

Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea) | DOI: 10.51197/lj.v4i5

5



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE



Acceso a la Justicia
de Personas en Condición de Vulnerabilidad
y Justicia en tu Comunidad



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú

DIRECTORA

JANET OFELIA LOURDES TELLO GILARDI

Presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4402-2204>
E-mail: jtello@pj.gob.pe

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA

Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>
E-mail: gfloreshe@pj.gob.pe

COMITÉ EDITORIAL

VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA

Sala Penal Transitoria del Poder Judicial, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1164-1981>
E-mail: vprados@pj.gob.pe

CARLOS CALDERÓN PUERTAS

Sala Civil Permanente del Poder Judicial, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9387-166X>
E-mail: ccalderon@pj.gob.pe

ELVIRA ÁLVAREZ OLAZÁBAL

Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria del Poder Judicial, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1792-9898>
E-mail: ealvarezo@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

JUAN MARTÍNEZ MOYA

Consejo General del Poder Judicial de España, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9655-5021>

E-mail: juan.martinez@cgpj.es

PAULA SIVERINO BAVIO

Comité Internacional de Bioética de Unesco, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8417-8724>

E-mail: paulasiverino@gmail.com

ROBERTO ANDRÉS GALLARDO

Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales
y la Doctrina Franciscana, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8220-6106>

E-mail: ragarg1522@gmail.com

MARISA ESTHER SPAGNOLO

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3405-4464>

E-mail: marisaspagnolo@juscorrientes.gov.ar

CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE

Universidad de Barcelona, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3026-0658>

E-mail: carlosvillagrasa@ub.edu

CARLOS ZELADA ACUÑA

Universidad del Pacífico, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1991-9071>

E-mail: zelada_cj@up.edu.pe

EDUARDO VEGA LUNA

Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2001-3285>

E-mail: eduardo.vega@uarm.pe

MARCELA HUAITA ALEGRE

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3720-7406>

E-mail: mhuaita@pucp.edu.pe

RENATA BREGAGLIO LAZARTE

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4306-2511>

E-mail: renata.bregaglio@pucp.edu.pe

RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO

Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5771-896X>

E-mail: raquel.yrigoyen@pucp.pe

EQUIPO TÉCNICO

William Homer Fernández Espinoza y Ronald Robert Junior
Callapiña Galvez (asistentes), Jayro Jurado Urbina (corrección de textos),
Rodolfo Loyola Mejía (diseño y diagramación), Joel Jonathan Alhuay Quispe y
Erik Almonte Ruiz (gestión electrónica).

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v5i5

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-08322

© Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en
Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad
del Poder Judicial del Perú

Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 404
Av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11346
accesoalajusticiapv@pj.gob.pe

© Poder Judicial del Perú

Fondo Editorial del Poder Judicial
Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 421
Av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
fondoeditorial@pj.gob.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n,
oficina 404, 4.º piso, Lima 21, Perú
E-mail: accesoalajusticiapv@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los
autores en sus trabajos.

INDIZACIONES

Crossref

Google Scholar

LICENCIA



Llapanchikpaq: Justicia. Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0).

Ilustración en portada: óleo *Mercado indígena* (1931), de Julia Codesido.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Elvia Barrios Alvarado (presidenta)

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Ana María Aranda Rodríguez

Javier Arévalo Vela

Jorge Luis Salas Arenas¹

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Héctor Enrique Lama More

Carlos Giovanni Arias Lazarte

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

Carlos Alberto Calderón Puertas

Emilia Bustamante Oyague

Ulises Augusto Yaya Zumaeta

Manuel Estuardo Luján Túpez

Víctor Antonio Castillo León

Roberto Rolando Burneo Bermejo

¹ El Dr. Jorge Luis Salas Arenas, juez supremo titular, se encuentra con licencia institucional, pues preside el Jurado Nacional de Elecciones.



Llanchikpaq: Justicia. Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú es una publicación de periodicidad semestral que tiene como objetivo principal difundir artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos relacionados con los derechos humanos y las Reglas de Brasilia.

Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La revista *Llanchikpaq: Justicia* recibe las colaboraciones de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los trabajos de jueces nacionales y extranjeros, e investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, estudiantes y público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica en torno al acceso a la justicia, las Reglas de Brasilia y la investigación jurídica.



Llanchikpaq: Righteousness. Review of Permanent Commission on Access to Justice for People in a Condition of Vulnerability and Justice in your Community of the Judicial Power of Peru is a semi-annual publication whose main objective is to disseminate unpublished articles that are the result of studies and research on legal issues related to human rights and the Brasilia Rules.

The articles are then made anonymous and they are reviewed by external referees that take into account the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustments required.

The *Llanchikpaq: Righteousness* review receives contributions from judges of the Supreme Court of Justice of the Republic, as well as the work of national and foreign judges, and researchers on law and justice. This publication is aimed at judges, researchers, university professors, professors, students and a public interested in the issues of academic reflection on access to justice, the Brasilia Rules and legal research.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: 10.51197/lj.v4i5

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI

13

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

JANET TELLO GILARDI

19

La interseccionalidad y la justicia juvenil restaurativa

MARCELA MOLINA VERGARA

73

La justicia juvenil y la determinación de estándares. Viejas reflexiones aún actuales para su entendimiento y recopilación de instrumentos internacionales sobre la materia

JORGE PARIASCA MARTÍNEZ

115

El proceso único familiar: de la formalidad a la modernidad

ANALÍA INÉS DURAND DE CASSÍS	135
Ese largo camino hacia la igualdad. Juzgando con perspectiva de género	
EDUARDO ANTONIO REYES CASTILLO	177
La violencia familiar y la gestión de su tratamiento terapéutico en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables	
JOSÉ OSVALDO LEDESMA	209
Algoritmos y género: inteligencia artificial al servicio de la violencia simbólica	
LUIS JORGE PODESTÁ	237
Interseccionalidad: mujeres adultas mayores	
MARÍA LUISA CHARAJA COATA	277
Discriminación por condición de género y discapacidad en víctimas de violencia sexual: análisis desde la jurisprudencia	
NORA ALICIA INFANTE y NÉSTOR OSCAR ANOCIBAR	313
El caso Diana Sacayan: ¿femicidio o travesticidio?	
SERGIO JUNIORS SHWOIHORT	357
Perspectiva de género y autonomía de la voluntad: un abordaje armonizador del deber de protección judicial y el derecho a la libertad de decisión y autodeterminación de la mujer	



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 13-15

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.680

PRESENTACIÓN

La Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú se complace en presentar el quinto número de la revista *Llapanchikpaq: Justicia*.

En esta edición presentamos artículos relacionados con los derechos humanos, las Reglas de Brasilia y la justicia con enfoque de género, así como la justicia juvenil restaurativa en los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal.

Al respecto, desde el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en Argentina, juezas y jueces de las especialidades de derecho de familia y penal desarrollan la problemática de la violencia de género y el largo camino hacia la igualdad, proponiendo soluciones innovadoras y socializando sus buenas prácticas institucionales. Es el caso de los trabajos presentados por la magistrada Analía Inés Durand de Cassís y los magistrados José Osvaldo Ledesma y Sergio Juniors Shwoihort.

Además, desde Argentina trascienden propuestas para administrar justicia sin discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresiones sexuales, como lo exponen la jueza Nora Alicia Infante

y el juez Néstor Oscar Anocibar, a propósito de si el caso de Diana Sacayan configura un femicidio o travesticidio. Su artículo arriba a conclusiones importantes sobre esta temática, común en los países de nuestra región.

Del mismo modo, resulta importante destacar el estudio de la interseccionalidad de la discriminación y la violencia que afecta a las mujeres adultas mayores, como lo sostiene el magistrado argentino Luis Jorge Podestá desde el Juzgado de Paz de Mocoetá. En la misma línea, la jueza María Luisa Charaja Coata, desde la Corte Superior de Justicia de Lima Este, aborda mediante el análisis de la jurisprudencia la problemática de la discriminación por condición de género y discapacidad en víctimas de violencia sexual.

Asimismo, el doctor Eduardo Antonio Reyes Castillo reflexiona acerca de la violencia familiar y la gestión de su tratamiento terapéutico en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, mientras que el magistrado Jorge Pariasca Martínez de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte analiza los alcances del proceso único familiar atendiendo a la modernidad del sistema de justicia peruano.

Por otro lado, este número se complementa con estudios sobre la justicia juvenil, temática importante en nuestros días por la coyuntura nacional e internacional. Desde Chile, la doctora Marcela Molina Vergara presenta el artículo «La justicia juvenil y la determinación de estándares. Viejas reflexiones aún actuales para su entendimiento y recopilación de instrumentos internacionales sobre la materia». A su vez, la suscrita¹ investiga desde la perspectiva de género los centros juveniles en medio cerrado del país en el artículo «La interseccionalidad y la justicia juvenil restaurativa».

1 En mi calidad de presidenta del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes del Poder Judicial (ETII-CRPA-PJ), aprobado por la Resolución Administrativa n.º 000544-2021-P-PJ.

Debemos resaltar que esta publicación se realizó en coordinación con el Fondo Editorial del Poder Judicial, en cumplimiento del Plan Estratégico Institucional al 2030, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 136-2021-P-PJ, para lograr la eficacia de las Reglas de Brasilia, cuya actualización de normas fue adherida por este poder del Estado mediante la Resolución Administrativa n.º 198-2020-CE-PJ.

Finalmente, invito a todos los jueces, juezas, profesionales y docentes universitarios a revisar los trabajos de esta destacada revista académica especializada que se publica con una periodicidad semestral y se encuentra indizada en LatinREV y Google Scholar.

JANET TELLO GILARDI

Jueza suprema titular

Presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de
Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad
del Poder Judicial del Perú

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



Llapanchikpaq: *Justicia*

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 19-72

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.641

La interseccionalidad y la justicia juvenil restaurativa¹

Intersectionality and restorative juvenile justice

JANET TELLO GILARDI

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

(Lima, Perú)

Contacto: jtello@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4402-2204>

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza, con base en un enfoque de interseccionalidad, el resultado de encuestas a adolescentes en conflicto con la ley penal, internos en los centros juveniles del Perú, en el 2021. Los hallazgos indican la concurrencia de diversas condiciones de vulnerabilidad que continúan siendo factores de riesgo, que no necesariamente han sido abordadas por el sistema penal juvenil ni apuntan a la aplicación del modelo de justicia juvenil restaurativa.

Palabras clave: interseccionalidad; justicia restaurativa; internamiento; condición de vulnerabilidad.

1 El presente artículo actualizado forma parte del trabajo final para el Certificado de Formación Continua (CAS) en Justicia Juvenil organizado por la Centre Interfacultaire en Droits de L'enfant de la Université de Genève, período 2020-2021.

ABSTRACT

This research analyzes, based on an intersectionality approach, the results of surveys made to adolescents in conflict with criminal law, who are inmates in youth detention centers in Peru, in 2021. The findings indicate the concurrence of various conditions of vulnerability that continue to be risk factors, which have not necessarily been addressed by the juvenile penitentiary system nor point to the application of the model of restorative juvenile justice.

Keywords: intersectionality; restorative justice; internment; vulnerability condition.

Recibido: 12/10/2022 Aceptado: 23/11/2022

Ver el problema detrás del problema.

RENATA WINTER

1. INTRODUCCIÓN

Es indudable que, en los últimos años, el sistema penal juvenil en el Perú adecuó sus postulados, principios y objetivos a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante, CDN), aprobada en 1989, dejando atrás el sistema de justicia penal tutelar sin garantías ni principios a favor de los adolescentes en conflicto con la ley penal, que llevó a tantas injusticias y arbitrariedades.

Después de varios años, en 2017 se incorporó el modelo de justicia penal juvenil restaurativa con la promulgación del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, a través del Decreto Legislativo

n.º 1348, así como de su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 004-2018-JUS, el mismo que —se debe resaltar— aún no se encuentra implementado a nivel nacional². Sin embargo, podemos notar que, en este nuevo cambio de paradigma en el abordaje y tratamiento sociojurídico, ya no se le denominará «adolescente infractor» sino «adolescente en conflicto con la ley penal».

Frente a ello, el enfoque de interseccionalidad, como una mirada novedosa que debemos tener presente, nos permite estudiar las condiciones de vulnerabilidad que concurren en la mayoría de los casos de adolescentes involucrados en la comisión de hechos antisociales, especialmente cuando lo analizamos desde las Cien Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana. La regla 3 de este documento define el concepto de persona vulnerable como aquella que, por circunstancias sociales, económicas, culturales, entre otros supuestos, encuentra especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. El Poder Judicial del Perú se adhirió a estas reglas por las resoluciones administrativas n.º 266-2010-CE-PJ y n.º 198-2020-CE-PJ, y efectivizó su cumplimiento durante la vigencia del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ; y lo continúa realizando a través del Plan Estratégico Institucional del Poder Judicial para el Período 2021-2030, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 136-2021-P-PJ.

En esa línea se ubica el desarrollo de la presente investigación. Se quiere visibilizar las condiciones que pudieron llevar al adolescente a la comisión de hechos delictuosos o la realidad en la que se encontraba antes de incurrir en dichos hechos; y, a partir de allí, generar

2 Mediante el Decreto Supremo n.º 003-2022-JUS, del 7 de mayo de 2022, se aprobó el calendario oficial de la aplicación progresiva del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

una corriente entre los operadores del sistema de justicia, para, como sostiene Renata Winter, presidenta del Comité de los Derechos del Niño, «ver el problema detrás del problema». Solo así la justicia juvenil restaurativa podrá atender a la resocialización integral del adolescente en conflicto con la ley penal.

Por tal motivo, se llevó cabo un trabajo de campo a través del análisis de casos de los adolescentes internados en los diez centros juveniles de diagnóstico y rehabilitación ubicados a nivel nacional³, a quienes se formularon preguntas para identificar la situación de cada uno, y descubrir si enfrentaban situaciones de vulnerabilidad. Para ello, la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad de la Corte Suprema de Justicia de la República, que presido, realizó talleres de orientación jurídica y psicológica, así como cuestionarios dirigidos a los adolescentes, del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021, actividad autorizada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa n.º 001356-2021-P-CE-PJ.

La población en ese período fue de cerca de 1600 jóvenes internados y la muestra fue de 290 adolescentes encuestados (250 varones y 40 mujeres), entre los 14 y 21 años. En cuanto a la metodología de investigación, esta es descriptiva y correlacional, debido a que la finalidad fue determinar la aplicación de la interseccionalidad en el sistema de justicia juvenil para establecer importantes hallazgos en este trabajo. Asimismo, esta investigación garantiza la confidencialidad de la información recogida a través del estudio de casos, debido a que se trata de menores de edad.

3 Son los centros juveniles en medio cerrado de Lima, Anexo 3 Ancón II (Lima), Santa Margarita (Lima), Alfonso Ugarte (Arequipa), José Quiñones (Lambayeque), Marcavalle (Cusco), El Tambo (Junín), Miguel Grau (Piura), Pucallpa (Ucayali) y Trujillo (La Libertad).

2. MODELO DE JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA

El modelo restaurativo de la justicia juvenil es una nueva forma de abordar el tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal, al entrar en contacto con el sistema de justicia. Propone una visión humanitaria en la resolución del conflicto, en la cual participan el agresor y la víctima, ambos sujetos de derechos, para arribar voluntariamente a un acuerdo pacífico. Los objetivos que se pretenden son el reconocimiento de la responsabilidad y el deseo de reparar el daño causado como consecuencia de la conducta antisocial del adolescente, de acuerdo con las necesidades de la víctima; a lo que se suma la participación de la comunidad, a efectos de que se logre la reinserción del adolescente en su entorno familiar y social.

Para ello, se tiene que recuperar y reforzar los principios y los valores de los cuerpos normativos nacionales e internacionales en materia de justicia juvenil, como son el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, de oportunidad, de intervención mínima, de flexibilidad, de no discriminación, de excepcionalidad de la privación de libertad, de especialización, de acusatoriedad, de subsidiaridad, de legalidad y de celeridad; además de la participación social, el derecho del adolescente a ser escuchado, la presunción de inocencia, el derecho a la asistencia legal y al juicio imparcial. Todos ellos están consagrados en las Reglas de las Naciones Unidas en materia de sistema de justicia juvenil, la CDN, las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, entre otros documentos.

Así, también se tiene la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2018), instrumento que plantea una estrategia de incidencia política, institucional y jurídica que permita defender los principios y valores de la justicia juvenil restaurativa y su pase a la acción concreta a favor de los adolescentes y la paz. Este es el resultado consensuado entre una serie

de actores públicos y la sociedad civil, planteado en foros y congresos, a causa del fracaso de los sistemas de justicia anteriores. El camino ya comenzó a través de una hoja de ruta y la conformación de un trabajo interinstitucional que promueva, impulse y coordine las acciones para hacer realidad dicha declaración, pese a que aún no tiene fuerza vinculante que obligue a los Estados.

En ese sentido, la justicia juvenil con enfoque restaurativo cumple a cabalidad con los objetivos y los principios básicos de la justicia juvenil. No es un modelo que excluya la responsabilidad penal ni la imposición de medidas socioeducativas o la reparación a la víctima. Por el contrario, es un modelo de responsabilidad en el cual el adolescente comprende el daño causado y busca repararlo; asimismo, es un modelo de educación, resocialización y reintegración al núcleo familiar y comunal, desde el apoyo que recibe por parte de los servicios especializados y la comunidad. Evita la reincidencia y previene el delito, a partir de que es un acto voluntario y que promueve la mínima intervención estatal y el uso de medidas alternativas de solución, de desjudicialización y de mecanismos restaurativos como la mediación, siempre respetando los derechos y las garantías específicas que le corresponden en su calidad de sujeto de derechos y obligaciones.

3. PRINCIPALES DATOS EN EL PERÚ

Las medidas socioeducativas que se imponen a las personas mayores de 14 años y menores de 18, como consecuencia de la comisión de una infracción a la ley penal, deben tener como finalidad su reintegración a la sociedad. Por ello, si las juezas y los jueces deciden dictar medidas que conlleven a la privación de la libertad del adolescente, es fundamental ponderar cuidadosamente el juicio de necesidad y proporcionalidad, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, por los

efectos perjudiciales del internamiento, que podrían convertir a aquella en una aspiración inalcanzable. No solo es facultad del juez, sino que también debe tener en cuenta el horizonte final del sistema de justicia juvenil.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) claramente traza esa línea cuando el artículo 5, inciso 6, señala que las penas privativas de la libertad tienen como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. También debe observarse el artículo 10, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que el régimen penitenciario tiene como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los penados. Como sabemos, las normas de estos instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos también deben ser cumplidas a favor de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en dicha situación.

Además, hay derechos específicos en la CDN (1989) que obligan a que los Estados miembros reconozcan que los niños, niñas y adolescentes que han infringido la ley deban ser tratados con dignidad, respetando sus derechos y libertades fundamentales, teniendo en cuenta la edad y «la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad» (artículo 40, inciso 1).

Nuestra Constitución Política recoge estas obligaciones internacionales dentro de los principios de la función jurisdiccional, estableciendo, en el artículo 139, inciso 22, que «el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad». Asimismo, en el Código de los Niños y Adolescentes, el artículo 191 dispone que «el sistema de justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encastrarlo a su bienestar» (Congreso de la República, 2000). La medida

tomada al respecto no solo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho, sino en las circunstancias personales que lo rodean.

No obstante dicho marco jurídico, en la legislación nacional aún existen normas que no armonizan, lo que faculta a las juezas y los jueces a dictar medidas socioeducativas de internamiento de larga duración, como el caso de Perú que llegan a diez años. Evidentemente, en esos supuestos, las medidas impuestas distan mucho de ser compatibles con las normas y los postulados de protección y reintegración social que se pregonan.

Al respecto, según las estadísticas del Programa Nacional de Centros Juveniles (PRONACEJ), del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), al momento de llevar a cabo el trabajo de campo para la presente investigación, en agosto de 2021, había una población total de 2607 adolescentes en los centros juveniles de medio cerrado y abierto, a nivel nacional. De este grupo humano, 2448 adolescentes eran varones (94 %); de los cuales, 1538 se encontraban en los centros juveniles de diagnóstico y rehabilitación, y 910 estaban en los servicios de orientación al adolescente. Por otro lado, 159 adolescentes eran mujeres (6 %); de las cuales, 61 estaban internadas en los centros juveniles de diagnóstico y rehabilitación, y 98 estaban en los servicios de orientación al adolescente (MINJUSDH, 2021).

En la actualización de dichos datos, a julio de 2022, de acuerdo con el PRONACEJ, la población total de adolescentes en conflicto con la ley penal asciende a 3193. De esta cifra, 2978 son adolescentes varones (93 %); de los cuales, 1673 están internados y 1305 en medio abierto. Mientras que 215 adolescentes son mujeres (7 %); de las cuales, 85 están internadas y 130 en medio abierto (MINJUSDH, 2022).

Por tanto, es incuestionable que con el transcurso de los meses continúa aumentando la población penal juvenil, así como sigue siendo mayor el número de adolescentes varones que de mujeres que

se encuentran en conflicto con la ley penal. Además, aunque no se considera muy grande la diferencia, es mayor el número de adolescentes internados en comparación con aquellos que cumplen la medida socioeducativa en libertad.

4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La CADH consagra, en el artículo 24, que «todas las personas son iguales ante la ley», por lo que tienen derecho, sin discriminación, a la igual protección de la ley. Al respecto, en el ámbito de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos (1989), en la Observación General n.º 18, ha establecido que «la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección ante la ley sin ninguna discriminación, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos» (párr. 1); al mismo tiempo que se le considera uno de los pilares fundamentales de un Estado democrático. Así, se proclama en el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que todos los hombres y mujeres nacen libres e iguales en derechos. De igual manera, en el artículo 1, inciso 1, de la CADH se establece la prohibición de la discriminación. En efecto, los Estados partes se comprometen a respetar las libertades y los derechos reconocidos en dicha convención, y por ello nadie puede ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, en el ejercicio de los derechos que allí se consagran.

El principio de igualdad y no discriminación también está recogido en el *corpus juris* internacional sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, el artículo 2, inciso 1, de la CDN (1989) dispone que

los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

A su vez, los principios generales de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (1985) establecen que sus postulados se aplicarán a las personas menores de edad delincuentes «con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición» (principio 2.1). Asimismo, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana) (1990) también disponen su aplicación imparcial a todos los niños, «sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, prácticas o creencias culturales, patrimonio, nacimiento, situación de familia, origen étnico o social o incapacidad» (regla 4).

De otro lado, en las Reglas de Brasilia (2018b) se señala que estas

tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas facilidades y apoyos que les permitan el pleno reconocimiento y goce de los derechos humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales (regla 1).

La regla 3 del mismo documento define el concepto de personas en situación de vulnerabilidad como aquellas que, por diversas

circunstancias, como el hecho de ser menor de edad o estar privado de la libertad, o por circunstancias sociales, económicas, entre otros supuestos, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, cuando Las Reglas de Brasilia se refieren a los niños, niñas y adolescentes indican que ellos deben «ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración de su desarrollo evolutivo». Y agrega que «prevalecerá el interés superior de las personas menores de edad cuando interactúan con el sistema de justicia» (regla 5).

De igual forma, al referirse a las personas privadas de libertad, se considera que estas podrían tener dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que son titulares, especialmente cuando concurre alguna otra causa de vulnerabilidad enumerada en el mismo cuerpo normativo. Para atender estas situaciones se dispone que «corresponderá a la autoridad judicial velar por la dignidad de la persona privada de libertad y por sus garantías fundamentales, conforme a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (regla 22).

De todo lo anterior, se colige que los Estados, a través de sus funcionarios judiciales, tienen la obligación de observar el marco jurídico detallado y, en ese camino, promover, respetar y cumplir todos y cada uno de los derechos y las garantías procesales que regulen el sistema penal de adultos, en idéntica aplicación y alcances proyectados sobre la justicia especializada en adolescentes involucrados en la comisión de actos antisociales, más aún si estos estuvieran privados de libertad, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación.

5. LA DOBLE CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: ADOPCIÓN DE MEDIDAS POSITIVAS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado una doble concepción del derecho a la igualdad y a la no discriminación: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitrario; y otra asociada con la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Esto significa que, además de reconocerse una noción formal de igualdad (que prohíbe situaciones de ventajas que no tengan fundamento objetivo o racional que las pueda justificar), se encumbra hacia un concepto de igualdad material o estructural, que se sustenta en la necesidad de adoptar políticas o medidas que reviertan la situación de marginalidad y discriminación en la que se encuentran ciertos sectores de la población para acceder al ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades.

Al respecto, la Corte IDH (2012), en basta jurisprudencia, ha señalado que toda persona en esa situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de que el Estado tiene la obligación de velar por el pleno cumplimiento y vigencia de sus derechos humanos fundamentales (párr. 134). No basta que los Estados no los vulneren; es imperativo que adopten medidas positivas, en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, por cualquier circunstancia que le impida el efectivo acceso a la justicia para la defensa de sus derechos.

Dentro de estos sectores podemos encontrar a los grupos de niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza, de violencia, y de explotación sexual y económica; víctimas de enfermedades como el sida; utilizados en conflictos armados; en abandono o negligencia; sin cuidados parentales; en la calle; migrantes, niñas y adolescentes víctimas

de violencia de género; pertenecientes a las comunidades LGTBQI, a minorías étnicas y a grupos sociales tradicionalmente excluidos y discriminados; todos inmersos en círculos de delincuencia y, por supuesto, en contacto con el sistema de justicia juvenil. En estos contextos, es común que encontremos la concurrencia de varias condiciones de vulnerabilidad, agravadas por las brechas sociales profundas que llevan a la marginación, las desigualdades, la exclusión y la discriminación. Por ello, el Comité de los Derechos del Niño (2003), en la Observación General n.º 5, ha resaltado la importancia de considerar la adopción de medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación. De allí que se reconozca «que el principio de no discriminación no impide que se adopten medidas especiales para disminuir la discriminación» (párr. 30).

En la Observación General n.º 24, el Comité de los Derechos del Niño, al mencionar el principio de no discriminación, hace referencia a la especial atención que debe prestarse, por ejemplo, a las llamadas «ofensas por condición», que no son consideradas delitos si son realizadas por adultos. Más bien, los niños, niñas y adolescentes en las situaciones de vulnerabilidad antes señaladas, como son aquellos que viven en las calles o se han escapado de sus hogares, deben ser tratados con la implementación de medidas que los protejan, con el apoyo de padres u otros responsables, trabajando en las causas que provocan estos comportamientos, y no castigándolos como si fueran hechos punibles (Pascual, 2020, p. 18).

En este escenario, es clara la necesidad de implementar políticas y medidas de protección especial que recaigan sobre los niños, niñas y adolescentes en contacto con el sistema de justicia penal. Entre otras: un juicio contra un adolescente siempre debe llevarse a cabo con la intervención de un equipo multidisciplinario, que es la razón por la cual se cometió la infracción a la ley penal, para que el sistema de justicia tenga razón de ser y cumpla su finalidad.

Por tanto, desde la perspectiva de los derechos humanos, según Marcia Tiburi (2021), la interseccionalidad nos lleva a comprender los distintos escenarios y nos ayuda a buscar las posibles soluciones que transformen esta situación para lograr la igualdad ante la ley de todas las personas (p. 24). Por ello,

la interseccionalidad es una herramienta para el análisis, el trabajo abogacía y la elaboración de políticas, que aborda múltiples discriminaciones y nos ayuda a entender la manera en que conjuntos diferentes de identidades influyen sobre el acceso que se pueda tener a derechos y oportunidades (Symington, 2004, p. 1).

Este enfoque interseccional incluye el abordaje de distintas variables de vulnerabilidad. Del mismo modo, Julissa Mantilla (2013) expone que

se debe tener presente la denominada interseccionalidad en las situaciones de discriminación, que implica tener en cuenta las diferencias y las diversas identidades que se construyen con base en la edad, el origen social, la capacidad económica, el origen rural o urbano, la etnicidad, que se identifican entre los hombres y las mujeres, y que hace que el análisis no pueda ser ni unilateral ni simple (p. 133).

Para Irma Alfonso (2019), la vulnerabilidad del adolescente en conflicto con la ley penal no debe tomarse como consecuencia de una condición natural, como sucedió con el antiguo paradigma de la situación irregular que desarrolla Emilio García (2004), «sino como parte de un proceso social a través del cual esa vulnerabilidad se construye, se sostiene y se profundiza» (p. 43).

En ese sentido, bajo el concepto de la doctrina de la protección integral de la niñez, que, de acuerdo con Mary Beloff (2001), reconoce a los menores como sujetos plenos de derechos y con autonomía progresiva conforme con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos

del Niño de las Naciones Unidas (p. 301), se debe fortalecer la aplicación primordial del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Ello tiene mucha relevancia, pues se trata de recuperar una población que por diversas razones se ha involucrado en la comisión de actos antisociales, frente a los cuales no son aquellas personas en desarrollo los responsables directos, como sí podrían serlo los adultos, por ejemplo, en el caso de un adolescente manipulado dentro de una familia dedicada al negocio del tráfico de drogas.

Por otro lado, en el análisis interseccional es importante aplicar el enfoque de interculturalidad y de discapacidad, así como el enfoque de género, para abordar adecuadamente las formas en las que el racismo, el patriarcado, la opresión de clase y otros sistemas de discriminación crean desigualdades que estructuran las posiciones relativas de las mujeres y los hombres (Symington, 2004, p. 2). Especialmente, cuando la privación de la libertad puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular el adolescente, de acuerdo con las reglas 22 y 23 de las Reglas de Brasilia.

6. EFECTOS DE LAS FORMAS MÚLTIPLES E INTERSECCIONALES DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA

Para desarrollar este punto, nos remitimos al Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017), en el cual se analiza cómo convergen motivos de discriminación diversos y las repercusiones que estos tienen en el pleno disfrute de los derechos humanos. Si bien está enmarcado en la situación de las mujeres y niñas, es posible extraer los mismos conceptos y conclusiones para los casos de personas menores de edad en conflicto con la ley penal, y con perspectiva de género, evidentemente.

Se precisa en este documento que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha interpretado que la interseccionalidad es un concepto básico para entender el alcance del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y que dicho término «refleja las consecuencias de dos o más sistemas combinados de discriminación y se refiere a la manera en que estos contribuyen a crear capas de desigualdad» (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017, párr. 7). Así, en la Recomendación n.º 28 del comité mencionado, se instó a los Estados partes a «reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas [...] [y a] aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones» (CEDAW, 2010, párr. 18).

A lo largo de dicho informe se puntualizan situaciones y factores relacionados con el género en su confluencia con la raza, el origen étnico, la religión, la salud, los conflictos y las violencias, entre otros, en los que advertimos la combinación de diversas condiciones de vulnerabilidad que, a su vez, generan estereotipos y prejuicios que colocan a las mujeres en mayores riesgos de sufrir violencia o abuso, especialmente sexual. Asimismo, afecta la capacidad de las mujeres y las niñas para disfrutar de sus derechos fundamentales, como a la educación, la salud y el acceso a la justicia.

En el ámbito de la justicia juvenil, encontraremos, en la mayoría de los casos, que en la situación de los adolescentes convergen diversos factores de vulnerabilidad, como la raza, el origen étnico o la nacionalidad; la identidad de género o la orientación sexual; la discapacidad; la pertenencia a estratos sociales desfavorecidos, sin posibilidades de educación; y la condición de miembros de un círculo de delincuencia familiar, y de víctimas de violencia en el hogar o de abandono.

Así, por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño (2009a), en su Observación General n.º 11, sobre los niños indígenas y sus derechos, observa con preocupación el índice desproporcionadamente alto de encarcelamiento de niños indígenas y señala que esto «en algunos casos puede atribuirse a discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad» (párr. 74). En el caso del Perú, la población adolescente en los centros de internamiento juveniles está compuesta casi totalmente por jóvenes mestizos provenientes de familias disfuncionales y en situación de pobreza. Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) observa que los niños en las Américas son a menudo discriminados en razón de su situación socioeconómica. Es común en la región que los niños sean sometidos a sanciones por conductas que son manifestaciones de problemas socioeconómicos, como la vagancia, la mendicidad o la indigencia. De otro lado, también preocupa que las decisiones de las juezas y los jueces, para dictar o no una medida privativa de libertad, se vean influenciadas por la capacidad o la incapacidad de supervisión de los progenitores, más aún si ambos presentan problemas de drogas o alcohol.

Lamentablemente, a raíz de la pandemia causada por el coronavirus y la crisis política, económica y social que se vive, en países como el Perú el panorama se continúa presentando muy desolador y con efectos devastadores para la población en general y, en particular, la infantil y adolescente.

De lo anterior, podemos concluir que existe todo un marco jurídico vasto para enfrentar la vulnerabilidad y las circunstancias de interseccionalidad. Hoy contamos incluso con las Reglas de Brasilia (2018b), que señalan la necesidad de que las juezas y los jueces promuevan «las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad» (regla 25). Por ello, el Estado está obligado a promover el desarrollo integral de

la población infantil y adolescente en conflicto con la ley, para superar su situación de vulnerabilidad o su desventaja en el ejercicio de sus derechos, que la llevaron a estar excluida de la sociedad y, por el contrario —parafraseando al profesor Atilio Álvarez (2018)—, incluida en el mundo del delito que la cobijó.

7. HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN

7.1. Relaciones con el entorno familiar y social

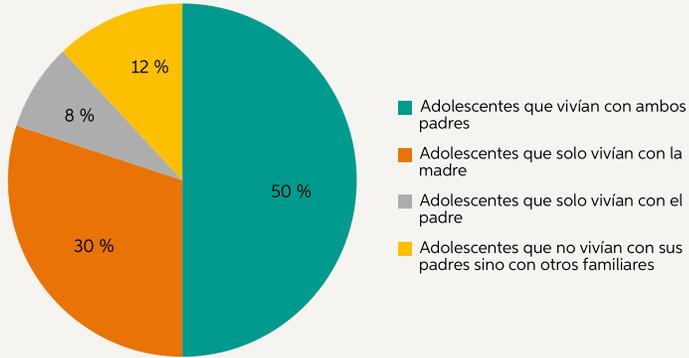
Los entornos familiares y sociales son importantes durante las primeras etapas de la vida de la niña y el niño, así como en la adolescencia, porque les permite formar personalidad, autoestima, amistades y, básicamente, lo que realizará el resto de su vida, para bien o mal. Entonces, los jóvenes buscan ese afecto desde las relaciones paternas y maternas, y cuando no lo hallan en casa, lo encuentran en las amistades.

Por otro lado, también debe evitarse aplicar las percepciones o los estereotipos sociales en los adolescentes en conflicto con la ley penal, particularmente cuando provienen de una comunidad marginal o de altos índices de conflictividad, por lo que erradamente se considera que todos los jóvenes de ese lugar tienen la misma suerte, es decir, son agresivos, consumidores de estupefacientes, ladrones, entre otros adjetivos que no se evidencian, pero presuponen prejuicios (Sanz, 2017).

Como resultado de nuestra investigación, obtuvimos que el 50 % de los adolescentes encuestados contestaron que, antes de ingresar al centro juvenil, vivían con ambos padres; el 30 % solo vivían con la madre; el 8 % solo con el padre; y el 12 % no vivían con ellos sino con otros familiares, y en algunos casos con sus parejas o solos⁴. Asimismo, el 96 % de los adolescentes encuestados respondieron que reciben visitas o

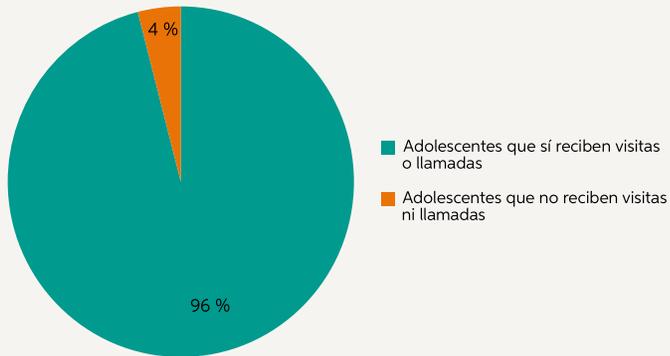
4 Respuestas de los adolescentes frente a las preguntas «¿vivías con tus padres antes de ingresar al centro juvenil?» y «¿con ambos o solo uno?».

Gráfico 1



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

Gráfico 2



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

llamadas de su familia, principalmente de la madre, en menor medida del padre y, en algunos casos, también de sus parejas. Mientras que el 4 % no reciben visitas ni llamadas⁵ (ver gráficos 1 y 2).

5 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿recibes visitas o llamadas de tus padres, familiares, pareja o de ninguno?».

Existe una particularidad en el hecho de que la mitad de los encuestados manifestó que solo vivía con uno de sus progenitores, en mayor medida con la madre, o no vivían con ellos; y que, desde temprana edad, iniciaron las relaciones de pareja. Asimismo, casi el total de ellos señaló que reciben visitas de sus familiares, de manera física o por llamadas telefónicas. Lastimosamente, en el caso de las adolescentes encuestadas, muchas de estas indicaron que, debido a la lejanía de sus hogares, no reciben llamadas ni visitas de sus familiares desde su ingreso al centro juvenil, que se ubica en Lima y es el único a nivel nacional para mujeres, y que durante la crisis sanitaria por la pandemia ello se agravó por lo que quedaron incomunicadas mucho tiempo.

Entonces, en sociedades pobres, desiguales, violentas e indiferentes, como la peruana, los desafíos en nuestro trabajo cotidiano con los adolescentes que incurrir en actos antisociales, a fin de evitar que persistan en una carrera delictiva, son muchos y grandes. Se presentan factores de riesgo como la desestructuración; el abandono o la violencia familiar; el consumo de drogas; el entorno escolar, amical o comunal violento o delincuencia; los medios de comunicación; entre otros.

La falta de afecto y soporte familiar constituye el primero y el más importante de los desafíos a vencerse. Al respecto, Campistol y Herrero (2017) señalan que cuando la familia no es un factor de protección, al no ser capaz de proporcionar al joven una socialización acorde con las normas de convivencia que le permita un desarrollo adecuado en la sociedad, ni de proporcionar un seguimiento y control de sus actividades, ni de realizar una implicación y un seguimiento de sus amistades, puede determinarse que hay un factor de predicción del comportamiento delictivo a temprana edad. Es decir, no necesitamos tener una bola de cristal para poder visualizar que ese niño o niña, en dicho contexto familiar, puede seguir modelos parentales disociales o de desadaptación y verse involucrado en hechos antisociales, más aún

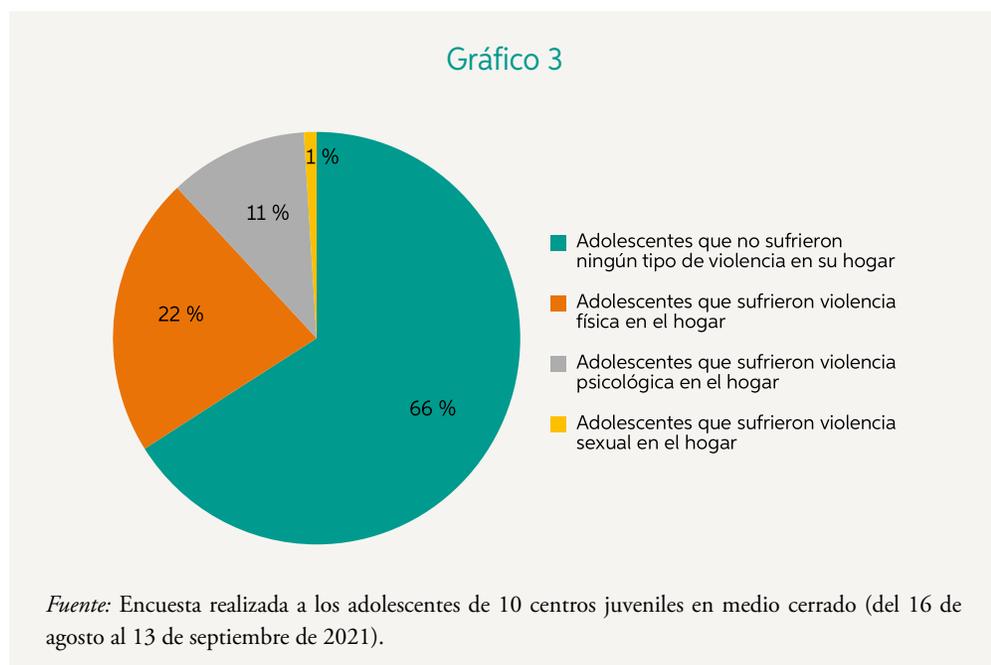
en un entorno social conflictivo o violento. Si bien la gran mayoría de adolescentes privados de libertad, varones y mujeres, a quienes hemos entrevistado en los distintos centros juveniles, provenían de sectores sociales de economía muy empobrecida, lo que se resalta es que no tenían padres o madres —o ninguno de ellos— desde muy pequeños, porque los habían abandonado o estaban en cárceles; o habían sido objeto de abuso sexual o físico; o presenciaban hechos de violencia o drogadicción; o los habían dejado encargados con otros familiares, quienes los maltrataban; entre otras razones, que constituyen factores de riesgo y que están detrás del hecho cometido.

Esta falta de afectos o de sentirse «importantes o queridos» no necesariamente cambia mientras están internos; por el contrario, se suele acrecentar. Esto nos lo dejaron entrever y queda claramente reflejado, pues, en muchos casos, no reciben visitas ni comunicación de sus padres, madres o familiares. Ello se agudiza con el desarraigo que los adolescentes sufren porque en nuestro país son trasladados a centros juveniles de internamiento alejados de su lugar de origen.

Una situación que no puede dejar de mencionarse es que la falta de padres o responsables del adolescente, incluso de niños hasta de doce años —antes de que se subiera a la edad de catorce el límite de la responsabilidad penal juvenil—, impedía que se dictaran medidas en libertad, en tanto no había ninguna persona que se hiciera cargo. La única posibilidad que se tenía a la mano, lamentablemente, era decretar su internamiento. De allí que resulte un desafío tan grande lograr que esta situación de falta de afecto y soporte se revierta. Evidentemente, cifrar expectativas solo en la familia, que siempre estuvo ausente o fue factor de riesgo, no nos llevaría a planteamientos reales.

Por otro lado, el 66 % de los adolescentes encuestados respondieron que no sufrieron ningún tipo de violencia en su hogar; el 22 % de

ellos sufrieron violencia física; el 11 %, violencia psicológica; y el 1 %, violencia sexual⁶ (ver gráfico 3).



Resulta presumible que los adolescentes no respondieron con la verdad sobre este asunto en la encuesta, más aún cuando es importante visibilizarlo al momento de determinar la medida socioeducativa y los hechos de violencia previa que sucedieron en la vida del adolescente, porque influye negativamente en las acciones o conductas que realiza frente a la situación de riesgo, de desprotección familiar y la vulneración de derechos fundamentales, como a vivir sin ningún tipo de violencia y a la protección de su integridad personal.

Por ello, en las Reglas de Brasilia se detalla la importancia de la actuación de los equipos interdisciplinarios, integrados por profesionales

6 Respuestas de los adolescentes frente a las preguntas «¿has sufrido algún tipo de violencia en tu hogar?» y «¿física, psicológica o sexual?».

de distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema de justicia al momento de determinar y ordenar el cumplimiento de la medida socioeducativa cuando se involucran a las personas en condición de vulnerabilidad (regla 41), como sucede con los adolescentes en conflicto con la ley penal, especialmente cuando sobre ellos recayó algún contexto previo de violencia dentro o fuera del hogar.

7.2. Abuso sexual y maternidad adolescente

De acuerdo con el informe de Save the Children International (2016),

son varios los factores que están relacionados con el embarazo de niñas y adolescentes, como, por ejemplo, el inicio sexual temprano, las relaciones sexuales no protegidas, la falta de acceso a servicios de salud y la exposición a la violencia basada en género, especialmente la violencia sexual (p. 10).

Asimismo, «una de las consecuencias de la violencia sexual contra las mujeres y que afecta de manera grave a las niñas y adolescentes es el embarazo no deseado» (Viviano, 2019, p. 1). Recordemos que, durante la pandemia, «el aislamiento social obligatorio ha significado también un aumento de la violencia contra las mujeres en todo el mundo, incrementando el número de niñas que han sido forzadas a convertirse en madres» (Matheus, 2022, párr. 1).

Para Liz Meléndez (2016), la violencia sexual es equiparable a

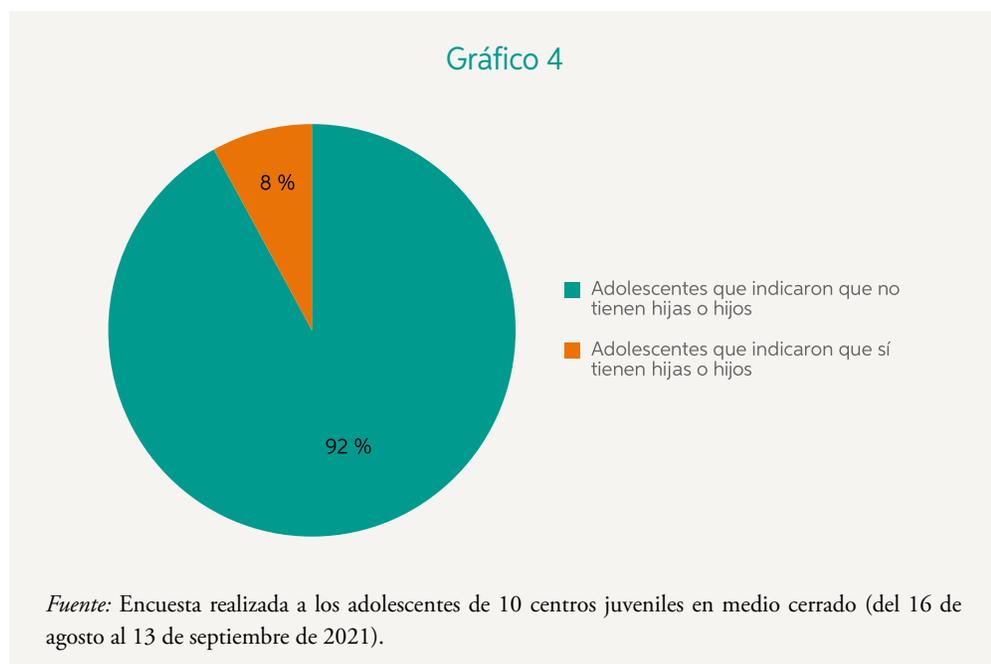
una grave vulneración a los derechos humanos en la medida en que la naturaleza del acto no solo atenta contra la integridad física, sino también contra la salud mental de las víctimas, llevándolas a una situación de estrés, humillación, temor y dominación que puede ser equiparado con los contextos de tortura (p. 247).

En la opinión de quien suscribe, la maternidad impuesta o forzada por violación sexual contra mujeres, niñas o adolescentes también constituye un crimen contra la humanidad, ya que así lo establece

la Corte Penal Internacional en su estatuto sobre crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio (Plataforma Digital Única del Estado Peruano, 2022, párr. 1).

Recientemente, el 22 de abril de 2022, mediante un comunicado del Sistema de Naciones Unidas en el Perú, se manifestó la preocupación para una respuesta integral a los casos de abuso sexual en agravio de menores de edad, resaltando en cifras oficiales que «en el Perú, cada día 16 niñas y adolescentes mujeres son víctimas de abuso sexual. Entre el 2020 y 2021, los casos de maternidad adolescente entre menores de 15 años se incrementaron de 1158 a 1438» (Naciones Unidas: Perú, 2022, párr. 2).

En nuestra investigación, el 92 % de los adolescentes encuestados contestaron que no tienen hijas o hijos; y el 8 %, que sí (ver gráfico 4); de estos, la mayoría dice tener 1 hijo o hija o, en algunos casos,



2 o 3, que tienen en su mayoría entre 0 y 4 años⁷. En el Centro Juvenil Santa Margarita, encontramos tres casos de adolescentes que conviven con sus hijos en medio cerrado. Aquí surge la observación de que dicha maternidad fue producto de un abuso sexual, toda vez que en las encuestas se refleja que las adolescentes tienen entre 14 y 16 años, y que sus pequeños hijos tienen menos de 3 años, es decir, evidentemente quedaron embarazadas siendo menores de 14 años, lo que en el Perú constituye el delito de violencia sexual (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 173 del Código Penal); y en estos casos podemos estar frente a hechos de abuso sexual dentro del hogar debido al aislamiento social por la cuarentena. De esto se entiende que no hay otra opción que los abuelos, padres, tíos, hermanos mayores u otros integrantes del entorno familiar cometieron este delito. De allí que las respuestas de las adolescentes que indicaron no haber sido víctimas de violencia sexual (ver gráfico 3) no resultarían fiables, como se advierte con la constatación de la realidad de una maternidad que se entiende forzada por la edad y en las circunstancias del embarazo.

También se debe indicar que las Reglas de Brasilia aclaran que la discriminación de género es un serio obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad (reglas 17 y 18). Sobre la misma, opinamos que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, aunque no aparezcan especificados de esa forma en la Constitución Política, porque si los asociamos a derechos fundamentales, como a la vida y dignidad; a la integridad y seguridad personal; al libre desarrollo de la personalidad; a la libertad; a la no violencia; así como a la igualdad y no discriminación, estableceremos de forma categórica que sí lo

7 Respuestas de los adolescentes frente a las preguntas «¿tienes hijos/as?» y «¿qué edad tienen tus hijos/as?».

son porque es parte intrínseca de cada uno de ellos (Plataforma Digital Única del Estado Peruano, 2022, párr. 7).

7.3. Pertenencia a pueblos originarios

En las Reglas de Brasilia (2018b) se enfatiza que el sistema de justicia debe respetar «la dignidad y cosmovisión, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, personas afrodescendientes y otras diversidades étnicas y culturales conforme al ordenamiento jurídico de cada país» (regla 79).

Cuando se preguntó en el cuestionario sobre el lugar de nacimiento, el 44 % de adolescentes respondieron que provienen de la sierra del país; el 37 % de la selva; el 11 % de la costa; el 7 % de Lima Metropolitana; y el 1 % del extranjero⁸. Asimismo, el 96 % contestaron que tienen como lengua materna el español; y el 4 %, el quechua y el aimara⁹ (ver gráficos 5 y 6).

Además, el 70 % de los adolescentes encuestados consideran que pertenecen al grupo poblacional indígena campesino o andino; el 14 %, a la población indígena nativa o amazónica; el 3 % que son afrodescendientes; el 5 % que son indígenas de padres migrantes; el 2 % que son eurodescendientes; el 1 % que son asiaticodescendientes; y el 5 % que no pertenecen a ninguno de los anteriores¹⁰ (ver gráfico 7).

