó con graves heridas y tuvo que ser sometida a innumerables operaciones. Como consecuencia de la agresión de su esposo, ella sufre de paraplejía irreversible y otros traumas físicos y psicológicos.

[...]

Los peticionarios indican que el señor Heredia Viveiros tenía un temperamento agresivo y violento y que agredía a su esposa y a sus tres hijas durante su relación matrimonial, situación que según la víctima llegó a ser insoportable, aunque por temor no se atrevía a tomar la iniciativa de separarse.

[...]

Alegan los peticionarios que a la fecha de la petición la justicia brasileña había tardado más de quince años sin llegar a condena definitiva contra el ex esposo de la señora Fernandes, en libertad por todo ese tiempo a pesar de la gravedad de la acusación y las numerosas pruebas en su contra y a pesar de la gravedad de los delitos cometidos en contra de la señora Fernandes. De esta manera el poder Judicial de Ceará y el Estado brasileño han actuado de manera inefectiva omitiendo conducir el proceso judicial de manera rápida y eficaz, y creando un alto riesgo de impunidad, ya que la prescripción punitiva en este caso ocurre al cumplirse veinte años del hecho, fecha que se está acercando. Sostienen que la acción del Estado brasileño debía haber

<sup>64</sup> Las notas de pie de página del informe fueron suprimidas. (Nota de la autora).



tenido por objetivo principal la reparación de las violaciones sufridas por Maria da Penha, garantizándole un proceso justo en un plazo razonable.

#### Decisión de la Comisión

La impunidad de la que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará.

Dado que esta violación forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, la Comisión considera que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes.

#### Extractos

[...]

Han transcurrido más de diecisiete años desde que se inició la investigación por las agresiones de las que fue víctima la señora Maria da Penha Maia Fernandes y hasta la fecha, según la información recibida, sigue abierto el proceso en contra del acusado, no se ha llegado a sentencia definitiva ni se han reparado las consecuencias del delito de tentativa de homicidio perpetrado en perjuicio de la señora Fernandes.

[...]

La Comisión considera que las decisiones judiciales internas en este caso presentan una ineficacia, negligencia u omisión por parte de las autoridades judiciales brasileñas y una demora injustificada en el juzgamiento de un acusado e impiden y ponen en definitivo riesgo la posibilidad de penar al acusado e indemnizar a la víctima por la posible prescripción del delito. Demuestran que el Estado no ha sido capaz de organizar su estructura para garantizar esos derechos. Todo ello es una violación independiente de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1(1) de la misma, y los correspondientes de la Declaración.

[...]

Las agresiones domésticas contra mujeres son desproporcionadamente mayores que las que ocurren contra hombres. Un estudio del Movimiento Nacional de Derechos Humanos de Brasil compara la incidencia de agresión doméstica contra las mujeres y contra los hombres, mostrando que en los asesinatos había 30 veces más probabilidad para las víctimas mujeres de haber sido asesinadas por su cónyuge, que para las víctimas masculinas. La Comisión encontró en su Informe Especial sobre Brasil de 1997 que existía una clara discriminación contra las mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños y su inadecuada aplicación de los

preceptos nacionales e internacionales, inclusive los que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Brasil.

[...]

#### Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará

[...]

La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.

[...]

Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

#### Juzgado 14 de Familia de Lima

##### Acta de conciliación

Expediente 526-1997<sup>65</sup>

#### Hechos

La víctima es una mujer ama de casa, de 35 años de edad, con tercer año de secundaria. La edad y ocupación del agresor no aparecen registradas. La pareja convive, y tienen dos hijos, uno de 7 años de edad y otro de 15. El hijo mayor también es víctima de la violencia del agresor. La denunciante describe la grave situación de violencia física y psicológica de la que son víctimas tanto ella como su hijo mayor, que por la situación ha amenazado con dejar el hogar. La mujer tiene una hija de una relación

<sup>65</sup> *La violencia contra la mujer: aplicación de la ley de violencia familiar desde una perspectiva de género. Estudios de casos*, Movimiento Manuela Ramos, Lima, 1998.

anterior; el agresor arremete también contra ella y no le permite visitar la casa. También hay conflictos con los hijos del primer matrimonio del agresor. Al momento de la petición, la denunciante se encontraba alojada en casa de una hermana, y el agresor no le permitía llevarse ni a sus hijos ni sus pertenencias. Ella desea que el agresor se vaya de la casa para poder regresar y quedarse ahí con sus hijos.