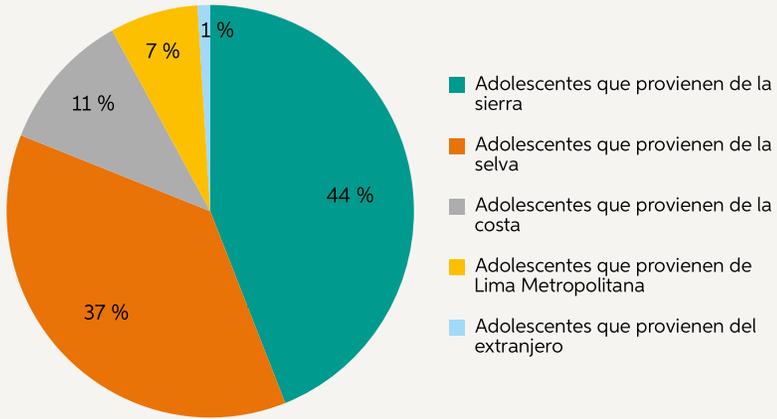
En este punto, observamos que un alto porcentaje de adolescentes internados provienen de pueblos originarios y de lugares distintos a las ciudades, así como un grupo habla una lengua originaria diferente del español, lo que podría suponer un obstáculo en el acceso a la justicia, como sostiene la regla 9 de las Reglas de Brasilia. Por esta razón, el

8 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿en qué lugar naciste?».

9 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿cuál es tu lengua materna?».

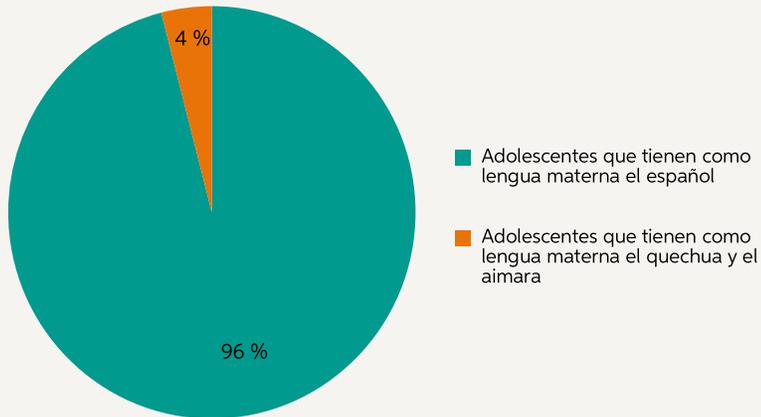
10 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿perteneces a algún grupo poblacional?».

Gráfico 5



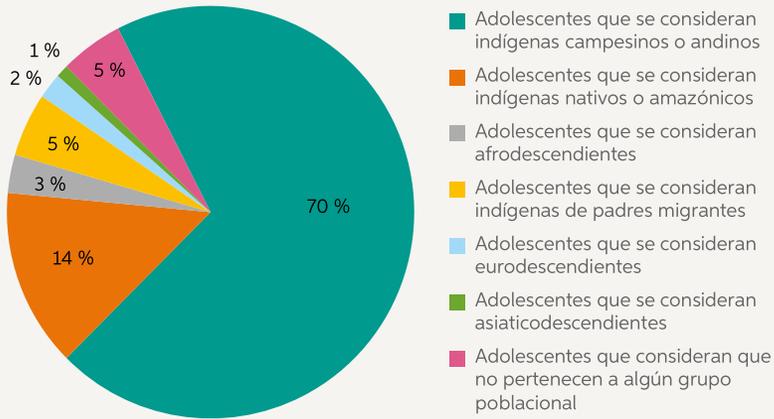
Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

Gráfico 6



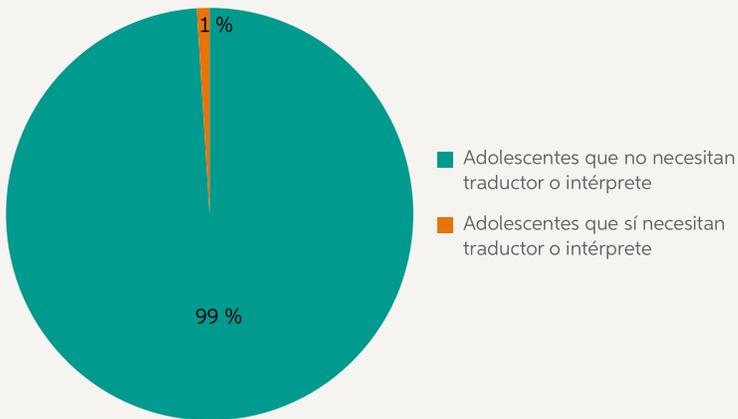
Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

Gráfico 7



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

Gráfico 8



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

Poder Judicial debe aplicar el enfoque de interculturalidad y brindar las condiciones para que estas personas puedan ejercitar con plenitud sus derechos sin ningún tipo de discriminación sobre su origen o identidad indígena.

Del mismo modo, de acuerdo con las Reglas de Brasilia, se debe prestar la asistencia gratuita de una persona intérprete o traductora cuando quien hubiese de ser interrogada o debiera prestar alguna declaración hable una lengua o un idioma distinto (reglas 32 y 64), como sucede con este grupo de adolescentes que se comunican mediante lenguas quechua o aimara, así hablen el español como segunda lengua. Al respecto, el 99 % de los encuestados contestaron que no necesitan un traductor o intérprete; mientras que menos del 1 % respondieron que sí cuentan con traductor designado¹¹ (ver gráfico 8).

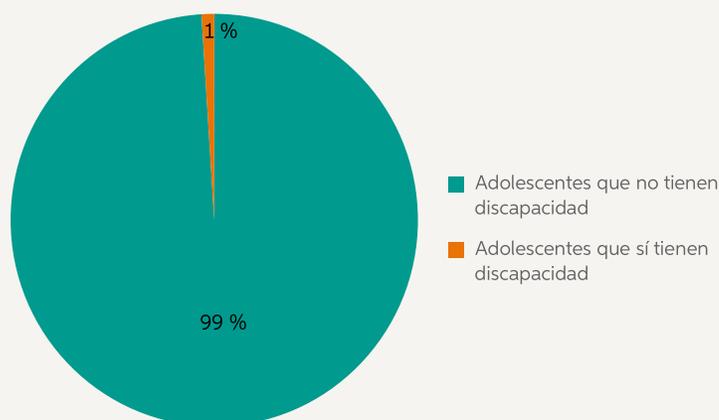
7.4. Condición de discapacidad

De acuerdo con las Reglas de Brasilia, el sistema de justicia debe eliminar cualquier barrera del entorno, así como efectivizar su participación en el proceso judicial en el que participa una persona con discapacidad, garantizando las condiciones de accesibilidad, igualdad de trato y respeto de su autonomía; y la capacidad de actuar, de comprensión y de comunicación a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural (reglas 7, 8 y 77).

En la encuesta, cuando se preguntó a los adolescentes si tenían alguna condición de discapacidad, el 99 % de los encuestados contestaron que no; mientras el 1 % dijo que sí tenían una discapacidad física o visual, y en algunos casos también una discapacidad mental (ver gráfico 9).

11 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿necesitas de un traductor o intérprete?».

Gráfico 9



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

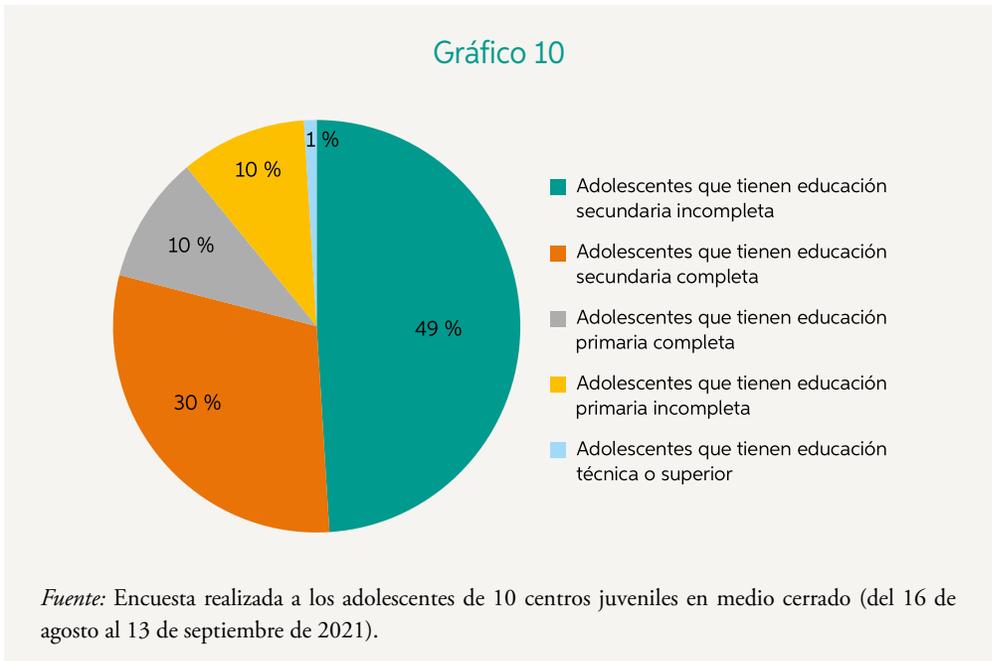
En este punto, el sistema de justicia debe proteger, aunque sea a un pequeño porcentaje de adolescentes, facilitando primero la información sobre las actuaciones judiciales en que participa, de manera oportuna y en formatos accesibles, y con las tecnologías adecuadas para los diferentes tipos de discapacidad, garantizando la comprensión de sus alcances y significados, según lo disponen las reglas 52 y 58 de las Reglas de Brasilia.

7.5. Educación

En las Reglas de Brasilia (2018b) se indica que la pobreza es «una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia, especialmente agravado cuando concurre alguna otra causa de vulnerabilidad» (regla 15), como sucede con los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Sobre el grado de instrucción, el 49 % de los encuestados contestaron que tienen educación secundaria incompleta; el 30 %, secundaria completa; el 10 %, primaria completa; el 10 %, primaria incompleta; y el 1 %, educación técnica o superior¹². Asimismo, el 89 % de los adolescentes encuestados contestaron que reciben actualmente algún tipo de educación para culminar el grado de primaria o de secundaria¹³; y el 70 % reciben capacitación para el trabajo en carpintería, electricidad o manualidades¹⁴ (ver gráficos 10, 11 y 12).

Como se observa, un alto porcentaje de jóvenes tiene estudios incompletos para su edad, en muchos casos por motivo de la pobreza o pobreza extrema en la que se encuentran junto con sus familias o

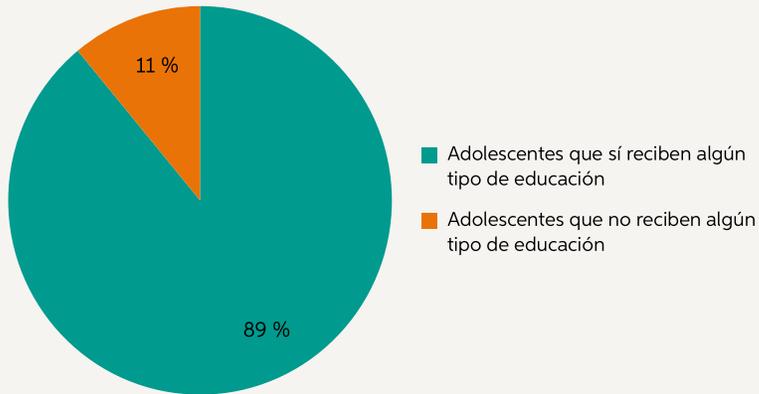


12 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿qué grado de instrucción tienes?».

13 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿recibes actualmente algún tipo de educación?».

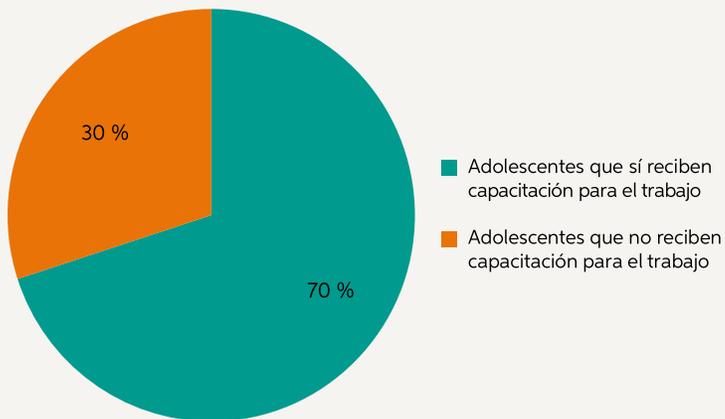
14 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿recibes actualmente capacitación para el trabajo?».

Gráfico 11



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

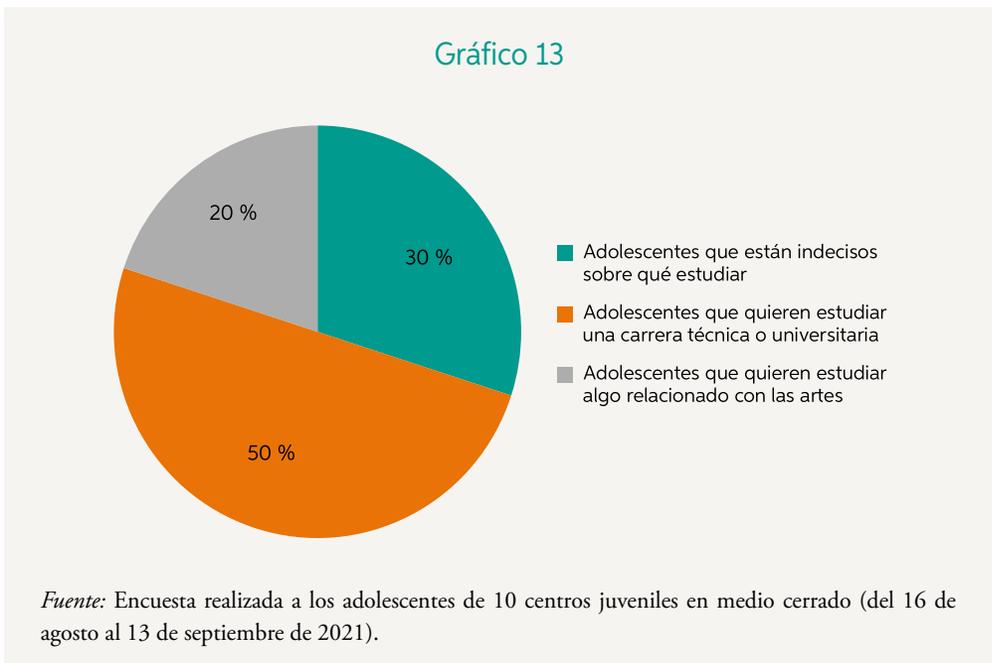
Gráfico 12



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

entorno social; y recién en el internamiento en el centro juvenil pueden reiniciar sus actividades educativas para terminar la primaria o la secundaria; y, en algunas situaciones, pueden lograr alguna formación técnica o capacitación para el trabajo, a fin de realizar labores que les permitan obtener ingresos y solventar sus gastos en la vida cotidiana.

Por otro lado, cuando se les preguntó sobre su interés por estudiar algún tema en especial, el 99 % de los adolescentes encuestados respondieron que sí; el 30 % aún estaban indecisos sobre qué estudiar; el 50 % querían estudiar algunas carreras técnicas o universitarias, como electricidad, ingeniería o abogacía; y el 20 % querían estudiar algo relacionado con las artes, en su mayoría música, y el resto dibujo y pintura¹⁵ (ver gráfico 13).



15 Respuestas de los adolescentes frente a las preguntas «¿tienes interés en estudiar alguna carrera técnica o universitaria?» y «¿tienes interés en estudiar algún tema en especial?».

Es importante resaltar que las actividades artísticas son un factor que influye en casi todos los adolescentes, quizás motivados por los artistas del momento y el sueño de ser como ellos pese a las adversidades. También se destaca que la mayoría desea estudiar alguna carrera técnica o universitaria, con aspiraciones a lograr algo más en la vida y tener un futuro prometedor.

7.6. Situación jurídica

En las Reglas de Brasilia (2018b) se destaca que el sistema de justicia debe promover «garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad para la defensa de sus derechos» (regla 29). Asimismo, se resalta el principio de especialidad en el derecho penal juvenil (Tiffer, 2018) o lo que la regla 40 enfatiza como «la especialización de quienes operan el sistema judicial y de quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento», especialmente para el adecuado abordaje de la justicia juvenil restaurativa.

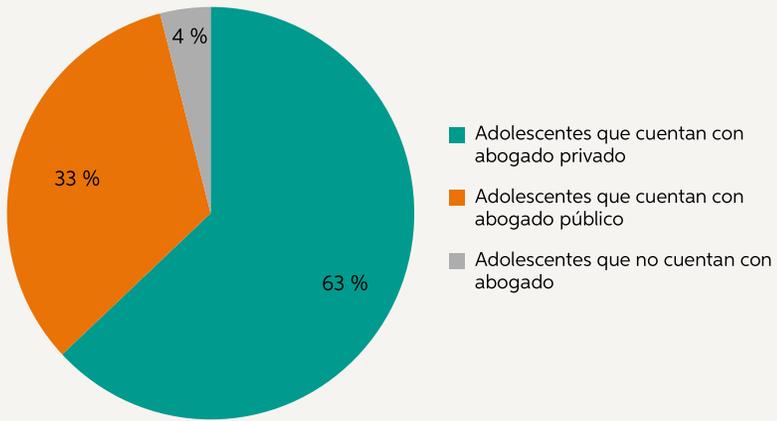
Sobre la defensa legal, el 63 % de los adolescentes encuestados contestaron que cuentan con un abogado privado; mientras que el 33 % tienen un abogado público; y el 4 % no tienen abogado¹⁶. Del mismo modo, el 85 % tienen sentencia; y el 15 % están siendo procesados¹⁷ (ver gráficos 14 y 15).

Sobre este punto existe un alto porcentaje de adolescentes que cuentan en apariencia con una defensa pública legal para hacer valer sus derechos ante el sistema de justicia para un debido proceso; sin embargo, muchas veces no se cuenta con los profesionales idóneos, sobre todo cuando se aconseja al adolescente que guarde silencio, quebrando así toda posibilidad de aplicar los mecanismos de justicia juvenil restaurativa. Estas estrategias deben ser revaluadas por el Estado para

16 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿cómo es tu defensa legal?».

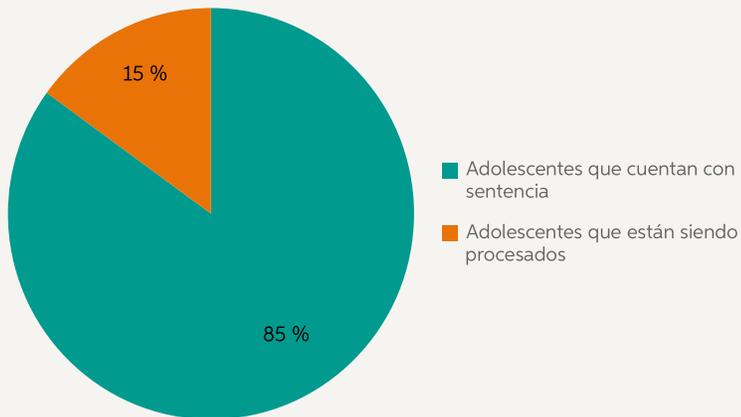
17 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿cuál es tu situación judicial?».

Gráfico 14



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

Gráfico 15



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

brindar una defensa eficaz, con abogadas o abogados especializados en el actual sistema de justicia penal juvenil. Ello sin perjuicio de que los operadores de justicia garanticen que el adolescente esté debidamente informado sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, de forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad, como lo desarrolla la regla 51 de las Reglas de Brasilia.

Además, cuando estos adolescentes intervengan en los actos judiciales, se debe tener en cuenta su edad y su desarrollo integral para que manifiesten efectivamente su opinión, y que esta sea tomada en cuenta por el operador judicial (Comité de los Derechos del Niño, 2009b); así como facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo y evitando todos los formalismos innecesarios, como se indica en la regla 78 de las Reglas de Brasilia. Asimismo, se deben considerar otras pautas, como la presunción de inocencia, el asesoramiento, entre otras, que establecen las Reglas de Beijing. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General n.º 24, estas son garantías para un juicio imparcial y la aplicación de una justicia juvenil restaurativa.

Cabe resaltar que, a julio de 2022, de acuerdo con las cifras de PRONACEJ, de la población de 1758 adolescentes en los centros de diagnóstico y rehabilitación del país, sin que se tengan datos identificados sobre el uso de mecanismos restaurativos, el 82 % (que corresponde a 1442 jóvenes) se encuentran en calidad de sentenciados; mientras que el 18 % (316 adolescentes) están siendo procesados y se encuentran con mandato de internamiento preventivo (MINJUSDH, 2022).

7.7. Tratamiento desadictivo de drogas o alcohol

Para Arelli Méndez (2017), al momento de evaluarse e implementarse un plan individual para el adolescente, no se le debe estigmatizar y tampoco se debe establecer un plan general, sino que este debe atender a las particularidades del adolescente, considerando de manera primordial el principio del interés superior y la coordinación periódica con los profesionales y los recursos de la comunidad. Por su parte, Doris Arias (2018) destaca la importancia del acompañamiento en la ejecución de las medidas, a fin de evitar un tratamiento negligente en el adolescente, dejando pasar el tiempo sin que se haya promovido una integral resocialización en ningún aspecto, como la educación, la formación del trabajo, el desadictivo de drogas o alcohol, entre otros, volviéndose en un ciclo vicioso en que se continúe cometiendo infracciones a la ley penal y vuelva a pasar por el sistema de justicia.

El 80 % de los adolescentes encuestados contestaron que no reciben ningún tratamiento desadictivo de drogas o de alcohol porque no tienen ninguno de esos vicios o adicciones¹⁸. Además, el 60% de ellos conocen y participan de programas de resocialización con los asistentes sociales del equipo técnico interdisciplinario del centro juvenil¹⁹. Asimismo, el 85% consideran que los programas de resocialización sí son funcionales y que depende mucho del empeño de la persona²⁰ (ver gráficos 16, 17 y 18).

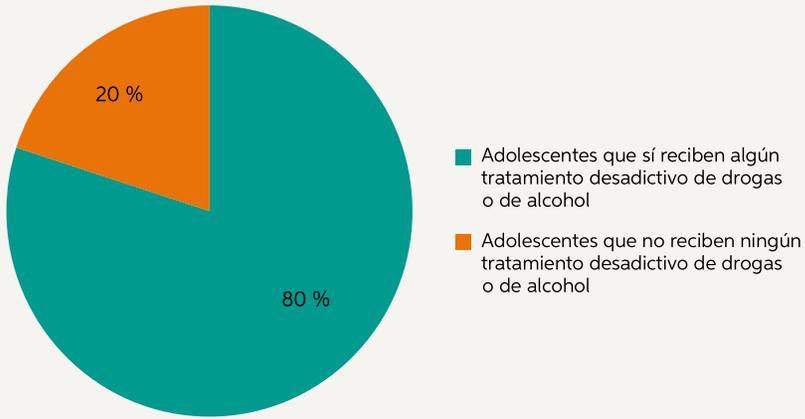
Lastimosamente, existe un alto índice de adolescentes ligados a la comisión de infracciones a la norma penal y al consumo de drogas o alcohol; sin embargo, no se promueve su recuperación como una

18 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿recibes actualmente algún tratamiento desadictivo de drogas y/o de alcohol?».

19 Respuestas de los adolescentes frente a las preguntas «¿conoces algún programa de resocialización?» y «¿participas en estos?».

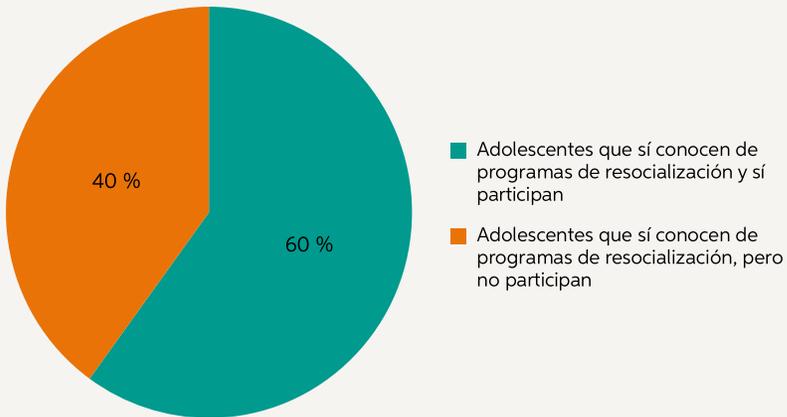
20 Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿consideras que los programas de resocialización son funcionales?».

Gráfico 16



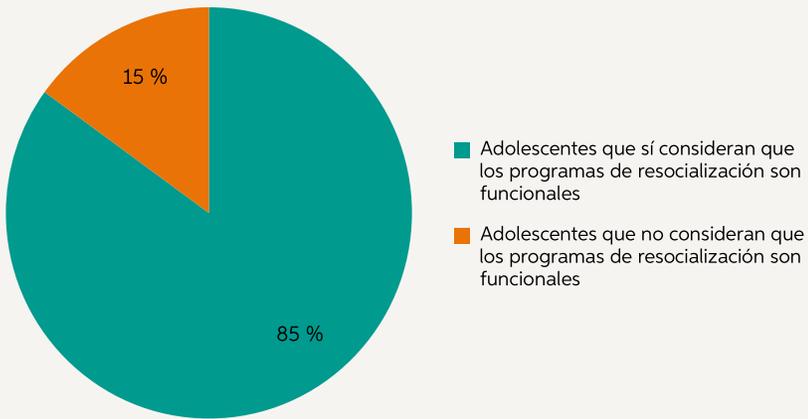
Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

Gráfico 17



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

Gráfico 18



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

medida accesoria en el cumplimiento de la medida socioeducativa, por lo que no se ataca de manera frontal la adicción con el enfoque de justicia terapéutica. Entonces, este grupo cumple con su período de internamiento sin que se logre evidenciar la adquisición de herramientas con las cuales afrontar su regreso a la sociedad.

Resultaría eficiente que estos programas sean cumplidos a cabalidad por los adolescentes y que no se registren nuevamente ingresos al centro juvenil o una institución penitenciaria. Ello también tiende a involucrar a profesionales capacitados en la materia que no solo brinden charlas relacionadas con la religión o similares, sino más bien sean comunitarios. En tal sentido, deben promoverse entornos seguros y acogedores para los adolescentes que propicien la desadicción del consumo nocivo de drogas y alcohol (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016).

7.8. Fortalecimiento de capacidades

Se les pidió a los adolescentes que nos indiquen qué capacidades necesitan ser fortalecidas durante su internamiento en el centro juvenil, así como qué temas quisieran explorar mediante asistencia u orientación jurídica. La mayoría contestó que desea información sobre el ejercicio de los derechos fundamentales cuando están privados de libertad, debido a que observan que ocurren diversos abusos en contra de sus compañeras y compañeros, pero no saben cómo actuar o a quiénes acudir; asimismo, quieren saber cómo iniciar las acciones respectivas ante el juez o la jueza para solicitar la variación de la medida socioeducativa de internamiento. Un grupo más pequeño expresó que desean saber qué deberes tienen con el centro juvenil que los alberga y qué pueden hacer para retribuir a la sociedad durante su estancia allí, ya sea mediante la participación en talleres que generen un ingreso para que no sean únicamente meros internos en ese lugar; es decir, desean ser productivos.

Sin embargo, un tema que requieren los jóvenes es la capacitación sobre sus derechos sexuales y reproductivos, que, como observamos, en muchos casos han sido vulnerados antes de entrar en contacto con el sistema penal juvenil. En ciertos casos, incluso, se reproduce esta situación al interior, al volverse agresores. Hay referencias que los adolescentes no quieren corroborar por diversos motivos, como el temor, por ejemplo. Al respecto, Teresa Cárdenas (2021) sostiene que las decisiones socioeducativas deben ser ajustadas con perspectiva de género, con medidas alternativas teniendo en cuenta las condiciones femenina y masculina, así como la importancia de que se eduque en la protección de los derechos sexuales y reproductivos a los adolescentes en conflicto con la ley penal en los centros juveniles para el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

Según Tania Sordo (2021), la interseccionalidad es aplicada en el derecho de los adolescentes, a fin de lograr una vida libre de violencia por razón de género, orientación sexual, identidad de género, expresiones sexuales y discriminación (p. 94). Por otro lado, se exige una mayor atención en el abordaje interdisciplinario para incidir en estos aspectos sensibles y hacer más llevadero el internamiento, como los mismos jóvenes lo manifiestan, debido a que muchos no saben cómo manejar la ansiedad, no pueden dormir en las noches y no quieren llevar a cabo ninguna actividad educativa o de capacitación porque se sienten tristes y desanimados, lo que evidencia los primeros signos de depresión. Asimismo, durante la pandemia, y en especial en la cuarentena, muchos no recibían llamadas de sus progenitores o familiares, peor aún cuando estuvieron alejados sin recibir visitas durante más de seis meses, lo que generó un desconsuelo que quieren saber cómo superar, en parte por la falta de tratamientos psiquiátricos con medicamentos en los centros juveniles.

7.9. Elementos restaurativos

Conforme con el Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa, se promueve la aplicación del enfoque pedagógico, de responsabilidad y redes de apoyo que respeten los derechos de los niños, niñas y jóvenes, incluyendo su reintegración social, para que asuman un rol constructivo en la sociedad. Es decir, se trata del enfoque de justicia juvenil restaurativa. Asimismo, se pide

velar para que las respuestas a las infracciones cometidas [...] no constituyan meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial, sino que comporten un proceso pedagógico y de responsabilización individual y colectivo respecto a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018a, acuerdo 4).

Víctor Herrero (2018) resalta la importancia de los informes de profesionales y los servicios previos al inicio de la ejecución de las medidas para los adolescentes, así como el seguimiento individual que se debe realizar, atendiendo a las particularidades de la persona, a fin de que se cumpla plenamente con las medidas resocializadoras, además que se debe proponer ante la jueza o el juez que se varíen estas medidas cuando se observen y evalúen mejoras en la situación del adolescente, especialmente cuando esté privado de su libertad.

Para ello, de acuerdo con las Reglas de Brasilia, el sistema de justicia debe impulsar la aplicación de los medios alternativos de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante su tramitación, teniéndose en cuenta las circunstancias particulares de cada adolescente y de la víctima (sea menor o mayor de edad), especialmente si se encuentra en algunas de las situaciones de vulnerabilidad (reglas 43 y 44).

En el Perú se aprobó en 2018 el Protocolo para la Aplicación de la Mediación Penal Juvenil por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa n.º 287-2018-CE-PJ; no obstante, persiste un impedimento por la falta de acreditación de mediadores y de centros de mediación que imposibilitan su cumplimiento, aunque ello implica que se sigan realizando acuerdos reparatorios entre el adolescente y la víctima, así como la remisión fiscal u otros mecanismos, como el principio de oportunidad (Francés, 2012). De acuerdo con las Reglas de Brasilia (2018b), el sistema de justicia también debe adoptar «las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto» (regla 38). Asimismo, la misma regla dice que «cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso», como sucede con los adolescentes en conflicto con la ley penal.

En la presente investigación se han encontrado algunos elementos de la justicia restaurativa, como son los programas educativos y la asistencia interdisciplinaria, entre otros, que son impartidos al interior de los centros juveniles. Sin embargo, aún no se evidencian los modelos de intervención en adolescentes, que incluyan, por ejemplo, la participación de la víctima o la comunidad, de cara a la aplicación de este modelo de justicia para los adolescentes.

7.9.1. Reconocimiento del daño ocasionado

Cuando se les preguntó a los adolescentes si piensan en los hechos que cometieron y en cómo se sintieron las personas a quienes afectaron, el 94 % contestaron que sí, que las víctimas se sintieron mal y que tuvieron esas conductas por motivo de impulsos, por beber alcohol o por no hacer casos a sus padres. Mientras que el 6 % contestaron que no piensan en eso y, en algunos casos, respondieron que ellos no cometieron dichas infracciones²¹ (ver gráfico 19).

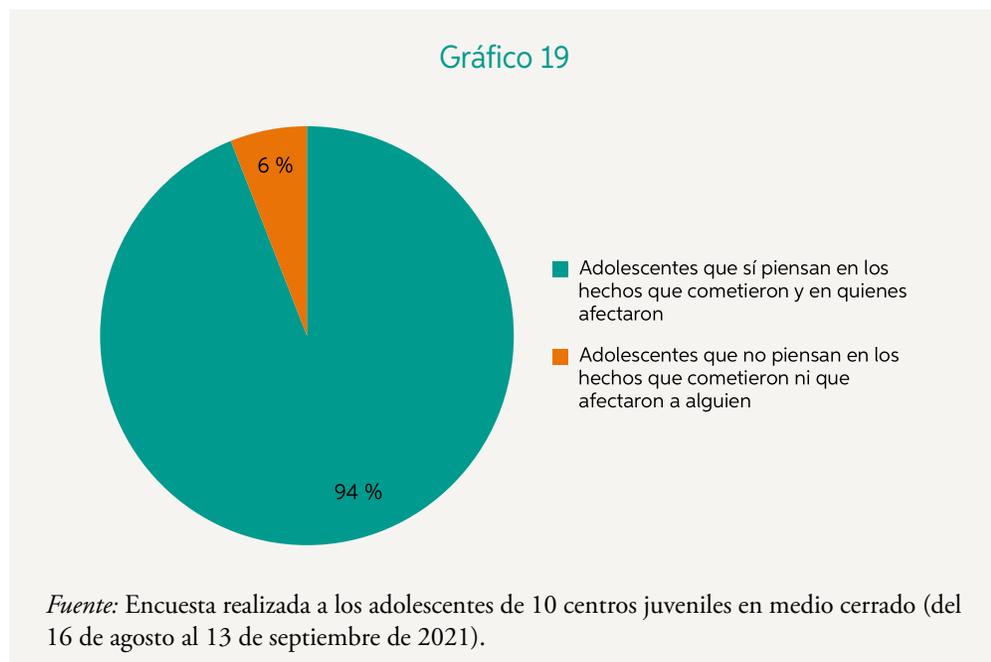
Como se observa, cerca de la totalidad de los adolescentes contestaron afirmativamente y reconocen que cometieron la infracción a la norma penal por distintos motivos. Ello es un primer paso para aplicar la justicia juvenil restaurativa y las prácticas restaurativas (Kemelmajer, 2004), al advertirse la voluntad para someterse a estos programas restaurativos; sin embargo, no se conoce que se haya dado pasos adicionales al respecto. De hecho, habrá casos, como refieren las Reglas de Brasilia (2018b), en los que se deberán

tomar las medidas pertinentes en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, personas

21 Respuestas de los adolescentes frente a las preguntas «¿has pensado en el hecho que cometiste?», «¿por qué lo hiciste?» y «¿has pensado en cómo se habrá sentido la persona a quien afectaste?».

menores de edad víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja, o víctimas de delitos de odio (regla 76).

Razón por la cual no procedería promover la mediación.

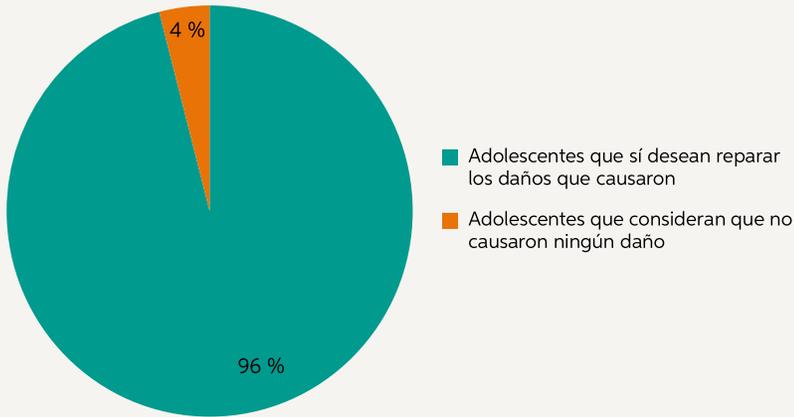


7.9.2. Reparación del daño hacia la víctima

Cuando se les preguntó cómo les gustaría reparar el daño causado, el 96 % de los adolescentes encuestados respondieron que cumpliendo su sentencia y con la reparación civil, otros contestaron que pidiendo perdón y pagando el tratamiento de salud de la persona; y el resto no sabe cómo hacerlo. Mientras que el 4 % respondieron que no han pensado en ello porque no consideran haber dañado²² (ver gráfico 20).

²² Respuestas de los adolescentes frente a las preguntas «¿te gustaría reparar los daños que causaste?» y «¿has pensado en cómo hacerlo?».

Gráfico 20



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

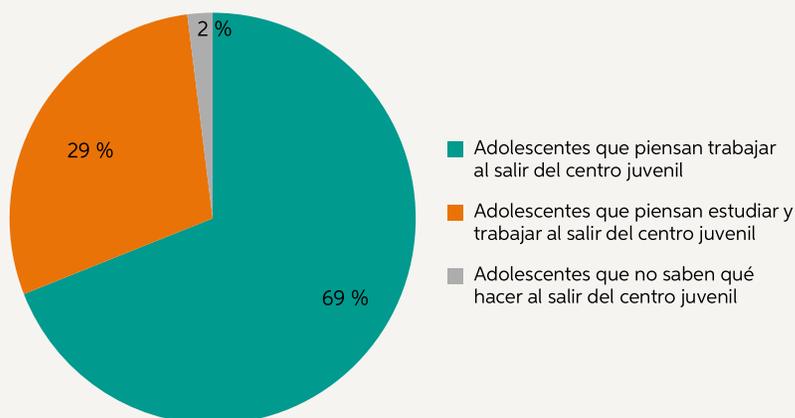
Al respecto, es importante evidenciar que cerca de la mayoría de los adolescentes quieren reparar el daño ocasionado a las víctimas, ya sea realizando alguna acción simbólica, como pedir disculpas a la persona o a sus familiares, o brindando asistencia a la comunidad y llevar a cabo el pago de indemnizaciones por los hechos ocurridos, si se puede lograr. De este modo, estarían cumpliendo con la segunda etapa del proceso de justicia restitutiva.

7.9.3. Resocialización del adolescente

Cuando se les preguntó sobre qué piensan hacer cuando salgan del centro juvenil, el 69 % de los adolescentes contestaron que trabajarán y apoyarán a sus familias, especialmente a sus padres. Asimismo, el 29 % respondieron que estudiarán y trabajarán. Mientras que el 2 % contestaron que no saben²³ (ver gráfico 21).

²³ Respuestas de los adolescentes frente a la pregunta «¿qué piensas hacer cuándo salgas del centro juvenil?».

Gráfico 21



Fuente: Encuesta realizada a los adolescentes de 10 centros juveniles en medio cerrado (del 16 de agosto al 13 de septiembre de 2021).

Se observa que los adolescentes, pese a la difícil situación que afrontan en su temprana edad, quieren sobrevivir y llevar una vida libre de problemas a través del estudio y el trabajo. Para ello, es importante promover las políticas públicas que permitan la promoción de la educación superior para aquellos jóvenes que egresan de los centros juveniles.

De acuerdo con las Reglas de Brasilia, debe protegerse la imagen de los adolescentes en lo que refiere a la toma y la difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos que puedan afectar de forma grave a la dignidad, la situación emocional o la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad (regla 81). Igualmente, debe evitarse la divulgación y publicidad de los datos de carácter personal (regla 83), ya que estas acciones evitan la resocialización integral del adolescente en la familia y la sociedad.

Recordemos que la función de los medios de comunicación debe ser, junto con la educativa, brindar información verídica y objetiva que posibilite la adquisición de conocimientos para que el público destinatario pueda formar su propia opinión sobre una situación determinada. Sin embargo, la manera en que es asumido dicho rol en el ámbito de los adolescentes en conflicto con la ley penal en el Perú dista mucho del cumplimiento de esos estándares profesionales.

Lamentablemente, si se revisan las noticias periodísticas de los últimos años, difundidas a través de los distintos medios de comunicación, advertiremos que, casi en su totalidad, se abordan las conductas antisociales de los adolescentes con discursos manipulativos y plagados de estereotipos y prejuicios que no solo los estigmatizan, construyéndoles una imagen de sujetos marginales, sino alimentan la percepción ciudadana de que son causantes de la problemática de la inseguridad ciudadana y la violencia urbana acrecentadas en estos tiempos, incluso en medio de la crisis sanitaria por la pandemia del coronavirus.

Los medios de comunicación reproducen y magnifican los hechos en los cuales los adolescentes se encuentran inmersos, y son abordados como acciones delictuales violentas generalizadas y equiparadas a la delincuencia cometida por los adultos. Además, incurren fácilmente en la tentación de emitir juicios y considerarlos culpables, aun cuando no se ha iniciado un proceso judicial. Aparece el mismo discurso en los casos de adolescentes, tristemente estigmatizados por la prensa, que recuperan la libertad después de haber cumplido con la medida socioeducativa impuesta, aunque hayan pasado considerables años. Por último, hay una descontextualización total de las condiciones particulares que llevaron a los adolescentes a ingresar al mundo del delito, al cual regresarán si no hay soluciones restaurativas.

8. CONCLUSIONES

Es evidente que, si estamos frente a un adolescente en conflicto con la ley penal y privado de su libertad, debe atenderse a su circunstancia particular de doble condición de vulnerabilidad, la cual puede verse acrecentada si concurren otros elementos o factores de riesgo como los hallados en la presente investigación.

La importancia del marco jurídico de protección internacional de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, en especial las Reglas de Brasilia, es que reconoce la necesidad de abordar esta situación con el enfoque de interseccionalidad y de género, esto es, reconocer cada una de las circunstancias particulares que convergen para generar la aplicación de un modelo de justicia juvenil restaurativa.

Lo contrario podría perpetuar una situación de discriminación en la que siempre se han encontrado los adolescentes, como población vulnerable, frente al sistema de justicia. Se tiene que adoptar políticas, medidas y servicios que se adapten mejor a cada condición de vulnerabilidad de manera diferenciada para cumplir con los fines de la justicia restaurativa.

Esta investigación pretende contribuir a la identificación de dichas circunstancias de vulnerabilidad que, como piezas de rompecabezas, permitan armarlo para lograr respuestas integrales a la problemática desarrollada a lo largo del trabajo, elaborando así un cuadro de esperanza bajo este nuevo paradigma.

REFERENCIAS

Alfonso, I. (2019). Las Reglas de Brasilia como instrumento para favorecer el acceso a la justicia de los adolescentes infractores. En J. Tello y C. Calderón (comps.), *Reglas de Brasilia: por una justicia sin barreras* (pp. 41-55). Fondo Editorial del Poder Judicial.

- Álvarez, A. (2018, 13 de agosto). *¿Qué es la justicia penal juvenil y en qué se fundamenta?* [Videoconferencia]. En Tutorator Foundation. <https://www.youtube.com/watch?v=M8zdrM44HDg>
- Arias, D. (2018, 28 de febrero). *CASJJ 2017 ARIAS M4 Importancia del acompañamiento en la ejecución de las medidas en JJR* [Videoconferencia]. En Certificate of Advanced Studies in Juvenile Justice. <https://www.youtube.com/watch?v=FsX517IgCCc>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1985). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Beijing: 28 de noviembre de 1985. <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York: 20 de noviembre de 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1990). Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana). La Habana: 14 de diciembre de 1990. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>
- Beloff, M. (2001). Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. En M. González y E. Vargas (comps.), *Derechos de la niñez y la adolescencia. Antología* (pp. 301-321). Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia.
- Campistol, C. y Herrero, V. (2017). Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa. Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal. https://issuu.com/tdhespana/docs/iniciativas_para_la_implementaci__n

- Cárdenas, T. (moderadora) (2021, 28 de octubre). *Adolescentes en conflicto de la ley penal* [Videoconferencia]. Evento Académico de Alto Nivel. Democracia y Derechos: Oportunidades para la Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva desde el Sistema de Justicia Peruano. Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, Lima, Perú. <https://www.facebook.com/AccesoPJ/videos/432851961565649>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Comité de Derechos Humanos (1989). Observación General n.º 18. No discriminación. Ginebra: 10 de noviembre de 1989. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (2003). Observación General n.º 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Ginebra: 27 de noviembre de 2003.
- Comité de los Derechos del Niño (2009a). Observación General n.º 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Ginebra: 12 de febrero de 2009. <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G0940608.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (2009b). Observación General n.º 12. El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: 20 de julio de 2009. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2010). Proyecto de Recomendación General n.º 28, relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ginebra: 16 de diciembre de 2010. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338>
- Congreso de la República (2000). Ley n.º 27337, Código de los Niños y Adolescentes. Lima: 2 de agosto de 2000. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-de-los-Ni%C3%B1os-y-Adolescentes-LP.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Furlan y familiares vs. Argentina. San José: 31 de agosto de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2018a). Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa. Quito: 20 de abril de 2018. http://www.cumbrejudicial.org/content_page/download/940/633/15
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2018b). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). Quito: abril de 2018. <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/item/817-cien-reglas-de-brasilias-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2016). La protección de las niñas, los niños y los adolescentes afectados por la violencia

armada en la comunidad. <https://violenceagainstchildren.un.org/file/2171/download?token=-RfplUCE>

- Francés, P. (2012). El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor. *InDret*, (4), 1-42. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260978/348128>
- García, E. (2004). *Infancia. De los derechos y de la justicia*. Del Puerto.
- Herrero, V. (2018, 7 de mayo). *CASJJ 2018 HERRERO 1 Fase Ejec M4* [Videoconferencia]. En Certificate of Advanced Studies in Juvenile Justice. https://www.youtube.com/watch?v=QQXC2Y64M_Y
- Kemelmajer, A. (2004). *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Mantilla, J. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos. *Thēmis. Revista de Derecho*, (63), 131-146. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8994/9401>
- Matheus, N. (2022, 4 de mayo). Incremento de embarazo adolescente por abuso sexual durante la pandemia. *Punto Seguido*. <https://puntoseguido.upc.edu.pe/incremento-de-embarazo-adolescente-por-abuso-sexual-durante-la-pandemia/>
- Meléndez, L. I. (2016). Hablemos de embarazos forzados y violencia sexual. *Revista Derecho & Sociedad*, (47), 243-257. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18888/19106>
- Méndez, A. (2017, 23 de noviembre). *CASJJ 2017 MENDEZ M3 El plan individual: herramienta clave para la ejecución de medidas* [Videoconferencia]. En Certificate of Advanced Studies in Juvenile Justice. <https://www.youtube.com/watch?v=DBkhhkqevsI>

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). Boletín estadístico agosto 2021: reporte mensual de datos estadísticos presentados por la UAPISE. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2161135/BOLETIN%20ESTADISTICO-AGOSTO-2021.pdf.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2022). Boletín estadístico julio 2022: reporte mensual de datos estadísticos presentados por la UAPISE. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3530047/BOLETIN-JULIO-2022.pdf.pdf>
- Naciones Unidas: Perú (2022, 21 de abril). Ante los casos de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes. <https://peru.un.org/es/178888-ante-los-casos-de-abuso-sexual-contra-ninas-ninos-y-adolescentes>
- Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (2017). Efectos de las formas múltiples e interseccionales de discriminación y violencia en el contexto del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia sobre el pleno disfrute por las mujeres y las niñas de todos los derechos humanos. Ginebra: 21 de abril de 2017. <https://www.refworld.org/es/pdfid/594d5eb54.pdf>
- Pascual, M. (2020). Comentario General número 24 del Comité de los Derechos del Niño, de septiembre 19 de 2019. Reemplazando el Comentario General número 10 del 2007. *The Chronicle*, (1), 17-19.
- Plataforma Digital Única del Estado Peruano (2022, 9 de marzo). Jueza Janet Tello: La maternidad forzada por motivos de violación sexual constituye crimen contra la humanidad. <https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/589122-jueza-janet-tello-la-maternidad-forzada-por-motivos-de-violacion-sexual-constituye-crimen-contra-la-humanidad>

- Sanz, J. L. (2017, 13 de octubre). *CASJJ AMLAT - MI - SANZ ESP - Percepción y estereotipos en la justicia juvenil* [Videoconferencia]. En Certificate of Advanced Studies in Juvenile Justice. https://www.youtube.com/watch?v=EfyGb_qZpwU
- Save the Children International (2016). Embarazo y maternidad adolescente en el Perú. <https://www.savethechildren.org.pe/wp-content/uploads/2020/08/Estudio-de-embarazo-adolescente-final.pdf>
- Sordo, T. (2021). La interseccionalidad en el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia por razón de género y discriminación. En K. A. Castilla (coord.), *Derechos humanos desde una perspectiva interseccional* (pp. 88-104). Institut de Drets Humans de Catalunya.
- Symington, A. (2004). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de las Mujeres y Cambio Económico*, (9), 1-8. https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf
- Tiburi, M. (2021). Igualdad ante la ley: contribución al diálogo entre los derechos humanos y la interseccionalidad. En K. A. Castilla (coord.), *Derechos humanos desde una perspectiva interseccional* (pp. 16-32). Institut de Drets Humans de Catalunya.
- Tiffer, C. (2018). Principio de especialidad en el derecho penal juvenil. En C. Tiffer (coord.), *Derecho penal juvenil, experiencias y buenas prácticas* (pp. 103-147). Jurídica Continental.
- Viviano, T. (2019). Embarazo forzado y violencia sexual en niñas y adolescentes. <https://observatorioviolencia.pe/embarazo-forzadoninas/?print=pdf>



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 73-113

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.639

La justicia juvenil y la determinación de estándares. Viejas reflexiones aún actuales para su entendimiento y recopilación de instrumentos internacionales sobre la materia¹

Juvenile justice and standards setting. Old reflections
still current for their understanding and compilation of
international instruments on the subject

MARCELA MOLINA VERGARA

(Santiago, Chile)

Contacto: marcelamolinavergara@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-8600-7005>

RESUMEN

A raíz de la pregunta «¿cómo los operadores y los ciudadanos podemos saber qué derechos deben ser garantizados a los adolescentes al enfrentarse a un proceso penal si no entendemos los orígenes del conflicto?», se invita a reflexionar críticamente sobre las bases de la justicia juvenil, su creación, sus modelos y sus problemáticas. Luego se entrega una

1 Este artículo se enmarca dentro de las investigaciones y las recopilaciones personales que realizó la autora, en el desarrollo de sus estudios de doctorado en la Universidad de Talca (Chile). Para esta labor colaboró Svenja Bonnecke, Jurista de la Albert-Ludwigs-Universität de Friburgo de Alemania, con un magíster en Gobierno y Gerencia Pública de la Universidad de Chile.

recopilación de instrumentos internacionales que servirán al lector como guía para la comprensión de aquello que debe ser considerado un «estándar internacional» en materia de justicia juvenil. Se incluyen instrumentos del sistema universal de derechos humanos e instrumentos regionales, como el americano y el europeo.

Palabras clave: justicia juvenil; estándares internacionales; derechos de adolescentes.

ABSTRACT

Following the question “how can operators and citizens know what rights should be guaranteed to adolescents when facing criminal proceedings if we do not understand the origins of the conflict?”, an invitation is posed to reflect critically on the bases of juvenile justice, its creation, its models and its issues. Then, a compilation of international instruments is presented, which will serve as a guide for understanding what should be considered an “international standard” in juvenile justice. Instruments of the universal human rights system as well as regional instruments, such as the American and the European, are included.

Keywords: juvenile justice; international standards; adolescent rights.