#### Decisión

Las partes llegaron a un acuerdo de conciliación.

#### Extractos

Este despacho, actuando de acuerdo a sus atribuciones, exhorta a las partes a fin de que depongan sus actitudes negativas, se perdonen, cuidando de no cometer los mismo errores, quienes comprendieron que habían estado cometiendo muchos errores lo que había permitido que su hogar atravesara una serie de conflictos, siendo ambos protagonistas del mismo al no haber podido ponerse de acuerdo en la solución conveniente de sus problemas. Y en ese estado, ambos consideraron pertinente deponer todas sus actitudes negativas y señalaron su deseo de darse una nueva oportunidad a fin de que su relación de pareja no fracase por el bien de sus vidas, así como por el de sus hijos, siempre y cuando vivan en armonía, respeto, amor, diálogo y buen entendimiento, en la buena conducción de su hogar. Para ello se hicieron los siguientes acuerdos:

Primero. Ambos convivientes aceptan vivir como Dios manda. Para ello se comprometieron a nunca más faltarse. El denunciado señaló que evitaría todo tipo de maltrato físico y psicológico en agravio de la denunciante así como de sus menores hijos, a quienes los trataría con mucho amor, y buena voluntad, comprendiéndoles y aceptándoles tal como son, sin querer cambiarlos.

Segundo. La denunciante también trataría, al igual que su conviviente, de darse todos sus afectos recíprocamente y someterse a su compañero y juntos dirigir la mejor marcha de su hogar, así como en todo lo relacionado con sus hijos, ninguno de los dos interpondría la autoridad del otro, cuidando de dar buenos ejemplos a sus hijos, actuando siempre con inteligencia y sabiduría.

Tercero. El denunciado, a fin de ayudar en la solución de los problemas, permitiría a su (hijastra) visite normalmente a su conviviente, con relación a los hijos de ésta, habidos en su primer compromiso, cuidando que toda la familia viva en armonía sin ningún tipo de egoísmos.

Cuarto. La denunciante por su parte intervendría a fin de aconsejar a su hija para que perdone a su padrastro y denunciado conviviente integrándola a su familia de igual modo lo haría la denunciante tratando de comprenderlo y evitar todo tipo de chismes o situaciones negativas que pudieran presentarse y cuando esté de visita en

dicho hogar, el denunciado no le hará ningún tipo de desplante, tratándola como una más de la familia por amor a su conviviente.

Quinto. Ambas partes de este proceso se comprometen a evitar toda clase de chismes e intervenciones de personas o familiares ajenos a su familia. Así mismo, juntos, sin la intervención de ellos, resolverán sus problemas.

Sexto. El denunciado comprenderá que sus hijos están deseosos de mucho cariño, para ello será un poco flexible cuando no cumplan a cabalidad lo que les ordene, teniendo en cuenta que todo es relativo y deberá corregirlos, junto con su compañera, con amor, respeto y consideración, evitando que la ira los aleje de su hogar, ya que por temor es distinto hacer las cosas que por respeto.

Séptimo. Ambas partes se comprometen previa aceptación ante la propuesta de este despacho a seguir un tratamiento psicológico de pareja en el Instituto de Orientación de la Pareja, a fin de que mejoren sus relaciones [...] por el bienestar de su hogar.

#### *Cuestiones a debatir*

##### **La violencia intrafamiliar como violación de los derechos humanos**

En esta sección se hizo el análisis de dos sentencias: una de la Corte Constitucional de Colombia y otra de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La primera ordena la protección de una mujer golpeada mediante la aplicación directa de los derechos constitucionales —acción de tutela en el derecho colombiano, de protección o amparo en otras jurisdicciones—. La posición expresada por la Corte en este primer caso sostiene que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos. En el caso “*Maria da Penha Maia Fernandes contra Brasil*”, de cuya sentencia se incluyó también un aparte en el que se establece la responsabilidad que le cabe al Estado por no intervenir, la Comisión adopta la misma perspectiva que la Corte Constitucional de Colombia. Ambas posturas ponen en jaque la idea de que el Estado puede permitir o alentar audiencias de conciliación sin asegurarse de que en ellas se haga una defensa efectiva de los derechos humanos.