Recibido: 29/09/2022 Aceptado: 15/11/2022

1. INTRODUCCIÓN

Su actualidad, los debates en torno suyo, la existencia de instrumentos internacionales específicos sobre ella y su gran aplicación práctica hacen de la justicia juvenil un terreno fértil para proponer una conceptualización de lo que debe entenderse por «estándar internacional» a efectos de identificar con mayor precisión cuáles serían aquellos estándares internacionales aplicables a esta materia en particular.

La búsqueda y el uso de estándares internacionales en la justicia juvenil no quedan exentos de la amplitud y la subjetividad de uso planteadas en la hipótesis. Esto porque dentro de ella interactúan dos materias: las personas menores de edad y las personas privadas de libertad o quienes se ven sometidas a un proceso judicial. Por tanto, su campo de acción y los sujetos de aplicación forman parte de diversas categorías de protección especial, lo cual deja aún más abierta la puerta a la proliferación o la multiplicidad de instrumentos que puedan ser utilizados al momento de comprender, seleccionar o definir qué estándares internacionales serán los aplicables al sistema. Este escenario ofrece una oportunidad-necesidad para encontrar una base de entendimiento que mejore la identificación de cuáles serían los estándares internacionales en la materia, cuyo uso sea posible —idealmente— para quienes intervengan en este sistema de justicia en todos sus niveles.

Para comenzar, se propone recordar aspectos fundamentales de la justicia juvenil, analizando algunas discusiones desde su origen, aún vigentes. Luego se pasará a la selección de los instrumentos internacionales que mayor relación tienen con la materia.

2. JUSTICIA JUVENIL

La justicia juvenil es un fenómeno y una disciplina independiente en sí misma (separada del derecho penal de adultos); y se aborda a través

de modelos teóricos, los cuales se traducen en normas. La creación de estos modelos² responde a un contexto político, económico, social y cultural³.

-
- 2 Son tres los principales modelos base sobre los que ha girado la justicia juvenil: el tutelar, el educativo o *welfare*, y el de justicia o responsabilidad. Cada uno está motivado por diferentes ideologías y contextos políticos, sociales y culturales. Por ejemplo, el modelo tutelar nació en Estados Unidos a fines del siglo XIX, luego de la Revolución Industrial, cuando se generaron migraciones a las ciudades donde existía más trabajo, aumento de la población en ciertos sectores y, por tanto, de las aglomeraciones, descuido de las labores parentales por la necesidad de trabajar, precariedad, mecanismos ilegales de obtención de recursos, niños y niñas en la calle y, a raíz de ese cuadro, delincuencia juvenil. De esta forma se plantea la necesaria reacción del Estado ante la ausencia de acción protectora de los padres o los tutores, siendo el delito una consecuencia de este abandono (*parens patriae*).

El segundo modelo de bienestar social o educativo apareció luego de la Segunda Guerra Mundial, y sus referentes buscan eliminar el modelo tutelar por los daños que producen la estigmatización y la judicialización. Tiene como fundamento la necesidad de compatibilizar el desarrollo económico y el bienestar social, centrando su actuar en la búsqueda de métodos alternativos a la justicia para resolver conflictos. Esto va acompañado de formas de intervención integrales, por lo que la existencia de programas sociales y una buena calidad de vida son la base. Este modelo se mantiene vigente en los países escandinavos, en los cuales se puede ejecutar un modelo de estas características debido a las condiciones socioeconómicas que ostentan. En esos lugares se han desarrollado importantes programas para abordar la delincuencia juvenil y el abuso de drogas, incluyendo la motivación intelectual y la disminución del ocio, considerado uno de los causantes de las conductas desviadas en la adolescencia.

Por último, el modelo de responsabilidad surgió en Estados Unidos en los años setenta, como respuesta al aumento de la criminalidad y la necesidad de imponer «mano dura», por lo que se generaron formas de reacción ante el delito juvenil asimiladas al derecho penal de adultos. Desde un contexto y una realidad política diferentes, el nacimiento de este sistema responde a la necesidad de respeto por las garantías y los derechos vulnerados en regímenes dictatoriales, como sucedió en ciertos países de Europa y Latinoamérica. Posteriormente, al restablecerse en esas naciones la democracia y el Estado de derecho, se creó un sistema de juzgamiento que acata los derechos fundamentales, siendo el logro más importante el respeto por las garantías del debido proceso. Los organismos internacionales toman participación en este desarrollo y lo complementan con el establecimiento de directrices de actuación para la conformación de dichos sistemas. La Convención sobre los Derechos del Niño es un paradigma en este sentido.

A partir de estos tres modelos han aparecido creaciones mixtas que toman aspectos de cada uno y los adecúan a la realidad sociocultural donde se pretenden implementar. Sobre los modelos de intervención existe abundante referencia bibliográfica. Una síntesis crítica de los modelos puede verse en Crivelli (2014).

- 3 No es casualidad que los principales modelos surgieran en épocas clave de la historia de la humanidad, como la Revolución Industrial, la postguerra de la Segunda Guerra Mundial y el término de los regímenes totalitarios.

Entrando en las «viejas» discusiones aún actuales, sin duda, la diferenciación del sistema penal de adultos es una de las primeras cuestiones a abordar al hablar de este sistema especial. Así, sabemos que el sistema de justicia juvenil se sostiene en la actualidad con base en un modelo penal, diferente al de los adultos. Dicha diferencia se asocia con la idea de que se trata de un modelo «especial», lo que supone determinar sus diferencias con el sistema adulto. Esto a su vez delimitará el contexto de pertinencia de los estándares propuestos en esta materia.

Puede existir la percepción generalizada de que un sistema de justicia juvenil se limita a la verificación de un mecanismo de juzgamiento penal diferenciado del sistema procesal penal de adultos (Couso y Duce, 2013), relevando todo el sistema a la aplicación del principio de especialidad y al cumplimiento de las garantías del debido proceso que, recordemos, también son garantías para los adultos⁴. ¿Qué diferencia, entonces, al sistema de justicia juvenil de un sistema procesal penal para adultos? Esta interrogante puede ser resuelta al comprender los estándares como la fuente que alimenta dichas diferencias, por tanto, su base y fundamentación. Si bien ambos sistemas se apoyan en razones comunes, en los estándares específicos para la justicia juvenil podremos encontrar el espíritu que motiva la diferenciación. De esta forma, será clave la selección de instrumentos internacionales para la identificación de estándares internacionales, tarea no menor debido al amplio espectro de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Podría resultar suficiente para delimitar esta separación referirnos al alejamiento de este sistema de las clásicas teorías absolutistas sobre los fines de la pena (Roxin, 2015), apuntado a un fin resocializador y responsabilizador (artículo 20 de la Ley n.º 20084, Ley de Responsabilidad

4 Tendría sentido en este caso hablar de garantías reforzadas, como lo expresó Gonzalo Berríos en entrevista para este trabajo.

Penal Adolescente, en adelante LRPA), lo que parece acercarle a las teorías de la prevención, donde la pena tendría la finalidad de evitar que el infractor (prevención especial) o la comunidad en su conjunto (prevención general) cometa futuros delitos, más que a la necesidad de la pena en pos de un fin retributivo con la sociedad (Roxin, 2015). El principio de la especialización se convierte, entonces, en una base fundamental para la existencia y la coherencia del sistema (Couso y Duce, 2013). A su vez, le da sentido a la idea de contar con instrumentos internacionales específicos para regular o monitorear el cumplimiento de los derechos humanos en el funcionamiento del sistema, teniendo como foco sus objetivos, que serían resocializar, prevenir, responsabilizar y educar, en lugar de castigar o ejemplificar a través del castigo. Para lograr una adecuada intervención penal, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes, es imprescindible tener en cuenta las características de su desarrollo, su ambiente circundante y los apoyos en el proceso de imposición de una sanción penal. Desde la psicología del desarrollo, es sabido que la conciencia del ilícito en un adolescente es distinta a la de un adulto; por tanto, no tendrá efectividad un «castigo» en sentido retributivo. De esta manera, aunque fuese posible para un adolescente proyectar lo «erróneo» de su comportamiento, no es presumible la integración de las consecuencias jurídico-penales de dicha acción ilícita, cuestión que muchas veces ni siquiera es clara en persona adultas. Por lo mismo, es menos esperable esa conciencia en adolescentes. La madurez presumible a cierta edad fue un argumento para intentar solucionar este punto, pero sabemos que no existe una exactitud lineal al establecer edades mínimas de imputabilidad penal. Cada desarrollo humano responde a características diversas, cuestión que hace más compleja la posibilidad de implementar acciones del Estado en materia penal a menores de edad, pues, a fin de cuentas, son siempre acciones en materia penal. Sin la madurez cognitiva necesaria para que tengan efectos las medidas o sanciones que se pretenden

imponer o, peor aún, si se reacciona penalmente aun cuando no se ha producido la comprensión total por parte del adolescente de las consecuencias de su actuar, se puede llegar, incluso, a cuestionar el requisito de la culpabilidad. Hay que considerar que sus objetivos son diferentes y, por tanto, también cambian los estándares internacionales en materia de derechos humanos aplicables.

Como ejemplo, podemos mencionar que uno de los graves problemas en la operatividad del sistema de justicia juvenil chileno (Langer y Lillo, 2014) es la confusión o la fusión que se produce en la práctica del sistema de justicia juvenil con el sistema procesal penal de adultos, ya que se deja de lado el bienestar o interés superior del adolescente. Este elemento es exigido en los instrumentos internacionales —como se verá en profundidad al analizarlos—, y priman las garantías del debido proceso como máximas de resguardo del sistema, lo que implica, entre otras cosas, contar con defensa penal especializada. Ello sin duda es un gran avance, pero discutible si se convierte en el factor esencial para la separación de ambos sistemas. Las dudas sobre el foco u objetivo del sistema y su cercanía con un sistema penal retributivo pueden ser evidenciadas cuando se comprueba un aumento en la intervención penal, producto de la puesta en marcha del nuevo sistema de justicia juvenil⁵. Contribuyen a confirmar esta hipótesis varias evidencias: que se mantengan altos números de privados de libertad, sobre todo como medida cautelar en el marco de la investigación de un delito que muy posiblemente no llegará requerir pena privativa de libertad; las evidencias de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en los centros de privación de libertad cerrados⁶; el abundante uso del procedimiento

5 En este sentido, el principio de mínima intervención se ha aplicado menos estrictamente luego de la introducción de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Chile (Langer y Lillo, 2014).

6 Revisar principales resultados del primer estudio exploratorio del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (en adelante INDH) (2017) en la totalidad de los centros de internación provisoria (CIP) y los centros de régimen cerrado (CRC) de Chile. En este se

abreviado que conlleva el reconocimiento de responsabilidad penal en menores de edad que pueden no comprender las consecuencias de esta decisión; entre otras⁷.

Podemos afirmar que coexisten en el derecho penal juvenil principios o derechos específicos que pueden servir como base para solucionar la controversia explicada. Entre estos, el principio educativo de la sanción, que pone como cimiento de su regulación ya no el reproche en función de la magnitud del daño causado sino las características personales del individuo. De haberse analizado el sujeto y los factores que lo llevaron a delinquir (Bombini et al., 2018), se habría orientado una intervención del Estado acorde con las carencias o las historias de vida que lo motivaron a cometer delito. Este elemento reafirma la importancia que tiene para el funcionamiento de un sistema penal de adolescentes la especialización (Couso y Duce, 2013), elevada a la categoría de principio por parte de la normativa nacional⁸ e internacional⁹, que oriente acerca de los elementos que podrían ser considerados como estándares de la justicia juvenil.

utilizaron instrumentos diferenciados a una muestra de adolescentes reclusos, directivos encargados de los centros y jefaturas responsables de los destacamentos de la policía penitenciaria (Gendarmería de Chile). Se buscó detectar las formas de funcionamiento que directa o indirectamente pudieran generar riesgo, formas de tortura o malos tratos. Este estudio estuvo bajo la dirección de la investigadora Marcela Molina Vergara, autora del presente trabajo.

- 7 Estas conclusiones son propias y fueron producto del trabajo directo en el sistema de justicia juvenil chileno desde sus inicios, por más de siete años, así como de una experiencia de trabajo en el sistema italiano de *Giustizia minorile* (2010). Parte de esta experiencia comparativa fue publicada en Molina y Alvarado (2011).
- 8 Actualmente en Chile sigue vigente la Ley n.º 20084, Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, del 2005; sin embargo, se espera la aprobación de modificaciones sustanciales. La discusión se encuentra activa en el Congreso desde el 2017 (Boletín n.º 11174-07). Ver Cámara de Diputadas y Diputados (2017).
- 9 Esto lo comprobaremos al entregar la recopilación de diversos instrumentos internacionales, los cuales indican que el principio de especialización es fundamental en materia de justicia juvenil.

El principio de especialización (Crivelli, 2014)¹⁰ se manifiesta con los sistemas de responsabilidad o de justicia, con el fin de garantizar aquello que no quedaba del todo claro con los sistemas tutelares, como es la separación de la justicia juvenil del sistema penal de adultos. Este antecedente motivaría una particular conceptualización (y priorización) del papel que cumplen los objetivos preventivo-especiales en los efectos que se esperan obtener a partir de la intervención penal, lo que obligaría a atribuirle a los contenidos del modelo un carácter propio y particular (Maldonado, 2014). A partir de este ejemplo, podemos reconocer otros principios claves para el desarrollo de un sistema de justicia juvenil, como la prevención, progresividad, subsidiariedad, excepcionalidad, celeridad, oportunidad, legalidad y, por supuesto, el interés superior del niño (Llobet, 2017; Ravetllat y Pinochet, 2015; Cillero, 2007). La identificación de estos resultará esencial al momento de detectar los estándares presentes en los instrumentos internacionales. Se debe asumir que no todo el contenido de un instrumento internacional es un estándar por sí mismo, pues también existen elementos descriptivos no del todo prescriptivos, lo que, según el concepto propuesto, es el elemento clave para la identificación de un estándar.

Volviendo a la diferencia entre la justicia juvenil y el sistema penal de adultos, considerando la especialización como principio rector de esta separación, parece necesario poner énfasis en la especialidad del sujeto. Sabemos que, al momento de aplicar justicia a las personas menores de edad, nos encontramos con un sujeto o destinatario especial sobre el cual se pueden realizar distintas aproximaciones. Por un lado, debido a sus características neurobiológicas de sujeto en desarrollo, es considerado hasta cierta edad un «menor», imposibilitado de actuar por sí mismo, como sucede en el tratamiento dado por el derecho civil, para el que sigue siendo un incapaz. No se le considera

10 Sobre vigencia de los principios de especialización y excepcionalidad.

preparado para efectuar o comprender los complejos actos patrimoniales (Ravetllat, 2017); por tanto, se le restringirá la libre participación en la sociedad para ciertas materias, como el consumo y la compra de alcohol, la firma de contratos, contraer matrimonio, disponer de sus bienes, etc., todo lo cual está justificado por el discurso de la protección. Por otro lado, para el derecho penal sí tendría la capacidad volitiva para comprender la comisión de un delito, por tanto, podrá ser perseguido por el sistema de justicia ante la realización de acciones u omisiones tipificadas como delitos, que sean antijurídicas y culpables¹¹. Cabe preguntarnos ¿por qué esta diferenciación en cuanto a la capacidad de tomar decisiones de este grupo de personas? Para algunos la diferencia es justificada, «ya que la comprensión del bien y del mal se adquiriría en forma previa a la capacidad de comprender las complejidades de muchos actos de carácter civil» (Libertad y Desarrollo, 2012, p. 1). Si bien es clara la presencia de un especial interés en el control social y el resguardo al patrimonio, llama la atención que sobre un mismo colectivo de especial protección se desarrollen visiones tan distantes con respecto al actuar del Estado, lo cual deja abierta una vez más la interrogante sobre su deber protector y cómo se implementa esa misión estatal.

Algo parecido puede observarse en la vieja relación entre justicia juvenil, pobreza y seguridad ciudadana. Estos tópicos siempre están presentes y relacionados al momento de discutir el diseño tanto de marcos normativos como de políticas públicas en materia de justicia juvenil, de modo que se intenta entramar la protección de los derechos de las y los jóvenes con mecanismos de control social. Prevalece, así, el enfoque punitivo en muchas de las acciones de los Estados, a pesar del intento por establecer mecanismos o «modelos de intervención» orientados a la protección, la resocialización o el bienestar de estas personas.

11 Ver aspectos de la teoría del delito en Roxin (1997) y Conde (2004).

Esto se vio recientemente reflejado en Chile con la presentación de tres proyectos de ley durante el 2018, que pretendían modificar aspectos del actual sistema de justicia juvenil del país en cuanto a la necesidad de rebaja en la edad de imputabilidad (Cámara de Diputadas y Diputados, 2018c)¹²; aumentar las sanciones del sistema penal de adolescentes (Cámara de Diputadas y Diputados, 2018a) y llevar un registro de ADN en menores de edad en conflicto con la ley penal (Cámara de Diputadas y Diputados, 2018b). Todas estas fueron iniciativas presentadas días después de un hecho violento cometido por un adolescente¹³ que, por supuesto, conmocionó a la opinión pública. Esto parece remontarnos a más de un siglo de discusiones y análisis criminológicos (Harris, Welsh y Butler, 2006), donde la necesidad de control se sobrepone a la necesidad de protección de los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley. Sin ir más lejos, Robert Dawson (1990), en los años noventa, ya se refería a la justicia juvenil como una anciana de noventa años, edad avanzada para una persona y, por tanto, también para una *social-legal institution*.

La diversidad de acciones del Estado frente a un mismo sujeto parece ser uno de los problemas no resueltos, como sucede en el ejemplo

12 De fecha 14 de junio de 2018, que presenta el proyecto de ley que modifica la Ley n.º 20084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en materia de ámbito de aplicación de esta normativa, en razón de la edad del infractor, y en lo tocante a la forma de cumplimiento de las sanciones.

13 La edad actual de imputabilidad en Chile es de catorce años, que trae nuevamente a debate público la rebaja de este rango etario, debido al asesinato de un carabinero (fuerza policial) en manos de un menor de edad, en junio de 2018. Aún es parte del proceso determinar si el adolescente que se entregó a la policía fue realmente el autor de los hechos o, como es ampliamente conocido, buscaba asumir la responsabilidad para evitar la condena más severa a la que se vería enfrentado un adulto, lo que hace presumir que detrás del asesinato estaba presente el crimen organizado. En este escenario, los adolescentes están muy desprotegidos al ser expuestos a este tipo de crimen, considerado como una de las peores formas de «trabajo» infantil. Pero no nos hacemos cargo del problema. Al contrario, se presentaron días después de este hecho tres proyectos de ley que fortalecen el carácter punitivo y persecutor frente al adolescente en conflicto con la ley, citado anteriormente.

presentado sobre las diferencias entre el derecho civil y el derecho penal con respecto a su relación con los menores de edad. Nos encontramos, por un lado, con el enfoque tutelar adulto-céntrico, que puede llegar a lesionar derechos consagrados para la niñez y adolescencia —como el derecho a la participación, a ser oído, a su interés superior—, y, por el otro, con que se obliga a este sujeto a enfrentar un sistema penal, con lo cual desaparece el paternalismo y el deber del Estado de protección. No hay duda de que lo mejor para un niño sería no ser sometido a sistemas de justicia, menos cuando estos fueron creados para adultos y la mentada especialidad se limita a una adaptación de estos.

Cabe recordar que el sujeto al que se aplica la justicia juvenil no deja de ostentar la calidad de niño o menor de edad por entrar en el sistema penal, por tanto, queda también bajo las directrices de protección de la infancia en general. Esto recuerda que para la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) todo menor de dieciocho años es un niño, excepto cuando por la legislación que le rige alcance antes la mayoría de edad (artículo 1).

Esto será interesante de integrar al momento de identificar los estándares dentro de los instrumentos internacionales seleccionados, puesto que se deberían cruzar ambos deberes del Estado o, al menos, estar integrados los deberes de protección de la niñez y la adolescencia con la reacción penal ante un hecho delictivo. En este sentido, no parece suficiente que el sistema de justicia juvenil se sustente en el respeto por las garantías del debido proceso, dado que los niños son sujetos que ostentan una mayor protección desde el derecho internacional de los derechos humanos del niño, del cual no se tiene por qué excluir a los menores que han cometido un delito.

Se puede verificar la importancia que se le dio a las garantías del debido proceso, en coincidencia con reformas en Latinoamérica, al observar el cambio de paradigma entre 2005 y 2007 en Chile con

el nacimiento de la LRPA, primera normativa creada —o al menos pretendió serlo— bajo los estándares de la CDN. Recordemos los fundamentos que impulsaron dicho cambio legislativo:

- Reformular las leyes y políticas relativas a la infancia y adolescencia en orden a adecuarlas a los principios de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- Subsanan la falta de controles constitucionales al sistema penal aplicable hasta esa época a los adolescentes y las vulneraciones de sus derechos: procesos sin forma de juicio, aplicación de medidas sin participación de abogados defensores, sanciones privativas de libertad que vulneran el principio de legalidad, entre otras.
- Resolver la equiparación existente entre el tratamiento jurídico de las infracciones a la ley penal (medidas sancionatorias) y las situaciones de amenaza o vulneración de derechos de los niños (protección de los niños) (Cámara de Diputados de Chile, 2015, p. 10).

Como queda en evidencia, el resguardo de las garantías del debido proceso y la separación del sistema penal de adultos fueron el motor impulsor de esta gran reforma. Así, resulta obligatorio reflexionar sobre la contradicción que se produce entre la protección que debe ser garantizada por el Estado a este especial grupo de protección y la imposición de un castigo¹⁴ o las medidas sancionatorias mencionadas. La paradoja es que ambos deberes están a cargo del mismo Estado, cuya principal obligación es garantizar la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

14 Comprendiendo las tensiones que se producen al hablar de «castigo» en un sistema penal especial, que no debiese estar asociado a las lógicas del sistema penal retributivo, se enfatiza en la provocación, puesto que se ha evidenciado que la privación de libertad de adolescentes no dista de la realidad carcelaria de adultos en cuanto a la vulneración de derechos. Cada vez aparecen más evidencias de aquello; por ejemplo, el reciente estudio del INDH (2017) citado anteriormente. Este estudio, que tuvo como base la visita a los dieciocho centros de internación penal juvenil (CIP-CRC) presentes en el país, arrojó preocupantes resultados relacionados con la naturalización de la violencia al interior de estos centros, castigos y malos tratos por parte de funcionarios, uso de armamento y gas pimienta, suicidios, entre otros. Estos resultados distan de lo que se esperaba con la instauración del nuevo sistema penal.

Cuando se mira en retrospectiva, a pesar de que en algunos países esta materia se viene desarrollando desde hace muchos años, vemos que no se ha explorado o resuelto cada arista relacionada con el tema, menos aún al momento de adaptarla a un Estado y, por ende, a una sociedad en particular. Pareciera que la doctrina¹⁵, así como el actuar de los Estados, reflejado en la creación de normativas, se ha concentrado en dos grandes temas: la creación de un sistema especial, es decir, separado del de los adultos, basado en algún modelo particular de intervención; y la revisión de su implementación. Estas dos etapas parecieran tener algo en común, y es la necesaria observancia del cumplimiento de estándares, que pueden ser entendidos como el piso mínimo de actuación o el ideal esperado, cuestión que nos recuerda el objetivo de este estudio y, por tanto, la importancia de su identificación. Sin saber qué se esperaba con la existencia de dicho sistema especial, no será posible medir su efectividad o mero cumplimiento.

A pesar de los años de desarrollo doctrinal, adecuación de normativas nacionales y producción de instrumentos internacionales, preocupa que las problemáticas que motivaron la creación de los diversos modelos aplicados, según época y sociedad, persistan hasta cierto punto en la actualidad, como se ha podido constatar¹⁶. Expertos en la materia han referido, incluso, que el sistema requiere un cambio de enfoque (Beloff, 2016)¹⁷; se han preguntado cuál es la razón para que estas visiones sigan presentes (Beloff, 2018)¹⁸; y han retomado cuestionamientos

15 Se destaca, entre la doctrina de Latinoamérica, la nutrida producción bibliográfica de Mary Beloff. Para los fines de esta cita, ver Cillero (1999 y 2000), García (1998) y Beloff (2007).

16 Basta revisar los informes del CRC, en relación con la justicia juvenil, realizados a los diversos Estados. Además, se tienen informes de organismos autónomos de derechos humanos, como el INDH, que en los últimos tres informes anuales ha realizado recomendaciones al Estado de Chile por vulneración de derechos en el sistema de justicia juvenil.

17 Todo el texto aborda la siguiente pregunta: ¿qué hacer con la justicia juvenil?

18 Reflexión en torno a la no preparación institucional en los países latinoamericanos para llevar a cabo la implementación de la CDN.

que se realizaban desde la criminología crítica (Baratta, 2004), que décadas atrás se preguntaba si era adecuado «castigar» a un menor de edad por la comisión de un delito, y de qué manera una sociedad debe tratar a sus integrantes más jóvenes que cometieron un delito.

El desafío parece ser, entonces, lograr que el sometimiento de un menor de edad a un proceso judicial tenga el objetivo de provocar un cambio en su conducta, no del todo en su personalidad, que, como sabemos, está en desarrollo. En este sentido, pareciera que optar por privar de la libertad ambulatoria a adolescentes no es la mejor opción si buscamos el mejor interés para dicho niño¹⁹. Lo último se podría alcanzar aplicando los mecanismos alternativos a la justicia, basados en enfoques socioeducativos y de implementación ambulatoria, los cuales observamos en Perú, en donde se está haciendo un gran esfuerzo por implementar, sobre todo a través del trabajo de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad²⁰, del Poder Judicial del Perú.

Sabemos que la comisión de delito por parte de la población adolescente es un fenómeno asociado a variables conocidas y estudiadas: problemáticas sociales, consumo problemático de drogas o alcohol, disfuncionalidad familiar, entorno social negativo, valores comunitarios distorsionados, presión de los pares, necesidad de pertenecer y ser reconocidos, estar inmersos en un ambiente social vulnerable, búsqueda de la identidad en una sociedad adultocéntrica que les excluye por el hecho de ser menores de edad, etc. De esto, podemos deducir

19 Al respecto, cobra sentido la acepción original en inglés del principio *best interest of the child*, cuya traducción al español, ‘interés superior del niño’, tiene algunas complejidades. Así, queda aún más indeterminado y subjetivizado su significado, convirtiéndose de esta forma en el concepto jurídico indeterminado más utilizado como ejemplo en la doctrina (Ravetllat y Pinochet, 2015). Ver más sobre traducciones y sus efectos en el mundo jurídico en Araguás, Baigorri y Campbell (2011).

20 La autora del presente artículo ha tenido el honor de colaborar y ser testigo de los trabajos que se están realizando en materia de justicia juvenil y justicia restaurativa en esta Comisión.

dos grandes conclusiones: la importancia de la prevención desde el rol protector del Estado; y la multidisciplinariedad e interdisciplinariedad como estrategia²¹ al momento de definir actores clave a cargo de la creación misma del sistema o de alguna de sus etapas. Ambas conclusiones serán también rastreadas dentro de los contenidos de instrumentos internacionales con miras a comprobar si pueden ser consideradas estándares.

La importancia de la prevención se verifica al observar que todos los factores relacionados con el fenómeno de la desviación juvenil (Aranda, 2018; Couso, 2012) aparentan estar ligados a la protección social más que a un sistema punitivo. Por este motivo, pareciera ser un abordaje más eficaz contar con sistemas de alerta temprana y de protección social efectivos, que obliguen a la acción del Estado en un sentido preventivo y no solo a la acción reactiva de sancionar cuando la conducta reprochable ya ha sido ejecutada y cayó en la esfera de lo penal. Por tanto, queda en evidencia el problema que existe al enfocar los esfuerzos *ex post*, es decir, en la rehabilitación y reinserción social, más que en el abordaje temprano de la protección social, a pesar de contar con la evidencia que relaciona la comisión de delitos por parte de jóvenes con su historia familiar y su entorno social. Parece que el sistema y su normativa han carecido de multidisciplinariedad e interdisciplinariedad en sus enfoques, y ha primado una mirada jurídica y judicialista de lo que se creyó necesario garantizar. Resulta claro que el trabajo interdisciplinario es fundamental, y que las decisiones en este ámbito no pueden quedar solo en manos de juristas. Un ejemplo de esto fue el énfasis puesto en el resguardo de las garantías del debido

21 La interdisciplinariedad hace referencia a un conjunto de disciplinas o materias que se enlazan entre sí, manteniendo un objetivo en común; la multidisciplinariedad, en cambio, propone un trabajo separado de cada disciplina, pero que colabora con el resto. Ambas técnicas pueden ser utilizadas al momento de trabajar en la justicia juvenil, como, por ejemplo, los mecanismos alternativos de solución de conflictos como opción a la judicialización y al contacto con el sistema penal (Sauceda, Huerta y Álvarez, 2009).

proceso, el avance más significativo y comprobable dentro de las reformas legislativas de toda Latinoamérica en la materia²². Lo señalado apunta a la segunda conclusión propuesta con respecto a la importancia de la multidisciplinariedad y la interdisciplinariedad al momento de diseñar e implementar un sistema de justicia juvenil.

Dentro de las discusiones del sistema penal juvenil existe otro factor que causa constante tensión: los límites de edad para ingresar y salir de este sistema especial. Durante siglos, los límites de edad han sido discutidos y modificados. La edad mínima en el Imperio romano para ser sancionado era de siete años; el *Code Pénal* francés, de 1810, determinó que se debe hacer un análisis individual del discernimiento para jóvenes bajo los dieciséis años, como era en el sistema chileno con anterioridad a la LRPA. En la actualidad, el tema mantiene su vigencia al momento de discutir rebajas a la edad de imputabilidad. Recientemente, en Uruguay y Chile se propone bajar de catorce a doce años la edad desde la que se partiría ser responsable desde el punto de vista penal, cuestión que no deja de ser al menos curiosa cuando desde el plano civil estos mismos menores no pueden tener plena capacidad sobre sus actos y bienes.

El tema de los límites etarios mínimos y máximos para que una persona sea considerada sujeto de protección bajo el marco de la CDN es un tema complejo, puesto que, a pesar de establecerse que niño es «todo menor de 18 años» (artículo 1), con la excepción de que se alcance la mayoría de edad antes según alguna legislación interna, queda de todas formas al arbitrio de los Estados fijar dichos límites, pese a no ser una materia específica de las ciencias jurídicas determinar

22 La existencia de defensoría especializada en Chile es un claro ejemplo de esto, a pesar de que no sucede lo mismo con la especialización de jueces, ejecutores de pena y persecutores penales.

la madurez de una persona²³. Al respecto, Ortega (2011) dice que «el derecho no ha considerado el criterio de desarrollo psicológico como único fundamento para crear un concepto jurídico de niña o niño, aunque sin duda sus elementos son clave para la aplicación de ciertos aspectos relacionados con la infancia» (p. 18). El derecho debe tomar en consideración aspectos psicológicos y biológicos para construir los conceptos ligados a la infancia, como expuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) (2002), al pronunciarse sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño (párrs. 3 y 4)²⁴. Con esto queda otra vez de manifiesto la importancia de que estén presentes la multidisciplinariedad y la interdisciplinariedad al debatir el tema, dada la excesiva juridicidad con que es abordado.

Cabe recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) no define el término «niño», lo que podría verse como una falta de conceptualización gravitante (Cevasco et al., 2017). Sin embargo, el sistema regional aplica el concepto establecido en el sistema universal a través del artículo primero de la CDN.

Similar criterio ha manifestado la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) al referirse al alcance de la expresión «niño» para definir los sujetos receptores de la normativa sobre justicia juvenil, señalando que fue la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 17 (OC-17), la que precisó y adoptó lo ya referido por la CDN: «Tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad» (p. 11).

23 Esto pone en tensión la efectiva garantización de derechos a un grupo que, desde la evidencia científica, requiere de especial protección al estar conformado por sujetos en desarrollo. Vemos países en donde la mayoría de edad se alcanza a los catorce años, como en Albania, y otros, como Japón, en que se alcanza a los veintiuno.

24 En especial en lo expresado en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.

Estas citas a instrumentos internacionales nos dan una pista de la amplitud de lugares donde podemos encontrar elementos clave para el funcionamiento de la justicia juvenil y, por tanto, lograr la identificación de estándares para su funcionamiento.

De esta forma, se advierte que la justicia juvenil es una materia actual, con diversidad de enfoques y tratamientos, y con una importancia especial al hacerse cargo de un grupo de especial vulnerabilidad y, por tanto, de especial protección, como son los menores de edad. Más complejo se vuelve el tema cuando para cimentar sus bases se debe recurrir a otras ciencias, aparte de las jurídicas. Sin el aporte de esas ciencias no será posible determinar sanciones o medidas idóneas para cumplir los fines de la justicia juvenil, considerados diferentes a los del derecho penal para adultos. Esto es recogido por el derecho internacional a través de una amplia gama de instrumentos de protección, cuya identificación y recopilación realizaremos a continuación.

3. RECOPIACIÓN Y PRIORIZACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES APLICABLES A LOS SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL²⁵

Para empezar, podemos afirmar que en materia de justicia juvenil no hay escasez de regulación internacional. La producción de instrumentos internacionales en esta materia es abundante e, inclusive, anterior a la misma CDN, como sucede con las Reglas de Beijín²⁶. Este instrumento es un cuerpo de normas cuyas disposiciones gozan de una naturaleza integral y detallada, que no tiene comparación en el campo de los derechos de la infancia. El listado puede ampliarse a diversas

25 Esta recopilación tiene los instrumentos más importantes en la materia hasta el 2019. Está en curso su actualización.

26 Recordemos que las Reglas de Beijing fueron adoptadas en 1985, cuatro años antes de la adopción de la CDN.

declaraciones, directrices, reglas, opiniones u observaciones de organismos pertenecientes al sistema universal o algún sistema regional de protección de derechos humanos. A pesar de la especificidad de algunos de estos, puede producirse cierta complejidad al momento de transformar dichos mandatos en aplicaciones prácticas dentro del actuar de un Estado debido a las características ya mencionadas con respecto al lenguaje, su subjetividad y textura abierta, las especificidades culturales, políticas y sociales, así como a la misma proliferación de instrumentos comentada.

Las hipótesis para explicar dicha complejidad de integración de los instrumentos internacionales a las normativas nacionales pueden ser variadas: desde el no conocimiento o reconocimiento del carácter vinculante de dichos instrumentos, hasta la incapacidad técnica para interpretar e integrar los preceptos al derecho interno. Puede existir, además, una priorización errónea o una falta de comprensión o concreción que permita una mejor interpretación del contenido de dicho instrumento, factores clave para lograr su efectiva aplicación.

Para lo anterior, es imprescindible conocer los instrumentos internacionales, luego comprender su contenido, para que finalmente pueda ser entregado a los operadores del sistema a través de leyes o reglamentos para operativizar dichos contenidos.

A continuación, compartiremos la primera cuestión, la selección de los instrumentos, para lo cual se realizó una exhaustiva búsqueda, tanto dentro de los sistemas de protección internacional como en la doctrina²⁷, detectando, de esta forma, los instrumentos afines a la justicia juvenil y los objetivos de esta investigación²⁸.

27 Ha sido un interesante recorrido cronológico desde los primeros instrumentos del sistema de Naciones Unidas, en 1965, que sirvieron como antecedentes, hasta la Observación General n.º 10 del CRC, que analiza Pérez (2014).

28 Cabe precisar que dentro de estos instrumentos priorizados pueden ser aplicables también instrumentos no creados particularmente para este sistema, como sucede, por ejemplo, con la

4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SELECCIONADOS

La delincuencia juvenil comenzó a ser abordada por las Naciones Unidas de manera indirecta y tangencial, no como una preocupación por sí misma, sino más bien cuando este organismo debía pronunciarse sobre otras materias, como la niñez y la juventud, o la delincuencia y la justicia penal. Quizás el antecedente más remoto de esta materia se remonta al 7 de diciembre de 1965, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG-NU) adoptó la resolución A/RES/2037, que abordó el fomento entre la juventud de los ideales de la paz, el respeto mutuo y la comprensión entre los pueblos. En esta resolución se proclamaban seis principios, entre los que se encontraban los ideales de educar a los jóvenes en el espíritu de la dignidad y la igualdad.

Los instrumentos seleccionados se sintetizan a continuación.

Convención para la Prevención de la Tortura, las Reglas de Mandela o las reglas de Tokio, todos relacionados con el uso de la privación de libertad, por lo que podrían aplicarse a la justicia juvenil cuando se llega a la reclusión de la persona. Por esta gran apertura, la priorización se basó en instrumentos especialmente diseñados para aplicarse en la justicia juvenil.

Cuadro 1

Instrumento	Fecha	Organismo
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)	29/11/1985	AG-NU
Convención sobre los Derechos del Niño	20/11/1989	AG-NU
Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana)	14/12/1990	AG-NU
Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)	14/12/1990	AG-NU
Administración de la Justicia de Menores (Directrices de Viena)	21/7/1997	ECOSOC-ONU ²⁹
Opinión Consultiva OC-17 ³⁰	28/08/2002	Corte IDH
Observación General OG-10	25/4/2007	CRC-ONU ³¹

Fuente: Elaboración propia.

29 Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, por sus siglas en inglés, Economic and Social Council (en adelante ECOSOC). Constituido en 1945 por la Carta de las Naciones Unidas, es uno de los seis órganos principales de las Naciones Unidas, encargado de promover la materialización de las tres dimensiones del desarrollo sostenible (económica, social y ambiental). Revisar portal web: <https://www.un.org/ecosoc/>

30 Se ha decidido incorporar este instrumento, que pertenece al sistema interamericano, por la especificidad de su contenido (criterio de selección n.º 1) y su mención por parte de la doctrina y los entrevistados (criterio de selección n.º 2). Además, su contenido es pertinente, ya que proporciona insumos a analizar al momento de detectar estándares en instrumentos internacionales. Esta opinión consultiva por sí misma nos referirá a la CADH y a la CDN.

31 Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas. Por sus siglas en inglés: The Committee on the Rights of the Child (CRC). Este comité es un órgano de dieciocho expertos independientes que monitorean la implementación de la CDN, y fue constituido en la misma Convención. Revisar portal web: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/pages/crcindex.aspx>

5. CRITERIOS DE SELECCIÓN DE INSTRUMENTOS Y DESARROLLO DE FUENTES CONSULTADAS

La selección de estos instrumentos se basó en el cruce de tres factores:

1. La especificidad de su creación en relación con la materia de análisis.
2. Las referencias a estos instrumentos obtenidas de las fuentes analizadas (doctrina o entrevistas a expertos).
3. El uso oficial de estos instrumentos por parte de las Naciones Unidas en la construcción de la *Ley modelo sobre justicia juvenil*³².

Con respecto a la *Ley modelo*, resultó importante considerarla no solo por contener un listado de instrumentos internacionales pertinentes, sino, además, por ser coincidente el objetivo de su gestación con lo que plantea esta investigación. Por tanto, en primer lugar, se destaca la existencia de esta iniciativa, que busca justamente homologar las exigencias internacionales a una ley de aplicación nacional, lo que proporcionaría una brújula orientadora del actuar, cuestión que puede ser asimilable al entendimiento de la función que cumple un estándar. Si bien la legislación interna de cada Estado no puede ser construida por organismos internacionales, parece interesante rescatar el ejercicio planteado por esta «ley modelo» al surgir desde un organismo internacional y ser, por tanto, una fuente válida de considerar. Para mayor detalle, revisemos parte de su introducción:

La Ley Modelo integra las reglas y normas internacionales que imperan dentro de un contexto nacional y trata de armonizar la legislación nacional

32 Elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante UNODC), de 2014; e inspirada en un proyecto que se remonta a 1997. El primer borrador fue expuesto en 2011 ante una comisión de expertos internacionales: Bharti Ali, Alexei Avtonomov, Mohamed Elewa Badar, Douglas Durán Chavarría, Beatrice Duncan, Paula Kingston, Ignacio Mayoral, Emilio García Méndez, Sharon Morris-Cummings, Seynabou Ndiaye Diakhate, Vui Clarence Nelson, Vivienne O'Connor, Michele Papa, Nikhil Roy, Elissa Rumsey, Ann Skelton, Nevena Vuckovic-Sahovic y Terry Waterhouse.

con los requerimientos internacionales. Se detallan las reglas y normas internacionales existentes dentro del área de la justicia juvenil que se pueden encontrar principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, que es el único instrumento internacional legalmente obligatorio respecto a justicia juvenil. Otras reglas y normas están contenidas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (las Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (las Reglas de La Habana), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (las Directrices de Riad), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (las Reglas de Tokio), las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (las Directrices de Viena), los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de los Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (las Reglas de Bangkok), y los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal. Las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), en particular la Observación General n.º 10, también deben ser mencionadas como fuente de guía y recomendaciones para los Estados parte en sus esfuerzos por establecer una administración de justicia juvenil que cumpla con la Convención de los Derechos del Niño (UNODC, 2014, p. 7).

Como se ve, la «ley modelo» entrega un amplio listado de instrumentos internacionales, dando a entender que dentro de estos se encuentra el contenido necesario para aplicar en un sistema de justicia juvenil. No obstante, queda en evidencia la contradicción y pérdida de fuerza de la ley al otorgarle el carácter de mandato prescriptivo vinculante solo a la CDN, y no al resto de los instrumentos que se invocan, cuando el carácter prescriptivo es una característica de todo instrumento internacional, válidamente emanado. Por otro lado, esta enumeración de instrumentos confirma la importancia de los siete

seleccionados para esta investigación, así como la apertura que existe para invocar otros instrumentos, aunque no exista en dicha ley un especial criterio para definir los instrumentos invocados ni se plantea en qué momento deben ser usados. Lo anterior comprueba la hipótesis de multiplicidad de usos al momento de referirse a estándares internacionales.

Por otro lado, puede observarse una influencia de instrumentos internacionales no específicamente diseñados para este sistema, como son las Reglas de Mandela³³, las Reglas de Tokio³⁴, las Reglas de Bangkok³⁵, entre otras. Sobre estas, no puede negarse el valor y el aporte que realizan al sistema como tal; sin embargo, tomando en cuenta el criterio de selección n.º 1 (la especificidad de su creación en relación con la materia de análisis), no serán revisados en este trabajo. Además, al incluir instrumentos diseñados para sistemas de adultos, se abre el espacio a otras reflexiones que tensan aún más la discusión sobre lo que debe ser considerado estándar en materia de justicia juvenil, más si no existe una regla clara o una lógica de cuándo un tema será objeto de regulación específica para el sistema, o cuándo bastará la aplicación del instrumento general no pensado para sujetos menores de edad. Entonces, podríamos decir que la aplicación a la justicia de menores, de instrumentos diseñados o pensados para un sistema

33 The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, que en su traducción al español son Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Fueron adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), del 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977. Este instrumento fue explícitamente citado en las Reglas de Beijing, reglas n.º 27 y n.º 13.3.

34 The United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures, que en su traducción al español son Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad. Fueron adoptadas por la AG-NU en su Resolución n.º 45/110, del 14 de diciembre de 1990.

35 Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes. Adoptadas por la AG-NU en su resolución n.º 65/229, del 16 de marzo de 2011.

de adultos, puede ser entendida desde la perspectiva del refuerzo de derechos, o desde la necesidad de invocación de estos por carencia de regulación en los específicos, como sucede con las Reglas de Tokio³⁶ y, en especial, con las Reglas de Bangkok (Beloff, 2017), dos instrumentos muy importantes en materia de justicia juvenil pero no específicamente creados para ser aplicados en menores de edad.

Desde esta óptica de refuerzo de derechos, el mejor ejemplo es lo sucedido con las garantías del debido proceso. Este tema fue regulado en diversos instrumentos internacionales³⁷ y surgió en el primer instrumento especialmente diseñado para abordar la justicia en menores de edad. Nos referimos a la regla 7 de las Reglas de Beijing, elaboradas antes de la CDN, que dice:

En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a estos y el derecho de apelación ante una autoridad superior (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985).

Queda en evidencia en estas reglas la explícita intención de reforzar los derechos citados, por entenderse que se trataba de uno de los grandes paradigmas a transformar, y por ello se convirtieron en una brújula de inspiración, sobre todo en Latinoamérica³⁸, como hemos referido.

36 Nótese además que las Reglas de Tokio se aprobaron el mismo día (14 de diciembre de 1990) que las reglas de La Habana y de Riad, dos instrumentos especialmente elaborados para abordar temas relacionados con la justicia juvenil.

37 Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 9, 10 y 14); CADH (artículo 8), entre otros. Sobre este tema, revisar la reciente tesis doctoral de Gerardo Bernal (2018), presentada en la Universidad de Talca.

38 Al estar ligado a los sistemas tutelares, es reconocida la falta del debido proceso en las decisiones del Estado. Revisar García (1998), Cillero (1999) y Aranda (2018).

Desde otra óptica, la incorporación de instrumentos internacionales que no han sido específicamente creados para aplicar a menores de edad puede verse justificada en la insuficiencia de instrumentos especialmente diseñados para la justicia juvenil, razón por la cual se requeriría invocar instrumentos de aplicación universal. Aunque existió la oportunidad para definir la creación de instrumentos específicos para la justicia juvenil, no se ha realizado este ejercicio con áreas tan importantes como el tratamiento de mujeres adolescentes (debiendo invocarse las Reglas de Bangkok) o la obligatoriedad de preferir medidas alternativas (objetivo de las reglas de Tokio) cuando se trata de delincuencia juvenil, más aún si se sabe que la privación de libertad debe ser el último recurso cuando se trate de sujetos en desarrollo.

En esta lógica, se debe entender que las reglas Tokio y Bangkok, incorporadas *ipso facto*, no dan respuesta al motivo por el cual se decidió reforzar algunos aspectos (como las garantías del debido proceso³⁹) por encima de otros, como género o medidas alternativas. Esto sigue acercando todo el sistema de justicia juvenil a un sistema penal, sin importar si es de prevención especial o positiva, o retributivo⁴⁰, dejando de lado el objetivo principal de la justicia de menores, que es el bienestar de los niños y las niñas (regla 5 de las Reglas de Beijing).

Así, a partir de la revisión doctrinaria y científica existente, no cabe duda del nexo entre algunos instrumentos internacionales y la justicia juvenil, que han sido incluso entendidos de manera íntegra como un estándar y han sido usados de manera indiferenciada, como ha

39 Revisar especialmente los artículos 1 y 27 de la LRPA.

40 Esta conexión proviene generalmente de la lectura del artículo 40.1. de la CDN, que refiere «la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad». Para algunos autores, «La Convención sobre los Derechos del Niño sintetiza una aspiración común y permanente en todos los instrumentos internacionales sobre la materia, que se oponen a cualquier enfoque exclusiva o predominantemente retributivo, que agote la justificación de la reacción penal en el merecimiento de un castigo o la necesidad de una incapacitación del infractor o de intimidación individual o colectiva» (Couso, 2012, p. 290).

sucedido en parte de la doctrina (Crivelli, 2014; Pérez, 2014⁴¹). Por otro lado, los instrumentos son vistos como fuente para el contenido de un estándar, como lo han indicado organismos internacionales (CIDH, 2011)⁴², o como parámetros a seguir, adoptando lo señalado en un reciente estudio de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile (2017)⁴³:

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto generales como específicos, han establecido parámetros para la configuración de la justicia penal adolescente, instando a los Estados partes para que implementen tratos diferenciados entre adultos y jóvenes infractores en sus respectivos sistemas de justicia penal (p. 9).

Sobre esta cita, llama la atención, además del vocablo «parámetro», la división entre instrumentos generales y específicos, que hacen referencia como generales a las declaraciones, los pactos y las convenciones; y como específicos a las reglas, las directrices y las observaciones generales del Comité CRC, sin comprender del todo los criterios para esta agrupación ni la justificación para que no esté la CDN en esta enumeración. Asimismo, se sabe que el estudio basa su contenido en una propuesta de medición de estándares⁴⁴.

41 En cuyo análisis de instrumentos internacionales sobre justicia juvenil termina indicando que todos estos son considerados, en la actualidad, estándares mínimos internacionales sobre la materia. Otros serán expuestos en el texto principal.

42 Señala que los estándares son fijados por el *corpus juris* internacional.

43 Basa su metodología de análisis en un estudio de Berríos (2011), quien asume en su trabajo que de la CDN se desprenden los objetivos de la justicia juvenil. Con estos objetivos se pretende evaluar la aplicación de estándares internacionales sobre justicia juvenil mediante el análisis de ciertos datos obtenidos del Poder Judicial.

44 En la Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile (2017) se elabora un cuadro resumen donde se desglosan los artículos 37 y 40 de la CDN, extrayendo de estos sus objetivos y directrices que le darían cumplimiento (p. 59). Como se mencionó, esta aplicación tiene como base el estudio de Berríos (2011), cuyo resultado es un ejercicio nacional de análisis de contenido de normas para medir su efectividad. Si bien no se concretiza cuáles son los estándares en la materia, sino que se asumen desde la CDN, resulta útil para esta investigación revisar el

Para la identificación de teorías que definen cuáles serían los estándares internacionales para la justicia juvenil y su relación con los instrumentos internacionales como fuente, es pertinente recordar lo desarrollado por Couso y Duce (2013)⁴⁵, quienes distinguen entre los principios básicos (que estarían reconocidos por los instrumentos internacionales y en algunos casos por las constituciones nacionales de los Estados) y ciertos estándares de juzgamiento diferenciado para caracterizar las exigencias normativas de especialidad del derecho penal y procesal penal en adolescentes.

Vemos, una vez más, el uso de la palabra «principios» al referirse a «estándares», y cómo estos pueden ser invocados desde instrumentos internacionales. La lógica sería, entonces, propiciar que los principios generales se traduzcan en criterios y estándares diferenciados (Couso y Duce, 2013), en los que los principios darían el contenido y los estándares las garantías para su aplicación. Vemos de nuevo la relación e interacción entre los vocablos «estándar» y «principios», ya no como sinónimos, sino en una relación de utilidad de los últimos a través de los primeros, puesto que expresamente estos autores señalan que al referirse a estándares están hablando de criterios de juzgamiento diferenciado.

Desde la doctrina en general puede observarse que la forma más común en que aparecen tratados los estándares internacionales es asumiéndolos como exigencias del derecho internacional (Beloff, 2016). Incluso son asimilados a un instrumento internacional en particular⁴⁶, desde el cual emanarían las características principales del sistema

análisis realizado como un ejemplo de análisis de norma, que busca concretizar el contenido de un estándar, con foco en la medición de sus brechas de cumplimiento, aplicación y eficacia.

45 Sería interesante conocer la opinión actual de uno de los autores, el Dr. Mauricio Duce, acerca de cuáles considera estándares internacionales para la justicia juvenil, quien gentilmente accedió a responder la entrevista realizada en abril de 2018.

46 En este caso la CDN, en Berríos (2011) y Aranda (2018).

(CDN)⁴⁷ y se complementan entre sí (Beloff, 2016). También puede generarse a través de esos estándares, ejes o ámbitos prioritarios que regirán la justicia juvenil⁴⁸, cuestión que además será propuesta por algunas de las personas entrevistadas.