#### *Preguntas*

1. Es claro que el Estado tiene un interés en el respeto de los derechos humanos, y que ello no depende exclusivamente de la voluntad de las personas involucradas. Adicionalmente, los derechos humanos se definen como inalienables, imprescriptibles e irrenunciables. Compare las dos sentencias anteriores, en las que se afirma que la violencia intrafamiliar es violatoria de los derechos humanos, con la exequibilidad de la conciliación en violencia intrafamiliar en el otro caso

reseñado arriba. ¿Encuentra contradicción en estas posiciones? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿es posible resolver esa contradicción?

2. ¿Cree usted, teniendo en cuenta el acuerdo de conciliación ante el juzgado peruano, que llegar a acuerdos que benefician a las partes puede llegar a ser violatorio de los derechos humanos? ¿En qué medida es posible que un acuerdo de conciliación viole los derechos humanos y sin embargo siga siendo válido? ¿Qué papel debe jugar la voluntad de las partes en esta determinación?

3. Investigue el impacto psicológico de la violencia conyugal. ¿Cómo debe actuar el conciliador que conoce las secuelas de la violencia?

## B. SEGUNDO PROBLEMA: LA TRATA DE PERSONAS

Las reformas penales de finales de la década del noventa y comienzos de la del 2000 renovaron la tipificación de los delitos relacionados con la explotación en la prostitución. Sobre todo a partir del año 2000, esos cambios obedecieron tanto al activismo de los grupos feministas como a la presión ejercida por Estados Unidos para que los países de la región reprimieran el tráfico de personas.

Generalmente, el marco teórico al que se acude cuando el punto es la trata de mujeres es el mismo de la prostitución; puesto que buena parte de las mujeres objeto del tráfico de personas son utilizadas como prostitutas, a menudo ambos fenómenos se vinculan, e incluso suelen ser tipificados en la misma sección del Código penal. Las reformas feministas en la región se han concentrado en el logro de una penalización más fuerte para los delitos relacionados con la prostitución, incluidos en muchos casos la pornografía, el turismo sexual y la trata de personas.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Sobre la penalización de la explotación de la prostitución ajena, ver, por ejemplo: Chile, Código penal, artículo 367; Ecuador, Código penal, artículo 526; Brasil, Código penal, artículos 227 y 228; Bolivia, Código penal, artículo 321; Costa Rica, Código penal, artículo 169; Perú, Código penal, artículo 181; Colombia, Código penal, artículo 213; Venezuela, Código penal, artículo 382; México, Código penal, artículo 189; Honduras, Código penal, artículo 148; Argentina, Código penal, artículo 126. El Código penal cubano no lo establece. Ver, sobre el delito de rufianería —ser mantenido por la prostitución ajena, así no haya inducción o constreñimiento—: Argentina, Código penal, artículo 127; Brasil, Código penal, artículo 230; Costa Rica, Código penal, artículo 171; Perú, Código penal, artículo 180; Perú, que además penaliza el ser usuario o cliente de la prostitución infantil, Código penal, artículo 179<sup>a</sup>. Ver también República Dominicana, Código penal, artículo 180. El delito de tráfico de personas se castiga en toda la región salvo en Cuba, cuyo Código penal no contempla el tráfico de personas. Sin embargo, la entrada y salida ilegal del territorio nacional está contemplado como delito, y agravado además si es con el propósito de delinquir: Cuba, Código penal, artículos 215 y 216. Ver también Brasil, Código penal, artículos 227 y 231; Bolivia, Código penal, artículo 321 Bis; Chile, Código penal, artículo 367 Bis; Colombia, Código penal, artículo 215; Honduras, Código penal, artículo 149; Perú, Código penal, artículo 182; Costa Rica, Código penal, artículo 172.

La forma de la penalización es fruto de un largo debate sobre el estatus que para el feminismo tiene la prostitución. El debate cubre dos aspectos: primero, la clara definición de prostitución y, segundo, lo que deben hacer los Estados al respecto.

En un extremo del espectro de posiciones posibles están quienes ven en la prostitución esencialmente una forma de explotación y humillación de las mujeres; creen que se debe prohibir, y que a las prostitutas se les debe proteger y rehabilitar. En el otro extremo están quienes consideran que la prostitución es una forma de trabajo y que se deben eliminar sólo las formas de explotación; que el Estado le debe brindar a este oficio la misma protección que le ofrece al resto de las ocupaciones.

En este sentido, por ejemplo, se exige para las prostitutas el acceso a la seguridad social, la eliminación de las redadas y del control policivo, la legalización del trabajo y la represión de la esclavitud sexual. La posición de las reformas legales es intermedia: se penalizan varias de las actividades relacionadas con la prostitución —los burdeles, por ejemplo—, pero no la actividad misma.

El consentimiento y la autonomía de las prostitutas son centrales en este debate, y éste se extiende a la conceptualización del tráfico de personas. Es claro que tanto la prostitución como la trata, en la medida en que atentan contra la libertad humana, son violatorias de los derechos humanos. La pregunta es qué idea de libertad humana cabe aplicar acá.

Si bien en los casos en los que media la fuerza no hay discusión, sí la hay en aquellos casos en los que la decisión de prostituirse es producto de una serie de circunstancias infortunadas. ¿Se debe aplicar o no un examen de la libertad más estricto que el que se aplica cuando se considera la libertad humana en general, por ejemplo, la libertad de escoger trabajo o pareja? Estas últimas decisiones también pueden ser fruto de circunstancias infortunadas, y sin embargo el Estado no nos protege de ellas.

Esta sección se ocupa del problema del consentimiento y la tipificación de la trata de personas. Se exponen algunos argumentos que sobre el consentimiento en la prostitución pueden ser aplicables.

## Comisión de Derechos Humanos, Período de sesiones N° 56

## Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer

## "Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género"

29 de febrero de 2000<sup>67</sup>

## Extractos

**Introducción. Tema del presente informe: de la migración voluntaria a la trata de mujeres: el continuo que va de la circulación de las mujeres a las violaciones de los derechos humanos cometidas durante esta circulación**

[...]

La trata de personas debe considerarse en el contexto de los movimientos y migraciones internacionales y nacionales que tienen cada vez mayor intensidad a causa de la mundialización económica, la feminización de la migración, los conflictos armados, la desintegración o reconfiguración de los Estados y la transformación de las fronteras políticas. La relatora especial hace hincapié en que la trata de mujeres es un componente de un fenómeno más amplio de trata de personas, que abarca a hombres y mujeres y a niños. Sin embargo, desearía subrayar que muchas violaciones de los derechos humanos cometidas durante la trata de personas van dirigidas específicamente contra la mujer. La relatora especial pide a los gobiernos que reaccionen ante estas violaciones de los derechos humanos aplicando políticas basadas en el conocimiento de este problema.

[...]

Las mujeres circulan y son transportadas, con su consentimiento y sin él, por muchísimos motivos. La trata de mujeres debe considerarse que tiene lugar dentro de un continuo de circulación y migración de mujeres. La relatora especial está firmemente convencida de que las mujeres y todas las demás personas deben disfrutar de la libertad de circulación. La trata de mujeres, como la define y entiende la relatora especial, es una forma especialmente violenta de circulación que debe prohibirse. Sin embargo, la relatora especial considera que la trata debe examinarse en el contexto más amplio de las violaciones cometidas contra las mujeres durante su circulación y las migraciones. La experiencia de ser objeto de trata puede afectar el nivel o grado de marginación o violaciones perpetradas contra mujeres, pero la trata no es el único factor determinante de si los derechos humanos de las mujeres son violados durante sus desplazamientos nacionales e internacionales. Los despla-

zamientos migratorios combinados con las reacciones de los gobiernos ante estos desplazamientos y los intentos de restringirlos mediante políticas de inmigración y emigración, y la explotación de estos intentos por los traficantes, ponen a las mujeres en situaciones en las que quedan desprotegidas o solamente protegidas marginalmente por la ley. Por lo tanto, las mujeres que intentan ejercer su libertad [...] de circulación a menudo quedan en situaciones vulnerables en relación con la protección de sus derechos humanos.