Un ejemplo de esto puede verse en la doctrina desarrollada por la Dra. Beloff, quien al abordar las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos en materia de justicia juvenil no solo las asimila a estándares, sino que también extrae dos ejes que deberían guiar la política criminal juvenil: la prevención⁴⁹ y la especialidad (Beloff, 2016). La autora, además, no se limita a la CDN para encontrar el contenido de estos dos ejes, sino ahonda en las Directrices de la Riad, las Reglas de Beijing, la Observación General n.º 10 del CRC, las Reglas

47 Cillero (2000) distingue ocho elementos clave que emanan de la CDN a la justicia juvenil: consideración del niño como sujeto de derechos y con responsabilidad progresiva; atribución de responsabilidad por participación en un hecho punible; principio de legalidad penal; aplicación del principio de oportunidad y de fórmulas de remisión del procedimiento como regla general; aplicación intensiva de las garantías penales y procesales; dignidad personal; integración social y responsabilidad como principios fundamentales de las consecuencias jurídicas aplicables; reconocimiento de la naturaleza restrictiva de derechos de las sanciones; y regulación estricta del uso, la duración y las condiciones de la privación de libertad. Sería interesante contrastar con el autor su posición en la actualidad, como se hizo con Berríos y Beloff.

48 En Berríos (2011) se abordan como objetivos de la ley chilena con respecto a la responsabilidad penal adolescente, teniendo como marco la CDN, puesto que la adecuación de la normativa nacional a la Convención fue el motor de su nacimiento. Estos son recogidos para su evaluación en el estudio de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2017). Los objetivos propuestos por Berríos (2011) fueron: diferenciación del sistema penal de adultos; privilegio de la desjudicialización y de las alternativas a la sanción penal; privilegio de las sanciones no privativas de libertad, legalidad, excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad cautelar y sancionatoria; favorecer la conducta según derecho; promover la integración social de los adolescentes; y evitar la reincidencia delictiva. Podrá evidenciarse la opinión actual del autor al analizar la respuesta en su entrevista en el siguiente apartado.

49 Beloff (2016) señala, en este sentido, que «la principal obligación estatal en el ámbito de la justicia juvenil no es determinar la responsabilidad penal del joven, sino generar condiciones que eviten que la persona menor de edad ingrese al sistema penal» (p. 99). Se rescata, además, dichos de la autora en referencia a los estándares internacionales, como el que sigue: «Frente a reglas tan precisas, cuesta explicar lo sucedido en el último cuarto de siglo en América Latina cuando en nombre de los estándares internacionales se puso el énfasis en qué se hace una vez que el adolescente ya cometió el delito» (p. 100).

de La Habana e incluso los comentarios de la Opinión Consultiva n.º 17 de la Corte IDH.

6. MENCIÓN A OTROS INSTRUMENTOS SOBRE JUSTICIA JUVENIL

Dentro de la amplitud de sistemas de protección de derechos humanos y la actividad de sus diversos órganos fue posible encontrar otros instrumentos ligados directamente a la justicia juvenil, que vale la pena mencionar a pesar de no ser en estricto guías o reglas internacionales, como las demás que hemos revisado. Entre estas se destacan, dentro del sistema universal, tres resoluciones del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos humanos en la justicia juvenil en 2011, 2015 y 2017. Las Reglas Europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas⁵⁰ son un ejemplo de un documento específicamente redactado en relación con la justicia juvenil.

A su vez, detectamos otros instrumentos que abordan el tema de manera indirecta, pero que pueden ser incluidos dentro de los marcos internacionales a considerar para analizar la justicia juvenil. Nos referimos a las Directrices del Consejo de Europa sobre una Justicia Adaptada o Amigable para los Niños⁵¹ y las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos⁵². Estos resultan complementarios a aquellos específicamente redactados para regular aspectos relacionados con la justicia juvenil; por tanto, son interesantes de considerar, según sea el caso. Para ello, revisaremos su

50 European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures. Adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 5 de noviembre de 2008.

51 Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice. Adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010.

52 Guidelines on Justice for Child Victims and Witnesses of Crimes. Adoptadas por el ECOSOC en su Resolución n.º 2005/20.

fecha de adopción y el órgano emisor, como se detalla en la siguiente tabla:

Tabla 1

Sigla del tipo de instrumento y título en idioma oficial (inglés ⁵³)	Fecha de adopción	Organismo emisor
Guidelines on Justice for Child Victims and Witnesses of Crimes	22/07/2005	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
Recommendation CM/R(2008)11 European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures	05/11/2008	Comité de Ministros del Consejo de Europa ⁵⁴
Recommendation CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc-app6 Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice	17/11/2010	Comité de Ministros del Consejo de Europa
Resolution A/HRC/RES/18/12 Human rights in the administration of justice, in particular juvenile justice	14/10/2011	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ⁵⁵
Resolution A/HRC/RES/30/7 Human rights in the administration of justice, including juvenile justice	12/10/2015	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Resolution A/HRC/RES/36/16 Human rights in the administration of justice, including juvenile justice	29/09/2017	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Fuente: Elaboración propia.

53 Generalmente, es el idioma original de redacción, por lo mismo que se puede obtener más puro el contenido y evitar el efecto de las traducciones.

54 El Comité de Ministros es el órgano de decisión del Consejo de Europa. Está formado por los ministros de Asuntos Exteriores de todos los Estados miembros o por sus representantes permanentes en Estrasburgo. El Consejo de Europa, por su parte, es la principal organización del continente europeo dedicada a la defensa de los derechos humanos. Fue creado en 1949 y cuenta con 47 Estados miembros.

55 Fue creado en el 2006 por votación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En algunos de estos instrumentos podemos detectar matices producto del uso del lenguaje, sobre todo al momento de ser traducidos, como sucede con las Reglas Europeas para Infractores Menores de Edad Sometidos a Sanciones o Medidas. Su título original en inglés puede dejar abiertas ciertas interpretaciones⁵⁶, como se pudo comprobar en su traducción al español⁵⁷ y el italiano⁵⁸.

Con respecto a las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos podemos comentar, de manera general, sus objetivos centrales, los cuales, por un lado, parecen reafirmar algunos de los pilares fundamentales de la justicia de menores y, por otro, promover la plena aplicación de las normas de las Naciones Unidas sobre justicia juvenil. Esto a partir de ciertas clarificaciones que realiza con respecto a la aplicación de la CDN.

Estas resoluciones poseen contenidos muy similares. Utilizan un lenguaje no prescriptivo, que insta, invita, alienta y pocas veces solicita a los Estados medidas relacionadas con la administración de la justicia

56 En esta resolución se especifica que se trata de infractores juveniles «sometidos a sanciones o medidas», concretización que parece de importancia. Esto hace referencia a una situación particular al hablar de «juvenile offenders subject to sanctions or measures» y no tan solo «juvenile offenders», ya que esta última definición contribuiría al etiquetamiento de la delincuencia como una condición de vida del adolescente. Parecería incluso más correcto hablar de «autor de un delito» y no de «delincuente» o «infractor», sobre todo en materia de infancia y adolescencia, donde el etiquetamiento puede producir daños en el desarrollo armonioso de la persona en esas etapas de la vida.

57 Traducción realizada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, en abril de 2010. Las tituló como Reglas Europeas para Infractores Menores de Edad Sometidos a Sanciones o Medidas. Si bien se utiliza el término «infractor», se especifica que se aplica solo a aquellos sometidos a «sanciones o medidas», como se señala en el título original en inglés.

58 Revisar la presentación, el comentario y la traducción de Barbara Giors (2010) de las Regole europee per i delinquenti minori oggetto di sanzioni o di misure. A pesar de usar el título etiquetador de «delinquentes», luego se observa en la traducción de la recomendación en sí misma una nominación menos estigmatizadora y con referencia casuística y no definitiva al delito: Regole europee per i minorenni autori di reato che siano oggetto di sanzioni o di misure. Este pareciera ser el título más adecuado para referirnos a «menores autores de delito» y no a «menores delinquentes».

juvenil. Se destaca, en este sentido, que a partir de la Resolución n.º 30/7, de 2015, se ha avanzado en el fomento y la producción de información para el análisis de la temática. En uno estos casos, el Consejo, a petición de la AG-NU, encargó un estudio mundial a fondo sobre los niños privados de libertad, para lo cual se seleccionó, en 2016, al experto independiente Manfred Nowak⁵⁹. Nowak debería entregar los resultados de dicho estudio en el 73.º período de sesiones de la Asamblea General, el cual se encuentra en curso al momento del término de la redacción de este trabajo⁶⁰. A su vez, y en virtud de lo tratado en la Resolución n.º 30/7 de 2015 ya citada (párr. 31), en enero de 2017 el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas hizo un llamado a los organismos no gubernamentales para enviar contribuciones en relación con la ejecución de la justicia juvenil, en particular sobre el uso de la privación de libertad.

La discusión no debería centrarse en si deben o no ser consideradas estas resoluciones como obligatorias por los Estados, a pesar de tener un lenguaje sugestivo más que prescriptivo. El propósito es que se analice si su contenido es de utilidad para la implementación de sistemas de justicia juvenil, y que, por tanto, deban ser consideradas por los Estados, para lo cual debieran estar constantemente monitoreando la producción de resoluciones de las Naciones Unidas. Al parecer, es justamente el ejercicio que realizan al analizar el contenido y la aplicabilidad de lo prescrito en instrumentos internacionales, con respecto a los derechos humanos en la justicia juvenil, y plantear recomendaciones y guías de acción que pueden ser adaptadas a la realidad de los Estados.

59 Según las Naciones Unidas (2016), se trata de un «profesor de derecho internacional y derechos humanos en la Universidad de Viena y secretario general del Centro Interuniversitario Europeo para los Derechos Humanos y la Democratización en Venecia. Anteriormente fue relator especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias» (párr. 5; traducción nuestra).

60 El septuagésimo tercer período de sesiones incluye un calendario que va de octubre a diciembre de 2018.

Incorporar más trabajo de análisis para la concreción de un estándar puede ser visto como algo positivo, pero sin duda se complejiza su revisión por la amplitud de fuentes válidas desde las cuales puede extraerse el contenido de un estándar internacional.

7. REFLEXIONES FINALES

La necesidad de control social ante el delito, por una parte, y la protección del menor de edad, por otra, entran en conflicto en la justicia juvenil. Por esta razón, la producción de directrices internacionales desde los organismos de las Naciones Unidas juega un rol fundamental en la formación de nuevos sistemas de justicia juvenil. Así sucedió en Latinoamérica con la adecuación de la legislación interna a lo exigido por la CDN (Beloff, 2007), como punto de partida para el gran cambio del modelo tutelar al de la protección integral, que permitió estructurar, finalmente, los modelos de responsabilidad penal adolescente (Crivelli, 2014).

Si nos detuviéramos a analizar profundamente cada uno de los instrumentos internacionales priorizados, veríamos que no existe claridad, unicidad de contenidos ni entendimiento universal con respecto a cuáles serían los estándares internacionales aplicables a la justicia juvenil. Sí resulta evidente que esos estándares están presentes, en mayor o menor medida, en algunos de los instrumentos internacionales recopilados en esta oportunidad, cuyo fin es inspirar su constante actualización e implementación en las legislaciones nacionales.

REFERENCIAS

Alonso, I., Baigorri, J. y Campbell, H. (2011). *Lenguaje, derecho y traducción*. Comares.

- Aranda, A. P. (2018). *Ley y realidad de vida. Condiciones de la defensa penal pública, en la justicia de menores chilena*. Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1985). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Beijing: 28 de noviembre de 1985. <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Siglo XXI Editores.
- Beloff, M. (2007). Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006). *Justicia y Derechos del Niño*, (9), 177-217.
- Beloff, M. (2016). *¿Qué hacer con la justicia juvenil?* Ad Hoc.
- Beloff, M. (2017). La Protección de los Derechos de las Niñas en la Justicia Juvenil. *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales AL Gioja*, (19), pp. 55-81.
- Beloff, M. (2018). *Derechos del niño: su protección especial en el sistema interamericano*. Editorial Hamurabbi.
- Bernales, G. (2018). *El acceso a la justicia y su autonomía como derecho respecto del derecho al debido proceso. Análisis doctrinario y jurisprudencial* [Tesis de doctorado, Universidad de Talca].
- Berríos, G. (2011). La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Política Criminal*, 6(11), 163-191. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000100006
- Bombini, G., Rivera, I., Cabezas, J., Axat, J., López, A. L. y Saumell, M. F. (2018). *Juventud y penalidad: sistema de responsabilidad penal juvenil*. Editorial Eudem.

- Cámara de Diputadas y Diputados (2017). Boletín n.º 11174-07. Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley n.º 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica. Valparaíso: 4 de abril de 2017. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11687&prmBOLETIN=11174-07>
- Cámara de Diputadas y Diputados (2018a). Boletín n.º 11824-07. Modifica la Ley n.º 20.084, que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, para aumentar sanciones y propender a una mayor reinserción social. Valparaíso: 14 de junio de 2018. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12344&prmBOLETIN=11824-07>
- Cámara de Diputadas y Diputados (2018b). Boletín n.º 11825-07. Modifica la Ley n.º 20.084, que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, y la ley n.º 19.070, que Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, en materia de régimen de cumplimiento de las penas, para favorecer la reinserción social de los infractores. Valparaíso: 14 de junio de 2018. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12345&prmBOLETIN=11825-07>
- Cámara de Diputadas y Diputados (2018c). Boletín n.º 11826-07. Modifica la ley n.º 20.084, que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en materia de ámbito de aplicación de esta normativa, en razón de la edad del infractor, y en lo tocante a la forma de cumplimiento de las sanciones. Valparaíso: 14 de junio de 2018. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12346&prmBL=11826-07>

- Cámara de Diputados de Chile (2015). Evaluación de la Ley n.º 20084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.
- Cevasco, L., Lander, A., Beloff, M., Tiffer, C., Carranza, E. y González, G. (2017). *Reflexiones sobre el sistema juvenil*. Editorial Jusbaire.
- Cillero, M. (1999). Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño. En M. Cillero y H. Madariaga (comps.), *Infancia, Derecho y Justicia, condiciones* (pp. 49-51). Universidad de Chile; UNICEF.
- Cillero, M. (2000). Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (2), 101-138.
- Cillero, M. (2007). La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (9), 243-249.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>
- Conde, F. M. (2004). *Teoría general del delito*. Tirant lo Blanch.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002. San José: 28 de agosto de 2002. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Couso J. (2012). La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 38, 267-322. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000100007

- Couso, J. y Duce, M. (2013). *Juzgamiento penal de adolescentes*. LOM Ediciones.
- Crivelli, E. (2014). *Derecho Penal juvenil*. B de F.
- Dawson, R. (1990). The Future of Juvenile Justice: Is it time to Abolish the System. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 81(1), 136-155.
- Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile (2017). Estudio exploratorio sobre el impacto de la especialización en la tramitación y resolución de causas de responsabilidad penal adolescente (RPA).
- García, E. (1998). *Infancia: de los derechos y de la justicia*. Del Puerto.
- Giors, B. (2010). Regole europee per i delinquenti minori oggetto di sanzioni o di misure. Racomandazione CM/Rec(2008)11 del Comitato dei Ministri degli Stati membri sulle Regole europee per i minorenni autori di reato che siano oggetto di sanzione o di misure. Presentazione, commento e traduzione. *Minorigiustizia*, (1), 257-298.
- Harris, P. W., Welsh, W. y Butler, F. (2006). Un siglo de justicia juvenil. En Barbaret, R. y Barquín, J. (eds.), *Justicia penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000* (pp. 55-130). National Institute of Justice.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (2017). Situación de los y las adolescentes en centros de privación de libertad administrados por el Estado. En *Informe anual. Situación de los derechos humanos en Chile 2017* (pp. 113-140). Instituto Nacional de Derechos Humanos. https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1072/informe_anual_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Langer, M. y Lillo, R. (2014). Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: aportes empíricos para el debate. *Revista Política Criminal*, 9(18), 713-737.
- Libertad y Desarrollo (2012). Menores en Chile: ¿cuándo son o no son capaces? Revisión de la legislación vigente. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2012/02/CAPACIDAD-DE-MENORES.pdf>
- Llobet, R. J. (2017). El interés superior del niño en la jurisprudencia penal juvenil de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, (1), 1-24.
- Maldonado, F. (2014). Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes. *Revista de Derecho*, (5), 17-54.
- Molina, M. y Alvarado, I. (2011). Los sistemas de Justicia Penal Juvenil en Chile y en Italia. Algunas aproximaciones en materia de ejecución. *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de México*, (10), 107-125.
- Naciones Unidas (2016, 25 de octubre). Secretary-General Welcomes Selection of Manfred Nowak to Lead New Global Study on Situation of Children in Detention. *Naciones Unidas*. <https://www.un.org/press/en/2016/sg2234.doc.htm>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2014). *Justicia en asuntos concernientes a los niños en conflicto con la ley. Ley modelo sobre justicia juvenil y su comentario*. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Model_Law_on_Juvenile_Justice_in_Spanish_ebook.pdf
- Ortega, R. A. (2011). *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de*

Protección de los Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

- Pérez, C. (2014). La justicia juvenil en el derecho internacional. *Revista Derecho y Cambio Social*, 1, 1-19.
- Ravetllat, I. (2017). La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 1-28.
- Ravetllat, I. y Pinochet, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 42(3), 903-934.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura del delito*. Civitas; Thomas Reuters.
- Roxin, C. (2015). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Civitas; Thomas Reuters.
- Sauceda, J. B., Huerta, J. Z. y Álvarez, R. (2009). La interdisciplinariedad y multidisciplinariedad como modelos a seguir en la enseñanza del Derecho: La experiencia de los Métodos Alternos de Solución de Controversias. *Letras jurídicas. Revista Electrónica de Derecho*, (8), 1-20.



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 115-133

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.662

El proceso único familiar: de la formalidad a la modernidad

Unique family process: from formality to modernity

JORGE PARIASCA MARTÍNEZ

Corte Superior de Justicia de Lima Norte

(Lima, Perú)

Contacto: jpariascam@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7787-7052>

RESUMEN

El proceso único se ha fortalecido con la aprobación de dos directivas al interior del Poder Judicial, que promueven la virtualidad, la concentración de actos procesales y la oralidad. De esta forma, este órgano del Estado demuestra su compromiso con el avance del derecho procesal de familia y la solución célere de los casos a favor del niño, niña y adolescente. El autor del presente artículo realiza el análisis de las directivas desde el ámbito jurisdiccional, desarrollando aportes para el correcto uso por parte del usuario judicial.

Palabras clave: proceso único; derecho procesal de familia; virtualidad; concentración de actos; oralidad civil.

ABSTRACT

The unique process has been strengthened with the adoption of two directives within the Judiciary, which promote virtuality, concentration of procedural acts and orality. In this way, this branch of the State evidences its commitment to the progress of family procedural law and the expeditious settlement of cases in favor of children and adolescents. The author of this article analyzes directives from the jurisdictional scope, developing contributions for the correct use by the judicial user.

Keywords: unique process; family procedural law; virtuality; concentration of acts; civil orality.

Recibido: 18/10/2022 Aceptado: 23/11/2022

1. INTRODUCCIÓN

Resulta paradójico que con la COVID-19 la tecnología haya ingresado a los procesos judiciales familiares para brindar celeridad y agilidad. La etapa anterior a la pandemia estuvo nítidamente marcada por una formalidad innegable. Desde el ingreso de la demanda hasta la notificación de la sentencia, la forma prevalecía sobre la naturaleza del asunto a resolver. Sin embargo, llegada la pandemia surgió la necesidad de no perjudicar el avance de los procesos ante la inmovilización nacional decretada por el incremento de contagios. Es así que la forma tuvo que ceder para viabilizar el desarrollo de los procesos de familia. La flexibilización, que estaba ya prevista en el Tercer Pleno Casatorio Civil, Casación n.º 4664-2010-Puno (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011), empezó a ser sustento común de diversas resoluciones de los órganos judiciales de la especialidad.

De esta manera, empezó a vislumbrar la virtualidad de los procesos y la concentración de actos. Si bien esto último ya venía siendo objeto de prácticas cotidianas de algunos jueces, ciertamente, ante la necesidad de reducir los plazos en el estado de emergencia sanitaria, su uso fue generalizándose. Como bien señalan Sara Gaspar Pacheco y William Homer Fernández Espinoza (2021),

resulta innegable que el uso de las nuevas tecnologías y las herramientas digitales transformaron para siempre la perspectiva sobre la forma tradicional en que se venían llevando a cabo los procesos ante la jurisdicción ordinaria. En estos últimos tiempos de distanciamiento social como medida de prevención, e incluso de aislamiento social obligatorio para evitar la propagación de la COVID-19, importa la implementación de dichos mecanismos para garantizar la accesibilidad y agilizar los servicios de justicia a la población (pp. 18-19).

Con la virtualidad, el «ausentismo» de las partes a las audiencias se redujo, demostrando que, en ocasiones, la presencialidad ha sido un obstáculo para el adecuado desarrollo del proceso. En un gran número de casos, la presencialidad obligatoria a las audiencias, durante la jornada laboral o los estudios de las partes procesales, impedía la asistencia de los justiciables, lo que generaba reprogramaciones y la necesidad de prescindir de las declaraciones para no dilatar el avance de los procesos.

Es así que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, tomando en consideración las buenas prácticas realizadas por los jueces, en junio y julio de 2020, aprobó dos directivas que implementan la virtualidad del proceso único y establecen las bases para su desarrollo célere. Nos referimos a las directivas denominadas Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente (Directiva n.º 007-2020-CE-PJ), y Proceso Único Simplificado y Virtual (Directiva n.º 010-2020-CE-PJ).

Como bien señala Jorge L. Kielmanovich (2009) sobre el principio de abreviación de los plazos y del favor por el trámite más breve,

como regla, y frente a la urgencia que apareja el conflicto de familia, tanto sea que la resolución se refiera a la persona de las partes (v. gr., exclusión del violento) como a aspectos patrimoniales de su tutela (v. gr., fijación de alimentos), el proceso de familia debe ser ágil y eficaz, para lo cual urge regularlo, abreviando los plazos de los procedimientos ordinarios, sumarios (donde los hubiere) y especiales, pues el factor tiempo cobra aquí una importancia inusitada, a tal punto que la resolución tardía podría importar la supresión del derecho que se discute (p. 44).

En ese sentido, el presente trabajo analiza las directivas desde la óptica jurisdiccional, brindando aportes para optimizar su aplicación por los jueces a nivel nacional y para su correcto uso por parte de la ciudadanía en general.

2. ¿ERAN NECESARIAS DOS DIRECTIVAS?

Cuando se revisa el proceso único previsto en el Código de los Niños y Adolescentes (en adelante, CNA), uno se encuentra con artículos que promueven el retardo del proceso. Por ejemplo, desde un inicio, en la etapa de calificación de demanda, el artículo 165 posibilita al juez declarar inadmisibles una demanda de acuerdo con el Código Procesal Civil (en adelante, CPC)¹. ¿Se han puesto a pensar cuánto tiempo tiene que pasar para que se admita la demanda? La Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, si bien considera en el artículo 2 de las disposiciones específicas lo relacionado con la calificación de la demanda, inicia su regulación desde el auto admisorio, olvidando el camino «largo» que

1 Artículo 165 del CNA: «Recibida la demanda, el juez la califica y puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia de conformidad con lo establecido en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil» (Congreso de la República, 2000).

debe afrontar el demandante para obtener la admisión o el auto que admite la demanda. No es un camino sencillo. Hay un tiempo para que el juez conozca la demanda, declare la «inadmisibilidad», notifique, para que el usuario subsane las omisiones advertidas por el juez (hay un porcentaje de usuarios que no subsanan y se rechaza la demanda) y para que el mismo juez vuelva a calificar la demanda.

La aplicación de artículos del CPC al proceso único encuentra su autorización en el artículo 161 del CNA, que señala: «el juez especializado, para resolver, toma en cuenta las disposiciones del proceso único establecido en el capítulo II del título II del libro cuarto del presente Código y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil» (Congreso de la República, 2000). En otros términos, en todo lo no regulado hay que recurrir a las normas del CPC.

Como lo hemos mencionado en diversos foros desde hace algunos años, una cuota de la problemática de la demora de los procesos de familia se debe a la «importación» de las reglas del procesal civil (con todos sus problemas prácticos en el terreno jurisdiccional) a una disciplina que es totalmente distinta y que, por su naturaleza, amerita normas propias que permitan el desarrollo de un proceso breve y ágil.

En la actualidad, aún existen «reglas propias» para el proceso único, pero estas están influenciadas por el CPC. A modo de ejemplo, el legislador no ha previsto la reconvencción y la apelación de sentencia se concede con efecto suspensivo. En el primer caso, el juez se ve impedido legalmente de resolver un asunto de tenencia del hijo en su real dimensión, al no existir la reconvencción legal para la solución del conflicto presentado. Es así que tiene que realizar una mirada «parcial» del asunto y verificar solo si el demandante cuenta con las condiciones para ejercer la tenencia, porque si verifica lo contrario, es decir, que el demandado es quien realmente cuenta con los presupuestos para ejercer la tenencia de su hijo, se ve impedido, al menos legalmente, de

pronunciarse a su favor (Pariasca, 2022). Por otro lado, la apelación de sentencia con efecto suspensivo en materias tan sensibles, como la presente, genera perjuicios al niño, niña o adolescente, cuando el demandado no tiene la intención de cumplir efectivamente con la sentencia, sino que, por el contrario, desea dilatar el proceso. El recurso de apelación de la forma prevista es la herramienta útil para dichos fines, considerando el efecto suspensivo.

Hace muy poco, en un reciente viaje realizado al estado de California, tomé conocimiento de que el demandado podía promover recurso de apelación en contra de lo resuelto en el proceso de sustracción del menor, pero la interposición no impedía la ejecución de la resolución final. Entonces, la regla en materia familiar es la ejecución inmediata.

En nuestro país, en términos legales, parecería que los derechos del niño, niña y adolescente pasan a un segundo plano en la ejecución inmediata de la sentencia. No obstante, recientemente, el legislador ha mostrado interés en el proceso familiar y ha previsto la ejecución inmediata de las sentencias a través de la Ley n.º 31464, viabilizando únicamente que la sentencia en materia de alimentos será apelable, pero sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Lo ideal es que el legislador extienda la ejecución inmediata de la sentencia para todas las materias que se ventilan en el proceso único.

Ante el pausado aporte legislativo, las directivas del Poder Judicial se han expedido para fijar parámetros de celeridad al proceso único; sin embargo, no era necesaria la emisión de dos directivas con la finalidad de separar los alimentos del proceso único simplificado y virtual. Esto porque, en rigor, el proceso de alimentos a favor del niño, niña y adolescente se tramita en dicha vía única y bien pudo regularse en la Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, estableciéndose un apartado especial para los alimentos, si es que lo que se buscaba era brindarle a dicha materia reglas más expeditivas o diferenciadas que el resto de materias

que se conocen en el proceso único. En todo caso, nada impide al usuario o juez aplicar los principios y las reglas del proceso único simplificado y virtual al proceso simplificado y virtual de alimentos.

2. ¿CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA O ÚNICAMENTE ADMISIÓN DE LA DEMANDA?

La Directiva n.º 010-2020-CE-PJ olvida lo relacionado con la calificación de la demanda (a pesar de que la nombra en el artículo 2 mencionado en el apartado anterior), a diferencia de la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ que sí establece en su artículo 2.1 lo siguiente:

Recibida la demanda de alimentos, el juez la califica y si advierte la omisión o defecto subsanable, no declarará la inadmisibilidad, sino la admisión a trámite y concederá al demandante un plazo razonable para que subsane durante el desarrollo del proceso.

Dicho artículo, que venimos implementando desde hace algunos años, mucho antes de la pandemia y de la directiva, lo hemos socializado en diversos foros y es la forma correcta de calificar la demanda en un proceso único familiar y no solamente en los procesos de alimentos. Decíamos líneas arriba que el artículo 165 del CPC, al que nos remite el CNA, permite al juez calificar la demanda en un proceso único, tal y como si fuera una demanda civil, declarando inadmisibile la demanda para su subsanación. Esto, que puede ser común en los procesos civiles, no debería serlo en los procesos que dilucidan derechos de los niños, niñas y adolescentes. Normalmente se piensa que las demoras en los procesos se encuentran al momento de sentenciar o durante el trámite; sin embargo, realmente, la demora de los procesos únicos se ubica desde el inicio o la etapa de calificación de demanda.

Estadísticamente, se ha detectado que un juez puede demorar meses en esta etapa, si contabilizamos desde el ingreso de la demanda a través de la mesa de partes. Además, si somos rigurosos, las «inadmisibilidades» en los procesos únicos se deben a omisiones que, en puridad, pueden ser subsanadas sin mayor problema² durante el trámite del proceso, sin que deba «sancionarse» al litigante con la mencionada inadmisibilidad³.

Que no se inicie el proceso único por inadmisibilidades atenta contra la celeridad procesal y, por tanto, contraviene el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Es así que la forma de calificación que promueve el artículo 2 de la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ debe extenderse a las demás materias que se ventilan en los procesos únicos.

El legislador, advirtiendo la importancia de la calificación de la demanda, ha tomado como base la directiva en análisis y ha transformado dicho apartado en ley (Ley n.º 31464), pero, al igual que la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, únicamente para los alimentos. Ante dicha grave omisión, al encontrarse la materia de alimentos dentro del proceso único que regula materias sensibles de niños, niñas y adolescentes, se debe extensivamente considerar dicha regulación para los demás asuntos que se ventilan en el proceso único. De esta manera, reduciríamos el tiempo de calificación en días u horas, en favor del niño, niña y adolescente.

2 Así, es usual encontrar omisiones de partidas de nacimientos o tasas, que son necesarias para resolver y que pueden subsanarse en el desarrollo del proceso.

3 En la praxis, existen «inadmisibilidades inoficiosas», en las que el juzgado llega a «extremos» de considerar omisión las papeletas de habilitación de abogados, ausencia de DNI del demandante o declara inadmisibile para que realice «precisiones» de derecho, lo cual ciertamente son obstáculos para acceder a la justicia.

3. AUDIENCIA «ÚNICA» Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Siendo un proceso breve o sumario, la audiencia debe ser realmente única. Decimos esto porque se ha vuelto una costumbre que, por diversas razones, la audiencia se suspenda para ser continuada en otra fecha; y, de esta forma, se tiene audiencias «únicas» realizadas en dos o más sesiones, que alargan el trámite del proceso. En ese sentido, se presentan problemas prácticos en el desarrollo de la audiencia que es necesario precisar, para después aportar soluciones.

4.1. ¿Preparación de audiencia única en fecha distinta a la audiencia?

El artículo 5 de la Directiva n.º 010-2020-CE-PJ regula la preparación de la audiencia cuando esta se desarrolle de manera virtual, lo que es contrario al propósito de la misma directiva, es decir, que el proceso sea simplificado y sencillo.

El mencionado artículo, entre otros aspectos, considera lo siguiente:

5.2.3. En esta comunicación se convoca a los abogados de las partes a una coordinación o conferencia de preparación previa a la audiencia única virtual, a efectos de poder verificar la factibilidad y establecer medidas alternativas en caso se presenten fallas en el desarrollo de la audiencia.

Teniendo en consideración la sobrecarga laboral de los juzgados, en la práctica, dicha preparación de audiencia se debe realizar minutos antes de empezar la grabación de la audiencia. Esto, a fin de evitar que se programe una fecha para la «preparación» y otra fecha distinta para la audiencia, lo cual resultaría dilatorio. Se fija fecha y hora de audiencia, y antes de empezar, en unos diez minutos como máximo, se informa a las partes los aspectos relacionados con la audiencia única

virtual⁴. En caso de que una de las partes no tenga la posibilidad de acceder a la plataforma virtual o presente problemas de internet, esto se debe informar al juzgado para realizar la audiencia única de forma presencial.

4.2. El retraso en la emisión de informes del Equipo Multidisciplinario

Otro problema que ocurre cotidianamente a nivel nacional es el retraso en la elaboración de los informes escritos del Equipo Multidisciplinario de la Corte. La Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, en el artículo 7, establece que, previo al desarrollo de la audiencia, el juez ya tiene el informe técnico del equipo.

El Equipo Multidisciplinario debe contar con los profesionales necesarios para cumplir con los encargos y emitir los informes antes del desarrollo de la audiencia. En la actualidad, ocurre que en un proceso determinado ya se actuaron los medios probatorios; sin embargo, el proceso, en los hechos, se encuentra paralizado porque no se cuenta

4 El artículo 5.4.1. de la Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, Proceso Único Simplificado y Virtual, señala lo siguiente:

En la conferencia o actos de preparación, el órgano jurisdiccional, a través del auxiliar jurisdiccional encargado, en coordinación con los abogados de las partes, deben definir lo siguiente: a) La aplicación a ser utilizada durante la audiencia única virtual será Google Meet, en tanto se incorpore el aplicativo institucional del Poder Judicial. b) En forma excepcional, de acuerdo a las circunstancias del caso, previa autorización del órgano jurisdiccional y con acuerdo de partes se podrá utilizar otro aplicativo (asegurándose de que este permita la grabación de la sesión y no tenga problemas referidos a la seguridad de la información) o por vía telefónica. c) La duración que tendrá cada etapa de la audiencia única virtual, teniendo en cuenta el número de participantes. d) La relación de personas que participarán de la audiencia única virtual; así como el momento y la forma en que sus documentos de identidad y poderes serán enviados al órgano jurisdiccional, en caso no obren en autos. e) La forma como deberán proceder las partes y abogados, en caso se produzca algún problema con la conexión a la audiencia única virtual o se desconecten de esta abruptamente. f) La obligación de comunicar telefónicamente de forma inmediata al auxiliar jurisdiccional designado y hacer las coordinaciones necesarias para que la audiencia única virtual se reanude en el más breve plazo. g) La necesidad de generar «salas privadas» para las conferencias de conciliación entre las partes.

aún con el informe del equipo. La solución es la oralidad de los informes del equipo en la audiencia única, que analizaremos más adelante.

4.3. Conciliación judicial

La Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, así como el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes, precisa que es durante el desarrollo de la audiencia que el juez debe promover la conciliación entre las partes.

Por experiencia, en audiencia, sabemos que luego de que cada parte expone su posición es imposible que las partes concilien. Consideramos que el mejor momento para invitar a conciliar a las partes es antes de dar inicio a la audiencia única e inmediatamente después de la preparación de la audiencia antes comentada. En ese primer contacto o intermediación, el diálogo directo entre las partes y el juez fluye. También es el momento de invitar a la reflexión a los actores sobre el perjuicio que trae consigo para los niños el proceso en estricto, y que la exposición de un niño, niña o adolescente a una entrevista u opinión, por muy amigable que sea, siempre es preferible evitarla.

Recomendamos que en ese diálogo conciliatorio sean las partes los principales actores, ya que son quienes viven día a día el conflicto. En ese sentido, los abogados no deberían intervenir en dicha fase. No está demás mencionar que existe aún un grupo de abogados que, lejos de colaborar con la solución del conflicto de una manera amistosa o conciliadora, entorpecen el posible acuerdo o toman partido por el conflicto y señalan que no desean conciliar.

En diversas oportunidades he contado una anécdota sucedida en un proceso familiar que ejemplifica lo comentado. En un proceso, un abogado se negaba a conciliar en contra del parecer de su propio cliente. Ante dicho escenario, le consulté al abogado cuál era la razón de fondo de su negativa, y este manifestó que su cliente estaba cediendo a la indemnización propuesta en la demanda y que no lo

aceptaba porque él había quedado con su cliente que un porcentaje de dicha indemnización era parte de su honorario de éxito. En otros términos, el abogado anteponía su interés al de su cliente, buscando frustrar la conciliación en el ámbito familiar, y poco o nada le interesaba la armonía familiar o los derechos de las partes y del niño.

De acuerdo con el artículo 10 de la Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, la conciliación no se graba. Es así que, como hemos mencionado, se recomienda promoverla desde el inicio de la audiencia, no solo por ser el momento inicial o primer contacto visual, sino porque, en caso de que se frustré la conciliación, se optará por grabar la audiencia, sin mayor interrupción.

Finalmente, otro problema práctico en el desarrollo de la audiencia es qué sucede si una de las partes no asiste a la audiencia, no obstante habersele notificado correctamente. En dicho escenario, se realiza la audiencia sin la presencia del ausente. Sin embargo, el asunto es dudoso cuando las dos partes no asisten a la audiencia. La Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, en el artículo 6.8, señala que «si el demandante y el demandado no concurren a la audiencia única y existen todos los medios probatorios, el juez podrá resolver sin necesidad de la presencia de las partes, en aplicación del interés superior del niño».

Para las materias, distintas a los alimentos, que se conocen en el proceso único, se requiere del dictamen fiscal de manera previa a la resolución final o sentencia. Entonces surge la siguiente interrogante: ¿resultaría acertado proceder con la conclusión del proceso ante la inasistencia de las partes a la audiencia o deberá realizarse la audiencia sin la presencia de las partes, resolviendo en ese mismo momento, siempre que el fiscal expida su dictamen de manera oral en la audiencia? Consideramos que, siendo un proceso a favor del niño, niña o adolescente, debe optarse por realizar la audiencia única. Ahora, si necesariamente se requiere la declaración de las partes o la opinión del

niño, niña o adolescente, resulta razonable que se cite por segunda y última vez para la actuación de dichas declaraciones. En caso de que nuevamente las partes no participen de la audiencia, deberá prescindirse lo pendiente, para que el Ministerio Público emita dictamen en la misma audiencia y, conforme con lo actuado, el juez proceda a emitir sentencia.

Otro es el problema del dictamen fiscal oral en audiencia que, como vamos a desarrollar a continuación, el Ministerio Público usualmente no realiza. La Fiscalía de Familia, por lo general, emite dictamen de manera escrita y fuera de audiencia.

4. LA ORALIDAD EN EL PROCESO ÚNICO

Normalmente, los usuarios confunden la oralidad en el proceso civil con la oralidad en el ámbito procesal familiar, específicamente, en los procesos únicos. El proceso breve familiar lo asimilan al proceso civil, dividiendo la «audiencia preliminar» y la de «juzgamiento»⁵, olvidando que el proceso único familiar a favor del niño, niña y adolescente tiene una audiencia «única» y, por tanto, reglas propias.

Las directivas regulan la oralidad en el proceso único simplificado y virtual, la que se realiza en la audiencia única concentrada. De esta manera, conforme con el artículo 7 de la Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, si el juez corrobora que la parte emplazada ha promovido excepciones o defensas previas, solicitará al demandante que en la misma audiencia las absuelva, debiendo el juez actuar las pruebas y emitir la resolución que corresponda de manera oral. Seguidamente, la directiva regula la presentación de la «teoría del caso» por las partes, de forma oral y de manera previa a la fijación de los puntos controvertidos.

5 Un excelente trabajo sobre la oralidad en el ámbito procesal civil ha sido escrito por Carlos E. Polanco Gutiérrez (2019).

Los artículos 8 y 9 de la mencionada directiva regulan los tres aspectos centrales de la oralidad en el proceso único familiar:

- 8.1. En el desarrollo de la audiencia, el juez promueve la oralidad de los medios probatorios.
 - 8.2. El Equipo Multidisciplinario debe estar presente en la audiencia para que emita su informe de manera oral.
 - 8.3. El fiscal de familia puede emitir su dictamen fiscal de manera oral.
- [...]
- 9.1. El juez especializado de familia o mixto puede dictar sentencia de manera oral en la audiencia única virtual en su parte resolutive o de manera integral, dependiendo de la carga procesal o la complejidad de la causa.

La oralidad de la actuación de los medios probatorios es el aspecto medular de la audiencia. Por dicha razón, los jueces que ya vienen trabajando la oralidad en otras disciplinas mencionan que el ingreso formal de la oralidad en el proceso y en una determinada especialidad requiere del estudio previo y detallado del expediente; es decir, se necesita un magistrado preparado para el caso, a pesar de la cantidad de audiencias que desarrollan durante el día.

La directiva antes citada, también de forma novedosa, promueve la oralidad del informe que expida el Equipo Multidisciplinario. En líneas anteriores mencionábamos que, en ocasiones, este equipo no expide los informes antes del desarrollo de la audiencia. Su argumento es que existe carga por atender y, además, se deben elaborar los informes. Oralizar el informe en audiencia debe estar destinado a eliminar su redacción, así como su ingreso al sistema del Poder Judicial, que, como señala el personal que conforma el Equipo Multidisciplinario, le genera un tiempo considerable durante el día.

Es así que, sobre la base de la economía procesal, es contradictorio que se obligue al Equipo Multidisciplinario a remitir los informes (escritos) antes de la audiencia y, a su vez, que los profesionales que lo integran oralicen sus informes en audiencia. Con base en la directiva, el psicólogo, el médico y el trabajador social del equipo deben cumplir con el encargo o la evaluación y asistir directamente a la audiencia para exponer su informe de manera oral, dejando de lado el tiempo destinado a redactar el informe y subirlo al sistema. De esta manera, se erradica el uso de papel para dar paso a la oralidad en audiencia.

La tantas veces mencionada Directiva n.º 010-2020-CE-PJ ha previsto también que el fiscal de familia puede (y no debe) emitir su dictamen fiscal de forma oral en audiencia. Dicha novedad concuerda con la concentración de actos y, especialmente, con la celeridad del proceso. Sin embargo, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, el Ministerio Público, institución independiente al Poder Judicial, no ha considerado implementar dicho aspecto. Es así que, en la práctica, existe una demora que va desde la finalización de la audiencia hasta el envío del expediente a dicha institución para el dictamen correspondiente y el retorno del expediente al juzgado acompañado del dictamen.

Corresponderá al legislador, que viene observando y estudiando las directivas del Poder Judicial en materia familiar, advertir la presente problemática para que, legalmente, el Ministerio Público deba emitir opinión de manera oral en audiencia y, de este modo, en la misma audiencia el juez emita la sentencia, también de manera oral. Sin dictamen fiscal oral en audiencia, el juez que conoce el proceso se encuentra imposibilitado de expedir sentencia oral.

La no emisión del dictamen oral en audiencia, y, por tanto, la no expedición de la sentencia de forma oral, es contraria a la solución de los casos con prontitud o rapidez, como reza el concepto

del derecho procesal de familia brindado por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Tercer Pleno Casatorio Civil, Casación n.º 4664-2010-Puno.

Además, dictaminar por escrito fuera de audiencia es contrario a la diligencia que exige el Tercer Pleno Casatorio Civil, y no tiene presente que el tiempo entre la finalización de la audiencia, el envío del expediente al Ministerio Público, la emisión del dictamen escrito y la expedición de la sentencia, en los hechos, no permite entender adecuadamente todo lo desarrollado en la audiencia concentrada y oral, al momento de resolver. Y es que, con la sobrecarga laboral de los juzgados, y mientras más pase el tiempo, el juez y el fiscal se verán en la necesidad de estudiar todo el expediente y revisar la grabación de la audiencia en varias oportunidades para emitir sus pronunciamientos, lo cual constituye horas de trabajo que pudieron ser destinadas a la solución de otro proceso y perjudica no solo a las partes del conflicto y al niño, niña o adolescente, sino a todo usuario de la administración de justicia.

Como enseña Roberto Perez-Prieto de las Casas (2021),

si bien la oralidad es el principal aliado como herramienta para poder construir una historia, también es un enemigo en cuanto al tiempo, puesto que la transmisión oral necesita de la memoria y, como sabemos, la memoria va perdiendo su efecto a medida que pasa el tiempo, por lo que, si las actuaciones son orales, entonces deben realizarse en el menor tiempo posible y así poder retener de la mejor manera lo sucedido en la audiencia. Por ello, además, es imprescindible que la decisión final venga también de manera inmediata a la culminación de las actuaciones. Claro está que el hecho de que sea inmediata no significa, de ningún modo, que en casos complejos se deba forzar una decisión apresurada, cuando el juzgador necesita mayor tiempo para pensar, razonar y, finalmente, decidir (p. 174).

Siguiendo al autor citado, la única excepción a la inmediatez es el asunto complejo. El juez podrá reservarse la emisión de la sentencia oral, para expedirla de manera posterior a la audiencia, cuando revista complejidad. De la misma manera, no se le puede exigir al fiscal de familia que oralice su dictamen en audiencia si el caso es complejo. Solo en este último escenario se justificaría el trámite habitual de dictaminar por escrito, fuera de audiencia.

5. CONCLUSIONES

1. El Poder Judicial viene contribuyendo con el avance del derecho procesal de familia, en esta ocasión, al expedir las Directivas n.º 007-2020-CE-PJ (Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente) y n.º 010-2020-CE-PJ (Proceso Único Simplificado y Virtual).
2. La virtualidad, la concentración de actos y la oralidad destacan como nuevas reglas propias del proceso único familiar, a diferencia de las normas del «viejo» CNA.
3. Las buenas prácticas de los jueces de la especialidad han sido la fuente principal de las directivas. En tal sentido, habiéndose dotado de herramientas procesales especiales para la celeridad del proceso único, el legislador ha empezado por convertir en ley (Ley n.º 31464) una serie de normas previstas en la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ. Corresponderá también al legislador acoger las diversas reglas y normas reguladas en la Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, para que las instituciones modernas del proceso único adquieran rango de ley.
4. Con la entrada en vigencia de la Ley n.º 31464, dependerá del juez realizar la audiencia única de manera presencial y virtual⁶ en el pro-

6 Artículo 170-A del CNA (artículo incorporado por el artículo 3 de la Ley n.º 31464):

ceso de alimentos. No obstante, siendo el proceso de alimentos una materia que se ventila en el proceso único, nada impide que extensivamente se comprenda a las demás materias que se conocen en los procesos únicos, ya que en estas últimas se comprometen también derechos de los niños, niñas y adolescentes, y se debe actuar con la celeridad del caso.

5. La oralidad en el proceso único familiar presenta características distintas a los demás procesos y especialidades. Corresponderá al juez y a los usuarios en general su adecuada aplicación práctica, en beneficio de los niños, niñas y adolescentes que participen de dichos conflictos.

REFERENCIAS

Congreso de la República (2000). Ley n.º 27337, Código de los Niños y Adolescentes. Lima: 2 de agosto de 2000. <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>

Congreso de la República (2022). Ley 31464, Ley que modifica las normas que regulan los procesos de alimentos, a fin de garantizar la debida aplicación del principio del interés superior del niño y la obtención de una pensión de alimentos adecuada. Lima: 3 de mayo de 2022. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-las-normas-que-regulan-los-procesos-de-alim-ley-n-31464-2063845-3/>

En los procesos de alimentos, la audiencia única se rige por las siguientes reglas: a) El juez puede realizar la audiencia única de manera presencial o virtual, privilegiando en todos los casos la vigencia de los principios de oralidad, concentración, celeridad y economía procesal.

- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2020a). Resolución Administrativa n.º 000167-2020-CE-PJ, que aprueba la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente. Lima: 4 de junio de 2020. <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/RA-000167-2020-CE-PJ.pdf>
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2020b). Resolución Administrativa n.º 000195-2020-CE-PJ, que aprueba la Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, Proceso Único Simplificado y Virtual. Lima: 24 de julio de 2020. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/71e2f2004f84288c920fb76976768c74/RA-000195-2020-CE-PJpdf.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=71e2f2004f84288c920fb76976768c74>
- Gaspar S. y Fernández W. (2021). Avances y desafíos del sistema de justicia peruano frente a la implementación del proceso virtual de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes. *Llapanchikpaq: Justicia*, 2(2), 17-41. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/lj/article/view/405/533>
- Kielmanovich, J. L. (2009). *Derecho procesal de familia*. Abeledo Perrot.
- Pariasca, J. (2022). La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente. *Llapanchikpaq: Justicia*, 4(4), 41-53. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/lj/article/view/591/764>
- Perez-Prieto, R. (2021). ¿La oralidad significa una evolución para los procesos de solución de conflictos? En L. Alfaro (coord.), *Fundamentos de la oralidad en el proceso civil* (pp. 165-197). Jurista Editores.
- Polanco, C. (2019). *Litigación oral en el proceso civil*. Cromeo Editores.

Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 135-175

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.658

Ese largo camino hacia la igualdad: juzgando con perspectiva de género

That long road to equality: judging from a gender perspective

ANALÍA INÉS DURAND DE CASSÍS

Poder Judicial de la Provincia de Corrientes
(Corrientes, Argentina)

Contacto: analiadurand@juscorrientes.gov.ar
<https://orcid.org/0000-0002-0926-8391>

RESUMEN

El propósito de este trabajo es desarrollar algunas ideas sobre el estado de situación de la aplicación de la teoría de la perspectiva de género en la resolución de los casos en los tribunales de justicia de la provincia de Corrientes, Argentina. Para ello, es imprescindible desplegar el marco teórico bajo el cual se realizará este análisis, que incluye el tema de la igualdad, así como la mirada constitucional en relación con las desigualdades estructurales de los grupos sociales, lo que llevará a advertir las desigualdades económicas en las formas de organización humana. Luego se interpretará qué se entiende por feminismo, para llegar al tópico de lo que es juzgar con perspectiva de género. Se finaliza con la exposición del caso Tamara, un caso paradigmático de femicidio,

resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, máximo tribunal de dicha provincia de la Argentina.

Palabras clave: igualdad; desigualdad; perspectiva de género; Corrientes; femicidio.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to develop some ideas on the state of the situation of the application of the gender perspective theory in the resolution of cases in the courts of justice of the province of Corrientes, Argentina. For this purpose, it is essential to deploy the theoretical framework under which this analysis will be made, which includes the issue of equality, as well as the constitutional view in relation to structural inequalities of social groups, which will lead to notice economic inequalities in the forms of human organization. Then, we will interpret what is understood by feminism, to reach the topic of what is judging from a gender perspective. This article ends with the presentation of the Tamara case, a paradigmatic case of femicide, resolved by the *Superior Tribunal de Justicia de Corrientes* [Court of Appeals in and for Corrientes], the highest court of said Argentinian province.

Keywords: equality; inequality; gender perspective; Corrientes; femicide.

Recibido: 19/09/2022 Aceptado: 15/11/2022

1. IGUALDAD

El punto de partida de esta investigación inicia con la siguiente premisa: la igualdad es un mandato constitucional. Se halla consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina (en adelante, CN), en su primera parte, capítulo 1, que contiene las declaraciones, los derechos y las garantías:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas.

Es decir, hay un fuerte compromiso con el principio de igualdad ante la ley, el mismo que ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia desde diversas perspectivas: filosófica, política, constitucional, convencional, civil, penal, laboral, etc., dado que se refleja en otras disposiciones de la Carta Magna, como el artículo 75, inciso 23, denominada la cláusula del progreso.

Por lo tanto, es relevante dejar establecido el criterio con el cual dicho principio será interpretado, pues constituye un prerequisite para el tratamiento del tema central, que es el juzgamiento con perspectiva de género. A su vez, también es necesario indagar, en primer lugar —aunque muy brevemente—, en el igualitarismo visto como teoría filosófica moral y política, que trata de una sociedad de iguales; y destacar algunas características que comparten las diversas versiones.

Así, primero tenemos que se asemejan en la creencia de la igualdad moral básica de las personas. La segunda concordancia es que se requiere una igualdad en las oportunidades, los recursos, las ventajas y los costos que las instituciones sociales asignan a los individuos, es decir, iguales posibilidades de acceso a las ventajas de la vida en comunidad.