[...]

Las formas declaradas de violencia, que incluyen la violación, la tortura, la ejecución arbitraria, la privación de libertad, el trabajo forzado y el matrimonio forzoso, pero que no se limitan a ellos, se cometen contra mujeres que intentan ejercer su libertad de circulación. Además, las políticas y prácticas discriminatorias de los gobiernos, en especial las de los gobiernos que intentan limitar la circulación de mujeres, contribuyen a crear un clima en el que estas violaciones se toleran oficialmente o incluso son alentadas o en algunos casos cometidas por elementos del Estado. La relatora especial siente inquietud porque en algunos casos los gobiernos al intentar responder con eficacia a la creciente preocupación internacional por la trata pueden interpretar erróneamente las necesidades de las víctimas y, al hacerlo, instituir políticas y prácticas que socavan todavía más los derechos de la mujer, especialmente la libertad de circulación y el derecho a ganarse la vida. Por este motivo, la relatora especial considera que la trata de mujeres debe situarse de modo adecuado en el contexto mundial de los desplazamientos y las migraciones y de la feminización de éstos. En relación con ello, y haciendo especial hincapié en la trata de blancas, el presente informe procura centrarse en las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la circulación de las mujeres.

[...]

**Definición de la trata**

[...]

La trata de personas es un concepto dinámico cuyos parámetros cambian constantemente respondiendo a las variables condiciones económicas, sociales y políticas. Aunque cambian los objetivos por los cuales se realiza la trata de mujeres, el modo en que se realiza y los países desde los cuales y hacia los cuales se realiza esta trata, los elementos constitutivos se mantienen constantes. En el núcleo de toda definición de la trata de personas debe figurar el reconocimiento de que esta trata nunca es consentida. El carácter no consentido de la trata es lo que la distingue de otras formas de emigración. La falta de consentimiento informado no debe confundirse con la ilegalidad de determinadas formas de migración. Toda trata es o debería ser ilegal pero no toda migración ilegal es una trata. Es importante procurar no con-

<sup>67</sup> Radhika Coomaraswamy, *Informe sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer*, Comisión de Derechos Humanos, 56° período de sesiones, E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000.

fundir los conceptos de trata de personas y de migración ilegal. En la base de esta distinción está la cuestión del consentimiento.

[...]

La documentación y las investigaciones demuestran que la trata tiene lugar por muchísimos motivos de explotación a los cuales las víctimas de la trata no han dado su consentimiento, como el trabajo forzado, el trabajo en servidumbre o ambos casos, incluido el comercio sexual, el matrimonio forzado y otras prácticas análogas a la esclavitud, pero sin limitarse a ellas. La definición se ocupa del carácter no consensual y explotador o servil que tienen los fines de la trata. Por consiguiente la relatora especial cree que es necesario una definición ampliada de la trata de personas que abarque los elementos comunes del proceso de la trata. Los elementos comunes son el negocio, acompañado por la situación de explotación o servil del trabajo o de la relación en la que acaba la persona objeto del trato y combinado con la falta de consentimiento para llegar a esta situación. La estructura de la definición de la trata de personas debe distinguir y separar la trata, como una violación, de sus partes componentes.

[...]

Si bien se cometen indistintamente numerosos abusos durante la trata de personas que de por sí violan el derecho nacional e internacional, lo que convierte la trata de personas en una violación distinta de sus partes componentes es la combinación del transporte forzado y la práctica final forzada. Sin este vínculo la trata de personas sería jurídicamente indistinguible de las actividades individuales de contrabando y trabajo forzado o de las prácticas análogas a la esclavitud, cuando de hecho la trata de personas difiere sustantivamente de sus partes componentes. El transporte de personas víctimas de trata está vinculado inextricablemente con el objeto final de la trata. La captación y el transporte en el contexto de la trata de personas se lleva a cabo con el objeto de someter a la víctima al transporte obligado y a violaciones adicionales en forma de trabajo forzado o de prácticas análogas a la esclavitud.

[...]

***Violaciones cometidas contra la mujer en caso de desplazamiento. Prácticas discriminatorias que provocan o contribuyen a la violencia: restricción de la movilidad, leyes de nacionalidad, igualdad de protección, derechos laborales [...]***

[...]

Sobre el tema de la trata, la inmensa mayoría de los gobiernos prefieren optar por la ley y el orden, con una concomitante fuerte política de oposición a la inmigración. Este criterio suele contradecirse con la protección de los derechos humanos. Además, si bien la inspiración de muchas políticas oficiales puede ser benévola, suelen servir para crear o exacerbar situaciones ya existentes que provocan la trata de mujeres o

contribuyen a ella. Las políticas y prácticas que discriminan abiertamente contra la mujer o que sancionan o animan a la discriminación contra ella tienden a aumentar las posibilidades de trata.

[...]

A pesar de que las mujeres objeto de trata y, más generalmente, las inmigrantes indocumentadas suelen ser víctimas de delito, a menudo son consideradas y tratadas como delincuentes en los países de destino. Los medios de información, a menudo estimulados por políticas oficiales de oposición a la inmigración, crean y difunden la imagen del inmigrante delincuente. Esas ideas son el resultado de la combinación de racismo y xenofobia, cada vez más implícita en las políticas oficiales de los países altamente industrializados. Estos estereotipos se utilizan para marginar a los inmigrantes indocumentados y aumentar su vulnerabilidad.

Por otro lado, además de todos los riesgos para sus compatriotas varones, está amenazada la integridad física de las inmigrantes por el riesgo omnipresente añadido de abuso sexual a manos de proxenetas inmigrantes varones y hasta agentes de policía o funcionarios de inmigración. Aunque sean víctimas, sin embargo, se sigue calificando a estos inmigrantes indocumentados de delincuentes por su condición de inmigrantes y por los delitos que pueden haber cometido [...]

#### ***Consecuencias de las leyes y políticas de inmigración para la trata y la migración***

[...]

A la relatora especial le preocupa la aparente relación entre las políticas proteccionistas contra la inmigración y el fenómeno de la trata. [...] La documentación muestra que políticas de exclusión inflexibles, impuestas a fuerza de severas penas y deportación, alimentan la trata. La disponibilidad de trabajadores migratorios legales, objeto de reglamentación y análisis oficiales, reduce la dependencia de quien procura salir del país para buscar trabajo de terceros. Es menos probable que las economías basadas en la trata —resultado de la combinación de oferta, demanda e ilicitud— prevalezcan cuando existen oportunidades de trabajo para trabajadores migratorios legales.

Cada vez más, países altamente industrializados como los de Europa, América del Norte y Asia han impuesto restricciones a la inmigración lícita a largo plazo. En esos países son cada vez más frecuentes regímenes firmes de lucha contra la inmigración, que los gobiernos justifican como un componente de la política racional de proteccionismo y disuasión por necesidades económicas.

**Manifiesto de las trabajadoras sexuales**

Calcuta, 1997<sup>68</sup>

**Extractos**

[...]

Como muchas otras ocupaciones, el trabajo sexual también es un oficio, probablemente uno de los más antiguos del mundo porque suple una demanda social importante. Pero la palabra “prostituta” casi nunca se usa para referirse a un grupo que realiza un oficio y que se gana la vida con la venta de servicios sexuales, sino como un término descriptivo que denota una categoría homogénea, casi siempre de mujeres que amenazan la salud pública, la moralidad sexual, la estabilidad social y el orden cívico.

Dentro de las fronteras de este discurso nos encontramos sistemáticamente como el blanco de los impulsos moralizantes de los grupos sociales dominantes, a través de misiones de limpieza y sanidad, de campañas materiales y simbólicas. Si acaso aparecemos en la agenda política o del desarrollo, estamos imbricadas en prácticas discursivas y proyectos prácticos cuya finalidad es rescatarnos, rehabilitarnos, mejorarnos, disciplinarnos, controlarnos o imponernos vigilancia policiva. Las organizaciones de caridad tienden a querer rescatarnos y ponernos en hogares “seguros”, las organizaciones de desarrollo buscan “rehabilitarnos” a través de proyectos productivos que a duras penas permiten la subsistencia, y la policía parece obsesionada con hacer redadas a nombre de la necesidad de controlar un tráfico “inmoral”.