La igualdad moral que privilegia la libertad encuentra su razón de ser en otro valor, que es la autonomía personal, entendida como la posibilidad del individuo de actuar conforme con sus ideales y planes de vida, para lo cual necesita una igualdad de recursos, vista como un reaseguro de la autonomía. Por otro lado, en referencia a la igualdad de recursos y las estrategias que se proponen para su logro, se han formulado objeciones al igualitarismo, en sus diversas manifestaciones, que básicamente se resumen en tres: el igualitarismo implica aceptar nivelar para abajo; nivelar para abajo es incorrecto moralmente; por lo tanto, debe ser abandonada dicha teoría.

Estas críticas han sido refutadas por autores de peso. Se destaca el planteamiento de Marcelo Alegre, quien sostiene que hay que rechazarlas, en particular a la segunda objeción. En su ensayo que titula y concluye con el mismo interrogante, «¿Quién le teme a la igualdad?», desarrolla su pensar respecto de las variadas objeciones formuladas a la teoría. Nos detendremos en aquella que cuestiona la nivelación para abajo que se le atribuye (Alegre, 2007a, p. 66). El autor no exige ni acepta nivelar para abajo. Para defender esta posición, distingue en primer término entre casos de análisis, puros e impuros; asimismo, brinda una explicación de las razones, erradas, que tienen los críticos para catalogar a los casos o las decisiones en el ámbito del igualitarismo, con la falla de propender a la nivelación para abajo (p. 68).

Respecto de los casos impuros, para que sean tales genuinamente y, por lo tanto, generen un problema moral, no deben producir efectos positivos de ningún tipo en sus diferentes dimensiones (mejor o peor situación). Los casos puros de nivelación para abajo se identifican porque los que están mejor pasan a ocupar la misma posición de aquellos que están peor, sin ninguna mejora en la situación de estos. Esta última reflexión no es solamente teórica, y debe ser utilizada en el diseño de las políticas igualitarias, pues variados cursos de acción

igualitarios implican nivelar en alguna dimensión con el fin de mejorar la situación de los que están peor, o del conjunto, en otra dimensión.

Es decir, la idea de que está mal perjudicar a alguien, sin que medie beneficio alguno para nadie, es un principio general que debe gobernar nuestras acciones y las del Estado. Puede haber razones plausibles para que ese principio ceda. Por lo tanto, privar a algunos de ciertos beneficios sin razón es incompatible en una sociedad de iguales. Lo que sucede en la práctica es que, en las luchas por la igualdad, principalmente en el aspecto económico, muchas veces todos terminan peor. Así, «en estos casos la nivelación para abajo no debe ser cargada a la cuenta del igualitarismo, sino de quienes se resisten al avance de la igualdad» (Alegre, 2007a, p. 75).

Otro aspecto que analiza Alegre para sostener su visión igualitarista es el vínculo y la compatibilidad entre dos grandes valores como son la igualdad y la libertad, a las cuales la variada doctrina observa en constante tensión. En esta propuesta, la libertad no es vista como una opción o una licencia sino como un haz de derechos civiles y políticos reconocidos y protegidos por las democracias constitucionales, es decir, un presupuesto esencial de esta. En este punto, es necesario preguntarse sobre la relación entre el igualitarismo y la democracia constitucional. Una de las motivaciones más potentes de los igualitaristas es mejorar las relaciones sociales para ir eliminando las situaciones opresivas o de explotación. Por lo tanto, la creencia en la libertad es fuerte. Y esta tiene su sustento en el valor de la autonomía, a la cual se ha hecho referencia como uno de los pilares de la igualdad.

Cuando nos referimos a nuestra autonomía, lo hacemos en relación con el modo en que estamos vinculados con otros. Entonces la mejora y la protección del espacio de libertad de elección individual es la clave de la bóveda del igualitarismo (Alegre, 2007a, p. 76). Por lo tanto, la objeción de que el igualitarismo traería como consecuencia la necesidad

de implementar un enorme aparato para planificar cada detalle de la vida de las personas —y ello trasladado a la visión de Estado— sería la generación de una gran burocracia, un Estado omnipresente, que no es aceptable, y que se da de bruces con la visión igualitarista, pues ello significaría dar una cantidad de poder en manos de algunos. Se toman ejemplos de la vida contemporánea, como la caída del muro de Berlín, vista como el triunfo de ambos valores, la libertad y la igualdad.

Así, no debe perderse de vista que el igualitarismo no tiene como propósito crear una sociedad uniforme, en donde todos usen, por ejemplo, la misma ropa y lean los mismos libros. No condena la diversidad sino que trata de brindar fundamentos más sólidos al dar a cada uno y a todos oportunidades y recursos para disfrutar de la posibilidad de vivir vidas diversas (Alegre, 2007a, p. 88). Finalmente, el autor sostiene que quienes temen al igualitarismo lo confunden con las construcciones realizadas por sus adversarios. Ahora cabe preguntarse cómo funcionan y cómo operan estas ideas en el plano institucional.

Se advierte una fuerte corriente de constitucionalización de los derechos sociales que se produjo en Argentina con la reforma constitucional de 1994. Posteriormente, en el plano legislativo, la reforma en 2015 unificó el Código Civil y el Código de Comercio en el Código Civil y Comercial de la Nación, con una amplia nota denominada de constitucionalización del derecho privado (Dalla, 2016, p. 35). Con relación a la exigibilidad judicial de tales derechos, si bien hoy la mayoría de los tribunales son receptores de peticiones para hacer efectivos los derechos sociales que se consideran no reconocidos, o que requieran de una ampliación de su efectividad, no puede dejar de hacerse referencia a la postura que tiene el igualitarismo en la temática.

Esta postura interpreta que los jueces carecen de suficiente legitimidad en su designación, pues no son elegidos directamente por la ciudadanía. El Poder Judicial es un poder del Estado contramayoritario,

situación que le autorizaría únicamente a intervenir en aquellos casos en los que no se respeta el mínimo social, ya fuere prohibiendo que se viole el mismo o que se adopten medidas para su satisfacción. Esto dado que es obligación de todos los poderes del Estado respetarlo, teniendo en cuenta que el ideal pretendido es mucho más ambicioso (Alegre, 2007b, p. 150).

En cuanto al ideal igualitario y la proyección de un programa amplio para su implementación,

el papel principal le corresponde a los órganos políticos, que reflejan más adecuadamente las preferencias colectivas y que, respecto de la protección de los derechos socioeconómicos mínimos, también los jueces tienen la potestad y el deber de forzar que sean debidamente atendidos (Alegre, 2007b, pp. 156-157).

Por lo tanto, entre otras conclusiones, arguye que el activismo judicial no es una amenaza para la legitimidad democrática. Entonces, se puede decir que el igualitarismo conserva su lozanía como teoría política y encuentra —o debería encontrar— el ámbito natural para su desarrollo en las democracias constitucionales. Desde esta atalaya seguiremos transitando el camino del igualitarismo para arribar al plano normativo en el sistema jurídico argentino, en particular en el constitucional y el convencional.

2. LA MIRADA CONSTITUCIONAL

Desgranadas algunas ideas sobre la igualdad como teoría filosófica política, volvemos al principio consagrado expresamente en el artículo 16 de la CN, para hacer referencia, más que a sus orígenes históricos —que justifican el tenor de su redacción—, al estado de situación en la actualidad.

No se puede dejar de mencionar a un pensador de las ideas de mayo de 1810, Mariano Moreno, quien redactó un proyecto de decreto que luego sancionó la Primera Junta, uno de cuyos párrafos decía así:

La libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad (citado por Saba, 2007, p. 162).

Ya en aquella época la igualdad era entendida como contraria a la opresión, el sometimiento y la exclusión. Es decir, la libertad era una condición esencial para la autonomía personal y, por lo tanto, para que el ciudadano proyecte su plan de vida.

Este ideal igualitario ha trascendido en su interpretación la tesis liberal, individualista, que se sustenta en el principio de la igualdad de trato en igualdad de circunstancias. Esta ya no es suficiente, pues deja de lado la consideración de situaciones de grupos sistemáticamente excluidos no solo por una situación de hecho sino por situaciones sociales, prácticas y prejuiciosas (Saba, 2007, p. 166).

La idea de igualdad que propone Saba, a la cual nos hemos adherido en numerosas decisiones judiciales, se relaciona con la mirada estructural que permite la incorporación de datos sociohistóricos para que no solo considere la actividad regulada legalmente en función de la categoría escogida —como único dato relevante—, sino que sitúe a la persona involucrada en la realidad de su grupo, o categoría, valga la redundancia. Esta es una visión sociológica que no echa a perder su individualidad a la persona, sino que contribuye a crearla, y es un dato importante a tener en cuenta para no secundar a que se mantengan en el tiempo las desigualdades.

Es necesario realizar un doble juicio. Primero se debe establecer cuál es el fin que persigue la norma; el segundo permite encontrar la relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido por la norma y el fin buscado, teniendo en cuenta la mirada sociológica a la que se ha hecho referencia. Debe haber proporcionalidad o razonabilidad entre fines y medios, lo que requiere de un análisis estricto, de modo que permita concluir que no nos damos por satisfechos con la neutralidad o la «no discriminación», sino que debe aspirarse a lograr el no sometimiento o la exclusión del grupo al que pertenece la persona involucrada.

Cada situación requiere indagar si el criterio utilizado por el legislador no contribuye a perpetuar la situación de inferioridad a la que pertenece el grupo que integra la persona afectada. Esto porque ha habido una evolución en la interpretación del contenido y de los alcances del principio de igualdad. Pese a ello, se sigue advirtiendo el crecimiento de la brecha entre aquellos que tienen sus necesidades básicas satisfechas y aquellos que no. Es decir, sigue en aumento la pobreza, lo que nos lleva una vez más a indagar en sus causas, y a replantear las concepciones y, por derivación, las políticas públicas que se adopten al respecto. La igualdad, vista como la concreta posibilidad de acceso a un bien esencial para la vida digna de una persona, se aleja cuando tenemos una desigualdad estructural, que es aquella en donde la persona se encuentra en un estado de escasez y vulnerabilidad, que a veces proviene de generaciones anteriores (su entorno familiar) y no le permite tener llegada a esos bienes esenciales, llámese salud, educación, vivienda o trabajo. En estos casos se requiere del Estado nacional o provincial, conductas activas, y acciones afirmativas, positivas y tendientes a ir eliminando esas desigualdades y asimetrías estructurales.

Por lo tanto, cabe concluir que no hay una contraposición irremediable entre ambas miradas constitucionales de la igualdad, sino

que la mirada vista como no sometimiento complementa a la de no discriminación, la integra, y permite extraer del principio su máximo rendimiento, para contemplar la situación de los grupos desaventajados (Saba, 2016, p. 31). Esta doble mirada, que requiere la interpretación que se auspicia, encuentra su respaldo constitucional en la reforma de la CN de 1994, que incorporó en el artículo 75, referido a las atribuciones del Congreso, en su inciso 23, la posibilidad del Estado de adoptar acciones afirmativas y medidas de acción positiva

que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Como se podrá advertir, vamos transitando el camino de la igualdad real, ya en el plano normativo. No obstante, antes de continuar en él —para llegar al análisis del estado de situación en el quehacer de juzgar con perspectiva de género—, no podemos dejar de desentendernos en el tema de la «desigualdad económica», que es la otra cara de la moneda.

3. LAS DESIGUALDADES

Es un tema central de la interpretación que se propone, para analizar el principio de igualdad (real) y su posible vulneración, tener en cuenta como dato de análisis las desigualdades estructurales o sistemáticas de los grupos, identificados en nuestra Carta Magna (niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad). Todas esas categorías que fueron identificadas en la carta constitucional como grupos desaventajados en algún aspecto, pues requieren de acciones positivas del Estado para neutralizar su situación, tienen múltiples causas y prácticas sociales y decisiones institucionales que las han colocado en esa

situación; sin embargo, comparten una en común, que es la desigualdad económica.

Nos detendremos brevemente en una mirada económica del concepto de desigualdad que refiere a las diferencias entre personas o grupos en el ingreso, la riqueza y el acceso a oportunidades económicas. Las brechas se observan en el ingreso y en la riqueza, pero también en el acceso a la educación, vivienda, salud y empleo; y se extiende a cada rincón de la vida cotidiana. Ello se manifiesta en diferentes actividades, como tener menos tiempo para pasar con los hijos, participar en la vida política, entre otros aspectos (Gasparini, 2022, pp. 23-24).

La desigualdad económica es una característica distintiva de las formas de organización humana. Figura entre las principales preocupaciones de la opinión pública a nivel mundial. Diferente es el concepto de la pobreza; si bien esta es tratada o utilizada de modo indistinto con el término «desigualdad», son concepciones distintas. La pobreza siempre ha existido, desde las sociedades más antiguas; sin embargo, el desarrollo industrial primero y luego el tecnológico acortaron las brechas. Esta situación se da de modo diferente con la desigualdad.

Son conceptos distintos, pues la desigualdad implica comparar una variable entre personas o grupos, por ejemplo, el ingreso; mientras que la pobreza refiere a una comparación respecto de un umbral o valor fijo, por ejemplo, la línea de pobreza. Hoy la pobreza es reconocida como un mal social a nivel universal. Tal es así que, en los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, la meta 1 es poner fin a la pobreza en el mundo y la meta 2 es el hambre cero. La necesidad de bajar la pobreza es innegable e indiscutible.

El argumento de la desigualdad como un mal social es mucho más controvertido y discutido. Hay una dificultad conceptual, pues implica reflexionar sobre la necesidad de hacer políticas redistributivas, su profundización y qué rol tiene el Estado en su diseño, cuestiones centrales

de la política y la economía (Gasparini, 2022, p. 25). Sin embargo, no podemos dejar de tener presente que la desigualdad económica a la que se hace referencia genera efectos nocivos sobre diversos aspectos de la vida de una comunidad. Afecta a la cohesión social, la seguridad, la estabilidad y el crecimiento. En cuanto al crecimiento económico, propicia el desarrollo de sociedades que pueden ser instituciones más inclusivas que extractivas. Se entiende por las segundas aquellas que se diseñan para extraer rentas y riquezas del resto de la sociedad, para, a su vez, beneficiar a un grupo o una élite.

En cuanto a la igualdad de oportunidades, vista por un economista como es Gasparini, no desde la filosofía política ni el derecho constitucional, tampoco resulta acertado comparar solamente los resultados económicos, sino que hay que considerar las circunstancias en que estos se generan y es aquí que entramos a referirnos a la igualdad de oportunidades. En este aspecto, el autor desarrolla una línea argumental que es relevante destacar, pues tiene una coincidencia básica con la mirada filosófica de autores como Alegre, y la constitucional, como la de Saba. Para esto, Gasparini toma dos conceptos: desigualdad e inequidad. Desigualdad es un término descriptivo —sostiene—, mientras que la inequidad es un concepto normativo, es decir, implica un compromiso ético. Brinda el ejemplo de los ingresos. En el primer supuesto, la comparación no debe acarrear ningún juicio de valor. Este sería el supuesto en las sociedades modernas, en donde el mayor ingreso se justifica por el esfuerzo o talento; sin embargo, si proviene de una marcada desigualdad de oportunidades, o situaciones de discriminación o corrupción, produce otra preocupación, pues la situación se considera injusta y devendría inaceptable (Gasparini, 2022, p. 32).

Hay igualdad de oportunidades cuando todas las personas enfrentan las mismas opciones de elección. Entonces las diferencias estarían dadas por el esfuerzo, el talento y las elecciones. Estas, como se ha

dicho, son desigualdades aceptables. No obstante, en el mundo real son otras las causas acuciantes de las desigualdades. Son las producidas por las diferencias en las oportunidades, que algunos investigadores llaman circunstancias. En realidad, son un conjunto de factores que escapan al control del afectado, como su género, edad, etnia, discapacidad, herencias recibidas y lugar de residencia. Estos factores inicialmente determinarán el acceso a la educación, un elemento esencial para la formación de la persona.

En este aspecto se advierte una coincidencia con Saba cuando habla de las desigualdades estructurales, y del principio interpretativo de no sometimiento, para analizar la igualdad. Como se advertirá, la temática es amplia y compleja, e involucra valores y principios en una sociedad y un momento dados. Es un área de enorme relevancia para las ciencias sociales. Se agrega el derecho, la ética y también la política, que involucra la investigación objetiva, los juicios de valor y las ideologías (Gasparini, 2022, p. 40). Para concluir con los aportes sobre esta temática, no debe dejar de tenerse presente que en América Latina se dan, luego de algunos países de África, las mayores desigualdades.

4. EL FEMINISMO

Continuando con el recorrido del camino que nos hemos propuesto del igualitarismo, para arribar a buen puerto, que es juzgar con perspectiva de género, no podemos dejar de deslizar unas ideas sobre el feminismo, la antesala de la perspectiva de género.

En las sociedades modernas, el derecho cumple un rol de modelador social. Sobre el discurso que con él se construye se asientan las bases de las comunidades actuales: la organización del poder, el control social y el sistema de legitimidades. En este contexto, el feminismo aportó la mirada de cómo el control social se desarrolla en el marco de

las relaciones sociales entre los géneros. Tras el principio de neutralidad se regulan los conflictos intragenéricos e intergenéricos. Estos no son advertibles a simple vista, pues se esconden bajo el ropaje de la neutralidad (Rodríguez, 2007, p. 272).

Una de las voces adelantada a su época para hablar de las desigualdades y las diferencias, precursora del feminismo, fue Simone de Beauvoir, cuando en 1949 escribió *El segundo sexo*. Este es un libro talismán, según María Moreno, que fue la autora del prólogo realizado en 1999, ya en su quinta edición. Beauvoir (2021) se pregunta ¿qué es una mujer?; y a partir de allí desgrana su particular visión de la posición de la mujer en la sociedad: «Si quiero definirme antes que nada debo declarar que soy una mujer. Esta verdad constituye el fondo del cual se extraerán todas las demás afirmaciones». La relación de los dos sexos no es la de las dos electricidades o la de los dos polos. El hombre es el positivo y el neutro, y la mujer aparece como el negativo. Las mujeres no se sitúan auténticamente como sujeto. Viven dispersas entre los hombres, atadas por el medio ambiente a ciertos hombres (padres y esposos) (p. 19).

La autora francesa recorre todo un camino crítico describiendo cómo percibe a la mujer en su época. Sostiene que las actitudes de ellas que se denuncian son las dictadas por su situación. El «eterno femenino» es el conjunto de su condicionamiento económico, social e histórico. Las mujeres están integradas en la colectividad regida por los varones y en la cual ocupan una posición subordinada (p. 587). La propia mujer reconoce que el universo, en su conjunto, es masculino. Concluye sosteniendo que para la mujer no hay otro camino que luchar por su liberación, y que esta solo puede ser colectiva; y exige, ante todo, que concluya la evolución económica de la condición femenina (p. 616). Finalmente, plantea que

al hombre corresponde hacer triunfar el reino de la libertad en el seno del mundo establecido; para alcanzar esa suprema victoria es necesario, entre otras cosas, que, por encima de sus diferencias naturales, hombres y mujeres afirmen sin inequívocos su fraternidad.

Hasta la actualidad, el feminismo transita diferentes caminos en lo social, lo político y el derecho. Podemos señalar, a modo de ejemplo, en el ámbito del derecho, tres corrientes: el feminismo liberal, el feminismo cultural y el feminismo crítico. Puga (2008), quien sigue la corriente crítica, desarrolla alguno de sus caracteres relevantes a partir de un interrogante que se formula: ¿le sirve el derecho a las mujeres en sus luchas? Y concluye que sí, las reformas legales modernas han servido, pero no son suficientes.

No es un objetivo de este trabajo explayarnos sobre el aspecto de la lucha por las reivindicaciones de los derechos de las mujeres. Solo se quiso hacer referencia a una autora icónica en el tema, de alguna manera precursora en el siglo xx de la idea de la igualdad entre los géneros, y a algunas de sus manifestaciones más relevantes en el derecho.

5. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El retorno de la democracia en Argentina, en la década de los ochenta, ha permitido la internalización de los derechos humanos. Existe toda una corriente interpretativa que explica en qué consiste la internalización del derecho internacional, en particular los derechos internacionales de los derechos humanos (DIDH). Es un procedimiento de interacción, interpretación e internalización a través del accionar de los poderes del Estado, que sucede cuando la norma internacional es incorporada al derecho local (Bergallo, 2008, p. 567).

En Argentina se ha producido este proceso, que puede ser analizado, en trazo grueso, en una etapa legislativa, para luego arribar a

la etapa de constitucionalización, con la reforma constitucional de 1994. En relación con la igualdad de género, un momento importante se produjo cuando, luego de la primera semana de asunción del nuevo gobierno, un grupo de representantes de varias organizaciones de mujeres presentaron ante la Cámara de Diputados un proyecto de propuestas con siete puntos, siendo uno de los primeros el pedido de ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Otro dato a destacar es que por primera vez se celebró en el país el Día Internacional de la Mujer en marzo de 1984. En los años siguientes fueron ratificados por ley varios tratados de derechos humanos, generándose un amplio debate sobre sus alcances y su obligatoriedad, cuando sus normas no concordaban con las locales.

Más allá de los logros legislativos y la consagración constitucional en 1994, en cuanto al estudio de los efectos reales que han producido los DIDH en el desarrollo del discurso del derecho de las mujeres, la opinión ha sido diversa, aunque sobresale la crítica, pues se ha dicho que prevaleció una cosmovisión masculina en ese período (Bergallo, 2008, p. 572). Un ejemplo específico ha sido la integración de mujeres en la composición de los órganos de monitoreo de los derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas. En el primer informe al respecto (1998), se advierte la ausencia de mujeres. Ello se ha ido renovando con el transcurso del tiempo, en particular con el cambio de centuria, como se muestra en la Observación General n.º 28/00, del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Estos datos fueron extraídos de un estudio realizado por Paola Bergallo, publicado en el 2008; es decir, la autora analiza un período que se extiende desde el resurgimiento de la democracia en 1983 hasta 2007.

Aquí hacemos una pausa en el análisis de la situación en general, pues ya ha quedado señalado un hito importante que fue la incorporación a la CN de un bloque de tratados de DIDH, señalados en el artículo 75, inciso 22, los cuales «en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos». Entre estos tratados internacionales, se encuentra la CEDAW.

6. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL ARGENTINO

El objetivo final o principal de este aporte ha sido contar cómo trabajamos con perspectiva de género en el poder judicial correntino, así como dar cuenta de cuánto camino hemos recorrido desde marzo de 2011 hasta la fecha, y cuánto nos falta recorrer, pues estamos ante una visión del derecho en constante construcción y expansión, como todos los derechos humanos, los derechos *pro homine*.

En 2011, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), se presentó el programa Una Justicia con Perspectiva de Género, liderado por la ministra del Tribunal, la Dra. Carmen Argibay, y se creó la Oficina de la Mujer (OM) y la Oficina de Violencia Doméstica (OVD), esta última conducida por la ministra Elena Highton de Nolasco. En esa etapa inicial, la OM tenía objetivos determinados, propuestas de difusión y aprendizaje, tanto para el tratamiento de los casos como para el diseño de las políticas judiciales, puertas adentro de los poderes judiciales, provinciales y el federal. Por su parte, la OVD era de atención al público y estuvo enfocada en un tema específico, la violencia doméstica.

El programa se organizaba con representantes de todas las provincias y consistía en una capacitación intensiva para que luego cada grupo las replicara en sus provincias. El contenido era una parte teórica, con expertos en el tema, como Diana Maffia, Roberto Saba y Dora Barrancos, y una parte práctica, con un sistema de talleres, en el cual se debían extraer conclusiones (aportes para el cambio). Fue una experiencia novedosa en la región, pues en 2010 se había creado ONU Mujeres, tal es así que su reedición contó con observadores y observadoras de dicho organismo.

La propuesta tenía por finalidad instalar en el sistema judicial argentino la temática en cuestión, de manera consistente: iniciar el camino del cambio de paradigma, pasando de la igualdad formal a la igualdad real entre hombres y mujeres, es decir, la igualdad de género. Había que derribar barreras culturales, sociales y económicas. Ya se hablaba del «empoderamiento» de las mujeres, terminología de origen inglés, que en concreto significa «ganar poder, espacios» e «ir hacia adelante, avanzar». Ya se decía en aquel tiempo que se quería «fortalecer a la mujer en su posición social, económica y política». Se contaba con la plataforma jurídica esencial: la CEDAW y la Convención Belém do Pará, el reconocimiento constitucional (artículo 75, incisos 22 y 23) y la Ley n.º 26485, Ley de Protección Integral a las Mujeres.

La planificación preveía dos vertientes: hacia los casos a resolver y hacia las relaciones laborales internas de los poderes judiciales. También a la sociedad y a los otros poderes del Estado les quedaba cumplir su rol: desarrollar acciones positivas a efectos de lograr el mayor acercamiento posible a los grandes contenidos de los derechos que dignifican a las mujeres y los hombres.

Luego de realizar la capacitación en la OM, en representación del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes (en adelante, STJC), como referente, se organizó la implementación del programa en dos etapas.

En la primera se efectuaron los talleres de replicadores y replicadoras, invitando a un grupo de juezas y jueces, y funcionarios de toda la provincia, para trabajar y conducir los talleres en todas las circunscripciones de la provincia. La segunda etapa consistió en que dichos replicadores difundieran, través de los talleres, el programa a lo largo y ancho de las cinco zonas judiciales que componen la organización del Poder Judicial correntino.

La lectura de esta década debe ser positiva, pese a que se visibilizaron temas duros y crudos como los femicidios. Ello ha permitido alcanzar la reforma de la ley penal en ese aspecto en el 2012. El femicidio fue incorporado al Código Penal como homicidio agravado, en razón del género. El primer rastreo que se hizo —como no se registraba de modo autónomo— fue una verdadera pesquisa. Así fue que se indagó en los casos que comenzaron con exposiciones, denuncias por lesiones leves y cuestiones de familia, que finalmente terminaban en femicidio.

En la actualidad, la OM continúa cumpliendo un relevante papel aglutinador, pues lleva varios registros, como el mapa de género del Poder Judicial Argentino y de la región; el registro de femicidios; el registro de trata de personas; el registro de jurisprudencia con perspectiva de género; la guía interactiva de los estándares de la ONU, relativos a los ODS, continuando con las capacitaciones; entre otros temas.

7. LA IGUALDAD COMO MANDATO CONSTITUCIONAL

Este es el título que la constitucionalista María Angélica Gelli le dio a una disertación que realizó en unas jornadas organizadas por la Asociación de Mujeres Juezas (AMJA) el 13 de agosto de 2020. La misma ha motivado a repensar sobre algunos aspectos de la perspectiva de género a partir de la sanción de la denominada ley Micaela, Ley n.º

27499, de 2018, la cual consagra un mandato dirigido a los tres poderes del Estado para la capacitación en género y violencia.

A esta ley se le denomina así por Micaela García, una joven estudiante de la ciudad de Gualeguay, provincia de Entre Ríos, Argentina, que a la salida de un boliche o una disco —lugar en el que concurren los jóvenes a bailar y divertirse— fue secuestrada, violada y asesinada en 2017. Su cuerpo fue hallado una semana después de su desaparición. Su agresor fue E. W., quien se hallaba en libertad condicional por delitos de abuso sexual. Luego de que esta persona fue juzgada y se conocieran algunos aspectos del caso, se advirtió las carencias de conocimientos en perspectiva de género de los funcionarios que intervinieron en el mismo.

Este femicidio tuvo una gran repercusión mediática, y se sumaron otros hechos de violencia extrema contra la mujer que se venían sucediendo en la Argentina. La situación impulsó el dictado de la ley que establece la obligatoriedad de realizar en los tres poderes del Estado capacitaciones obligatorias en género y violencia.

Se desplegaron muchas acciones en tal sentido. Fue como una nueva apuesta en la que se redoblaron los esfuerzos para que los operadores de los poderes públicos se comprometan con el tema y se generen puntos de anclaje que propicien la transformación social para nuestra cotidianidad y para que podamos vivir en una sociedad más justa, igualitaria y libre de violencia. Por ejemplo, en 2021 el Congreso Nacional publicó un libro de acceso gratuito sobre la ley Micaela, en formato PDF, que forma parte de su colección de leyes explicadas. Por su parte, el STJC, por Acordada Extraordinaria n.º 6/020, punto 16, reglamentó la implementación de tal capacitación, que ha sido llevada a cabo en su primera etapa.

8. MARCO NORMATIVO

Se cuenta con todo un bagaje de normas en los tres planos esenciales de aplicación del derecho iberoamericano. Por un lado, las convenciones; por el otro, la CN; y en el plano interno, numerosas leyes, entre las que destaca la Ley n.º 26485, Ley de Protección Integral a las Mujeres. Es decir, ha habido un gran avance hacia la igualdad entre hombres y mujeres. Se han puesto los derechos de las mujeres en el nivel jurídico más alto. Así decía la ministra de la SCJN, Carmen Argibay, cuando inauguraba el programa de la OM.

Las dos convenciones que sustentan la perspectiva de género en el derecho iberoamericano, es decir, aquellos Estados suscriptores de las mismas y que reconocen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como última instancia recursiva, hacen hincapié en dos núcleos centrales de la lucha por la igualdad de las mujeres, que son la discriminación y la violencia.

Nos tenemos que interpelar lo siguiente: ¿cómo se hacen efectivos estos propósitos? Es una interrogante que no podemos dejar de formular. Una de las respuestas posibles es aquella que advierte la necesidad de reformular los paradigmas de la formación clásica impartida en las universidades, para así poder detectar las múltiples situaciones en las que una mujer se encuentra en desventaja por ser tal, transversalizando las cuestiones de género.

Es necesario realizar un esfuerzo intelectual para comprender una temática que no fue parte de nuestra formación. Se debe agudizar los sentidos para detectar los estereotipos arraigados que asignan roles de género. Es necesario desandar caminos para advertir desigualdades estructurales, que han naturalizado la jerarquía entre los sexos. Así, también se debe tener presente que para hacer referencia a la perspectiva de género se deben realizar algunas precisiones.

En primer término, no es solo un conjunto de reglas de distinto tipo, que se suman y se aplican mecánicamente, o que bastan con su sola mención (formalismo mágico), sino que es una categoría analítica, que comprende el concepto de género. Este, a su vez, hace referencia al conjunto de características específicas, sociales, culturales y simbólicas que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres, y las relaciones de poder entre ellos. No se sustenta únicamente en las diferencias biológicas del sexo.

En segundo lugar, se pone el énfasis en que se trata de una cuestión de igualdad real entre mujeres y hombres, entendida como no sometimiento. Saba (2007) lo explica muy claramente al sostener que la CN resulta un límite positivo y negativo del principio de igualdad previsto en el artículo 16, en cuanto requiere del Estado no solo evitar tratos desiguales e irrazonables, sino que también haga lo necesario para evitar que se cristalicen o se perpetúen situaciones de exclusión o segregación de personas por integrar determinados grupos, entre los cuales se encuentran las mujeres.

Se ha dicho, sobre el reconocimiento de los derechos de las mujeres a la no discriminación y a vivir un mundo libre de violencia, que las normas legales, si bien son herramientas importantes, no son suficientes para lograr el cambio real de sometimiento y victimización de las mujeres. Es en el tránsito de ese camino que se han diseñado programas como el referido, de la SCJN, replicado en todos los poderes judiciales del país, y se han dictado leyes varias, como la ley Micaela. Son estas herramientas legales las que deben llevarnos a realizar un análisis introspectivo para ver cuánto avanzamos, o no.

En tercer lugar, luego de este breve repaso de conceptos ya conocidos, es relevante destacar otro aspecto del tema: la importancia que tiene distinguir entre perspectiva e ideología de género. Resaltamos que el concepto de género se empezó a perfilar más nítidamente desde

la IV Conferencia de Beijing (1990), en donde se destacaron las diferencias o los prejuicios de orden económico, la feminización de la pobreza, entre otros aspectos. Así se fue recorriendo un sendero no exento de dificultades.

Por otro carril transita la ideología de género, pues a través de ella se pone en cuestionamiento el principio de igualdad. Entre sus varias versiones, una está sustentada en el principio de deconstrucción de la realidad, por la cual rechazan la condición binaria de los sexos; y por otro lado está la concepción más fluida y flexible, que es comprensiva y tolerante con todas las miradas. Uno de los peligros que se advierte en las posiciones extremas es que puede haber una violencia solapada, con rechazo al varón en la lucha por la independencia. Esta es una posición extrema no compartida.

En cuarto lugar, sin olvidar que la connotación política siempre está presente en la criatura humana y sus luchas por el poder, no debe perderse de vista que aún se encuentra sin resolver la tensión permanente entre la igualdad y la dominación, o la desigualdad económica. Sobre este aspecto hay que trabajar para excluir los paternalismos estatales que hieren la libertad y los méritos de las mujeres. No se pide benevolencia sino igualdad de oportunidades. Por ello es que esta amplia temática es un proceso en permanente construcción, que aún requiere de más medidas de acción positiva. En tal sentido, es preciso que mujeres en mejor posición sigan bregando por la real igualdad de oportunidades, poniendo el foco en las mujeres realmente vulnerables, como las que no terminaron la escuela o las niñas-madre.

En quinto lugar, y como una derivación de lo que se viene diciendo, se puede afirmar que es necesario ir por el camino de la igualación, con herramientas legales y acciones positivas. Para ello, no debemos olvidar un tema central, que es cómo poner en carrera a la mujer

(terminología del derecho alemán), para que el paternalismo estatal sea solo una herramienta a utilizar y no una política de Estado.

El paternalismo estatal implica la visión de un tipo de Estado que corta el crecimiento de las personas porque interpreta que la igualdad la está dando él mismo, a través de la ayuda económica, cuando en realidad es la persona quien tiene que conquistar dicha igualdad, y el Estado solo darle las herramientas para ello. Por esto es que las contribuciones tienen que tener una orientación hacia la formación laboral, es decir, hacia la obtención de un trabajo para la persona, teniendo presente aquella reflexión que provino de dos personas tan diferentes en su pensamiento político, en cuanto que «el trabajo nos hace lo que somos», como sostuvieron tanto Marx como Juan Pablo II.

Esta mirada del tema nos posibilita realizar las siguientes conclusiones y propuestas: 1) diferenciar entre perspectiva e ideología de género; 2) tratar el tema como una cuestión de igualdad real entre mujeres y varones; 3) transitar el camino de la igualdad con el lema de igualdad para las mujeres en un sistema de libertad; 4) contribuir en la disminución de la desigualdad económica, que condiciona las acciones de las mujeres y es uno de los factores que contribuyen a la persistencia de la violencia doméstica; y 5) cambiar el paradigma es el desafío para que las acciones positivas no sean necesarias. Esto debe significar romper el techo de cristal para alcanzar los cargos de mayor jerarquía, que implica compartir el poder en la toma de decisiones.

Estas ideas expuestas no pueden darse por concluidas sin destacar algunos errores comunes respecto del género. Lo que se pretende es desmitificar el tema en cuestión para que nos despojemos de los pre-conceptos que quizás muchos aún tengamos, y así poder transitar el camino del cambio de paradigmas. Al respecto, tomamos como referencia el trabajo de investigación de Graciela Medina (2016), el que,

si bien ya tiene unos años, conserva toda su vigencia, y responde a por qué y cómo juzgar con perspectiva de género.

Medina recomienda evitar algunos errores comunes, como los siguientes: a) identificar la palabra «género», explícita o implícitamente, como sinónimo de mujer; b) entender que la perspectiva de género es una problemática de la mujer, cuando es en realidad la relación de poder entre mujeres y hombres; c) estimar que trabajar con perspectiva de género es una actividad laboral, sin realizar cambios en la vida privada y personal; d) considerar que se remueven los patrones culturales invitando a las mujeres a las capacitaciones y reuniones, sin que haya transformaciones de la realidad; e) pensar que la perspectiva de género es adaptar a las mujeres al mundo de los hombres; f) creer que la perspectiva de género solo tiene importancia en el ámbito de la violencia doméstica; g) entender que en los ámbitos empresariales, comerciales o mercantiles la perspectiva de género carece de importancia; y h) confundir la perspectiva de género con feminismo, que a su vez tiene varias vertientes.

9. JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: ¿QUÉ SIGNIFICA?

Esta temática implicará introducirnos en una cuestión compleja, con varios aspectos a considerar. Esto es así en tanto se sostiene que la teoría de la perspectiva de género es transversal en nuestro sistema jurídico y, por lo tanto, debe formar parte de las competencias técnicas que deben exigírsele a un juez o una jueza, defensor o defensora, fiscal y funcionarios o funcionarias para el acceso a alguna de esas funciones, en el concurso respectivo.

¿Podría ser causal de falta grave la no aplicación de forma reiterada de la perspectiva de género? Esta idea está formulada como interrogante, con el fin de producir reflexiones en quienes tienen que juzgar

para el acceso y las posibles remociones, por mal desempeño, en los mismos operadores judiciales.

El artículo 58 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes, que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2021, dice que «el incumplimiento reiterado de los deberes antes establecidos será considerado falta grave». En los dos artículos anteriores se enumeran más de veintiún deberes, con un perfil de jueza o juez muy activo. En otros artículos, dispone que la sentencia debe ser derivación razonada del derecho vigente. También nuestra Constitución Provincial tiene ese principio consagrado, como el Código Civil y Comercial.

En realidad, muchos factores incidirán en la toma de decisiones de esta naturaleza, como que el juez no puede ser juzgado por el contenido de sus decisiones, ni por un solo caso, pero destacamos que lo relevante hoy —y que además lo legitima al juez— es justificar adecuadamente las decisiones, para lo cual la teoría de la argumentación jurídica es una herramienta jurídica importante.

Se realizan estas consideraciones, pues a los jueces civiles y comerciales se les atribuye un gran activismo, el que muchas veces es criticado, y que, como todos los poderes-deberes, implica una gran responsabilidad. Por lo tanto, argumentar por qué se aplica o no tal o cual normativa y su correspondiente interpretación, para resolver un caso, resulta imprescindible en la actualidad.

Hay que desterrar de las decisiones judiciales el formalismo mágico, que consiste en pensar que la simple invocación o la simple cita en una sentencia de las convenciones (fuente normativa prestigiosa) significa y garantiza que se está aplicando el derecho con perspectiva de género. Esta referencia a la corriente literaria del realismo mágico, liderado por Gabriel García Márquez, entre otros grandes autores, es muy positiva, pues, como será advertido por muchos lectores del mundo que se acercaron a su obra, había detrás de la narrativa toda una interpretación de

las vivencias de una comunidad. Esta analogía ha sido detectada en el protocolo del Poder Judicial mexicano.

Dicha apreciación es válida para cualquier tipo de argumentación que se quiera utilizar. Como cierre del desarrollo de estas ideas, se quiere hacer referencia a una serie de principios o estándares que se han ido elaborado a partir de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de Justicia de la Argentina, para la labor argumentativa de los jueces. Se señalarán algunos, pues su desarrollo exhaustivo excede las pretensiones de este ensayo.

10. PRINCIPIOS GENERALES PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. Aplicar los principios constitucionales de igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad: principio de razonabilidad y categorías sospechosas.
2. Justificar el uso de la normativa que sea más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica. No basta la cita de los tratados (el formalismo mágico).
3. Interpretar que los criterios hermenéuticos de literalidad, jerarquía y especialidad deben ser flexibilizados.
4. Detectar la problemática de que la norma pueda generar un efecto discriminatorio, ello cuando sea necesario realizar un ejercicio de «ponderación», tomando en cuenta las asimetrías de poder.
5. Inversión de la carga de la prueba cuando hay categorías sospechosas.
6. Determinar la estrategia jurídica adecuada para aminorar el impacto de la desigualdad estructural en el caso específico.
7. Eliminar la posibilidad de revictimización.

8. Flexibilización del estándar probatorio.
9. Control de convencionalidad.
10. Protección de derechos humanos contra actos de particulares y de autoridad.
11. Doctrina del margen de apreciación nacional.
12. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2015).

Cualquiera de estos estándares que se quisiera ampliar siempre requerirá tomar como punto de partida los patrones socioculturales, imperantes en la sociedad en donde se han dado los hechos.

En esta ajustada reseña se involucran la multiplicidad de factores que se deben tener con miras a resolver un caso con perspectiva de género, tema que es transversal o interseccional a todas las ramas del derecho, tomando el principio de igualdad como eje central de esta teoría, cuyo despliegue lleva a considerar la diversidad de factores relacionados.

De este modo, se ha realizado una mirada a diferentes facetas que comprenden la temática tratada, sin que ello signifique de ninguna manera el agotamiento de la misma, sino que se hace hincapié en la necesidad de incorporar, de manera definitiva, esta nueva mirada del derecho en la formación de los operadores del derecho, que contemplen la necesidad realizar un escrutinio estricto, cuando hay categorías sospechosas (vulnerables), para así obtener decisiones justas.

11. CASO TAMARA

11.1. Datos generales

Tema: violencia de género (femicidio).

Tribunal: Superior Tribunal de Justicia, provincia de Corrientes, Argentina.

Fecha de sentencia: 23 de febrero de 2022.

Partes: Expediente n.º PEX 141978/16, E. R. A. p/sup. homicidio agravado mediante violencia de género. vtma. Z. T. Y-Lomas de González.

11.2. Antecedentes

Los hechos son los siguientes: el cuerpo de una joven mujer fue hallado sin vida a la vera de la ruta 5, km 42, de la provincia de Corrientes, que lleva a la localidad de San Luis del Palmar, el 13 de enero de 2016. La mujer fue identificada como Tamara.

Iniciada la investigación, se encontraron rastros de ahorcamiento, y se determinó que la muerte se produjo el 12 de enero, en horas del mediodía. Sus progenitores formularon la denuncia de su desaparición, pues Tamara dejó de tener contacto con ellos, pese a que había dejado a su niño pequeño a cargo de su suegra, a quien habría manifestado que pronto regresaría. Posteriormente, sus padres se constituyeron en querellantes.

Con motivo del hecho fue detenido e imputado el ciudadano R. A. E., quien se presentó ante las autoridades luego de estar prófugo unos días. La imputación del fiscal de instrucción fue por el delito de homicidio agravado, por ser cometido por violencia de género, artículo 80, inciso 11, del Código Penal (femicidio).

Se realizó la investigación, en la cual fueron relevantes las comunicaciones por telefonía celular que habían entablado la víctima y el victimario, que denotaron que tenían un vínculo previo, como así también se realizaron las pericias médicas y las testimoniales. Con los resultados obtenidos se elevó la causa a juicio para el juzgamiento de R. A. E., realizándose la audiencia de debate, en la cual fue absuelto por mayoría del tribunal por insuficiencia probatoria. El voto en minoría calificó el hecho como homicidio simple.

Recurrida en casación la decisión por la parte querellante, el STJC anuló la sentencia del Tribunal Oral Penal n.º 1 por ilogicidad, remitiéndola a origen para que se realice una nueva audiencia y se dicte sentencia por un tribunal con otra composición. Devueltas las actuaciones para el dictado de una nueva sentencia, ya con un nuevo tribunal, el caso fue calificado como femicidio, condenándose a cadena perpetua al acusado.

Esta decisión fue recurrida en casación por la defensa. Para el tratamiento del recurso, el tribunal se integró por jueces de cámara, en ejercicio de la subrogación de los jueces titulares del STJ, que habían dictado la primera sentencia de revisión. En ese menester, la que suscribe ha tenido oportunidad de intervenir en la toma de decisión. La sentencia del STJ rechazó el recurso, confirmando la sentencia de condena por homicidio calificado por mediar violencia de género (artículo 80, inciso 11, del Código Penal).

11.3. Análisis de la segunda sentencia

Es la segunda sentencia de casación —la que es analizada—, en la que se destacan algunos de los argumentos más relevantes considerados para la confirmación del tribunal que juzgó el caso por segunda vez, habiéndose tratado como tema preliminar la cuestión del doble juzgamiento por el mismo hecho, el que no se consideró configurado.

Sumarios:

- a) El Estado argentino ratificó diversos instrumentos internacionales, a través de los cuales se comprometió a adoptar medidas necesarias para prevenir la violencia de género, asistir y reparar a las víctimas, y sancionar a los responsables [...]. Y en el ámbito nacional, la Ley n.º 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, y la Ley n.º 26791, que modifica el artículo 80 del Código Penal [...]. Estas normas imponen a quienes tienen la tarea a su cargo tener en consideración el contexto en el que ocurren los hechos, realizar un análisis de estos, determinar el encuadre jurídico apropiado, y valorar la prueba desde una perspectiva que ponga en valor el derecho a la igualdad de la mujer enfocado en el respeto de su dignidad, la no discriminación, y el derecho a vivir una vida libre de violencia (del primer voto de la Dra. María Eugenia Sierra de Desimoni).

[...]

Los tipos penales agravados contenidos en el artículo 80 del Código Penal, vinculados a la violencia contra mujeres, consisten en previsiones que obedecen a razones de política criminal.

[...]

- i) Podemos afirmar que el ejercicio de la desigualdad quedó plasmado en el análisis del tribunal en varios pasajes [...]. j) [...] entiéndase que las manifestaciones violentas naturalizadas por la formación de E. tienen que ver con su comportamiento hacia T. en la actividad sexual, en la entrega de dinero a cambio de sexo, en aprovecharse del estado de vulnerabilidad de la víctima. Son todas situaciones previas a darle muerte. No se requiere para configurar el tipo, hechos de violencia física o denuncias previas (del voto de la Dra. María Eugenia Sierra de Desimoni).

[...]

Compartiré las conclusiones de la vocal que ha desarrollado el primer voto, formulando las siguientes consideraciones relacionadas al juzgamiento con perspectiva de género en general y en particular, porque el caso amerita que se le apliquen los principios derivados de esa teoría del

derecho, vista desde la argumentación jurídica, como herramienta para justificar las decisiones (del voto de la Dra. Analía Durand de Cassís).

[...]

II.- El punto de partida para el desarrollo de estas ideas es el principio de igualdad, para luego referir al derecho a la no discriminación de las mujeres, y a vivir una vida libre de violencia. [...] Transitar este camino significa la recepción de una amplitud de miras, no de cambio de principios en el sentido estricto del concepto, sino de agregar al bagaje intelectual del operador jurídico esta otra percepción que sí implica rediseñar la mirada que se tiene del derecho, reformulando los principios, paradigmas.

[...]

Este no es un proceso intelectual que se logra fácilmente, con solo estudiar las convenciones internacionales y leyes específicas en la temática con que cuenta el sistema jurídico argentino, sino que requiere también que el interlocutor y/o el intérprete adquiera el convencimiento de la veracidad y seriedad de esta teoría del derecho, que pretende ser transversal, o interseccional como la define alguna doctrina, como es la perspectiva de género.

[...]

En primer término, no es solo un conjunto de reglas de distinto tipo, que suman y se aplican mecánicamente, es decir, que basta con su sola mención para considerar que se ha cumplido con la consigna de juzgar con perspectiva de género, como una suerte de formalismo mágico.

[...]

Esta idea resulta importante para destacar que muchas veces se advierte que se ha considerado como suficiente la simple mención de normas prestigiosas —normas paraguas—, en materia de equidad de género, queriendo significar que se está aplicando el derecho con perspectiva de género. Ello no es así, tampoco es una práctica conveniente, pues desincentiva el análisis desde esa óptica (Francisca Pou Giménez, argumentación judicial y perspectiva de género, citada en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, del Poder judicial de México, 2015, p. 110).

[...]

En segundo lugar, se debe poner particular énfasis en el principio de igualdad real. Este principio en su redacción originaria está definido en el artículo 16 de la CN, que se ha venido enriqueciendo no solo con nuevas miradas, como el devenir social lo requiere, sino con nuevos instrumentos legales, como son en particular el artículo 75, inciso 23, de la CN, luego de la reforma del año 1994, y sus derivaciones; convenciones y un conjunto de leyes que han decididamente demostrado que el Estado ha realizado acciones positivas en pos de acercarse a los objetivos de la igualdad real.

[...]

La igualdad, en la actualidad, no solo para estos casos, sino en general, debe ser entendida como «no sometimiento». Roberto Saba señala cuando desarrolla sus ideas que quiere proponer un nuevo marco para discutir el significado de la igualdad ante la ley, que sirva para interpretar no solo dicho principio, sino similares contenidos en otros cuerpos normativos. Es que hay dos versiones, sostiene, una más liberal, clásica, de tipo individualista, y otra, la que él propone, que tiene contenido estructural.

[...]

Considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión al que están expuestos sistemáticamente amplios sectores de la sociedad. El derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico, entre diferentes grupos de personas en una comunidad (Saba, 2016).

[...]

El principio de neutralidad o no discriminación, como criterio interpretativo, ha devenido insuficiente para realizar el tránsito de la igualdad formal a la real, entre hombres y mujeres.

[...]

IV.- Desde la óptica expuesta, la igualdad real de hombres y mujeres se encuentra afectada por una asimetría cultural, social y económica entre

ambos, que está enraizada en la sociedad desde hace siglos. [...] Si bien se ha evolucionado notablemente en la superación de los prejuicios que contribuyen a su mantenimiento, algunos estructurales persisten por generaciones, debido a múltiples factores que no pueden ser superados de modo particular por el individuo y que requieren de políticas públicas definidas hacia dicha orientación.

[...]

Cuando se presentan los casos con esas características el operador jurídico desempeña un rol relevante, pues es quien, además del bagaje de normas jurídicas con que cuenta, debe aplicar los criterios interpretativos que se vienen desarrollando para juzgar con perspectiva de género.

[...]

Ello es así, en tanto no se han alcanzado aún los grandes objetivos propuestos por normas jurídicas internacionales o nacionales que han puesto los derechos de la mujer en el nivel jurídico más alto.

[...]

Pero el intérprete debe interpelarse cómo juzgar incorporando dicha mirada sin caer en posiciones radicales, que las hay, y que podrían llevar a desequilibrar la balanza de la justicia, que es el fin pretendido alcanzar en cada caso que se resuelve (artículo 35 del Código de Ética Iberoamericano).

[...]

Por lo tanto, es necesario adoptar, frente a la cuestión, una posición que permita realizar un esfuerzo intelectual para comprender una temática que no fue parte de nuestra formación. Agudizar los sentidos para detectar los estereotipos arraigados que asignan roles de género, y las múltiples situaciones en las que una mujer se encuentra en desventaja por ser tal.

[...]

V.- Continuando con el desarrollo de la línea argumental que se propone en este voto, también es necesario hacer mención a algunos errores comunes con respecto al género, pretendiendo así desmitificar el tema, para contribuir a eliminar los preconceptos que se tienen con relación a esta

cuestión, debido a las posiciones radicales adoptadas al respecto, por un sector de la jurisprudencia, de la doctrina y fundamentalmente de la sociedad, que no es la mirada que se propone, sino una visión igualitaria, pluralista, que permita a la mujer transitar un camino de igualdad real, en un sistema de libertad (disertación de la suscripta en el Curso de Formación en Género y Diversidad, Área de Capacitación del Poder Judicial de Corrientes, 15/09/2021, acerca de la «Igualdad como mandato constitucional. La perspectiva de género»).

[...]

Ellos consisten, entre otros, en: a) identificar la palabra «género», explícita o implícitamente como sinónimo de «mujer»; b) entender que la perspectiva de género es la «problemática de la mujer», cuando es en realidad la relación entre mujeres y hombres; c) estimar que trabajar con perspectiva de género es una actividad laboral, sin realizar cambios en la vida privada y personal, considerando que se remueven los patrones culturales invitando a las mujeres a capacitaciones y reuniones, sin que haya transformaciones de la realidad; d) pensar que la perspectiva de género es adaptar a las mujeres al mundo de los hombres; e) creer que la perspectiva de género solo tiene importancia en el ámbito de la «violencia doméstica»; f) entender que en los ámbitos empresariales, comerciales, mercantiles la perspectiva de género carece de importancia; g) confundir la perspectiva de género con «feminismo».