Aun en los discursos que nos ven de manera menos negativa, nos estigmatizan y excluyen. Como víctimas sin poder, pobres abusadas sin recursos, nos brindan su lastima. También aparecemos en la literatura y el cine popular como personajes secundarios que siempre están dispuestos a sacrificarse por el bienestar del héroe, renunciando a nuestros ahorros, clientes, “pecados” e incluso a nuestras vidas para su bienestar o el de la sociedad. En cualquier caso se nos niega la posibilidad de gozar de la plena ciudadanía y se nos relega a los márgenes de la sociedad y de la historia.

El tipo de opresión al que se somete a la trabajadora sexual no es permitido en ningún otro trabajo. Y la justificación es que el trabajo sexual no es trabajo porque es moralmente repugnante. Al mantener a la prostitución oculta bajo la fachada de la moralidad sexual y del orden social, se impide que tenga, como los otros oficios, la legitimidad para presentar demandas y discutir los derechos y necesidades de las trabajadoras de la industria sexual.

La gente que se interesa por nuestro bienestar, y muchas están sinceramente preocupadas, a menudo no pueden pensar más allá de rehabilitarnos y de eliminar la prostitución del todo. Sin embargo sabemos que rehabilitarse es imposible: la sociedad nunca olvida nuestra identidad de prostitutas. ¿Pero es deseable la rehabilitación?

En un país como el nuestro, donde el desempleo tiene unas proporciones gigantescas, ¿de dónde sale la compulsión de sacar a millones de hombres y mujeres de un oficio que le produce ingresos para mantenerse a sí mismos y a sus familias? Si otros trabajadores que sufren también situaciones de explotación pueden organizarse para mejorar su situación de trabajo, ¿por qué no pueden hacerlo las prostitutas para mejorar las condiciones en las que practican su oficio, permanecer en la industria del sexo y exigir un mejor trato en su vida y en su trabajo? [...]

**Naciones Unidas, Consejo Económico y Social**

**Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños**

28 de noviembre de 1998

**Extractos**

[...]

a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.

<sup>68</sup> Disponible en <http://www.bayswan.org/manifest.html>. Traducción de la autora.

## Ley 985 de 2005

## Reforma del Código penal de Colombia

## Extractos

Artículo 188A. *Trata de personas*. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

## Decreto 234 de 2005

## Reforma del Código penal de Honduras

## Extractos

Art. 149. Incurrir en el delito de trata de personas quien facilite, promueva o ejecute el reclutamiento, la retención, el transporte, el traslado, la entrega, la acogida o la recepción de personas, dentro o fuera del territorio nacional, con fines de explotación sexual comercial y será sancionado con pena de ocho (8) a trece (13) años de reclusión y multa de ciento cincuenta (150) a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos.

Art. 149-C. El acceso carnal o actos de lujuria con personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años de edad realizadas a cambio de pago o cualquier otra retribución en dinero o especie a la persona menor de edad o a una tercera persona será sancionado con pena de seis (6) a diez (10) años de reclusión.

## Ley 1160

## Código penal de la República del Paraguay

## Extractos

Artículo 129. Trata de personas 1° El que mediante fuerza, amenaza de mal considerable o engaño, condujera a otra persona fuera del territorio nacional o la introdujera en el mismo y, utilizando su indefensión la indujera a la prostitución, será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.

## Cuestiones a debatir

Las discusiones sobre la mejor forma de tratar la prostitución y el tráfico de personas desde el derecho se enmarcan en un contexto global en el que coinciden el interés por proteger los derechos humanos, especialmente los derechos de las mujeres, con el interés de los países desarrollados por frenar la inmigración ilegal. No es poca la presión que ejerce Estados Unidos en la región para que los países adopten legislaciones acordes con el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, y para que además ataquen con vigor el tráfico de personas.<sup>69</sup> La legislación estadounidense establece una serie de mecanismos para controlar la acción de otros países en este sentido. Así, el Departamento de Estado, en su informe sobre derechos humanos, debe incluir un reporte sobre la situación de las acciones tomadas por los demás países para combatir el tráfico de personas, y además establece mecanismos para evaluar estas acciones. Cuando un país no cumple satisfactoriamente con los requisitos exigidos, se arriesga a perder la ayuda de Estados Unidos, e incluso a ser objeto de sanciones económicas. Esta política tiene un impacto en la legislación en la región, y le da un cariz particular.