[...]

Estos escollos o prejuicios deben ser superados para encuadrar el caso, en el marco normativo y valorativo, que correspondiere.

[...]

VI.- Desde este marco teórico desarrollado es imprescindible preguntarse qué significa juzgar con perspectiva de género.

[...]

Se mencionan entonces algunos principios o estándares generales para juzgar con perspectiva de género, sobre los cuales la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como supranacional, han ido señalando. Principios constitucionales: a) de igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad. De razonabilidad: b) teoría de las

categorías sospechosas, justificando el uso de la normativa que sea más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica; c) inversión de la carga de la prueba cuando hay categorías sospechosas; d) flexibilización de los criterios de literalidad, jerarquía y especialidad; e) control de convencionalidad; f) protección de los derechos humanos contra actos de particulares y de autoridad; g) aplicación de los fallos de la Corte IDH; h) aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, cuando fuere necesario.

[...]

«¿Qué vemos ante un femicidio?» es el título de un artículo de autoría de Rossana Dottori, que resulta un disparador para seguir ahondando en el caso, y poder así conceptualizar el elemento normativo del tipo penal, violencia de género.

[...]

Antes, se veían crímenes pasionales, pertenecían a la esfera privada y en el que el foco de análisis se trasladaba hacia la víctima, naturalizando así la violencia de género. Poco se podía hacer y se encuadraban los casos en las normas neutras del Código Penal. [...] En la actualidad se conceptualiza como el señorío y dominación que ejerce el varón sobre quien entiende que es parte de su propiedad, cosa.

[...]

La clave de bóveda de este tipo penal es el elemento normativo — violencia de género—. [...] Es una manifestación de la desigualdad estructural a que se ha hecho referencia en todo el desarrollo de estas argumentaciones, y que se debe buscar no solo en la letra de la ley, sino en las costumbres, normas de valor no escritas, de tipo cultural, que hacen que se deba revisar el rol de la mujer. La violencia de género es la manifestación de la violencia más extrema que sufren las mujeres, como es la muerte.

[...]

Es sabido que la ley es una herramienta más para lograr los cambios necesarios, que debe ir acompañada del cambio de pensamiento, como se ha dicho anteriormente. Entonces, en el camino de realizar el abordaje de este tipo normativo que es «multicausal», en primer lugar, requiere

comprender que este tipo de violencia es el reflejo de una estructura social desigual, de largo tiempo; por lo tanto, la política criminal, en tal sentido, viene a resultar una manifestación de las políticas públicas. Por lo tanto, es relevante que los operadores jurídicos tomen decisiones con perspectiva de género para así resaltar el valor comunicativo que tienen las sentencias que abordan el tema.

[...]

VIII.- Ya en el análisis del caso, con relación a los agravios de la defensa, se agrega a los fundamentos expuestos en el primer voto.

[...]

Se hace referencia muy sintéticamente a la situación fáctica, y a algunos de los medios probatorios colectados.

[...]

No se deja de tener en cuenta el rol relevante que desempeñan los indicios y presunciones en este tipo de procesos, que presentan dificultad probatoria, en cuanto a que los sucesos ocurren en ámbitos íntimos.

[...]

En relación a la primera de ellas, las periciales médicas, se considera acertado el criterio del TOP n.º 1.

[...]

Para establecer el valor probatorio de la prueba pericial, médica en este caso, debe flexibilizarse el rigor científico, pues si bien es un dictamen que se asienta en el conocimiento técnico-científico del experto, también halla su soporte en la experiencia, en la capacidad perceptiva de los rastros del hecho —en el caso el cuerpo de la víctima—; por lo tanto, no obtienen una certeza absoluta, en sus conclusiones, lo que les lleva, como es de práctica, establecer un margen horario de probabilidades en cuanto al acaecimiento del hecho.

[...]

Desde la óptica que se viene desarrollando, sumada a las demás probanzas e indicios, es posible analizar la conducta del imputado E. [...]. E. brinda prácticamente tres versiones de los hechos, a medida que se va anoticiando como se desarrolla la investigación, la cual siguió

detalladamente. Y es cuando advierte que la prueba científica, de ADN, determina que tuvo relaciones sexuales con la víctima, empieza a dar un giro a su declaración, demostrando que cuenta con amplios recursos mentales, argumentativos, pues despliega una detallada justificación, no solo en el aspecto fáctico sino psicológico, cuando refiere al sentimiento de culpa que la infidelidad le ocasionaba, ante su familia constituida. Como cuando relata su huida a la zona rural, por la laguna. Sus contactos telefónicos posteriores al hecho, entre otros aspectos, también son relevantes.

[...]

E. es una persona instruida, que se puede considerar que supera la línea promedio de formación del hombre medio, pues se estaba preparando para cumplir un rol importante en una comunidad religiosa, seminarista, futuro sacerdote. A dichas personas lo entrenan en el don de la palabra y de la persuasión.

[...]

Es decir, se puede concluir que contaba con mayores recursos intelectuales que T., como para ejercer una suerte de seducción y control sobre ella.

[...]

Mientras que T. era la joven poco instruida, de una barriada popular de la ciudad, ya con un hijo. Con muchas limitaciones, disponible fácilmente, y por lo tanto desechable en cuanto se pusiera demandante, o con requerimientos mayores a los que estaba dispuesto a tolerar. Es decir, que afecte su proyecto de vida, con su familia, y con requerimientos económicos que no podía o no estaba dispuesto a satisfacer.

[...]

Por lo tanto, la percepción que tenía E. de T. era disvaliosa, por las circunstancias estructurales que marcaban su joven vida.

[...]

T. reunía así todo el perfil para encuadrar en una «categoría sospechosa», pues no solo era discriminada por el género, sino que se hallaba sujeta a violencia de género, que la llevó a perder su vida.

[...]

Estas «categorías sospechosas» son las más vulnerables, por ello reciben tal denominación y requieren de acciones positivas del Estado, que cubren de algún modo ese déficit estructural de su grupo, hasta que se logren las reivindicaciones necesarias y se potencie el principio de igualdad real. En este sentido, en nuestra legislación han sido identificados tales grupos, como mujeres, niños, niñas y ancianos.

[...]

Estos son algunos aspectos relevantes del contexto en el cual se inserta la relación entablada entre E. y T. Cada uno con expectativas diferentes.

[...]

Desde esta perspectiva, no se exige una motivación especial distinta del dolo, sino que la agresión se haya producido en un contexto de dominación.

[...]

Es una violencia contextual que requiere esa mirada, no solo jurídica, sino sociológica y valorativa, que es lo que se ha pretendido realizar en el desarrollo de la justificación de la decisión (del voto de la Dra. Analía Durand de Cassís).

12. CONCLUSIONES

Estos son algunos de los aspectos más destacados de los votos emitidos en el caso, que permiten advertir que se juzgó con perspectiva de género, mas no debe perderse de vista que para ello fue necesario repetir el circuito judicial penal, en dos oportunidades, para lograr que prevalezca tal criterio. Así, lo expuesto demuestra que los avances en la inserción del tema en el bagaje cultural y jurídico, de los operadores judiciales, aún no está instalado transversalmente. Advertimos que la mirada con perspectiva de género no se encuentra incorporada como dato de análisis general de la argumentación jurídica.

Para terminar estas reflexiones, no podemos dejar de señalar que la incorporación de esta categoría jurídica en la formación del juez no implica limitar su independencia interna, sino que solo se pretende que sea un juez situado, es decir, que le permita interpretar las prácticas sociales y culturales con otra visión, que es lo que la sociedad de este milenio le interpela. El camino hacia la igualdad es largo y complejo, mas no debe ser dejado de lado, y se le debe considerar como un valor esencial para el desarrollo pleno de las personas.

REFERENCIAS

- Alegre, M. (2007a). ¿Quién le teme a la igualdad? En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. LexisNexis.
- Alegre, M. (2007b). Igualitarismo, democracia y activismo judicial. En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. LexisNexis.
- Beauvoir, S. (2021). *El segundo sexo*. Lumen.
- Bergallo, P. (2008). Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo II* (pp. 559-600). Abeledo Perrot.
- Cámara de Diputados de la Provincia de Corrientes (2021). Ley n.º 6556, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes. Corrientes: 21 de abril de 2021.
- Dalla, A. R. (2016). Sobre la constitucionalización del derecho privado. En A. R. Dalla y A. M. García (dirs.), *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I*. Rubinzal Culzoni.

- Gasparini, L. (2022). *Desiguales. Una guía para pensar la desigualdad económica*. Edhasa.
- Medina, G. (2016). Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género? *Justicia Familiae*, 1(1), 15-74.
- Puga, M. (2008). De celdas y tumbas. Introducción a los derechos de las mujeres. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo II* (pp. 533-558). Abeledo Perrot.
- Rodríguez, M. (2007). Entre la justicia real y la justicia formal: la discriminación por género en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina. En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. LexisNexis.
- Saba, R. (2007). (Des)igualdad estructural. En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. LexisNexis.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo XXI Editores.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2015). Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 177-207

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.623

La violencia familiar y la gestión de su tratamiento terapéutico en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

Family violence and therapeutic intervention management by
the *Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables* [Ministry of
Women and Vulnerable Populations]

EDUARDO ANTONIO REYES CASTILLO

Universidad César Vallejo

(Trujillo, Perú)

Contacto: ereyesl@ucvvirtual.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6991-3591>

RESUMEN

El presente trabajo aborda la relación entre la violencia familiar y la gestión de su tratamiento terapéutico en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. A través de metodologías sistemáticas y analíticas sintético históricas se abordarán experiencias y buenas prácticas para promover una adecuada gestión e implementación del tratamiento terapéutico en los casos de violencia familiar, a fin de contribuir eficazmente con el empoderamiento y el tratamiento de la violencia contra las mujeres y los miembros del grupo familiar.

Palabras clave: violencia de género; violencia familiar; tratamiento terapéutico.

ABSTRACT

This paper addresses the connection between family violence and therapeutic intervention management by the Ministry of Women and Vulnerable Populations. Experiences and good practices will be addressed through systematic and historical-analytic-synthetic methodologies to promote proper management and implementation of therapeutic interventions in cases of family violence, in order to contribute effectively to the empowerment and intervention in violence against women and members of a family group.

Keywords: gender violence, family violence, therapeutic treatment.

Recibido: 17/08/2022 Aceptado: 11/11/2022

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca mostrar la manera como se está trabajando la gestión del tratamiento terapéutico en el Perú en los casos de violencia familiar. Ello permitirá una mirada reflexiva desde el punto de vista de la gestión pública, a fin de analizar, brindar sugerencias, reformular o establecer nuevos parámetros para lograr los objetivos descritos en las normas nacionales e internacionales sobre la lucha contra la violencia hacia la mujer y los integrantes del grupo familiar. Además, posibilitará que los profesionales especializados en el tema desarrollen estrategias para afrontar la recuperación de las víctimas, lo que implica otorgar utilidad al sistema mediante el reforzamiento de los conocimientos del recurso humano (Krenkel et al., 2019, p. 12). Asimismo, se promueve la participación social, individual e institucional, lo que

implica compartir las diversas experiencias de violencia, así como las experiencias de recuperación emocional individual, en las que se provee los recursos necesarios para salir del círculo de violencia y distanciarse del agresor. Esto a través de la compañía de personas que brindan contención contra la violencia, como los familiares o las amistades, quienes brindan empatía y pueden actuar de nexo para llegar a los recursos institucionales de apoyo, como la policía o los servicios psicológicos de ayuda, entre los que destacan las sesiones de ayuda grupal reflexiva sobre las situaciones vividas. De igual forma, se busca el estudio que determine una herramienta que ayude a las víctimas a superar los episodios de violencia vividos, y que fortalezca su autoestima y autonomía (Rebollo et al., 2022, p. 215).

A nivel mundial y en los últimos años, la violencia familiar es una realidad preocupante debido a los grandes daños que ocasiona en el núcleo familiar, y que puede generar en su máxima expresión muertes a las mujeres u otros integrantes del grupo familiar. La Organización Mundial de la Salud (2021) indica que alrededor de un tercio de las mujeres (30 %) en todo el mundo ha experimentado violencia física o sexual por parte de una pareja íntima (la mayor de las veces) o de un tercero en algún momento de la vida (párr. 2). Si bien se observa que a nivel mundial la cifra de violencia familiar disminuye frente al ámbito nacional, esto puede deberse a la diversidad de sociedades, el nivel de tratamiento de la violencia y cómo otras realidades intervienen frente a la problemática de la violencia, toda vez que esta última se encuentra presente en diversos ámbitos territoriales y que la diversidad de leyes y protocolos que la regulan logran una disminución significativa.

Esto evidencia que existe una latente realidad en la que los gobiernos son los llamados a actuar eficazmente en el desarrollo de programas que coadyuven a brindar un tratamiento efectivo frente a la violencia en el ámbito familiar. Inclusive se brinda promoción a través de

diversas estrategias e incentivos para su regulación; por ejemplo, desde el aspecto internacional, en cuanto a la lucha contra la violencia hacia las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se viene haciendo esfuerzos inagotables. En tal sentido, a medida que la sociedad cambie, se puede tomar nuevas decisiones para mejorar los servicios de tratamiento hacia las víctimas de violencia (ONU Mujeres, 2020). Se quiere, por tanto, crear conciencia institucional para contribuir a la lucha contra el flagelo de la violencia.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer refiere otra forma importante para contrarrestar la violencia y crear autonomía en la mujer, que es el hecho de velar por la recuperación económica y la independización de la mujer sobre los hechos de violencia. Una de las estrategias es el reforzamiento de diversos modos de producción, como los emprendimientos; sin embargo, se debe ir más allá y tratar el aspecto psicológico emocional de la recuperación de la víctima, quien, a través de su fuerza emocional, podrá salir del círculo de la violencia e independizarse (Bareiro, 2017, p. 52).

En Latinoamérica, encontramos diversas formas de abordar la problemática de la violencia contra la mujer, pero todas se basan en dos supuestos esenciales: la realidad problemática de la violencia y el nivel de intervención estatal frente a la violencia (este último se puede dar de diversas formas). Por ejemplo, un informe en Paraguay (Zub, 2016) establece que para combatir adecuadamente la problemática de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, los recursos económicos asignados deben ser suficientes y efectivos, desde el punto de vista de la prevención, la atención, el seguimiento y la recuperación de la víctima. Todo esto deberá convertirse en un asunto de interés para las autoridades competentes en el tema.

En Chile, un estudio sobre violencia contra la mujer en situación de migración determinó que la migración de mujeres bolivianas

hacia Tarapacá fue motivada principalmente por huir de la violencia (Romero, 2022). Asimismo, señala que, a pesar de que existen mecanismos de protección a la mujer por parte de los Estados, estos no son útiles si no vienen acompañados de una implementación presupuestaria y técnica que permita desarrollar los planes de violencia contra la mujer.

En Ecuador se desarrolló una investigación donde el eje central fue la problemática de la mujer en la sierra central. Dicho trabajo abordó cómo los estereotipos, a través de una ciudad patriarcal, pueden influir en la violencia ejercida hacia las mujeres, la cual queda impune debido a la negligencia que genera el desconocimiento del tratamiento de la violencia por parte del Estado en beneficio de las víctimas. Se concluye que un papel fundamental para la lucha contra la violencia es el desarrollo de políticas efectivas que lleguen al ciudadano más afectado por los hechos de violencia en su agravio (Reina, 2021, p. 144).

En Colombia, una investigación en la que participaron 2698 jóvenes y adultos, de entre 14 y 47 años, nacionales y mexicanos, sobre las relaciones de poder en el noviazgo, concluyó que tanto en Colombia como en México las víctimas de violencia en el noviazgo sufren de actitudes sexistas. Esto refleja una diferenciación en los roles de género; además, estas conductas están asociadas con el control que ejerce la pareja. Por tanto, se puede concluir que las parejas mexicanas evaluadas tienden a ser más permisivas en la tolerancia del rol de género, y prefieren evitar hacer denuncias, ya sea por temor, miedo o desconocimiento del apoyo institucional (Martínez et al., 2021).

Existe mucha divergencia en cuanto al tratamiento terapéutico. Esto puede deberse a la forma particular como se presenta la violencia en cada caso concreto. Un estudio sobre la posibilidad de la terapia conjunta en la violencia familiar en Chile señala que, a través de las diversas intervenciones para remediar la violencia contra los integrantes

del grupo familiar, se ven innovaciones que requieren una especialización del tema por cada caso concreto. Por lo tanto, los psicólogos que tratan el tema de violencia familiar deben ser especialistas idóneos, de manera que, a través de sus técnicas, puedan otorgar las mejores ayudas a las y los usuarios para la recuperación emocional que conlleve la restauración familiar. Así, si bien una terapia conjunta puede darse en contextos de confianza y bajo nivel de riesgo, en otros casos donde el riesgo sea muy severo se convertiría en contraproducente, ya que se violaría los derechos de la víctima (Ibaceta, 2011).

En Perú, cerca del 63 % de las mujeres, entre los 15 y 45 años, sufrió algún tipo de violencia doméstica, según datos de Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Por tanto, estaríamos en una sociedad llena de violencia, donde casi tres cuartas partes de las mujeres peruanas en edad fértil se vieron involucradas en actos de violencia familiar. Esto no solamente agrava su situación, sino la de sus hijos, quienes indirectamente también son víctimas de violencia. Por ello, la recuperación de la víctima siempre debe ser integral, cuidando que todo el grupo familiar pueda asistir a las terapias de recuperación emocional por violencia (INEI, 2019). Ante estas alarmantes cifras, el Estado tiene el deber de intervenir de forma eficaz, a fin de promover una respuesta concreta al tema. La Defensoría del Pueblo (2021) enfatiza que si bien existen múltiples respuestas del Estado frente al flagelo de la violencia, estas no han podido responder de forma eficaz y eficiente a todo lo que conlleva. Esta problemática resulta en la carencia de intervención adecuada frente a los objetivos plasmados en diversos instrumentos normativos aprobados por el Poder Ejecutivo, el Congreso y el mismo Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (en adelante MIMP). Esto, a su vez, no contribuye a mejorar la situación de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, de modo que muchas denuncias impunes posteriormente pueden transformarse en delitos más graves, como violaciones sexuales o feminicidios

(Defensoría del Pueblo, 2021). Por otro lado, el MIMP, que aborda los casos de violencia a través de los Centros de Emergencia Mujer (en adelante CEM), tiene en su registro el total de incidentes de violencia contra la mujer, los miembros del grupo familiar y los afectados por violencia sexual, atendidos en estos centros durante el 2020. Los datos muestran que el 0,5 % se debió a violencia económica familiar, el 8,9 % a violencia psicológica, el 38,5 % a violencia física y el 12,1% a violencia sexual (MIMP, 2020a). Los datos también muestran que en uno de cada dos casos se hace referencia a la violencia psicológica, y es ahí donde se tiene que tener una especial consideración para su abordaje, tratamiento y, por lo tanto, preocupación a nivel de gestión para que a través del tratamiento terapéutico se combata a la violencia familiar.

Ante ello, ¿qué se debe esperar de nuestras autoridades? y ¿por qué los ciudadanos que pagamos nuestros impuestos debemos seguir soportando un ambiente donde nuestras autoridades no generan confianza para solucionar los problemas sociales de la violencia en las familias? Con el presente trabajo buscamos generar nuevos conocimientos que nos permitan describir nuestra situación social, enfocados en la gestión del ente rector en materia de violencia contra la familia, y a partir de allí evidenciar su relación con la violencia familiar, para identificar de qué manera se puede, desde la administración y su relación con el tratamiento terapéutico, aportar en la mitigación de la violencia por parte de la sociedad.

La problemática de la violencia familiar, la violencia contra las mujeres o la violencia de género viene siendo abordada por el Estado desde sus diferentes organizaciones, entre ellas el MIMP, al cual, a través de la Ley n.º 30364, se le otorga una rectoría importante para la prevención, la atención y el tratamiento de dichos casos de violencia. No obstante, en este último punto, según los protocolos de atención en violencia, el MIMP solo trata a personas agresoras, no a

personas agraviadas. De las víctimas se encarga el Ministerio de Salud (Minsa) a través de sus establecimientos, especialmente por medio de los centros de salud mental comunitario (en adelante CSMC), que se encargan del tratamiento terapéutico de las víctimas de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. En el presente trabajo, describiremos cómo se aborda la problemática de la violencia, su tratamiento, las instituciones que se encargan de dicha gestión y cómo esto afecta positiva o negativamente en la recuperación de las víctimas de violencia familiar. Nuestro objetivo principal es realizar una revisión bibliográfica sobre elementos clave como la violencia familiar y la gestión del tratamiento terapéutico, siguiendo nuestros objetivos específicos: identificar la violencia familiar contra la mujer, de género y contra los integrantes del grupo familiar; describir la realidad de la gestión del tratamiento terapéutico en diferentes países y en el Perú; y, por último, proponer algunos aportes frente a la problemática de la gestión del tratamiento terapéutico en el Perú.

2. METODOLOGÍA

Para la elaboración del presente artículo se realizó un análisis documental de diferentes fuentes bibliográficas encontradas en revistas indexadas, libros y noticias de actualidad. Los artículos citados fueron buscados a través de la definición de las variables independiente (VI: violencia familiar) y dependiente (VD: gestión de tratamiento terapéutico). En el caso de la VI, se buscó en las bibliotecas virtuales de buscadores integrales Ebsco y Scopus. Con respecto a la búsqueda en Ebsco, al introducir la VI se encontró 7618 publicaciones académicas; y al introducir la VD, se encontró 5264. En cuanto a la búsqueda en Scopus, al introducir la VI se encontró 27 publicaciones académicas; y al introducir la VD, se encontró 33, de las cuales se extrajeron 20 artículos, 10 para la VI y 10 para la VD, en orden de importancia y

temporalidad. Es importante destacar la relevancia del estudio y la investigación en el ámbito de búsqueda de información mediante las revistas indexadas. Lucas y Roa (2021) indican en su estudio que el ejercicio de búsqueda de revistas de información permite tener una adecuada visión de parámetros y puntos de vista diferentes en torno a temas de actualidad, sobre todo teniendo en cuenta las diversas perspectivas de diferentes autores con criterios de rigurosidad y exigencia científica.

En el mismo sentido, el presente trabajo se abordó desde el enfoque del método sistémico (Ortega et al., 2021), debido a que, a partir de diversos puntos de vista sistémicos, se determinó qué intervención es idónea para la relación entre las variables. Asimismo, se aplicó el método analítico sintético (Rodríguez y Pérez, 2017), el cual nos permitió investigar la unidad de análisis desde varios enfoques e información que nos facilitó concluir sobre el objeto de estudio. También se utilizó el método histórico (Vega y Trujillo, 2020), que nos permitió recabar las experiencias de trabajo en diferentes espacios de tiempo. Todas estas metodologías son importantes en cuanto nos permiten evidenciar el orden de ideas de otros autores, así como lo que ellos otorgan en sus teorías y su abstracción de ejemplos (Rodríguez, 2021). Esto puede conllevar a la generación de nuevos conocimientos y, por lo tanto, llegar a diversas conclusiones que señalen diferentes posturas sobre casos actuales y futuros.

3. ABORDAJE DE LA VIOLENCIA FAMILIAR EN EL PERÚ

La violencia familiar es un problema de larga data. Actualmente, las cifras arrojan alarmantes números que evidencian el daño que la violencia le hace a la salud pública. En un estudio sobre violencia hacia la mujer en Yanacancha (Peña, 2019) se indica que en el trabajo de

investigación realizado en un grupo focal de 60 mujeres, el 100 % había experimentado violencia psicológica, seguido por la violencia física (94 %), violencia económica (80 %) y violencia sexual (32 %). De allí la importancia de la salud mental en todos los implicados en la situación de violencia. Por ello se debe enfatizar en el tratamiento y la recuperación terapéutica familiar.

Asimismo, es importante la recuperación y la atención de las víctimas de violencia; para ello, la estrategia de los CEM es brindar ese soporte y coadyuvar a la motivación de la recuperación y al tratamiento o los primeros auxilios, teniendo en consideración que la violencia no suele ser aislada, sino que, en la mayoría de casos, cuando existe violencia contra la mujer, sus hijos o su entorno familiar también son afectados directa o indirectamente (Nazar et al., 2018).

Torres et al. (2020), en su estudio sobre violencia familiar en la provincia de Lampa, indican que si bien las víctimas de violencia asisten a los CEM para recibir atención en violencia con apoyo del entorno familiar, su comunicación efectiva y su apoyo moral en el proceso es beneficioso siempre y cuando los servicios de salud también estén cerca y disponibles. Esta realidad particular en el CEM de Lampa no es más que una muestra de lo que puede acontecer en otras localidades, donde si bien se brinda el apoyo para la tramitación de las denuncias y la obtención de las medidas de protección, dichos esfuerzos no son suficientes. Esto debido a que los problemas psicológicos de las víctimas no se reducen dada la lejanía o ausencia de los servicios especializados en recuperación de la salud mental de las víctimas por violencia familiar.

Es importante destacar que los daños psicológicos producidos en un ambiente de violencia deben ser evaluados adecuadamente y, *a priori*, ninguno es más leve que otro. Por tanto, se torna indispensable la incorporación de buenas prácticas en la actuación de los profesionales,

entre las que destacan un apropiado trabajo en red y la elaboración de protocolos de actuación que faciliten abordar y atender adecuadamente los casos detectados (Álvarez et al., 2016, p. 55). Así, desde el punto de vista psicológico, no basta con atender oportunamente al caso de violencia, sino que se requiere un adecuado análisis de los daños psicológicos, de modo que se pueda aplicar las técnicas psicológicas pertinentes y, a partir de allí, realizar un plan de recuperación de la víctima por parte del profesional asignado.

En mérito de la Ley n.º 30364, existen múltiples formas de atender los casos de violencia familiar. La propia norma establece que la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y el Poder Judicial son las entidades que tramitan las denuncias y otorgan el papel protector hacia la conducción de las medidas a realizar; sin embargo, el Texto Único Ordenado de dicha ley indica, en su artículo 10, que «la promoción, prevención, atención y recuperación integral de la salud física y mental de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar es gratuita en cualquier establecimiento de salud» (MIMP, 2020b). Ello hace referencia a que las víctimas de violencia deben acudir al Minsa a fin de que se les brinde el tratamiento psicológico por los hechos ocurridos. En ese mismo sentido, la misma norma establece, en su artículo 45, que «es política del Estado la creación de servicios de tratamiento que contribuyan a la reeducación de personas agresoras que han cometido actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar» (MIMP, 2020b). Más adelante, en su artículo 47, establece que los gobiernos locales deben coordinar con el MIMP, a fin de que se implementen servicios de intervención y atención a personas agresoras. Por lo tanto, según esta ley, el sistema de salud, a través del Minsa, otorga la atención y ayuda a la recuperación de las víctimas de violencia familiar, y el MIMP implementa programas de educación y tratamiento terapéutico para las personas agresoras.

El Minsa, bajo su política de tratamiento de la salud mental de todos los ciudadanos, publicó la actualización de la Guía Técnica para el Cuidado de la Salud Mental de Mujeres en Situación de Violencia Ocasionada por la Pareja o Expareja, donde hace énfasis en promover una mejora en la atención de salud y acrecentar la facilidad de acceso de las víctimas de violencia de género, del grupo familiar y de la comunidad a un servicio comunitario, donde se pueda brindar servicios de promoción, prevención, atención, rehabilitación y recuperación en salud mental (Minsa, 2021). En este documento se remarca que su ámbito de aplicación abarcaría todas las instancias donde pueda brindar atención en salud mental, sean públicas o privadas. Asimismo, indica que todo establecimiento de salud se encontraría capacitado a fin de brindar atención psicológica a las víctimas de violencia; y se hace referencia a los establecimientos más capacitados para problemas de violencia que posean indicadores importantes. Por lo que se concluye que, en el ámbito del tratamiento especializado en violencia, se les delega a los servicios públicos de salud (especialmente del Minsa) la rectoría de una estrategia terapéutica específica para cada caso.

Esta estrategia tiene como eje central a los CSMC. Estos espacios, según su norma técnica (Minsa, 2017), tienen como finalidad contribuir a la mejora de la calidad de vida y la salud mental de los ciudadanos que padecen enfermedades mentales o problemas de índole psicosocial (dentro de estos últimos encontramos a la violencia, la desintegración familiar, la desintegración comunitaria, la discriminación, entre otros), y que se otorga gratuidad en su atención y tratamiento. Así, este espacio es designado por los juzgados de familia a donde se derivan los casos de violencia para que la agraviada reciba tratamiento y atención psicológica.

En el caso del MIMP, según su organigrama institucional, el Centro de Atención Institucional (CAI) pertenece al Programa Nacional para

la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar (Aurora), el que, a través de la unidad de atención y protección, y de la subunidad de atención y servicios, cuenta con profesionales de psicoterapia, psicológica y trabajo social. Estos últimos, bajo estrategias metodológicas, atienden a hombres agresores por violencia familiar derivados de juzgados de familia o paz letrado, y sentenciados por violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar. Se busca reeducarlos y minimizar sus conductas violentas. Desde su creación a través de proyecto piloto en 2007 y su formalización en 2010 con el CAI Breña (Defensoría del Pueblo, 2015), este servicio se ha extendido a nivel nacional.

El CAI se implementa a través de convenios de cooperación institucional con los gobiernos regionales, municipales y locales. A la fecha, el MIMP cuenta con cuatro CAI en las regiones de Lima (CAI Breña), Callao (CAI Carmen de la Legua), Ayacucho (CAI Huamanga) y Cusco (CAI Saylla). Para el 2022 se espera llegar nuevamente a la cifra de 2900 personas reeducadas en violencia (MIMP, 2021b). Así, los CAI se encuentran desarrollando una constante metodología de atención terapéutica para sus usuarios. Por ello, en 2021 se aprobó un nuevo Protocolo de Actuación del Centro de Atención Institucional por el cual se pretende obtener un documento normativo que establezca los parámetros y estándares técnicos de actuación del personal del servicio, para rehabilitar a varones de dieciocho años o más, procesados o condenados por haber cometido violencia contra sus parejas sexuales y remitidos por los juzgados de familia o de paz letrado (MIMP, 2021a). Asimismo, este documento traza una ruta de atención uniforme dirigida hacia los agresores y en beneficio de las presuntas víctimas de violencia. La estrategia del CAI está acorde con estándares internacionales que indican que los programas de readaptación de las personas condenadas por delitos de violencia contra la

mujer otorgan capacidades para afrontar diversos momentos de tensión frente a los hechos de violencia contra sus parejas.

Arias et al. (2020), en su trabajo sobre eficacia del tratamiento cognitivo competencial en cien españoles que ejercieron violencia de género, refieren que las habilidades que adquieren se manifiestan en destrezas cognitivas que los ayudan a afrontar de mejor manera eventuales actos violentos estresantes. Además, es importante destacar que cada tratamiento es tan efectivo como la personalidad del penado. Ante un comportamiento retenido y otro que pueda readaptarse, se optaría por lo segundo, a fin de que se contribuya a disminuir el porcentaje de casos de violencia de género. En esa misma línea, Pont (2019), en su estudio sobre la eficacia de políticas públicas en hombres agresores, concluye que los sujetos propensos a la violencia al final del tratamiento logran identificar su responsabilidad y un cambio significativo frente a la violencia ejercida contra sus parejas. Por tanto, existe evidencia de eficacia de los programas dirigidos a un público específico en la lucha contra la violencia.

En 2019, la Defensoría del Pueblo realizó una supervisión a fin de evidenciar la eficacia de los CSMC con respecto al tratamiento de la violencia contra la mujer; y encontró que de los 103 CSMS ninguno contaba con todo el personal requerido para la atención oportuna. El 65 % de los CSMC no realiza visitas ni seguimiento de los casos atendidos; el 58,3 % no contaba con fichas de valoración de riesgo que les permitiese identificar el nivel del riesgo y ser el nexo con los CEM, que realizan la atención primaria en violencia. Además, recomendó específicamente al MIMP a fin de que se fortalezca la vinculación con los CSMC y se garantice la recuperación integral de las mujeres que acuden al servicio CEM (Defensoría del Pueblo, 2019, p. 33).

En esa misma línea, se realizó nuevamente otra supervisión en 2020 a 73 CSMC, y se pudo constatar que el porcentaje de casos sobre

violencia familiar en comparación con los casos atendidos alcanzó un promedio del 10 %. Esto sería un gran déficit en la interrelación del caso, la referencia, la atención del CEM y, particularmente, la derivación del Poder Judicial hacia el CSMC. Otra de las grandes dificultades encontradas fue la ausencia de los profesionales en trabajo social y psiquiatría, fundamentales en la labor de los CSMC y la lucha contra la violencia hacia la mujer (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 33).

Estos datos nos indican que el abordaje y la implementación del tratamiento terapéutico hacia mujeres víctimas de violencia no está siendo eficaz, por lo que estaríamos hablando de un descuido material e inmaterial del Estado hacia las víctimas de violencia (Tenenbaum, 2018). Esto no solamente por la marcada ausencia de profesionales para abordar el problema, sino por la escasa participación de víctimas en estos centros. Si hacemos una comparación, actualmente existen 208 CSMC a nivel nacional, según cifras del Minsa; mientras que existen 431 CEM a nivel nacional, los cuales se especializan en la atención de los casos de violencia familiar, mas no en su tratamiento. Incluso todos sus casos deben derivarlos a los CSMC, teniendo en cuenta que la línea de trabajo de estos centros es en general la salud mental y no exclusivamente la violencia familiar. Por tanto, cabe preguntarnos: ¿podríamos hablar de una gestión eficaz del tratamiento terapéutico desde el Estado, desde el MIMP o desde el Minsa? ¿Sería conveniente que el MIMP y su rectoría en el campo de violencia familiar deba tener un servicio especializado para el tratamiento terapéutico?

4. TRATAMIENTO TERAPÉUTICO PARA LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA

Como ya se indicó, los CSMC no cuentan con una especialización para el abordaje de la violencia de género, falencia que no es exclusiva.

Diéguez y Rodríguez (2021) identificaron, en su estudio sobre la percepción de la violencia de género por parte de los profesionales de la salud, que estos manifestaron poco conocimiento con respecto a los temas de violencia. Ello produce que la intervención ante los procedimientos de partes o la comunicación hacia las instituciones pertinentes sean a veces invisibilizadas. Por lo tanto, no sabrán orientar a las pacientes sobre su derecho a la denuncia ni brindar apoyo legal y psicológico adecuado según la gravedad del caso. Esto ocurre mientras que el MIMP tiene un programa de atención psicológica dirigido a los agresores. Por lo tanto, debe reforzarse los programas destinados a tal fin, teniendo un rubro especializado hacia la recuperación y el tratamiento de la violencia de género. Estos programas deben tener un énfasis de índole comparado para conseguir una eficacia en el abordaje y tratamiento.

Becerra (2021) concluye que la mediación en los casos de violencia familiar o contra la mujer no es específicamente eficaz debido a factores como la relación previa con la víctima, o el grado de confianza o conciencia de índole subjetiva desde el agresor hacia la víctima. El autor dice que influyen también los antecedentes y la existencia de familia que los una. Por lo tanto, evitar la disposición de unión entre el agresor y la víctima de manera inmediata debe ser un parámetro claro y específico para continuar con un servicio que debe partir por la voluntad de salir del círculo violento.

Por otro lado, una forma de intervención psicoterapéutica de índole grupal efectiva se evidenció a través de un estudio de la Universidad de Murcia (Vaca et al., 2020), que concluye que las intervenciones grupales con terapias contextuales en víctimas de violencia basada en género han demostrado ser efectivas. La diferencia entre los datos obtenidos antes y después de la intervención fue estadísticamente significativa para el conjunto de datos y en las subescalas salud subjetiva,

problemas/síntomas y riesgos. Esto quiere decir que las terapias de índole personalizado y de forma grupal sostenidas en el tiempo son positivas para las víctimas. Así, se evidencian mejoras en la autoestima y en las relaciones interpersonales, lo que ayuda a una adecuada reinserción social con la familia y la sociedad.

En cuanto a la violencia familiar contra los adultos mayores, esta tiene efectos graves en la salud física y emocional de la víctima, ya que esta población requiere mayores cuidados, los mismos que tienen que ser realizados con la ayuda de personas externas cuya labor tiene una gran influencia en la recuperación del adulto mayor. A diferencia de otros grupos etarios, los adultos mayores carecen de autonomía. También se concluye que quienes viven en situación más precaria suelen abandonar el tratamiento psicológico, razón por la cual les cuesta más recuperarse emocionalmente de los hechos vividos. A esto se aúna la infraestructura de la demanda psicológica donde el tratamiento suele ser muy ocasional, lo que no permite un servicio pensado exclusivamente en esta población (Santa et al., 2022).

En esa misma línea, la situación de los adultos mayores frente a la violencia familiar es muy específica. Ellos padecen de complejo de inferioridad, están convencidos de que no tienen fuerzas, siempre sienten dolor, no encuentran sentido a la vida y se perciben como la carga de la familia. También se sienten solos y sin planes a futuro por la falta de motivación para vivir; la disminución de sus ideales, sueños y expectativas; la falta de fuerzas para luchar contra la pandemia y el miedo al contagio; y aseguran que la única salida es la muerte. Frente a esto, el maltrato a los mayores puede ser psicológico, físico o económico, o abandonándolos, situación que el Estado debe tratar adecuadamente, no solo en la atención sino en el tratamiento posterior para este grupo poblacional víctima de violencia (Rojas et al., 2021).

Otro estudio realizado a 180 personas en el distrito de Querecotillo (Sullana, Piura) concluye que los hombres tienen mayor percepción de la violencia en pareja, y que, en general, más de dos tercios de la muestra total identifica una situación de violencia oportunamente; mientras que solo un tercio identifica las situaciones de violencia plenamente. Esto da a entender que no conocer adecuadamente una situación de violencia podría generar situaciones de impunidad, y de asimilación o normalización de la violencia, lo que tendría que ver con una ausencia de educación, así como con la ineficiencia de las instituciones que abordan la violencia (Remaycuna y Vela, 2022).

Esto último coincide con el estudio realizado por la Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales en 2015, donde se concluyó que las mujeres víctima de violencia en su niñez tienen altas probabilidades de ser violentadas en su etapa adulta, debido a que desde temprana edad suelen normalizar y aceptar la violencia como un rasgo más de los caracteres de las personas. En esa línea, tanto la normatividad como las instituciones que luchan contra violencia, como la Ley n.º 30364 y el MIMP, deben enfocar adecuadamente sus esfuerzos en la atención y, sobre todo, el tratamiento de la violencia desde temprana edad, a fin de evitar que la violencia sea cíclica (Rodríguez y Alarco, 2021).

Desde el punto de vista de las autoridades y la atención en los casos de violencia, la tesis de Soto (2018) concluye que existe una percepción errónea no solo de las autoridades en la materia de violencia, sino de los usuarios, quienes tienen una perspectiva negativa de la solución de los problemas. El ciudadano no percibe como eficiente ni eficaz el esfuerzo del Estado por combatir la violencia.

En un estudio sobre el funcionamiento de los CEM en el Perú, se encontró que 41 operarios de dichos establecimientos refieren que se ven limitados por ciertos aspectos sociales e institucionales que no les permiten abordar a profundidad la problemática de la violencia. Uno

de estos es el machismo, por el cual tanto mujeres como hombres evitan denunciar hechos de violencia, que terminan impunes. De igual forma, se indica que otros profesionales en la atención de violencia, como los fiscales y los jueces, se ven afectados por esa cosmovisión machista y patriarcal que no permite obtener una justicia pertinente a los casos de violencia de género (Del Pino et al., 2021, p. 256).

Esto último evidencia que la percepción de la violencia está acrecentada por las limitaciones de los operarios para accionar frente a los hechos de violencia, especialmente en cómo afrontarlos luego de su atención. Por tanto, para enfrentar el flagelo de la violencia en su máxima expresión y de forma holística, se requiere programas de atención integral para las víctimas que no solamente intervengan en el momento, sino en el seguimiento y la recuperación de la violencia (Cleto et al., 2019). Por ello, la atención de las terapias psicológicas debe brindarse bajo estándares especializados para obtener así los resultados deseados.

En un estudio a 22 mujeres supervivientes de la violencia de género, se destaca la importancia de la recuperación de las víctimas gracias a los centros de apoyo en salud mental, que brindan servicios especializados en el ámbito psicológico para mujeres víctimas de violencia. Se señala que los ambientes para tener una mejor intervención deben ser adecuados y estar disponibles, a fin de no desmotivar a la usuaria a continuar su recuperación emocional. Entre las estrategias más efectivas de apoyo se encontraron las terapias grupales y las actividades recreativas y formativas (Montes et al., 2021). Sin embargo, lo más importante para motivar la continuidad de su tratamiento radica en una base de datos, redes de apoyo y direcciones de soporte. Todo esto debería estar estandarizado para evitar que la paciente abandone el tratamiento terapéutico (Foschiera et al., 2022).

Los nuevos enfoques en el tratamiento terapéutico hacia las víctimas de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar agrupan diversas estrategias que, mediante aplicaciones estandarizadas, podrían contribuir a disminuir el impacto a las víctimas. Muchas veces estos enfoques pueden sectorizarse por grupos etarios a fin de contribuir específicamente a su recuperación. Así tenemos que Sesar y Dodaj (2021) reportan que las terapias individuales con enfoques psicoanalíticos y las terapias del juego ayudan a un adecuado tratamiento de la salud mental de niños que han experimentados abuso y violencia intrafamiliar, reduciendo así los síntomas de episodios traumáticos. Indican que, en ese aspecto, se debe tener una cultura de seguimiento prolongado paulatinamente, en la que se pueda comprobar el nivel de recuperación y estabilidad emocional de la víctima y su entorno familiar. De igual forma, se resalta la importancia de un programa específico que aborde la problemática de violencia que optimice los resultados de los pacientes analizados.

Por otro lado, generar el perfil psicosocial tanto del agresor como del agraviado implica un amplio conocimiento de la manera como se abordará a la víctima de violencia (Carrascosa et al., 2018). Asimismo, se debe involucrar a la madre, al padre y a las instituciones educativas en el desarrollo de la educación y la socialización, para que así todas las redes sociales del niño o los adolescentes contribuyan a su recuperación (Argaez et al., 2018).

García y Ferrás (2022), por su parte, concluyen en su estudio realizado a 39 mujeres víctimas de violencia que la intervención de una terapia mixta en mujeres víctimas de violencia familiar contribuyó significativamente en un 90 % y 80 % a mejorar su estado de ánimo y su salud emocional, respectivamente. Estas terapias se dieron en modalidades virtuales, a través de mensajes de textos y sesiones grupales presenciales, en donde ellas interactúan y pueden empatizar y

sociabilizar sobre sus experiencias. De esta forma se contribuye a su mejoría, autonomía y autoestima.

Estas terapias no solamente ayudan a las víctimas en su recuperación, sino que promueven sociedades más justas y respetuosas. En ese sentido, existe, además de una contribución al individuo violentado, una ayuda a las redes sociales de esta persona, y mucho más si la población afectada por la violencia tiene personas en diversas condiciones de vulnerabilidad, como, por ejemplo, las personas transgénero. Un estudio realizado a un grupo focal de 50 adolescentes trans indica que la efectividad de las terapias cognitivas conductuales, con respecto a la violencia dirigida a adolescentes transgénero, impacta también a sus familias, ya que les ayuda a afrontar y aceptar la identidad de sus hijas e hijos, así como su expresión de género y su desenvolvimiento en la sociedad, con lo que se evita violencia contra ellos (Damanpak-Rizi et al., 2021).

Estrategias innovadoras o terapias que puedan contribuir a una readaptabilidad en el entorno social requieren no solamente de la participación de la mujer, sino también de su entorno. Finalmente, estrategias cognitivas y físicas como la danza (Vera y Cardona, 2020) se catalogan como innovaciones en la recuperación de la salud mental en la víctima de violencia, y contribuyen a una adecuada convivencia social.

5. CONCLUSIONES

1. La violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, o violencia contra la mujer o violencia de género, se encuentran reguladas en el Perú por la Ley n.º 30364; y su atención recae en el MIMP. No obstante, la misma ley establece que bajo un enfoque interdisciplinario se trabaja en conjunto con otras instituciones

desde el punto de vista protector, como el Minsa, al cual se le encarga la recuperación de las víctimas de violencia a través del tratamiento terapéutico.

2. El MIMP tiene funciones de prevención, atención y seguimiento de las víctimas de violencia; sin embargo, no realiza terapia psicológica. Esto dificulta un abordaje integral a la parte agraviada. La única modalidad que realiza terapia está dada por un programa del MIMP, llamado Centro de Atención Institucional (CAI), que realiza terapias psicológicas y atención psicoterapéutica a hombres condenados por violencia familiar.
3. Según los informes de supervisión con respecto a la problemática de la atención psicológica, las terapias brindadas en el Minsa no son idóneas para abarcar todos los efectos de la violencia familiar. No se cuenta con suficientes especialistas para abordar el tema; no se evidencia resultados eficaces para la lucha contra la violencia; además que los establecimientos de salud, en su mayoría, no están preparados para un abordaje integral de la violencia ni para la atención de las terapias psicológicas.
4. El tratamiento terapéutico brindado por el Estado, gestionado por el Minsa, no garantiza una apropiada recuperación de la víctima. No hay estrategias innovadoras para hacer frente a la violencia, ni se implementan adecuados canales de seguimiento para hacer factible su recuperación.
5. De la revisión de la literatura consultada a nivel internacional, se evidencia que el Estado debe ser el responsable directo de la intervención y la protección integral de la víctima de violencia familiar. Asimismo, se indica que este debe proveer todas las herramientas de forma óptima para la recuperación de la víctima. Situación que no sucede en el caso peruano, puesto que el Minsa no se abastece para poder brindar la terapia integral a las víctimas de violencia, y

al MIMP no se le ha asignado, según su normativa, brindar tratamiento terapéutico.

6. De la revisión de literatura nacional, se desprende que el MIMP brinda una atención oportuna a los casos de violencia familiar reportados; sin embargo, no suele ser suficiente para la recuperación de la víctima, debido a la falta de cooperación con el Minsa. Además, se observa una falta de respuesta óptima de este último, por lo que se debe considerar brindar atención terapéutica por parte del MIMP a través del fortalecimiento de los CEM, puesto que este servicio está más cerca de la población y sus profesionales son especialistas en la recuperación de la víctima.
7. Este nuevo servicio, que podría empezar como un proyecto piloto, debe brindar una atención personalizada, especializada y oportuna para la total recuperación de la víctima, donde únicamente los profesionales se dediquen a realizar las terapias bajo un enfoque centrado en la víctima y a reportar periódicamente sus logros con base en la respuesta y la implementación del servicio. Esta medida no solo podría objetivizar sus logros sino generar réplicas en otros lugares y así tener mayor cobertura.

REFERENCIAS

- Álvarez, M., Sánchez, A. M. y Bojó, P. (coords.) (2016). *Manual de atención psicológica a víctimas de maltrato machista*. Colegio Oficial de la Psicología de Gipuzkoa. <https://www.cop.es/GT/Manual.pdf>
- Arias, E., Arce, R., Vázquez, M. J., y Marcos, V. (2020). Eficacia del tratamiento en la competencia cognitiva en sentenciados por violencia de género. *Anales de Psicología*, 36(3), 427-434. <https://revistas.um.es/analesps/article/view/428771/286851>

- Argaez, S. G., Echevarría, R., Evia, N. M. y Carrillo, C. D. (2018). Prevención de factores de riesgo en adolescentes: intervención para padres y madres. *Psicología Escolar e Educativa*, 22(2), 259-269. <http://old.scielo.br/pdf/pee/v22n2/2175-3539-pee-22-02-259.pdf>
- Bareiro, L. (2017). *Entre la igualdad legal y la discriminación de hecho. Recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) a los Estados de América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43220/1/S1701165_es.pdf
- Becerra, R. R. (2021). La médiation familiale et la violence conjugale: une discussion sur sa pertinence par l'entremise d'une revue de littérature. *Revista Republicana*, (30), 179-191. <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/700/522>
- Carrascosa, L., Cava, M. J. y Buelga, S. (2018). Perfil psicosocial de adolescentes españoles agresores y víctimas de violencia de pareja. *Universitas Psychologica*, 17(3), 1-10. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revPsycho/article/view/17509>
- Cleto, M., Covolan, N. y Signorelli, M. C. (2019). Mulheres-mães em situação de violência doméstica e familiar no contexto do acolhimento institucional de seus(as) filhos(as): o paradoxo da proteção integral. *Saúde e Sociedade*, 28(3), 157-170. <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/ctwXPY7prmbzZZzGrT5rHsC/?format=pdf&lang=pt>
- Congreso de la República (2015). Ley n.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. Lima: 22 de noviembre de 2015. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-ley-n-30364-1314999-1/>

- Damanpak-Rizi, M., Farnam, F. y Khodakhah, P. (2021). Effect of cognitive-behavioral therapy on domestic violence and its consequences in transgender youth: a randomized clinical trial, parallel group study. *BMC Psychiatry*, 21(210), 1-7. <https://bmcp psychiatry.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s12888-021-03224-z.pdf>
- Defensoría del Pueblo (2015). Femicidio íntimo en el Perú: análisis de expedientes judiciales (2012-2015). <https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Informe-Defensorial-N-173-FEMINICIDIO-INTIMO.pdf>
- Defensoría del Pueblo (2019). Supervisión a los centros de salud mental comunitarios. <https://www.defensoria.gob.pe/deunavezportodas/wp-content/uploads/2019/12/Supervisi%C3%B3n-a-los-centros-de-salud-mental-comunitarios-2019-ADM.pdf>
- Defensoría del Pueblo (2020). Supervisión de la atención a mujeres víctimas de la violencia en los centros de salud mental comunitarios. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/11/Reporte-de-ADM-001-CSMC-.pdf>
- Defensoría del Pueblo (2021). Balance sobre la política pública contra la violencia hacia las mujeres en el Perú (2015-2020). <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/11/Balance-sobre-la-pol%C3%ADtica-p%C3%BAblica-contr-la-violencia-hacia-las-mujeres-en-el-Per%C3%BA.pdf>
- Del Pino, M. J., Sánchez, L., Soto, D. y Villalba, K. (2021). Addressing gender-based violence in Peru: Citizenship and critical issues. The Women's Emergency Center (CEM) technicians' point of view. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, 23(37), 233-258. https://revistas.uptc.edu.co/index.php/historia_educacion_latinoamerican/article/view/13960/11547

- Diéguez, R. y Rodríguez, M. S. (2021). Percepciones del personal sanitario sobre la violencia de género. *Educación Médica*, 22, 414-419. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1575181321000139#>
- Foschiera, L. N., Dupont, M. F. y Habigzang, L. F. (2022). Follow-up Evaluation of Psychotherapy Protocols for Women with a History of Intimate Partner Violence: Scoping Review. *Trends in Psychology*, 30, 261-282. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s43076-021-00119-6.pdf>
- García, Y. y Ferrás, C. (2022). Blended Therapies and Mobile Phones for Improving the Health of Female Victims of Gender Violence. *Healthcare*, 10(445), 1-14. <https://www.mdpi.com/2227-9032/10/3/445>
- Ibaceta, F. (2011). Violencia en la pareja: ¿es posible la terapia conjunta? *Terapia Psicológica*, 29(1), 117-125. <https://www.scielo.cl/pdf/terpsicol/v29n1/art12.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019). Perú: indicadores de violencia familiar y sexual, 2012-2019. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1686/libro.pdf
- Krenkel, S., Ojeda, C. L. y Cantera, L. M. (2019). Significant Social Networks and Violence against Women: Perspective of Professionals from a Shelter. *Psicologia & Sociedade*, 31, 1-15. <https://www.scielo.br/j/psoc/a/KgT3rPCkQmQcnQLqLrVCHxj/?format=pdf&lang=en>
- Lucas, E. y Roa, J. (2021). Análisis de la producción científica sobre enseñanza universitaria virtual y semipresencial en revistas españolas de alto impacto. *Revista Complutense de Educación*, 32(4),

605-616. <https://revistas.ucm.es/index.php/RCED/article/view/70887/4564456558649>

Martínez, J. A., Bolívar, Y., Rey, C. A., Ramírez, L. C., Lizarazo, A. M. y Yanez, L. Y. (2021). Esquemas tradicionales de roles sexuales de género, poder en las relaciones y violencia en el noviazgo. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 12(1), 1-16. <https://www.rips.cop.es/pdf/art412021.pdf>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2020a). Aurora en cifras, 2020. <https://portalestadistico.aurora.gob.pe/wp-content/uploads/2021/11/Compendio-AURORA-2020-PL.pdf>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2020b). Decreto Supremo n.º 004-2020-MIMP, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. Lima: 4 de septiembre de 2020. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/DS-004-2020-MIMP-LP.pdf>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2021a). Protocolo de Actuación del Centro de Atención Institucional. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2666626/RDE%20N%C2%B0%20333-2021-MIMP-AURORA-DE.pdf.pdf>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2021b). Proyecto de presupuesto del sector 39 Mujer y Poblaciones Vulnerables para el año fiscal 2022. https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2021/Presupuesto/files/cronograma_de_sectores/mujer/1._resumen_ejecutivo_4_vistos.pdf

Ministerio de Salud (2017). Norma técnica de salud: centros de salud mental comunitarios. <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/4499.pdf>

- Ministerio de Salud (2021). Guía técnica para el cuidado de la salud mental de mujeres en situación de violencia ocasionada por la pareja o expareja. <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/5533.pdf>
- Montes, R., Corral, I., Jimenez, R., Rodriguez, R., Becerro, R. y Losa, M. (2021). Personal Tools and Psychosocial Resources of Resilient Gender-Based Violence Women. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18(16), 1-11. <https://www.mdpi.com/1660-4601/18/16/8306>
- Nazar, A., Salvatierra, B., Salazar, S. y Solís, R. (2018). Violencia física contra adolescentes y estructura familiar: magnitudes, expresiones y desigualdades. *Estudios Demográficos y Urbanos*, 33(98), 365-400. <http://www.scielo.org.mx/pdf/educm/v33n2/2448-6515-educm-33-02-365.pdf>
- ONU Mujeres (2020). El mundo para las mujeres y las niñas: informe anual 2019-2020. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2020/UN-Women-annual-report-2019-2020-es.pdf>
- Organización Mundial de la Salud (2021, 8 de marzo). Violencia contra la mujer. *Organización Mundial de la Salud*. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>
- Ortega, C. W., Gamarra, S. y Yon, M. R. (2021). Enfoque de investigación sistémica vs. enfoque de investigación científica: análisis comparativo de su efectividad. *Maestro y Sociedad*, 18(3), 967-983. <https://maestroysociedad.uo.edu.cu/index.php/MyS/article/download/5388/5033>
- Peña, A. C. (2019). *Factores que influyen en la violencia contra la mujer. Yanacancha, 2019* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional

- Daniel Alcides Carrión]. http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/1510/1/T026_71034563_T.pdf
- Pont, J. (2019). Identifying public policies: Public Defenders and men who broke the Maria da Penha Law. *Journal of Public Administration*, 53(3), 628-639. <https://www.scielo.br/j/rap/a/gMHSwGZZm6PtdDKFtctKgfC/?format=pdf&lang=en>
- Rebollo, A., De los Santos, P. y Jiménez, R. (2022). Recursos que ayudan a las adolescentes a recuperarse de una experiencia de violencia de género en el noviazgo. *Revista de Investigación Educativa*, 40(1), 203-218. <https://revistas.um.es/rie/article/view/463081/318851>
- Reina, J., Rodríguez, V. y Muñoz, N. (2021). Discursos culturales y mandatos de género sobre la violencia machista en Ecuador. *Revista de Ciencias Sociales*, 27(4), 131-148. <https://doi.org/10.31876/rcs.v27i4.37238>
- Remaycuna, A. y Vela, O. M. (2022). Percepción de conflicto conyugal como correlato psicológico de la violencia familiar. *Revista de Filosofía*, 39(100), 515-529. <https://zenodo.org/record/6026378#.Y0gpZP3MLIU>
- Rodríguez, A. (2021). El método científico como proceso sistémico: de la inducción-deducción a su representación. *Visum Mundi*, 5(1), 9-26. <https://static1.squarespace.com/static/55564587e4b0d1d3fb1eda6b/t/607776794181f93a2f59fe87/1618441871857/Rodr%C3%ADguez-D%C3%ADaz+-+VM+V5N%7C+2021-+9-26.pdf>
- Rodríguez, A. y Pérez, A. O. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, (82), 175-195. <https://journal.universidadean.edu.co/index.php/Revista/article/view/1647/1661>

- Rodríguez, M. C., y Alarco, J. J. (2021). Las mujeres que sufren maltrato infantil tienen una mayor probabilidad de ser víctimas de violencia ejercida por la pareja en Perú. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, 24, 1-14. <https://www.scielo.br/j/rbepid/altR6HQdq8VNpSJqBWg5G8Nz/?format=pdf&lang=es>
- Rojas, V. B., Soto, J. D., Cuadros, V. P. y Barrionuevo, C. N. (2021). Vivencias y sentido de vida del adulto mayor víctima de violencia familiar en tiempos de COVID-19. *Revista Universidad y Sociedad*, 13(4), 499-504. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v13n4/2218-3620-rus-13-04-499.pdf>
- Romero, M. (2022). Experiencias de violencia de género en mujeres migrantes bolivianas residentes en Tarapacá, Chile. *Estudios Fronterizos*, 23, 1-24. https://ref.uabc.mx/ojs/index.php/ref/article/view/884/2086?lan=es_ES
- Santa, H., Saona, K. L. y Jara, M. M. (2022). Relación entre síntomas psicopatológicos y funcionamiento familiar en adultos mayores víctimas de violencia familiar. *Revista Cubana de Enfermería*, 38(1), 1-16.
- Sesar, K. y Dodaj, A. (2021). Therapeutic Interventions Employed when Working with Maltreated Children. *Hrvatska Revija za Rehabilitacijska Istraživanja*, 57(2), 103-122. <https://hrcak.srce.hr/file/389255>
- Soto, N. (2018). *Violencia de género contra la mujer en la pareja y acciones gubernamentales: el caso de Metepec Estado de México* [Tesis de licenciatura, Universidad Autónoma del Estado de México].
- Tenenbaum, G. (2018). Delincuencia juvenil, violencia familiar y mercado de trabajo. Las configuraciones de los descuidos familiares en los adolescentes en conflicto con la ley de la Ciudad

- de México. *Estudios Sociológicos*, 36(107), 335-360. <http://www.scielo.org.mx/pdf/es/v36n107/2448-6442-es-36-107-335.pdf>
- Torres, G. M., Samanez, K. A. y Samanez, K. C. (2020). Violencia familiar y su influencia en el estado emocional de mujeres en la provincia de Lampa, Perú, año 2018. *Revista Conrado*, 16(73), 260-269. <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/1302/1293>
- Vaca, R., Ferro, R. y Valero, L. (2020). Eficacia de un programa de intervención grupal con mujeres víctimas de violencia de género en el marco de las terapias contextuales. *Anales de Psicología*, 36(2), 189-199. <https://revistas.um.es/analesps/article/view/396901/282131>
- Vega, A. y Trujillo, J. (2020). El método histórico crítico en el estudio de movimientos sociales: la ideología cubana en el panorama social mexicano. *Espacio Abierto*, 29(3), 164-183. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/espacio/article/view/34468/36327>
- Vera, M. y Cardona, M. C. (2020). Autoconcepto de mujeres migrantes maltratadas víctimas de violencia machista: una propuesta educativa para ayudar a recuperar el equilibrio emocional a través de la danza. *Estudios Pedagógicos*, 46(2), 421-445. <https://www.scielo.cl/pdf/estped/v46n2/0718-0705-estped-46-02-421.pdf>
- Zub, M. (2016). *Violencia contra las mujeres en Paraguay: avances y desafíos*. ONU Mujeres. <https://www.cde.org.py/wp-content/uploads/2017/08/2016-ONU-Mujeres-Estudio-violencia-Paraguay.pdf>



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 209-236

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.659

Algoritmos y género: inteligencia artificial al servicio de la violencia simbólica

Algorithms and gender: artificial intelligence at the
service of symbolic violence

JOSÉ OSVALDO LEDESMA

Poder Judicial de la Provincia de Corrientes
(Corrientes, Argentina)

Contacto: joseledesma@juscorientes.gov.ar
<https://orcid.org/0000-0002-3511-4011>

RESUMEN

En este estudio se expone cómo el mecanismo de la inteligencia artificial contribuye con la constitución y la expansión de la violencia de género simbólica. La reafirmación de este tipo de violencia se produce a través de los resultados preliminares que la inteligencia artificial arroja a los usuarios en el uso de las plataformas digitales, resultados que conllevan sesgos algorítmicos que operan sobre la base de patrones de búsqueda de los usuarios.

Palabras clave: inteligencia artificial; violencia de género simbólica; algoritmos; sesgos algorítmicos.

ABSTRACT

This research shows how artificial intelligence mechanism contributes to the constitution and expansion of symbolic gender violence. Reaffirmation of this type of violence occurs through the preliminary results that artificial intelligence shows users in the use of digital platforms, which results carry algorithmic biases that operate on the basis of user search patterns.

Keywords: artificial intelligence; symbolic gender violence; algorithms; algorithmic biases.

Recibido: 19/09/2022 Aceptado: 15/11/2022

1. INTRODUCCIÓN

Nadie duda de que la tecnología es una parte importante de nuestra vida diaria y de que sus beneficios, aprovechados en todas las áreas de la ciencia y el comportamiento humano, son conquistas irreversibles. Sin embargo, a la par de las ventajas por estos «avances», también se observan, paradójicamente, determinadas cuestiones que encierran vulneraciones o riesgos en clave de derechos humanos y que ningún operador jurídico puede soslayar.

El propósito del presente trabajo es exponer el concepto de violencia de género simbólica. Además, intenta explicar, de forma somera, cómo la inteligencia artificial, a través de los sesgos algorítmicos, contribuye a la expansión de dicha violencia.

2. VIOLENCIA DE GÉNERO

2.1. Consideraciones generales: tipos y modalidades

Independientemente de teorizaciones que puedan existir al respecto, en este trabajo se toman las expresiones «violencia de género» y «violencia contra la mujer» como sinónimas en el entendimiento de que, si de proteger derechos se trata, las especificaciones tienen por efecto excluir antes que incluir. En Argentina, la mejor definición sobre el particular la provee el artículo 4 de la Ley n.º 26485, Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales, que dice lo siguiente:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

Entonces se tiene que la violencia contra la mujer puede producirse tanto por acción como por omisión, afectando alguno de los bienes jurídicos mencionados, pero con un ingrediente fundamental, que distingue a este tipo de violencia de otros: la acción u omisión debe darse en un contexto de género y, particularmente, a raíz de una relación desigual de poder entre el victimario y la víctima, también basada en el género.

La palabra «género» no es inherente a lo biológico, sino a un conjunto de factores ligados a lo cultural que determinan la identidad de una persona y que pueden o no tener relación con su sexo biológico y con su sexualidad u orientación sexual. Es así que es posible encontrar feminidad en cuanto género en personas que no precisamente sean del sexo biológico femenino.

Una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, particularmente después de la sanción en Argentina de la Ley n.º 26743, Ley de Identidad de Género¹ —que, dicho sea de paso, cumplió recientemente una década—, debe llevar a considerar que las personas que se autoperciben como mujeres también deben quedar comprendidas en el concepto de víctima de violencia protegida por la mencionada Ley n.º 26485. Máxime, después del expreso reconocimiento que hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso «Vicky Hernández y otras vs. Honduras» (2021), donde se declaró la responsabilidad estatal por el asesinato de una mujer trans en un contexto de violencia de género, motivado en la expresión de su identidad de género, que implicó una violación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (coloquialmente conocida como Convención de Belém do Pará)². Es decir, la Corte IDH le adjudicó a una mujer trans un idéntico tratamiento jurídico que a una mujer cis, con lo cual se trata de una cuestión que, al menos en el ámbito del sistema interamericano, está fuera de discusión.

-
- 1 El artículo 2 de esta norma reza lo siguiente: «Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales».
 - 2 Ratificada por la Ley n.º 24632, en 1996, con jerarquía infraconstitucional pero suprallegal.

Por otra parte, por lo general se tiende a visibilizar únicamente la violencia por acción y, en particular, la física, y, en menor medida, la psicológica, dejando de lado que también las omisiones y los demás tipos de violencia son igualmente tutelables por la ley. En este sentido, los artículos 5 y 6 de la Ley n.º 26485 se ocupan de legislar lo que, respectivamente, constituyen los tipos y las modalidades de la violencia de género, y que aquí se expondrán de forma muy somera para poder enfocar el tema objeto del presente trabajo.

Cuando se habla de «tipos», se hace referencia a los modos en que puede manifestarse un mismo fenómeno, en este caso la violencia contra la mujer, es decir, las maneras cómo se exterioriza y, en consecuencia, se la percibe. El artículo 5 de la Ley n.º 26485 señala seis tipos:

1. Física. Es aquella en la que la acción desplegada por el agente causa un daño o dolor (o bien, coloca a la víctima en riesgo de recibirlo) sobre la materialidad de la persona, afectando su vida (femicidio) o su integridad, bienestar o salud corporal. No es necesario —se reitera— que existan consecuencias efectivas, sino que basta, para la configuración del acto violento, con que la acción desplegada se dirija contra el cuerpo de la víctima, aun cuando, en el caso, no se produjera ninguna lesión o dolor.
2. Psicológica. Afecta la integridad moral de la mujer a través de acciones (u omisiones) que mancillan su dignidad o su honor, la ridiculizan, la humillan, la degradan y disminuyen su autoestima; así como aquellas que afectan su libre determinación intentando controlar sus acciones o comportamientos, a través de manipulación, amenaza, coerción social, restricción de la circulación, aislamiento, etc.
3. Sexual. Es aquella en la que, mediante actos de violencia física o psicológica, se afecta la autodeterminación de la mujer en torno a

su vida sexual y reproductiva, haya o no acceso carnal, y con independencia de que el autor y la víctima estén unidos en matrimonio o conformen una unión convivencial, incluyendo también los casos de trata de personas con fines de explotación sexual. Se ve entonces cómo en este tipo de violencia concurren al menos uno de los dos anteriores (o ambos), pero queda calificada por la intencionalidad específica, que es vulnerar el derecho de la mujer a su libre determinación sexual y reproductiva.

4. Económica y patrimonial. Es aquella en la que el agente menoscaba los recursos económicos de la mujer, sea controlando sus ingresos o cualesquiera otros bienes que formen parte de sus muebles, inmuebles o patrimonio, sustrayéndoselos, destruyéndolos o de cualquier modo limitando su uso y goce o bien, retaceándole o no suministrándole aquellos recursos económicos generados por él o cualquier otra insatisfacción de sus necesidades económicas, cuando ella no posee empleo formal, aunque sí material por dedicarse a las tareas de cuidado del hogar y los hijos. La ley también incluye en este supuesto a la discriminación laboral por razones de género en cuanto a diferencias en la remuneración de varón y mujer que realizan igual tarea.
5. Simbólica. Consiste en la reproducción de patrones estereotipados sobre los roles de género, es decir, sobre lo que socialmente y con un prisma patriarcal se considera como propio de un hombre o de una mujer (forma de vestir, colores, deportes, empleos, oficios o profesiones, rol en la familia, etc.), que contribuyen a consolidar, de esta manera, la histórica visión subordinada, inferior y sometida de la mujer respecto del varón. Sobre esto se volverá en el siguiente apartado.

6. Política³. Busca menoscabar, impedir, obstaculizar, etc., el ejercicio de la participación política de la mujer, sea como candidata a algún cargo electivo, afiliada a algún partido o por simplemente participar de actos políticos o de proselitismo en general, en igualdad de condiciones con el varón.

Por su parte, cuando se alude a «modalidades» de violencia, se habla de los ámbitos, contextos o formas en los que cualquiera de los tipos mencionados se desarrolla. En resumidas cuentas, el artículo 6 de la Ley n.º 26485 señala las siguientes:

1. Doméstica. Se realiza por integrantes de un grupo familiar, conviviente o no, es decir, personas que mantienen lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o relaciones afectivas en general, incluidos noviazgos, vigentes o finalizados, e independientemente del lugar físico en que se lleven a cabo los actos o las omisiones. Es decir, no se requiere que se realice exclusivamente dentro del inmueble que constituye el hogar, si lo hubiere, sino que el requisito para que se configure esta modalidad es el vínculo entre el victimario y la víctima.
2. Institucional. Es llevada a cabo por el Estado a través de sus agentes, es decir, funcionarios o empleados de la administración pública en cualquiera de los tres poderes y en cualquiera de sus niveles (nacional, provincial o municipal), que de alguna manera retardan, obstaculizan o cercenan el acceso de las mujeres a las políticas públicas o al ejercicio de derechos, en ambos casos, vinculados a la violencia de género.
3. Laboral. Se produce en el ámbito de trabajo y bajo todos los tipos de violencia vistos, tanto en el trato cotidiano (*mobbing* o acoso u

3 Este último tipo de violencia contra la mujer fue incorporado por la Ley n.º 27533, que modifica la Ley n.º 26485.

hostigamiento laboral) como en la comparación con el varón en materia salarial, tareas, ascensos o cualquier otra clase de beneficios. Incluye prácticas discriminatorias en la etapa de contratación (por ejemplo, por razones de embarazo, estado civil, apariencia física, entre otras).

4. Obstétrica y contra la libertad reproductiva. Si bien la ley las trata como dos modalidades diferentes, están íntimamente relacionadas, cada una desde su óptica. La violencia contra la libertad reproductiva refiere a aspectos más bien objetivos (el derecho a elegir libremente sobre la cantidad de embarazos y el intervalo entre ellos, esto es, la autodeterminación reproductiva de la mujer, vedando, por ejemplo, tratamientos anticonceptivos, ligadura de trompas, etc., sin su consentimiento, y también la autodeterminación en materia de modalidades de partos). Mientras que la violencia obstétrica apunta más a la parte actitudinal, es decir, al trato deshumanizado, el abuso de medicalización o la patologización de los procesos reproductivos que podrían llevarse a cabo de forma natural (por ejemplo, no permitiendo acompañantes, obligándola a una anestesia total innecesaria, acelerando el parto con medicamentos, practicando cesáreas en contra de los deseos de la mujer, siempre que criterios médicos objetivos no aconsejen lo contrario).
5. Mediática. Se lleva a cabo, como su nombre lo indica, a través de medios masivos de comunicación, por ejemplo, en publicidades televisivas o radiales, programas, películas, series, etc., y, por lo general, en alianza estratégica con el tipo de violencia simbólica (reproduciendo patrones estereotipados o roles de género que coloquen a la mujer en una posición de subordinación o inferioridad respecto del varón) o psicológica (cuando el medio de comunicación es el canal para humillar, ridiculizar, desacreditar, amenazar, cosificar, etc., a una o más mujeres en particular, como se explicó anteriormente).

6. En el espacio público⁴. Refiere a lo que tradicionalmente se conoce como «acoso callejero», esto es, expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afectan la dignidad, integridad o libre circulación de la mujer, y que son realizadas en espacios públicos como centros comerciales, transporte público o en la misma vía pública.
7. Política⁵. Refiere, fundamentalmente, a los espacios en que la violencia política se puede llevar a cabo, como instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones sociales, asociaciones sindicales, medios de comunicación, entre otros.

2.2. Violencia de género simbólica

Cuando se habla de violencia simbólica se ingresa a un tópico de naturaleza sociológica que tiene su anclaje en las relaciones de poder entre grupos humanos. El concepto fue desarrollado por Pierre Bourdieu en la década de los setenta e interpretado por muchos sociólogos; y su tratamiento en profundidad excedería las modestas pretensiones de este artículo. Baste decir aquí que se trata de una situación estructural en la que existe una relación desigual de poder que involucra un grupo dominante y otro dominado, y que se sustenta merced a un complejo de pautas culturales explícitas o implícitas que contribuyen a consolidar el *statu quo* establecido. El autor mencionado enseña en este sentido que «este conjunto de imposiciones redundaría en la sumisión de los agentes sociales dominados a los dominantes, con la complicidad implícitamente consentida de los primeros, en virtud de la sumisión dóxica al orden consolidado» (Bourdieu, citado por López, 2014, p. 185).

4 Esta modalidad fue incorporada por la Ley n.º 27501.

5 Esta modalidad fue incorporada por la Ley n.º 27533; y va de la mano —claro está— con la «violencia política», que también fue incorporada por esta ley.

Entonces, la violencia simbólica implica —como dos caras de una misma moneda— no solo la dominación por parte de un grupo hacia otro, sino la creencia incluso inconsciente de este último de que tal situación responde a un orden natural. En este sentido, Olisa (2022) expresa que «esta violencia está interiorizada y naturalizada hasta el punto de que creemos que las cosas “siempre fueron así” y, por lo tanto, nuestros valores y lugares dentro de la sociedad serían no solo incuestionables, sino también inmutables» (párr. 2).

Debe recordarse que, en el contexto de género, la violencia simbólica está definida en el artículo 5, inciso 5, de la Ley n.º 26485, que, textualmente, la cataloga como «la que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos, transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad».

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2021) ha dicho, en este sentido, que «los estereotipos de género y patrones estereotipados basados en género se refieren a una preconcepción de atributos o características poseídas o a papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (p. 11).

Ahora bien, ¿por qué se denomina así? Como acercamiento preliminar al concepto, la Real Academia Española (RAE) (2014c) considera la palabra «símbolo», en su primera acepción, como «elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición, etc.»; es decir, un símbolo, lógicamente, no es un fin en sí mismo, sino un medio para representar un fin. Es así como las letras del alfabeto (y sus combinaciones), los números, las señaléticas, los íconos y cualesquiera otros elementos materiales con función representativa o instrumental, constituyen signos simbólicos porque no son fines en sí mismos, sino

que, a través de una operación intelectual, es menester interpretarlos para así poder obtener el significado (idea, condición, entidad, etc.). La semiótica es, precisamente, la disciplina encargada del estudio de los signos y de su capacidad representativa de ideas o conceptos diferentes de aquellos en sí mismos.

Por su parte, la RAE (2014b) define «patrón», en su octava acepción, como «modelo que sirve de muestra para sacar otra cosa igual», en otras palabras, aquello que sirve para obtener infinitas reproducciones desde un modelo original. No obstante, la Ley n.º 26485 no habla de cualquier patrón, sino de aquel que es «estereotipado», lo que, en términos de la RAE (2014a, acepción 1), implica una «imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable». Estas imágenes o ideas no son otras que las que refieren a las atribuciones de roles de dominación, desigualdad y discriminación con base en el género, entre hombres y mujeres, especialmente en desmedro de estas últimas.

La mencionada CIDH (2021) refirió claramente que «los estereotipos de género son una forma de discriminación incompatible con los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes» (p. 10) y, en consecuencia, recomendó «modificar las condiciones estructurales, las normas sociales y los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres que legitiman y reproducen la violencia y la discriminación contra las mujeres» (p. 10).

Por su parte, el artículo 6 de la Convención de Belém do Pará es contundente en este sentido cuando dictamina que

el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: [...] b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Queda claro, entonces, que los patrones estereotipados sobre los roles de género son símbolos y su reproducción sistemática constituye, en consecuencia, la violencia simbólica. Así, la familia es un factor importante de reproducción de la violencia de género simbólica,

mediante los discursos en su interior que se reproducen de generación en generación. Por ejemplo, roles que deben aprender los niños y niñas, roles que asumen los padres. En la familia nuclear y en la extendida se generan muchos prejuicios, sobre todo de varones hacia mujeres o prejuicios respecto a los jóvenes, a las personas con discapacidad, a los adultos mayores. Se producen disputas de poder.

La familia, al igual que otros espacios, es un lugar donde se aprende (Zapata, 2019, «¿La familia es un espacio donde se genera y reproduce violencia simbólica?», párrs. 1-2).

Sin embargo, la familia, si bien es la primera, no es la única agencia de socialización del individuo. Existen muchos otros ámbitos que brindan un espacio propicio para el desarrollo y la reproducción de patrones estereotipados machistas y que constituyen violencia de género simbólica: la escuela, el club, los diarios, la radio, la televisión, las redes sociales y, desde luego, la internet. En este sentido, se ha dicho que

publicidades que venden productos de limpieza solo para ellas, marcas que ofrecen un modelo de belleza único (blanca, heterosexual, delgada, sin celulitis, siempre bronceada), canciones de moda que colocan a la mujer en una vidriera lista para ser comprada por el más guapo, el más rico, el más macho. Los productos de la industria cultural, a la vez que reproducen el discurso patriarcal, contribuyen a perpetuarlo y naturalizarlo, y se convierten en factores que, de manera inconsciente, generan violencia de género (Andrés, 2018, párr. 2).

3. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS ALGORITMOS

3.1. Consideraciones generales

Si bien hay multiplicidad de definiciones, se considera, en general, inteligencia artificial a la «rama de las ciencias computacionales preocupada por la automatización de la conducta inteligente» (Iniciativa Latinoamericana de Libros de Texto Abiertos, 2014, p. 13), y, en particular, al conjunto de «procesos y tecnologías que permiten que las computadoras complementen o reemplacen tareas específicas que de otro modo serían ejecutadas por seres humanos, como tomar decisiones y resolver problemas» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018, párr. 3).

Sin embargo, si bien se desarrolla dentro de las ciencias computacionales, en su aspiración de máxima emulación posible al razonamiento humano, recibe, indudablemente, aportes de otras áreas del conocimiento, en especial, la psicología, la sociología, la filosofía, las neurociencias y la lingüística.

Como ocurre normalmente, el derecho es el último en llegar al convite. La preocupación de los juristas por la naturaleza jurídica de los sistemas inteligentes y los riesgos y los conflictos que trae aparejada su utilización es un tema relativamente nuevo, que se encuentra en plena agenda y sobre el cual todavía hay más incertidumbres que certezas.

Uno de los aspectos relacionados con la inteligencia artificial que preocupan al derecho es el uso de algoritmos para ofrecer una mejor experiencia al usuario. Si bien la curiosidad por el tema ha comenzado desde la perspectiva del derecho a la intimidad y a la protección de los datos, también presenta otras aristas, como la que motiva el presente trabajo. A continuación, se expondrán algunas ideas sobre ello.

3.2. Los algoritmos y sus sesgos

La inteligencia artificial como concepto abstracto se materializa en programas de computación y aplicaciones (o, modernamente, con el apócope anglosajón *apps*), que son accesibles desde diferentes dispositivos y que no solo reciben información primaria por parte del programador, sino tienen, de alguna manera, la posibilidad de «aprender», es decir, incorporar nuevos datos a raíz de la interacción cotidiana con los usuarios (Moore, 2019) y de «predecir» las intenciones de estos de forma intuitiva a través de «algoritmos». Estos últimos son definidos como «una serie lógica de pasos para organizar y actuar sobre un cuerpo de datos para lograr rápidamente el resultado deseado» (Gillespie, citado por World Wide Web Foundation, 2017, p. 6; traducción nuestra).

Dado que se trata de un concepto muy amplio y que abarca varias especies, este trabajo pone el foco en los denominados «algoritmos de búsqueda», y los de presentación espontánea de contenidos, como los «algoritmos de redes sociales» y los «algoritmos de *marketing* digital».

Los primeros son aquellos cuya función es, como su nombre lo indica, localizar uno o más elementos concretos dentro de una base de datos determinada, como los que utilizan los comúnmente llamados «motores», como Google, Yahoo, Bing, etc. La intención, naturalmente, es aumentar al máximo la eficacia de la búsqueda, de manera que el usuario pueda acceder a los datos que pretende obtener con el menor esfuerzo y en el menor tiempo posible.

En consecuencia, la operatoria de estos motores de búsqueda consiste en tres pasos: 1) rastreo de la información existente en una gran cantidad de sitios web; 2) indexación de esta información de manera lógica y organizada para permitir un rápido acceso; y 3) entrega al usuario de los resultados que mejor se adapten a la búsqueda realizada (Cruz, 2018).

No obstante, Asteasuain (2012) señala que «un buscador debe ser eficiente para encontrar de manera rápida los resultados y, a su vez, inteligente para ordenarlos» (p. 33). Es decir, hay un condimento más. Es necesario encontrar los elementos y, más aún, establecer un orden de prioridad en la lista, dado que normalmente los usuarios se quedan con las primeras opciones que se le presentan. El autor relata de manera interesante cómo Google logró posicionarse como uno de los buscadores más exitosos en este cometido, entre otros factores, por utilizar listas de búsquedas que aparecen instantáneamente por estar basadas en consultas previas y almacenadas en la memoria caché y, fundamentalmente, por aprender intuitivamente en función del comportamiento de los usuarios: «Con las miles y miles de consultas por segundo que se hacen a nivel global, Google es un rápido aprendiz» (p. 35). Asimismo, el autor señala que «el buscador debe intuir lo que el usuario quiere encontrar, y decidir en base a esa intuición. ¡Y debe hacerlo rápido!» (p. 33).

Entonces, cuanto mayor sea la cantidad de consultas por parte de los usuarios, se va registrando un patrón de comportamiento que redundará en una mayor eficacia del sistema en la respuesta intuitiva que presenta como resultado: «a más información, más precisión de los algoritmos predictivos y de aprendizaje» (Cimoli, 2018, p. 17).

Ahora bien, estos motores sirven de alguna manera para conocer y sistematizar estos intereses y necesidades colectivos e individuales de los usuarios, pero sería ingenuo pensar que únicamente tienen por finalidad brindar una mejor y más rápida experiencia de búsqueda. Lo cierto es que, en función de lo aprendido, los sistemas, en alianza estratégica con los «algoritmos de *marketing* digital», esto es, con las plataformas de publicidad, aprovechan los resultados de esas búsquedas para ofrecer *advertis* (apócope del anglicismo *advertisements* o anuncios publicitarios) que invaden todos los sitios y redes sociales en los que los

usuarios ingresan. Basta con googlear «pasajes a Miami» para que, en todas las redes sociales y páginas que el usuario visite posteriormente, aparezcan anuncios de diversa índole relacionados con viajes, turismo y, especialmente, el destino buscado. Estos algoritmos de *marketing* digital, básicamente, trabajan para segmentar el público destinatario y así poder optimizar las ventas, al ofrecer los productos en campañas personalizadas a individuos específicos con determinados intereses que se desprenden de sus experiencias previas en el entorno digital.

Algo similar ocurre con los «algoritmos de redes sociales», que son utilizados tanto por estas propiamente dichas como por las plataformas de *streaming*, como Netflix, Movistar, etc., que se basan en la experiencia previa del usuario para poder ofrecerle, intuitivamente, material (vídeos, películas, series, etc.) que consideran que puede llegar a ser de su interés. Esto incluso sin que el usuario presione el botón de *play* ('reproducir'). Y la verdad es que, en la mayoría de los casos, aciertan, precisamente por los algoritmos. Sin embargo, además de contenido, ofrecen —una vez más y como no puede ser de otra manera— publicidad. Ciertamente,

los algoritmos de redes sociales dictan qué publicaciones se muestran en el *feed* de los usuarios. Famoso es el algoritmo de Facebook, que dejó de mostrar publicaciones no de pago. Pero no menos conocido es el cambiante algoritmo de Instagram. Por su parte, los algoritmos de transmisión de vídeo en Twitch o YouTube sugieren vídeos basados en nuestro historial de visitas (Inesdi, 2021, «¿Cuáles son los algoritmos más conocidos?» párr. 2).

Estos fenómenos —que podría decirse ya forman parte de la vida cotidiana— reclaman una mayor atención a su fuente. El tema se convierte en un problema cuando entra en colisión con la privacidad, puesto que algunas plataformas también reciben ingresos por la reventa y la reutilización de los datos de sus usuarios (Cruz, 2018). No obstante, cuando se alude a «datos», no necesariamente se hace

referencia a datos personales, sino también a intereses, gustos, preferencias y demás cuestiones que surgen precisamente de la interacción del usuario con los sistemas informáticos y que, además de ofrecer una mejor experiencia, esconden motivaciones económicas vinculadas a la segmentación de público destinatario de la publicidad. Esto es lo que ocurrió con la famosa polémica de WhatsApp, que en 2021 anunció cambios en su política de privacidad, y que permitirían compartir información con Facebook y otras empresas asociadas (Fernández, 2021). Algo similar ocurrió cuando se implementó la última versión del algoritmo de Google (Google Panda), que, so pretexto de mejorar la experiencia, recibe información de otras búsquedas realizadas en redes sociales, como Twitter, YouTube o Google Plus (Asteasuain, 2012).

Cárcar (2019) ha expresado su preocupación porque

se evidencia una llamativa falta de transparencia algorítmica y la ausencia de una adecuada percepción sobre la necesidad de aprobación de un marco jurídico específico. Únicamente se observa una innegable preocupación respecto del cumplimiento en materia de protección de datos, que se percibe como un límite (p. 268).

En pocas palabras, se trata de temas sobre los cuales el derecho aún tiene mucho camino por recorrer, muchas aristas del tema por explorar a nivel doctrinal y, más aún, bases por establecer a nivel legislativo y jurisprudencial, como la que ocupa el presente trabajo.

4. LA VIOLENCIA DE GÉNERO ALGORÍTMICA COMO VIOLENCIA SIMBÓLICA

Petrillo (2002) define a la violencia de género algorítmica como la que «nace al amparo de la inteligencia artificial, los algoritmos en los que

esta se basa y los sesgos que se producen en el tratamiento de los datos» (p. 3).

La autora realiza un muy interesante análisis de la cuestión de la violencia de género producto de sesgos algorítmicos, que se manifiesta precisamente con los prejuicios y los estereotipos, cuya reproducción es favorecida por el entorno virtual. No obstante, no compartimos del todo su justificación sobre el origen de dichos sesgos desde el punto de vista teleológico, que la utilización de los datos sea deliberadamente prejuiciosa y que sus fines sean precisamente discriminatorios.

Desde un punto de vista psicológico, los sesgos cognitivos son «una forma de distorsión de la evaluación causada por el prejuicio, resultado de nuestra necesidad de procesar eficazmente el flujo de información sensorial procedente del mundo exterior» (Francia, 2020, párr. 1). Explicar un concepto tan complejo excedería las modestas pretensiones de este trabajo, pero baste decir que los sesgos no son males en sí mismos sino procesos naturales del ser humano que se identifican con razones de supervivencia, ya que, si estos puentes del pensamiento no existieran, las personas podrían tardar horas en interpretar las entradas recibidas por parte del entorno y brindar salidas o respuestas, en consecuencia. Algo similar ocurre con los sesgos algorítmicos. Permiten respuestas precisas y rápidas, pero no son buenos ni malos en sí mismos sino que depende del contenido que presentan. Cuando dicho contenido son prejuicios y estereotipos de género, naturalmente, juegan a favor de la violencia simbólica. No son intencionales, pero de hecho existen, lo cual reclama acciones concretas de quienes administran estos sistemas informáticos para poder erradicarlos, pues la neutralidad lo único que hará será favorecer su consolidación.

Se ha dicho, en este sentido, que

absolver a los perpetradores y echar la culpa a los cálculos matemáticos es un juego peligroso. Permite que las plataformas de redes sociales creen

la impresión de que la falla existente surge de ciertos sistemas automatizados llamados «neutrales», normalizando así la opresión al transferir la responsabilidad a una fuente no humana, natural y apolítica (Ege, 2021, «Deconstruyendo el mito de la “falla” algorítmica», párr. 6).

En similar sintonía, se ha expresado que «debemos abandonar toda la mitología absurda alrededor de la neutralidad de los algoritmos, contraponiendo esa idea que considera los datos como algo empírico, incorpóreo y neutral» (Delatte, citada por Ramírez, 2020, «El chat de Microsoft...», párr. 1).

Avanzando un poco más en el tema, Rios (2021) introduce algunos ejemplos de los mentados sesgos algorítmicos de género:

Un ejemplo de este sesgo lo muestra un algoritmo entrenado a partir de Google News, este mostró prejuicios de género al reproducir declaraciones como «hombre es a programador, como mujer es a ama de casa». Otro ejemplo es Google Translate, que, al traducir del español al inglés, interpretó frases refiriéndose a mujeres profesionales como «él». Además, al traducir del turco al inglés, creó combinaciones machistas como: «ella es cocinera», «él es ingeniero», «él es médico», «ella es enfermera», «él es trabajador», «ella es floja» («La violencia algorítmica machista», párr. 1).

Entonces, ¿se puede manipular el sistema para eliminar o minimizar esos sesgos asociados a patrones estereotipados y prejuicios de género? Ortiz e Iglesias (2018) tienen la respuesta:

Si los equipos que diseñan algoritmos son notificados de un sesgo en la base de datos, pueden actualizar las reglas de sus algoritmos para neutralizar el sesgo antes de que cause daño. Si el algoritmo tiene una tasa de error alta, es importante que quienes lo diseñaron lo comuniquen a quienes lo aprovecharán, para que no ejecute políticas de manera automática, sino que —en el mejor de los casos— sirva como una fuente de información adicional a la hora de tomar decisiones. Quienes definen los marcos legales, a su vez, deben estar al tanto de la implementación de algoritmos en la medida en

que ello podría llevar a modificaciones en los marcos legales que ayuden a minimizar los riesgos e incrementar los beneficios de los mismos (p. 8).

Entonces, en rigor de la verdad, se considera que los prejuicios y la discriminación que origina el sistema no son intencionales, sino que son una suerte de «daño colateral» que provoca la inteligencia artificial en el afán de proveer al usuario una experiencia que mejor se adapte a su perfil y sus intereses, ya sea a nivel de respuestas a búsquedas concretas, o de ofrecimiento de contenidos de la más variada índole y, fundamentalmente, de publicidad. Esto último no es una cuestión menor si se tiene en cuenta, por ejemplo, que, en 2017, los ingresos económicos por concepto de publicidad digital alcanzaron el 40 % del mercado global, según *The Wall Street Journal* (Cruz, 2018).

Independientemente de ello, es decir, de la ausencia de finalidad específica, la inteligencia artificial, a través de los algoritmos, contribuye a consolidar el *statu quo*, en tanto no prevé (no le interesa o no le conviene) la instauración de un mecanismo idóneo para controlar el modo en que estos algoritmos funcionan en sus tres niveles: búsqueda de la información, indexación según prioridades y ofrecimiento al usuario, como se expuso más arriba. De esta forma, la violencia simbólica, como fue pensada por Pierre Bourdieu, encuentra un aliado indiscutible en los algoritmos de la inteligencia artificial, lo que contribuye a consolidar una situación preexistente a todas luces injusta y discriminatoria en perjuicio de la mujer (en el supuesto que se analiza en este artículo), su imagen de dominación en la sociedad respecto del varón, y que está en contra de lo expresamente reglado por la Ley n.º 26485, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Belém do Pará.

Lo peor es que, precisamente por su naturaleza casi imperceptible, el contenido que se presenta al usuario penetra en cada individuo, provocando una sumisión tácita, una suerte de complicidad inconsciente,

incluso, de aquellos grupos dominados, al decir de Bourdieu. De allí que, indudablemente, los algoritmos son una de las formas más peligrosas de favorecer la violencia de género simbólica.

Se ha dicho sobre el particular que

la socialización que impera en semejante acción es la sumisión pasiva, tácita, inconsciente y reductiva de la interacción con el medio construido, con el ensamblaje, con la red social; la violencia algorítmica que socializa al cibernético trascendental —que en cada caso somos como vivientes— reduce sus posibilidades de interacción con el medio, lo subordina a intereses específicos, reorganizándolo en sus preferencias, valores, relaciones desde la modulación de la asertividad de los mensajes, causando efectos subconscientes en las emociones solicitadas en los mensajes (Mora, 2013, p. 75).

Como posible solución a esta situación, Petrillo (2002) plantea, en primer lugar, visibilizar esta modalidad de violencia. En esto estamos de acuerdo, porque no está expresamente contemplada por la legislación vigente ni por los tratados de derechos humanos aplicables a la materia, además de que son escasos los trabajos de doctrina que abordan el tema. En segundo lugar, propone delimitar los usos de la inteligencia artificial, estableciendo permisos y prohibiciones y desarrollando principios éticos vinculados al uso de datos personales; también plantea, finalmente, la realización de tests de calidad y de algoritmos que eviten estereotipos o que profundicen discriminación, y para ello considera esencial visualizar los sesgos, lo cual parece, a todas luces, conveniente.

Además de la visualización y eventualmente sistematización de cuáles son los estereotipos en particular, se puede establecer, a nivel normativo (nacional o internacional), pautas concretas. En primer lugar, se plantean estas respecto de las búsquedas (base de datos utilizada trabajando específicamente sobre los sesgos de género, obviando, por ejemplo, las entradas que contengan palabras clave vinculadas a

prejuicios o estereotipos; indexación, organización o sistematización de los resultados obtenidos, dejando las categorías dudosas para el final de la lista; y la forma en que se presentan a los usuarios los temas, evitando anuncios, *spam* o cualquier otra forma de destaque de estas entradas vinculadas a estereotipos de género). En segundo lugar, se plantean las pautas concretas respecto de las sugerencias, es decir, los contenidos que aparecen espontáneamente a los usuarios en las redes sociales, plataformas de *streaming*, etc., aun cuando tuvieran su basamento en búsquedas anteriores de esos u otros usuarios.

Capítulo aparte merece la consideración de si esta forma de limitar el acceso a la información constituye una censura previa. Ello debería profundizarse en futuros trabajos, debiendo realizarse un adecuado balance entre los derechos en juego, respetuoso de la normativa internacional en materia de derechos humanos y del plexo axiológico que sirve de basamento al derecho internacional de los derechos humanos.

La CIDH (2019), al tratar sobre los estándares interamericanos de la igualdad y no discriminación, si bien no específicamente en el contexto de la violencia algorítmica, informó en torno a la violencia simbólica que

la jurisprudencia del sistema ha establecido consistentemente reparaciones con una vocación transformadora de dicha situación [el uso de estereotipos como forma de discriminación], de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra personas o poblaciones históricamente discriminadas o en situación de vulnerabilidad (p. 40).

En este mismo informe, manifestó que

los estereotipos también contribuyen al incremento de la vulnerabilidad de algunos grupos específicos como mujeres [...]. Por lo tanto, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias a corto, mediano y largo plazo

para erradicar la discriminación, que es tanto causa como consecuencia de la violencia que enfrentan (p. 41).

5. CONCLUSIONES

Sin dudas, el tesoro más valioso en la era actual, además del tiempo, es la información. Quien tiene información tiene poder. La web llevó a límites inimaginables la posibilidad de obtener información personal de parte de los miles de millones de usuarios; y, sin ingresar a la discusión en materia de privacidad y protección de datos personales, lo cierto es que el desarrollo de la inteligencia artificial y los algoritmos potencian algo más que la aparentemente inocente intención de ofrecer al usuario una mejor y más personalizada experiencia de navegación.

Los ingresos en materia de *adverts* se llevan casi la mitad del producto del mercado global, con lo cual una adecuada programación de los algoritmos de búsqueda (hallazgo, indexación y presentación de la información), de redes sociales y de *marketing* publicitario digital se ha convertido en la máxima aspiración de los gigantes de la web, quienes, al margen del provecho propio, revenden datos e información relacionada con gustos e intereses obtenidos a través de las búsquedas y de la experiencia de navegación de los usuarios.

El responsable primario es el usuario, quien ingresa las consultas y, de esta manera, multiplicado por millones, establece el patrón de repetición en el cual se basa el algoritmo. En tal sentido, es un mito creer que los sistemas computacionales son neutrales. Se puede manipular los motores de búsqueda para erradicar las fallas en los tres niveles (conformación de la base de datos, ordenación del listado y entrega), de manera que se omitan los resultados con sesgos de violencia de género simbólica o, cuando menos, se ordene la lista de tal suerte que estos no aparezcan en primer lugar.

La violencia de género simbólica es la menos perceptible porque está naturalizada, incluso, para el grupo sometido. No obstante, al mismo tiempo, es la más importante porque constituye la base sobre la que reposan todos los estereotipos y prejuicios que fundan la falsa superioridad del varón sobre la mujer y que desencadenan formas de violencia de género más palpables, siendo la última consecuencia el femicidio. La inteligencia artificial y sus algoritmos contribuyen a consolidar la violencia de género simbólica en tanto no prevén la posibilidad de corregir, evitar o suprimir estos sesgos, que no responden exclusivamente a parámetros matemáticos o computacionales, sino que constituyen elementos sobre los cuales, si hay voluntad, es posible operar.

Hay un largo y arduo camino por recorrer, a nivel tecnológico, sociológico y, desde luego, normativo. Lo importante es continuar trabajando para seguir visibilizando una cuestión de la que, hasta no hace mucho tiempo, ni siquiera se escribía. La violencia, en todos sus niveles, es violencia. De todos nosotros depende aportar un granito de arena para que la igualdad, que es el anhelo de hoy, se convierta en la realidad de un mañana no tan lejano.

REFERENCIAS

- Andrés, M. (2018, 20 de noviembre). Violencia simbólica: la madre de todas las batallas. *Grow. Género y Trabajo*. <https://www.generoytrabajo.com/2018/11/20/notaviolenciasimbolica1/>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2018). Resolución n.º 73/348. Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. Ginebra: 29 de agosto de 2018. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/270/45/PDF/N1827045.pdf?OpenElement>

- Asteasuain, F. (2012). Buscadores de internet: sé lo que quiero y lo quiero ya. *Exactamente*, 19(49), 32-35. <http://www.fcen.uba.ar/fotovideo/EXm/NotasEXm49/exm49buscadores.pdf>
- Cárcar, J. E. (2019). La inteligencia artificial (IA): aplicación jurídica y regulación en los servicios de salud. *DS: Derecho y Salud*, 29(1), 265-277. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7097136>
- Cimoli, M. (2018). Introducción. En M. Cimoli (coord.), *Datos, algoritmos y políticas: la redefinición del mundo digital* (pp. 13-22). Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). Guía práctica para la eliminación de la violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/01_GuiaPractica_MV_V1_SPA.pdf
- Congreso de la Nación Argentina (2009). Ley n.º 26485, Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales. Buenos Aires: 1 de abril de 2009. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/texact.htm>
- Congreso de la Nación Argentina (2012). Ley n.º 26743, Ley de Identidad de Género. Buenos Aires: 23 de mayo de 2012. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

- Cruz, G. (2018). Una economía y una sociedad basadas en plataformas digitales. En M. Cimoli (coord.), *Datos, algoritmos y políticas: la redefinición del mundo digital* (pp. 61-94). Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Ege, S. (2021, 30 de junio). ¿Qué es la «violencia algorítmica» usada por Israel contra Palestina? *AA News*. <https://www.aa.com.tr/es/an%C3%A1lisis/-qu%C3%A9-es-la-violencia-algor%C3%ADmica-usada-por-israel-contr-palestina/2289402>
- Fernández, A. (2021, 15 de junio). Nueva polémica con la privacidad de WhatsApp. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20210615/7528572/nueva-polemica-privacidad-whatsapp.html>
- Francia, G. (2020, 27 de octubre). Qué son los sesgos cognitivos: tipos, lista y ejemplos. *Psicología-Online*. <https://www.psicologia-online.com/que-son-los-sesgos-cognitivos-tipos-lista-y-ejemplos-5283.html>
- Inesdi Digital Business School (2021, 22 de diciembre). Algoritmos digitales: qué son, tipos y ejemplos. *Inesdi Digital Business School*. <https://www.inesdi.com/blog/algoritmos-y-marketing-digital/>
- Iniciativa Latinoamericana de Libros de Texto Abiertos (2014). Inteligencia artificial. https://www.researchgate.net/publication/269466259_Inteligencia_Artificial
- López, E. D. (2014). Pierre Bourdieu y la violencia simbólica. *Cum Laude. Revista del Doctorado en Derecho*, (1), 178-198. <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/cum/article/view/828>
- Moore, P. V. (2019). Inteligencia artificial en el entorno laboral. Desafíos para los trabajadores. En N. Martínez (coord.), *El trabajo en la era de los datos* (pp. 93-105). BBVA OpenMind.

- Mora, A. (2013). Violencia algorítmica. En A. Constante (coord.), *Violencia en las redes sociales* (pp. 63-75). Estudio Paraíso. http://ru.ffyl.unam.mx/bitstream/handle/10391/4970/04_A_Mora_Violencia_algoritmica_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Olisa, M. (2022, 10 de abril). 5 ejemplos de violencia simbólica. *Afroféminas*. <https://afrofeminas.com/2022/04/10/5-ejemplos-de-violencia-simbolica/>
- Organización de los Estados Americanos (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Belém do Pará: 9 de junio de 1994. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Ortiz, J. e Iglesias, C. (2018). Algoritmos e inteligencia artificial en Latinoamérica: un estudio de implementaciones por parte de gobiernos en Argentina y Uruguay. https://webfoundation.org/docs/2018/09/WF_AI-in-LA_Report_Spanish_Screen_AW.pdf
- Petrillo, P. M. (2022). Las violencias invisibles: sesgo algorítmico, discriminación y violencia algorítmica de género. *Diario La Ley*, 86(94), 1-5.
- Ramírez, N. (2020, 25 de noviembre). El algoritmo también alimenta la violencia de género y estas feministas lo están combatiendo. *S Moda*. <https://smoda.elpais.com/feminismo/ciberactivistas-violencia-feminismo-red/>
- Real Academia Española (2014a). Estereotipo. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/estereotipo?m=form>
- Real Academia Española (2014b). Patrón, na. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/patr%C3%B3n?m=form>
- Real Academia Española (2014c). Símbolo. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/s%C3%ADmbolo?m=form>

- Rios, N. (2021, 1 de septiembre). La violencia algorítmica: el patriarcado 2.0 en tiempos de COVID-19. *Luchadoras*. <https://luchadoras.mx/internetfeminista/la-violencia-algoritmica-el-patriarcado-2-0-en-tiempos-de-covid-19/>
- World Wide Web Foundation (2017). Algorithmic Accountability: Applying the Concept to Different Country Contexts. https://webfoundation.org/docs/2017/07/WF_Algorithms.pdf
- Zapata, S. (2019). Violencia simbólica: se impone gracias al lenguaje que persuade y ordena. *Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar*. <https://observatorioviolencia.pe/violencia-simbolica-se-impone-gracias-al-lenguaje-que-persuade-y-ordena/>



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 237-275

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.660

Interseccionalidad: mujeres adultas mayores

Intersectionality: older adult women

LUIS JORGE PODESTÁ

Juzgado de Paz de Mocoetá

(Corrientes, Argentina)

Contacto: luisjpodesta@juscorrientes.gov.ar

<https://orcid.org/0000-0001-7795-4134>

RESUMEN

En este breve artículo jurídico se analiza la problemática que afecta a las mujeres adultas mayores y se desarrollan algunas soluciones que existen para combatirla. Se recurre al análisis de distintos conceptos (vulnerabilidad, interseccionalidad, entre otros) para llegar a la descripción de la materia que los estudia, disciplina cuyo objeto son estos sujetos en especial situación de vulnerabilidad. Asimismo, se estudian y desmiembran ciertas normas jurídicas que estructuran esta temática y especialidad, como las instituciones y las herramientas jurídicas (locales, nacionales e internacionales), a manera de solución de dicha problemática. Particularmente, analizamos aquellos supuestos en los que las mujeres adultas mayores se encuentran en condición de vulnerabilidad, situación que exige un mayor compromiso por parte de los

operadores jurídicos, a efectos de alcanzar ciertos procedimientos (en sentido amplio) acordes con la gravedad de estos casos. Finalmente, se brindan algunas propuestas para lograr el mejor derecho posible (mandatos de optimización) para este grupo de personas vulnerables.