## Preguntas

Asuma una posición frente a las siguientes preguntas:

1. ¿Hay tráfico de personas si hay consentimiento? ¿Qué quiere decir el consentimiento en estas circunstancias?
2. ¿Cómo se concibe el consentimiento en la trata de personas según la definición que da de la trata Radhika Coomaraswamy y de acuerdo con el manifiesto de las prostitutas de Calcuta?
3. Explique el alcance y las razones que justifican la siguiente afirmación: “Toda trata es o debería ser ilegal pero no toda migración ilegal es una trata”.
4. ¿Qué posición sobre el tema del consentimiento y el trabajo sexual se puede inferir del “Manifiesto de las trabajadoras sexuales de Calcuta”? ¿De qué manera las normas y políticas para prevenir la trata pueden afectar las condiciones de las trabajadoras sexuales?
5. Analice las normas de Colombia, Paraguay y Honduras en lo que concierne al tráfico de personas, y compárelas con el protocolo adoptado por las Naciones Unidas. ¿Cuál reglamentación protege mejor el derecho a la vida y a la dignidad

<sup>69</sup> Estados Unidos, *Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000*. Disponible en [www.state.gov/documents/organization/10492.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/10492.pdf).

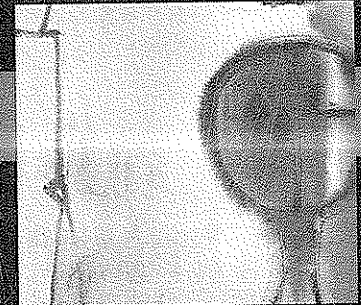
de las mujeres objeto de tráfico de personas? ¿Considera usted que alguna de estas normas privilegia la lucha anti-inmigración ilegal? ¿Por qué?

6. Explique de qué manera las "políticas de exclusión inflexibles, impuestas a fuerza de severas penas y deportación, alimentan la trata".

7. ¿Existe a su juicio una relación necesaria entre las políticas protectoras de derechos humanos para prevenir la trata y las políticas contra la inmigración? ¿Cómo prevenir la trata sin dirigir la acción contra la inmigración? Analice la viabilidad jurídica y política de que los países cumplan el requisito de demostrar que han tomado acciones para combatir el tráfico de personas sin haber adoptado medidas contra la inmigración ilegal.



## DERECHO Y GÉNERO



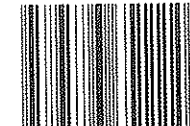
*La mirada de los jueces* es una lectura detenida y de explícita finalidad pedagógica de algunas de las más importantes decisiones jurisprudenciales de jueces latinoamericanos en relación con los derechos de las mujeres y las sexualidades diversas. Si bien esta obra intenta ser una muestra de la jurisprudencia regional, no tiene la pretensión de ser exhaustiva. Muchos de los fallos que aquí se presentan y analizan son extraordinarios, aunque no por ello intrascendentes, y se concentran en algunos países más que en otros debido a la disponibilidad, la calidad argumentativa, el impacto y su potencialidad para constituirse en modelos laudables o censurables. A pesar de privilegiar la mirada de los jueces, algunos capítulos aportan una evaluación crítica de leyes, reportes internacionales y políticas públicas cuando su pertinencia para la comprensión cabal del problema así lo demanda.

El primer tomo aborda la jurisprudencia regional en relación con las mujeres y el segundo la que se refiere a las sexualidades divergentes. La obra destaca la decisiva transformación de la concepción del derecho y del papel de los jueces en algunos países de la región, y subraya una jurisprudencia, que a pesar de no estar generalizada, sobresale por ampliar los espacios legales para el reconocimiento de derechos, moviendo los límites fijados por instituciones jurídicas que, como construcción cultural y política, han fortalecido y naturalizado la masculinidad y la heterosexualidad.

**LAW**  
WASHINGTON COLLEGE OF LAW  
AMERICAN UNIVERSITY

CENTER  
FOR  
REPRODUCTIVE  
RIGHTS

ISBN 978-958-665-111-0



9 789586 651110 >