Palabras clave: interseccionalidad; mujeres adultas mayores; vulnerabilidad; envejecimiento activo.

ABSTRACT

This brief legal article analyzes the issues affecting elderly women and develops some solutions that exist to combat them. The analysis of different concepts (vulnerability, intersectionality, among others) is used to arrive at the description of the subject that studies them, a discipline whose object is these subjects in a special situation of vulnerability. Likewise, certain legal rules structuring this topic and specialty are studied and separated, such as the legal institutions and tools (local, national and international), as a solution to these issues. Particularly, we analyze those cases in which elderly women are in a condition of vulnerability, a situation that requires a greater commitment by legal operators to achieve certain procedures (in a broad sense) according to the severity of these cases. Finally, some proposals are offered to achieve the best possible right (optimization mandates) for this group of vulnerable people.

Keywords: intersectionality; elderly women; vulnerability; active aging.

Recibido: 19/09/2022 Aceptado: 15/11/2022

1. VULNERABILIDAD

Antes de analizar y desmembrar este nuevo concepto estrictamente vinculado a las personas mayores, es imprescindible recurrir, preliminarmente, a ciertas consideraciones sobre el principio de la igualdad ante la ley. La Constitución Nacional Argentina (en adelante CN) consagra dicho principio en su artículo 16. Este conlleva la prohibición de discriminación, sea por acción u omisión, es decir, cuando no se observan y, consecuentemente, no se eliminan aquellos obstáculos que la persona encuentra para poder acceder a sus derechos en razón de la situación particular en que se encuentra.

La «igualdad ante la ley» tiene que traducirse en «igualdad de oportunidades», lo que implica sostener que esta tiene dos clases: la formal (referida en la carta magna) y la real, que debe procurarse mediante la efectividad del mandato constitucional. La realidad impone que, para garantizar el equitativo ejercicio de los derechos, es necesario brindar un «trato diferenciado»¹ a aquellas personas en condición de vulnerabilidad, a través de «medidas de acción positivas»² que logren fortalecer a la persona para que esta pueda efectivizar sus derechos (procesales o de fondo)³.

Entonces, habiéndose vislumbrado el alcance del principio de la igualdad ante la ley, podemos adentrarnos al concepto de vulnerabilidad, que es más moderno y comprensivo para muchas problemáticas

1 En relación con el «trato diferente», ver Basset (2017, pp. 28-30).

2 Al respecto, Gelli (2018) dice que «las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos» (p. 289).

3 Rawls (1971, citado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 2018) señala que un principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (considerando 24).

actuales, y está tan en boga, por lo que pasaremos a analizarlo, específicamente, para empezar a desarrollar qué entendemos por él. Para ello, debemos decir que, etimológicamente, «vulnerabilidad» deriva de *Vulnus, vulneris*, que significa ‘herida’. En ese entendimiento, su concepto describe una «cualidad» de una persona que puede estar herida o que tiene una lesión (vulnerable), y que, de esa manera, le da al derecho la potestad de anticiparse y prevenir, y organizar alternativas para aplicarlas antes ser dañada (Basset, 2017).

De lo dicho se deduce que «vulnerabilidad» es un concepto relacional, en virtud de que la persona es susceptible de ser víctima porque ese otro miembro de la sociedad lo amenaza (Fulchiron, 2017). En otras palabras, presupone una situación de desigualdad que no es esencial, sino funcional, ya que se trata «de un concepto eminentemente relativo, en un doble sentido, como antónimo de absoluto y como atinente a lo relacional» (Conte-Grand, 2017, p. 16). Así, como operadores del derecho, debemos imprimir esta perspectiva o visión de vulnerabilidad, que tiene como objetivo principal lograr la igualdad real, como nuevo instrumento de corrección de la desigualdad (Basset, 2017).

Esta forma de abordaje constituye el género, ya que engloba a otras perspectivas específicas, como niñez y adolescencia, y vejez y discapacidad. Como destaca Basset (2017), la perspectiva de vulnerabilidad ofrece una triple ventaja: a) un nuevo vector de análisis de la igualdad; b) una nueva forma de empatía con los que más sufren; y c) una aproximación al hombre desde su interdependencia, para, desde allí, fortalecerlo.

2. INTERSECCIONALIDAD

Ahora bien, existen situaciones, «fenómenos sociales», en que convergen distintas vulnerabilidades en una misma persona, casos en los que la problemática se ve agravada y que exige un trato especial por parte de los operadores del derecho. A estos supuestos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) (2015, párr. 290; 2018a, párr. 138) los ha denominado «interseccionalidad», es decir, aquella «discriminación acaecida por múltiples factores».

En este sentido, en diversas decisiones, la Corte IDH fue abriendo camino en esta materia, buscando una protección especial a los sujetos que, por las particulares condiciones en las que se encuentran, no pueden gozar y ejercer sus derechos en igualdad real respecto de otros miembros de la sociedad.

3. VULNERABILIDAD: SU TRATAMIENTO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

La CSJN (2019), en el caso *García contra AFIP*, ha referido expresamente que

la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (Fallos: 16:118; 95:327; 117:22; 124:122; 126:280; 137:105; 138:313; 151:359; 182:355; 199:268; 270:374; 286:97; 300:1084, entre muchos otros), lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas

o grupos de ellas (Fallos: 115:111; 123:106; 127:167; 182:398; 236:168; 273:228; 295:455; 306:1560; 318:1256) (consideración 9)⁴.

Así también, en el caso Caldeiro contra el Estado, la CSJN (2020) ha dicho que

cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. En ese orden, ha señalado que el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales (consideración 9).

Ahora bien, en algunos casos corresponde ir un poco más allá, ya que no basta con un «trato diferenciado», sino que es menester brindar un «trato preferencial» cuando la característica de la persona así lo exige, como sucede con los supuestos de «interseccionalidad», concepto ya analizado⁵.

En ese entendimiento, hay que reconocer que nos encontramos ante un cambio de paradigma en el mundo jurídico, entendido este como la constelación de creencias, valores y técnicas que comparten miembros de una comunidad dada (Kuhn, 1971). El nuevo paradigma tiende a «humanizar» el derecho y a velar por una real protección de la dignidad de la persona, especialmente de los sujetos más vulnerables (Podestá y Shwoihort, 2020). Ello es así, ya que todos los instrumentos de derechos humanos tienen como fundamento la dignidad de la persona. En esa línea deben orientarse los demás ordenamientos

4 En este mismo documento, revisar también las consideraciones 20 y 21. Sobre el tema ver también el caso Bolsa de Cereales de Buenos Aires contra Buenos Aires (CSJN, 2014, considerando 17) y el caso Bayer S. A. contra Santa Fe (CSJN, 2017, considerando 11).

5 Ver Corte IDH (2018b, párr. 140).

jurídicos nacionales que reconocen esos derechos humanos o estándares internacionales.

En Argentina, esta nueva mirada comenzó a vislumbrarse en 1994, al incorporarse el artículo 75, inciso 23, de la CN, que facultó al Congreso de la Nación a

promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En esta disposición se reflejan los cuatro grupos vulnerables por antonomasia: niñas, niños y adolescentes; mujeres; adultos mayores (terminología actual en la materia); y personas con discapacidad.

En consecuencia con la atribución-deber, impuesta al órgano legislativo nacional, en cumplimiento del mandato constitucional, se han dictado leyes que tienden al logro de la finalidad tuitiva de la norma transcrita. Entre estas, destacan la Ley n.º 26061, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (B. O., 26/10/2005); la Ley n.º 26485, de Protección Integral de las Mujeres (B. O., 14/04/2009); la Ley n.º 26378, que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (B. O., 09/06/2008); la Ley n.º 27044, que establece la Jerarquía Constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (B. O., 22/12/2014); la Ley n.º 26657, Ley Nacional de Salud Mental (B. O., 03/12/2010); y la Ley n.º 27360, que aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (B. O., 31/05/2017).

4. ESTÁNDARES DE LA CORTE IDH

Es imprescindible, como operadores del derecho, conocer cuáles son los estándares que va construyendo y fijando la Corte IDH, a través de las diferentes decisiones que elabora en los casos en que interviene, en consideración de su carácter de máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus normas derivadas (Corte IDH, 2006b, párr. 128; 2011, párr. 93; CSJN, 2012, considerando 11⁶).

Así, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*⁷, la Corte IDH (2006c) ha resaltado enfáticamente la necesidad de la implementación de acciones positivas por parte del Estado para evitar la vulneración de derechos por omisión, ya que las obligaciones de protección revisten carácter *erga omnes* (exigible contra todos), y para que la persona en situación de vulnerabilidad sea titular de una protección especial, debido al respeto y la garantía de los derechos humanos.

Además, en virtud de que los funcionarios públicos (incluidos los magistrados) debemos evitar generar responsabilidad internacional al Estado parte —de la Convención Americana—, y ante la existencia de lagunas jurídicas o vacíos legales respecto de ciertos derechos, corresponde integrar el ordenamiento jurídico vigente mediante un

6 Que cita el caso *Mazzeo* (CSJN, 2007).

7 Esta sentencia señala lo siguiente:

La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales (Corte IDH, 2006b, párr. 85).

adecuado control de convencionalidad (CSJN, 2007; Corte IDH, 2006a)⁸.

En este sentido, debemos decir que, inclusive, la omisión por parte de cualquier funcionario público, que implique una violación de un compromiso internacional, resulta atribuible al Estado y, en consecuencia, constituye lo que se conoce como un hecho internacionalmente ilícito (Gattinoni de Mujía, 2013, pp. 305-306).

La tutela judicial efectiva —comprensiva de los derechos de acceso a la jurisdicción, decisión fundada, recurso y ejecución— ha sido también enfatizada en casos como *Padilla Pacheco vs. México* (sentencia del 23 de noviembre de 2009), *Barrios Altos vs. Perú* (sentencia de 14 de marzo de 2001), *Bulacio vs. Argentina* (sentencia del 18 de septiembre de 2003), *García Ibarra y otros vs. Ecuador* (sentencia del 17 de noviembre de 2015), entre otros. En cuanto al plazo razonable, podemos referir que este se ha convertido en uno de los imperativos que más ha comprometido la responsabilidad internacional de los Estados y, particularmente, a la Argentina (casos *Furlan y familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012; *Forneron e hija vs. Argentina*, sentencia de 27 de abril de 2012; entre otros)⁹.

Es así que la satisfacción de ese estándar cobra particular relevancia cuando nos encontramos frente a personas en situación de vulnerabilidad. Específicamente, se ha destacado la necesidad de cumplir con el estándar del plazo razonable (criterio reforzado de celeridad), cuando se trata de causas que involucran a personas adultas mayores, v. gr. los

8 «Antes los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, actualmente la ley solo vale en el ámbito de los derechos fundamentales» (Krüger, citado por Amaya, 2012, p. 327).

9 Específicamente, para determinar si se ha cumplido con la garantía del plazo razonable, una vez determinado el tiempo de duración de todo el proceso, la Corte IDH (2012a, párr. 66; 2012b, párr. 152) analiza cuatro elementos que la jurisprudencia ha establecido, a saber: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales; y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

casos Poblete Vilches y otros vs. Chile (sentencia del 8 marzo de 2018) y Muelle Flores vs. Perú (sentencia del 06 de marzo de 2019).

5. DERECHOS HUMANOS

Podemos definir a estos derechos siguiendo a Antonio Enrique Pérez Luño (1979), quien refiere que son «un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional» (pp. 17-18).

Estos derechos son universales, ya que están presentes en todos los seres humanos, sin excepción de tiempo, lugar o sujeto; son inviolables, porque al ser inherentes a la persona humana y a su dignidad no deben ser solo proclamados, sino sobre todo reconocidos y promovidos prácticamente para todos y en todas las esferas de la vida social; y son inalienables, dado que cualquier atentado contra los derechos humanos es un atentado contra la dignidad y la naturaleza humana.

Los derechos de toda persona, por el hecho de ser persona, es expresión fundamental del reconocimiento de la dignidad humana. La raíz y el fundamento de estos derechos está, precisamente, en la dignidad humana (Santagati, 2011, p. 49).

6. DIGNIDAD DE LA PERSONA

La persona es en sí misma un valor, como consecuencia de sus más íntimos y específicos componentes de racionalidad, libertad y apertura a su dimensión trascendental. Estos son los elementos que constituyen y definen la dignidad. La dignidad humana, que no es un derecho, es fundamento y origen de todos los derechos; es condición, índole y

calidad de la persona que expresa toda su valía (Vila-Coro, 1995, p. 101).

En esa línea de ideas, la existencia humana ocupa un lugar determinado en la realidad toda; a este lugar lo llamamos dignidad. El hecho de que la persona humana exista no depende de un mérito personal ni de ningún consenso; ni mucho menos constituye una construcción social, sino que obedece a una propiedad natural (Santagati, 2011, p. 30.). Así, el reconocimiento de la dignidad ubica al hombre en un orden superior al de las cosas; al sujeto más allá de lo meramente útil: «el ser humano no es una cosa más entre otras cosas; las cosas se determinan unas a otras; pero el hombre, en última instancia, es su propio determinante» (Frankl, citado por Santagati, 2011, p. 31). Ello en razón de que el hombre es el único ser capaz de decidir quién quiere ser, porque su esencia humana subyace en la libertad como propiedad fundamental.

En consecuencia, la mera presencia del ser humano exige un modo de atención y relación distinto que con las cosas. El orden de los objetos es distinto al orden de los sujetos. Se está ante «alguien» que rompe la indiferencia porque es una persona; es un «otro», otra conciencia frente a la propia conciencia que está ahí, la que exige respeto (Santagati, 2011, pp. 31-32).

Por tanto, ser sujeto implica tener la libertad de obrar por sí mismo como persona individual, es decir, no ser parte ni accidente de nada ni de nadie; sin embargo, en su esencia radica la dimensión relacional como condición para la autorrealización. De esta manera, el desarrollo de lo propio es la certera opción de una dignidad que necesariamente debe abrirse, por un lado, al mundo exterior y, por otro, a la intimidad, ahondando en ambos, en la búsqueda del fundamento y sentido final de la vida.

Ello es así, ya que, por dignidad, el hombre necesita ser responsable, hacerse cargo de su vida, de lo propio, para ser entregado al mundo. Se tiene, entonces, soledad y comunión como dos irrenunciables condiciones para su desarrollo (Santagati, 2011, p. 32). Al fin y al cabo, la dignidad de las personas es un valor propio de la condición humana, que, como escribe André Malraux (1999), es lo contrario a la humillación (p. 295).

El Código Civil y Comercial de Argentina (Ley n.º 26994/14, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, por modificación dispuesta en la Ley n.º 27077/15) regula actualmente la dignidad de la persona, estableciendo expresamente en su artículo 51 que «la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad».

Respecto de la dignidad en las personas mayores, debemos echar mano a los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991, mediante Resolución n.º 46/91. Este instrumento expresamente refiere lo siguiente:

Dignidad

17. Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de malos tratos físicos o mentales.

18. Las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.

7. REGLAS DE BRASILIA SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Este instrumento internacional, si bien no es técnicamente un tratado¹⁰, tiene una gran importancia —no cabe duda— entre los operadores jurídicos. Fue elaborado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI)¹¹, celebrada en 2008 en la ciudad brasileña que le dio su nombre, entre los distintos poderes judiciales nacionales y de provincias, para los casos de países federales. Es así que, en la República Argentina, el Poder Judicial de la Nación se adhiere a este instrumento internacional, mediante Acordada de la CSJN n.º 05/2009; y, en el ámbito local, el Poder Judicial de la provincia de Corrientes lo hace a través del Acuerdo del Superior Tribunal de Justicia n.º 34/2010.

No obstante, más allá de las referidas adhesiones, lo cierto es que este instrumento se caracterizaba por constituir una herramienta *soft law* (no vinculante). Es decir, los operadores judiciales podían recurrir a él como guía o pauta de actuación, pero sin estar obligados a sus disposiciones. Ello cambió el 1 de diciembre de 2021 con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes (Ley n.º 6556/21), ya que en el artículo 46, en el

10 De conformidad con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (aprobada por nuestro país por la Ley n.º 19865/72) y la CN (artículo 75, incisos 22 y 24, y artículo 99, inciso 11), los tratados internacionales son actos políticos complejos pues intervienen dos poderes del Estado: Ejecutivo y Legislativo. Esto es así por cuanto son firmados por el presidente de la nación —o quien haga sus veces—, aprobados luego por el Congreso de la Nación y ratificados por el primero; finalmente, se consideran adoptados cuando se produce el canje (si es bilateral) o el depósito (si es multilateral) de los respectivos instrumentos de ratificación (Ledesma y Podestá, 2019, p. 590).

11 La CJI es una estructura de cooperación, concertación e intercambio de experiencias, instaurada en 1990, que se articula a través de las máximas instancias de los poderes judiciales de la región iberoamericana. Su principal objetivo es la

adopción de proyectos y acciones concertadas, desde la convicción de que la existencia de un acervo cultural común constituye un instrumento privilegiado que, sin menoscabo del necesario respeto a la diferencia, contribuye al fortalecimiento del Poder Judicial y, por extensión, del sistema democrático (CJI, 2017, párr. 2).

capítulo 6, «Procesos con sujetos vulnerables», del título 1, «Partes y abogados», enuncia distintos instrumentos jurídicos, locales, nacionales e internacionales que devienen vinculantes para la tramitación y la resolución de los procesos que involucren a las personas en situación de vulnerabilidad.

Es así que la regla 3 de las Reglas de Brasilia define a las personas en situación de vulnerabilidad de la siguiente manera:

Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico¹².

Particularmente, en relación con la finalidad del presente trabajo, el instrumento analizado (2008) toma a la «edad» como condicionante de la vulnerabilidad en las reglas 5 y 6, las que expresan:

(5) Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

(6) El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

Finalmente, respecto de la condición de «género», desde las reglas 17 a la 20, se analiza el supuesto, estableciéndose:

12 Actualizada por la CJI de 2018, llevada a cabo en Quito, Ecuador.

(17) La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(18) Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera.

(19) Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

(20) Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones.

Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

Como pudimos observar, la regla 17 reconoce el supuesto de interseccionalidad —definido más arriba—, sin mencionarlo expresamente. Aquello evidencia la mayor exigencia que tenemos los operadores jurídicos en supuestos donde se adviertan varias vulnerabilidades en una misma persona.

Asimismo, en estos casos se torna imprescindible la construcción de mecanismos (procedimientos, en sentido amplio) acordes para la solución de la problemática, es decir, no solo del caso (resolución integral y restablecimiento del reconocimiento de los derechos humanos de la persona adulta mayor).

8. DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

La especialidad —rama o disciplina— que tiene por objeto el estudio de esta temática es el derecho de la vejez, entendida como un subsistema jurídico en el marco del cual se analizan los casos y las soluciones vinculadas a la condición jurídica de las personas mayores (60 años o más), contenidos en normas que cuentan con métodos propios y responden —casos y normas— a una especial exigencia de justicia, caracterizada por ser transversal, dado que la cuestión de la ancianidad está referida al mismo tiempo en las múltiples fuentes y ramas existentes (Dabove, 2018, p. 154)¹³.

Sin perjuicio de que la CN, en su artículo 75, inciso 23, los denomina «ancianos», entendemos que resulta más apropiado recurrir al término «adultos mayores» para referirnos a este grupo de personas en especial situación de vulnerabilidad, ya que permite diferenciar a estas del resto de los mayores de edad, pero sin estigmatizarlos (Ciuro, 2017, p. 46)¹⁴.

En esa misma línea, ya la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció en 1984 el uso del término «adulto mayor» para referirse a personas de 60 años o más y también lo hizo la Organización de las Naciones Unidas (ONU) conforme la Resolución n.º 50/141, de 1996, aprobada por su Asamblea General. En bioética, la denominación más

13 Al respecto, Dabove agrega lo siguiente: «Aquella agrupación de adjudicaciones de potencia e impotencia (oportunidades u obstáculos) constitutivos de casos gerontológicos, que están contenidos en fuentes y métodos normativos especiales, y son legitimados (casos y normas) por el reconocimiento del envejecimiento y la vejez como un dato axiológicamente relevante» (p. 154).

14 Ciuro agrega que «tampoco compartimos expresiones llamadas a ocultar la realidad de la ancianidad mediante eufemismos como tercera edad [...]. Nadie habla de la primera edad, personas mayores son todas las que no son menores» (p. 46).

utilizada es la de «adultos mayores» (Bottini, citado por Grosman, 2015, p. 19).

Ahora bien, particularmente, respecto de esta temática, debemos referir que en la República Argentina rige la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIPDHPM)¹⁵, ya que el Estado nacional ha culminado el proceso de ratificación de dicha convención —proceso complejo—, en el que intervienen el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Este proceso comenzó con la firma de dicha convención el 15 de junio de 2015, luego ratificada a través de la Ley n.º 27360, sancionada y publicada el 31 de mayo de 2017 (B. O. 37.409/17).

Este instrumento internacional se depositó el 23 de octubre de 2017, y es así que se convirtió en derecho de fondo, en vigor desde el 22 de noviembre de 2017, con jerarquía superior a las leyes (artículo 75, inciso 22, párr. 1, de la CN). Al respecto, se debe destacar que este proceso se dio en el marco de una política social y protectoria de la vejez, en cumplimiento del mandato constitucional establecido por el artículo 75, inciso 23, de la Carta Magna¹⁶, ya que, entre los grupos de personas vulnerables a proteger, además de los niños, las mujeres y las personas con discapacidad, se encuentran también los ancianos

15 Pinto (2014) refiere lo siguiente: «La noción de derechos humanos, que hoy la Constitución Argentina incorpora expresamente dando rango constitucional a un conjunto de instrumentos internacionales, no puede entenderse prescindiendo del elemento internacional. [...] un elemento internacional que se expresa en la responsabilidad internacional del Estado por toda violación de derechos humanos no reparada y se vehiculiza a través de instancias internacionales de control de las obligaciones del Estado a las que el individuo puede acceder, cuando en el nivel nacional su derecho ha sido violado y no quedan instancias internas adecuadas y eficaces para considerar el caso» (p. 1271).

A su vez, Gattinoni de Mujía (2013) menciona que «toda violación de una obligación internacional que pueda ser atribuida a un Estado de acuerdo con el derecho internacional constituye un hecho internacionalmente ilícito que genera responsabilidad internacional» (pp. 305-306).

16 Gelli (2018) agrega que «las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos» (p. 289).

(adultos mayores) (Zayat, 2014)¹⁷, quienes carecían de una protección especial hasta dicha ratificación¹⁸.

Entonces, según la CIPDHPM, el adulto mayor es «aquella [persona] de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor» (artículo 2, «Persona mayor»). Así también, este instrumento internacional define —en el mismo artículo— a la «vejez» como la «construcción social de la última etapa del curso de vida».

Asimismo, corresponde hacer una aclaración en relación con estas personas. Si bien estas experimentan un declive físico y mental, natural del ciclo vital que protagonizan, ello no constituye sinónimo de enfermedad o de discapacidad en todos los supuestos y, además, la edad no constituye un patrón determinante de la singularidad de las personas mayores, dado que existen diferencias en las situaciones de cada sujeto según las etapas de la vejez (Goizueta, 2017, p. 156).

Todo lo referido responde a la idea de que no corresponde asimilar la vejez con incapacidad. Como bien ha señalado Dabove (2018) —citando a Ricardo Iacub—, «con asiduidad, las personas (y los jueces) suelen confundir situaciones restrictivas de la capacidad con la “gerontolescencia” o crisis biopsicosocial de identidad, cuyos síntomas desencadenan conflictos afectivos, familiares y sociales que impactan en la esfera patrimonial y en la autoestima» (p. 230), ello sin desconocer que «en el inicio de la vejez es común que las personas mayores se vean literalmente impotentes de ejercer sus derechos a causa de los

17 Discriminación por desigualdad como «no sometimiento».

18 Actualmente, existe en el Congreso un proyecto con tratamiento parlamentario en la Cámara de Diputados, con media sanción de senadores, que otorga jerarquía constitucional a dicha convención —mayoría calificada o especial (dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara)—, proceso establecido por el artículo 75, inciso 22, de la CN.

prejuicios que pesan sobre sus estados cognitivos y la vejez. Esto genera situaciones discapacitantes, de alta vulnerabilidad social» (p. 230)¹⁹.

9. ENVEJECIMIENTO ACTIVO

El envejecimiento activo es conceptualizado por la OMS (2002) como «el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen» (p. 79). En este acápite, seguiremos los lineamientos de la gran maestra en la temática, la Dra. María Isolina Dabove, quien fue una de las primeras en trabajar esta materia y, en la actualidad, es la que mejor analiza, desarrolla y explora las características propias de esta disciplina.

La concreción jurídica del criterio de justicia comprende el reconocimiento de dos presupuestos filosóficos: el humanismo y la tolerancia. El humanismo tiene por meta la autonomía y el desarrollo integral de cada persona mayor. La tolerancia fija su atención en el respeto de la autonomía de todos los demás (individuos y grupos), quienes también necesitan realizar sus proyectos y planes de vida por igual (Goldschmidt, 1987, pp. 439-440). Desde estas coordenadas, el derecho queda comprometido a valorar a la persona mayor como sujeto (y no como simple objeto) en toda relación que entable con algún otro (Dabove, 2002, pp. 405-406). En suma, el derecho queda constreñido a fortalecer la posición jurídica de los adultos mayores y resguardar su condición de persona, y sus atributos (nombre, domicilio, Estado o

19 En similar sentido, Iacub (2017) refiere que «una suma de concepciones prejuiciosas y estereotipadas acerca de los adultos mayores suele hacerlos equivaler a sujetos añejados con exageradas limitaciones cognitivas que llevan a confundir el declive esperable de la memoria con el deterioro cognitivo, favoreciendo, muchas veces, una generalización de las demencias ante cualquier limitación o problema intelectual» (p. 82).

capacidad), derechos, libertades y patrimonio en igualdad de condiciones que todos los demás (Dabove, 2018, p. 76).

Los nuevos criterios de justicia rediseñados (el humanismo y la tolerancia, junto a la unicidad, la igualdad y la comunidad) han abierto, así, la posibilidad de fortalecer la condición jurídica de los mayores desde distintas perspectivas. Otorgan fundamentos de identificación y empatía para justificar su protección frente a «lo demás», es decir, a las circunstancias adversas que se ensañen contra ellos (pobreza, enfermedad, soledad). Por último, han dado sustento al sentido de pertenencia comunitaria de las personas mayores y a la legitimación de las prácticas de intervención que consolidan los cambios sociales requeridos. Así, el empoderamiento, la empatía y la pertenencia se constituyen en herramientas tácticas imprescindibles para la realización de los tres principios que componen el humanismo jurídico: la unicidad, la igualdad y la comunidad (Dabove, 2018, p. 89).

9.1. Empoderamiento

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, el empoderamiento es la acción y el efecto de «hacer poderoso o fuerte a un individuo o grupo social desfavorecido» (Real Academia Española [RAE], 2014, «empoderar», definición 1). Por su parte, según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, empoderar refiere a la posibilidad de «conceder poder a un colectivo desfavorecido socioeconómicamente para que, mediante su autogestión, mejore sus condiciones de vida» (RAE, 2002, definición 1). Es decir, con ello se promueve la toma de conciencia de la dimensión interpersonal y colectiva de la vida y del lugar que cada uno ocupa en ella (por ejemplo, la del poderoso o la del oprimido). Como herramienta jurídica, en suma, el empoderamiento da sustento al proceso de construcción de la conciencia social y a la toma de decisiones «que vayan de la comprensión a la acción transformadora» (Dabove, 2018, pp. 91-92).

9.2. Empatía

En líneas generales, la empatía es un concepto sumamente complejo, razón por la cual ha sido definida desde diversas perspectivas y campos de estudio. Así, es comprendida tanto en calidad de sentimiento como de capacidad o habilidad cognitiva, a partir de los cuales se logra la identificación con alguien o algo. Se la asocia con la facultad de ponerse en el lugar del otro, «en sus zapatos», de reconocer y compartir emociones. También se la vincula a la idea de compasión, es decir, con la posibilidad de entender el dolor de alguien y de acompañarlo desde ese lugar (Baum, 2017).

Desde el punto de vista jurídico, la empatía permite el sostenimiento del principio de igualdad, dado que, por su intermedio, se facilita la detección y el registro de las similitudes de las personas entre sí. Trae aparejado, igualmente,

el reconocimiento de la interdependencia con los demás, alimenta la voluntad de mantener esa interdependencia, incentiva el deseo de hacer por otros lo que uno espera de ellos y promueve el sentimiento de que uno es parte de una estructura más amplia, estable y fiable (Sarason, 1974, p. 157; traducción nuestra).

9.3. Pertenencia

Para Weber, este concepto está basado ineludiblemente en una relación social en la medida que inspire en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de los participantes de construir un todo a partir de una razón incluyente (citado por De Marinis, 2010, p. 17-19). Esta proyección utópica suele ser la que habilita espacios para los encuentros y aumenta, con ello, el poder de cada uno al incrementarse la posibilidad de sentirse también incluido. Además, expresa «una fe compartida en que las necesidades de los miembros serán atendidas a través del compromiso de estar juntos» y alude a la solidaridad como

valor instrumental afín (Mcmillan y Chavis, 1986, p. 9; traducción nuestra).

El sentido de pertenencia es una herramienta central de inclusión y participación social de las personas en su vejez. Su presencia permite el desarrollo de la idea de fraternidad entre los miembros del grupo. Potencia y posibilita la construcción de vínculos y redes que mejoran la calidad de vida de los sujetos relacionados entre sí. Da significación cultural a la dimensión biológica y demográfica de la vejez y habilita la configuración de una subjetividad, o identidad sana, proclive al reconocimiento de las relaciones sociales con sentido de justicia.

9.4. Conclusiones

Sin empoderamiento no habrá respeto por el principio humanista de la unicidad del envejecimiento personal ni de la diversidad social de la vejez. Sin desarrollo de la empatía no se podrá tan siquiera garantizar la igualdad, una de cuyas fuentes radica en la capacidad de comprensión de los demás. Sin sentido de pertenencia no podrán constituirse comunidades incluyentes ni mundos jurídicos que respeten a las personas mayores como fines en sí (Dabove, 2018, p. 97).

A modo de síntesis, a continuación, se grafica la relación existente entre los nuevos criterios de justicia y las herramientas para alcanzarlos, a través del siguiente cuadro:

Cuadro 1

Nuevos criterios de justicia	Herramientas
Unicidad	Empoderamiento
Igualdad	Empatía
Comunidad	Pertenencia

Fuente: Elaboración propia.

Por tanto, a través de estos nuevos criterios, y recurriendo a estas nuevas herramientas elaboradas de acuerdo a cada uno de aquellos, es que se puede combatir la problemática que afecta a las personas adultas mayores.

Justamente, este grupo de personas en especial situación de vulnerabilidad requieren que se les reconozca y garantice un verdadero «envejecimiento activo». Este concepto precisa, entre otras cuestiones, un proceso de «desjudicialización» de las causas que involucran a estas personas, es decir, evitar las burocracias administrativa y judicial, que, en muchos casos, tornan ilusorio el derecho de cada uno de estos individuos. Es así que vemos cómo en numerosos ordenamientos jurídicos se va hacia ese camino, brindando un mayor abanico de opciones a la jurisdicción, para, de esa manera, lograr un mayor grado de satisfacción de los derechos del adulto mayor.

A modo de ejemplo, analizaremos dos ordenamientos jurídicos de las provincias que integran el nordeste argentino (NEA), por un lado, la Ley n.º 6243, de la provincia de Corrientes, y, por el otro, la Ley n.º 7942, de la provincia del Chaco. En ese entendimiento, vemos que la ley correntina de protección a las personas adultas mayores es anterior, inclusive, a la firma de la CIPDHPM) por parte de la República Argentina, ya que esta se produce recién el 15 de junio de 2015; y la ley n.º 6243 de Corrientes data del 4 de febrero de 2014. Así también, podemos observar la dinámica que existe en esta disciplina, incorporando al análisis a la ley chaqueña, que data del 11 de enero de 2017.

En particular, más allá de la evolución normativa que se puede advertir en cada uno de estos instrumentos jurídicos, específicamente en lo que refiere a este acápite, debemos decir que en la Ley n.º 6243 no se menciona ningún instituto, herramienta o concepto que tienda a lograr la efectividad de los derechos de estas personas. Simplemente, se crean figuras o funcionarios que deberían ejercer el sistema de protección de

las personas mayores en la provincia de Corrientes (órganos de protección), que, dicho sea de paso, no se han reglamentado aún y, en consecuencia, no han entrado en funciones.

Es así que, en oportunidad de la enumeración de las funciones del defensor de los derechos de los adultos mayores, expresamente se contempla la de «velar por el respectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados de las personas mayores, **promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales** del caso» (artículo 31, literal c; énfasis nuestro). En este sentido, en razón de los estándares fijados por la CIPDHPM —como se verá seguidamente—, es que la regulación en la provincia de Corrientes queda a medio camino.

Así, pues, la CIPDHPM, en su artículo 31, titulado «Acceso a la justicia», dispone cómo debe ser el proceso en el que intervengan las personas adultas mayores, que, de ser posible, se debe recurrir a vías alternativas, y establece expresamente que «los Estados parte desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a **promover: a) mecanismos alternativos de solución de controversias**» (énfasis nuestro).

En ese entendimiento, vemos que esta idea de evitar los procesos judiciales a fin de lograr mayor efectividad en los derechos se plasma en un ordenamiento jurídico más moderno, como lo es el de la provincia del Chaco, que, al momento de establecer cuáles serán las «pautas para las políticas públicas» (artículo 3), dispone que «las políticas públicas, basadas en la concepción de los adultos mayores como sujetos de derecho, se diseñan y ejecutan sobre la base de las siguientes pautas: [...] c) **desjudicialización de situaciones sociales, familiares y económicas**» (énfasis nuestro).

La finalidad de esta nueva regulación tiende a maximizar la realización de los derechos humanos de las personas mayores, finalidad que

debe contemplarse como un principio, entendido como «mandato de optimización».

Según el maestro Robert Alexy (2012), los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la media debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas (pp. 86-87).

10. SUPUESTOS DE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER ADULTA MAYOR

La afectación o vulneración de los derechos humanos de la mujer adulta mayor puede darse en variados supuestos, con diferente intensidad. A los que comúnmente sufre la mujer adulta (violencia, discriminación, entre otras) deben agregarse algunos que son propios de la persona mayor, como el abandono material, el abandono moral, el abuso de confianza (en sentido amplio), entre otros. Es así que, como normativa aplicable, podemos mencionar —además de las Reglas de Brasilia ya analizadas más arriba— las siguientes:

A nivel internacional: Convención Americana de Derecho Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, CADH); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o Convención de Belém do Pará; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

A nivel nacional: Código Civil y Comercial de la Nación (Ley nacional n.º 26994/14); Ley nacional n.º 24417/95, Ley de Violencia Familiar; Ley nacional n.º 26485/09, Ley de Protección Integral a las Mujeres; Ley n.º 27360/17, que aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores; Código Penal de la Nación (Ley nacional n.º 11179/21).

A nivel local: Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de Corrientes (Ley provincial n.º 6580/21); Ley provincial n.º 5019/95, Ley de Violencia Familiar; Ley provincial n.º 5903/09, de adhesión a la Ley n.º 26485/09; Ley provincial n.º 6268/14, Protocolo de Actuación Policial en materia de Violencia de Género; Código Procesal Penal de la provincia de Corrientes (Ley provincial n.º 6518/19); y, particularmente, en materia de adultos mayores, la Ley provincial n.º 6243/14, ya descrita más arriba.

Ahora bien, en razón de que analizar cada supuesto sería incompatible con la finalidad y extensión del presente trabajo, simplemente resaltaremos que los operadores judiciales debemos imprimir una perspectiva de vulnerabilidad en todas las causas en las que nos toca intervenir, independientemente de la naturaleza del caso, ello en razón de la transversalidad que caracteriza a esta perspectiva o visión.

Particularmente, en relación con la temática abordada en el presente ensayo jurídico, es menester una visión o perspectiva de género²⁰, aquella que permita o posibilite prestar atención a las personas que sociológica, religiosa, económica y culturalmente se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad y desigualdad respecto de los

20 Ver caso G. P. R. c/ M. C. R. s/ reivindicación, sentencia del 11 de febrero de 2022, en el Juzgado de Paz de Mocoretá.

varones (mujeres, niñas, adolescentes, personas transgéneros, no binarias etc.)²¹.

Según Bramuzzi (2019),

juzgar con perspectiva de género implica un esfuerzo intelectual por comprender la complejidad social, cultural y política que existe entre mujeres y hombres para visualizar allí las situaciones de opresión de un género sobre otro, basadas en una relación de desigualdad (V, párr. 20).

En definitiva, resolver la cuestión con perspectiva de género implica aplicar el principio de igualdad del artículo 16 de la CN, que no solo es la igualdad formal, sino la real, auténtica, aquella que significa el «no sometimiento», es decir, la que permite buscar y concretar la neutralidad para evitar la discriminación²².

11. REFLEXIONES FINALES

A lo largo del presente trabajo, hemos observado que no debe asimilarse vejez con enfermedad, ya que corresponde concebir a la vejez como un proceso bio-psico-social-cultural (Dabove y Prunoto, 2006,

21 Ver sentencia del Expediente n.º 5691, Maciel Alejandro c/ Blanca Ester Fernández y/o demás ocupantes s/ desalojo (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, de la Provincia de Corrientes, Sala n.º 1, 2021).

22 Al respecto, Jorge Mazzinghi dice lo siguiente: «La relación entre la moral y el derecho está lejos de ser un tema tópico, apto para ser desarrollado en cursos donde la realidad cotidiana parece apenas entrevista. En más de una ocasión se advierte, frente a casos concretos, que la solución judicial está indicada, antes que, por la exégesis de un texto, la invocación de una fuente o el peso de una opinión, por el rumbo que impone la recta razón, por la necesidad de que prevalezcan ciertos valores. Y tengo para mí que la elaboración jurídica solo es fecunda cuando lleva al triunfo de tales valores, cuando realiza lo bueno y lo equitativo, cuando la ley es invocada como maestra de vida y no como ídolo mudo e indiferente a las apreciaciones éticas» (citado en Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, sentencia n.º 116, de 3 de septiembre de 2021, considerando VIII).

p. 17). Así también, se ha puesto de relieve que la intervención del Estado ha evolucionado, pasando de ser protectora a fortalecedora.

En ese entendimiento, tenemos que evitar que se den supuestos de «sobrepotección», es decir, aquella intervención estatal que elimina la autorrealización de las personas mayores. Con mayor razón, tratándose de supuestos en los que las involucradas sean mujeres adultas mayores, ya que la normativa «tuitiva» en materia de género tiene como una de las finalidades más importantes el reconocimiento de la autonomía y autodeterminación de la mujer, a efectos de concretar la erradicación de aquella cultura que las postergaba en la toma de decisiones.

Ejemplos de esta discriminación legal son todos aquellos artículos del Código Civil derogado (Ley nacional n.º 340/1869), que consideraban a la mujer casada como una «incapaz», supeditando la validez de sus actos a la ratificación del marido, inclusive tratándose de bienes propios. Entre los que podemos mencionar, se tienen los artículos 55, inciso 2, 57, inciso 4, 90, 1808, 3334, 3847 y 3971.

Ahora bien, como hemos analizado, muchas veces, en pos de intentar lograr la mayor calidad de vida de las personas mayores, lo que se produce es justamente lo contrario, es decir, se afecta la dignidad de estas personas. El envejecimiento activo tiene como principal objetivo recoger las debilidades de la persona mayor y fortalecerla desde esas mismas debilidades, simplemente reforzando aquellas carencias y eliminando aquellos obstáculos que se le presentan a estos individuos en esta etapa de la vida.

Los distintos instrumentos internacionales, como así también los nacionales y locales, nos sirven, como operadores jurídicos para identificar el ideal de máxima realización de los derechos humanos de este grupo de personas vulnerables. En este sentido, debemos construir mecanismos de «alertas tempranas» que identifiquen la posible

vulneración de derechos de las personas mayores y, así, aplicar soluciones acordes con la especial situación de este grupo de personas.

Así también, se torna imprescindible la elaboración de protocolos de actuación, cuyos pilares sean aquellos principios que garanticen soluciones rápidas y eficaces para el reconocimiento de estos derechos humanos. Estos protocolos se deben dar tanto en sede administrativa como en sede judicial, y no solo deben estar destinados a los operadores jurídicos, sino también a los usuarios del servicio, es decir, a los adultos mayores.

En ese entendimiento, debemos decir que tanto nuestras prácticas como la normativa vinculada con este grupo de personas en situación de vulnerabilidad deben tender a evitar la burocracia, formalidad o cualquier obstáculo procedimental que debilite la eficacia de los derechos de estos individuos; es decir, todo el actuar y/o regulación debe estar enfocado a la «desjudicialización». Este concepto podría ser ampliado a «desburocratización», ya que lo que se debe procurar es evitar trámites innecesarios que tornen ilusorios los derechos humanos reconocidos a los adultos mayores.

Ahora bien, en el caso de que sea realmente necesario que la persona adulta mayor deba recurrir a un proceso, ya sea administrativo y/o judicial, este debe cumplir con los estándares internacionales, no solo aquellos establecidos expresamente por la CIPDHPM (artículo 31), sino también por la CADH, específicamente en lo relativo a la tutela judicial efectiva y a las exigencias que hacen al plazo «razonable».

Es ese sentido, resulta imprescindible recurrir a la interpretación que hace la Corte IDH, concretamente en los fallos de los casos Poblete Vilches y otros vs. Chile y Muelle Flores vs. Perú, donde específicamente se analiza la vulneración que se produce a los derechos de estas personas —que gozan de características especiales— y su vinculación con pautas que deben analizarse a la hora de intervenir en un caso

que involucre a un adultos mayor. Máxime, tratándose de supuestos de interseccionalidad, en los que la mujer adulta mayor ve vulnerados sus derechos, ya que ello evidencia una gravedad tal que torna imprescindible la construcción de mecanismos (procedimientos, en sentido amplio) acordes para la solución de la problemática, y no solo del caso (resolución integral y restablecimiento del reconocimiento de los derechos humanos).

Estos mecanismos o procedimientos deben estar caracterizados por una «celeridad agravada», que permita una solución en tiempo oportuno, que evite, asimismo, la revictimización de la mujer denunciante y garantice la privacidad e intimidad de la persona.

En definitiva, debemos decir que la problemática que afecta a este grupo de personas en especial situación de vulnerabilidad es real y actual, es decir, no es una cuestión dogmática o meramente académica. Ello quedó evidenciado en el análisis llevado a cabo en el presente ensayo, como así también aquellas posibles herramientas para arribar a una solución adecuada.

Es nuestra obligación, como operadores jurídicos, desde rol que cada uno desempeña, convertirnos en el engranaje que permita poner a trabajar la maquinaria que garantice la efectivización de los derechos humanos reconocidos a los adultos mayores y, en especial, a la mujer adulta mayor, quien se encuentra en una situación «agravada» de vulnerabilidad.

Nuestro compromiso cada vez debe ser más grande, ya que el número de personas mayores que ven vulnerados sus derechos aumenta a medida que la esperanza de vida crece con la evolución de la ciencia. De ninguna manera, el hecho de que la esperanza de vida sea mayor debe ser considerado como una mala noticia, sino que debe exigir que, como responsables que somos de garantizar estos derechos humanos, estemos atentos y preparados para poder dar una respuesta rápida y

eficaz a la hora de intervenir en causas de esta naturaleza. Solo de nosotros depende que, al momento de entrar en esa etapa de la vida, podamos disfrutar con dignidad —calidad de vida— nuestra vejez.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amaya, J. A. (2012). *Control de constitucionalidad*. Astrea.
- Basset, Ú. (2017). La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Basset, U., Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferrière, J. (dirs.) y González, E., Martínez, J., Tetard, S. y Millerioux, G. (coords.), *Tratado de la vulnerabilidad* (pp. 19-40). La Ley.
- Baum, E. (2017). Eutanasia, empatía, compasión y derechos humanos. *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, (39), 5-21. <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n39/1886-5887-bioetica-39-00005.pdf>
- Bramuzzi, G. C. (2019, 19 de junio). Juzgar con perspectiva de género en materia civil. *Sistema Argentino de Información Judicial*. <http://www.saij.gob.ar/guillermo-carlos-bramuzzi-juzgar-perspectiva-genero-materia-civil-dacf190109-2019-06-19/123456789-0abc-defg9010-91fcanirtcod?q=fecha%20rang%3A%5B20181220%20TO%2020190619%5D&o=0&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7C>

2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%
F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20
Documento&t=4239

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, Sala n.º 1 (2021). Sentencia n.º 27 del Expediente n.º 5694, Maciel Alejandro c/ Blanca Ester Fernandez y/o demás ocupantes s/ desalojo. Corrientes: 27 de julio de 2021. <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/098/318/000098318.pdf>

Cámara de Diputados de la Provincia de Corrientes (2013). Ley n.º 6243, para Promover, Preservar y Proteger los Derechos de los Adultos Mayores. Corrientes: 27 de noviembre de 2013. <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/hdocs/legisalud/migration/html/22934.html>

Cámara de Diputados de la Provincia de Corrientes (2021). Ley n.º 6556, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes. Corrientes: 21 de abril de 2021. https://boletinoficial.corrientes.gob.ar/assets/articulo_adjuntos/6112/original/ANEXO_BO_13-05-2021_-Ley_6556_Codigo_Procesal_Civil_y_Comercial_.pdf?1621008793

Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco (2016). Ley n.º 7942, de Promoción y Protección Integral de las Personas Adultas Mayores. Chaco: 14 de diciembre de 2016. <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/hdocs/legisalud/migration/html/28265.html>

Ciuro, M. Á. (2017). Derecho de la ancianidad. Nueva especialidad jurídica. En Dabove, M. I. (dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional* (pp. 45-65). Astrea.

- Congreso de la Nación Argentina (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: 1 de octubre de 2014. http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Conte-Grand, J. (2017). Los derechos humanos de la persona mayor: entre individualismo y relacionalidad. Hacia un Concepto relacional de la vulnerabilidad. En Basset, U., Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferrière, J. (dirs.) y González, E., Martínez, J., Tetard, S. y Millerioux, G. (coords.), *Tratado de la vulnerabilidad* (pp. 15-18). La Ley.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006a). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. San José: 26 de septiembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006b). Caso trabajadores cesados del Congreso vs. Perú. San José: 24 de noviembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006c). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. San José: 4 de julio de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. San José: 29 de noviembre de 2011. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012a). Caso Forneron e hija vs. Argentina. San José: 27 de abril de 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012b). Caso Furlan y familiares vs. Argentina. San José: 31 de agosto de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso González Lluy y otros vs. Ecuador. San José: 1 de septiembre de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018a). Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. San José: 23 de agosto de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018b). Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. San José: 8 de marzo de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2007). Caso Mazzeo, Julio L. y otros, Fallos, 330:3248. Buenos Aires: 13 de julio de 2007. <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/SENTENCIA-2.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2009). Acordada n.º 5/2009. Buenos Aires: 24 de febrero de 2009. https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Reglas_Brasilia_Corte.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012). Caso Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, Fallos 335:2333. Buenos Aires: 27 de noviembre de 2012. <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/01/RODRIGUEZ-PEREYRA.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2014). Caso Bolsa de Cereales de Buenos Aires c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa, Fallos: 337:1464. Buenos Aires: 16 de diciembre

de 2014. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-bolsa-cereales-buenos-aires-buenos-aires-provincia-accion-declarativa-fa140001-98-2014-12-16/123456789-891-0004-1ots-eupmocsollaf?>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2017). Caso Bayer S. A. c/ Provincia de Santa Fe s/ Acción declarativa de certeza, Fallos 340:1480. Buenos Aires: 31 de octubre de 2017. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-bayer-sa-provincia-santa-fe-accion-declarativa-certeza-fa17000049-2017-10-31/123456789-940-0007-1ots-eupmocsollaf>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018). Caso Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS s/ reajustes varios, Fallos: 341:1924. Buenos Aires: 18 de diciembre de 2018. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-blanco-lucio-orlando-anses-reajustes-varios-fa18000138-2018-12-18/123456789-831-0008-1ots-eupmocsollaf?>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2019). Caso García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, Fallos: 342:411. Buenos Aires: 26 de marzo de 2019. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-garcia-maria-isabel-afip-accion-meramente-declarativa-inconstitucionalidad-fa19000046-2019-03-26/123456789-640-0009-1ots-eupmocsollaf?>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2020). Caso Caldeiro, Juan Carlos c/ EN - M.º Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios. Fallo en causa CAF 9482/2011/2/RH2. Buenos Aires: 30 de abril de

2020. <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2020/05/verdoc-caso-CJ.pdf>

Cumbre Judicial Iberoamericana (2017, 7 de diciembre). Quiénes somos. <http://www.cumbrejudicial.org/institucional/quienes-somos>

Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). Quito: abril de 2018. <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/item/817-cien-reglas-de-brasilias-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>

Dabove, M. I. (2002). *Los derechos de los ancianos*. Ciudad Argentina.

Dabove, M. I. (2018). *Derecho de la vejez*. Astrea.

Dabove, M. I. y Prunoto, A. (dirs.) (2006). *Derecho de la ancianidad: perspectiva interdisciplinaria*. Editorial Juris.

De Marinis, P. (2010). La comunidad según Max Weber: desde el tipo ideal de la *Vergemeinschaftung* hasta la comunidad de los combatientes. *Papeles del CEIC*, (58), <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76512779003>

Fulchiron, H. (2017). Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerable. En Basset, U., Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferrière, J. (dirs.) y González, E., Martínez, J., Tetard, S. y Millerioux, G. (coords.), *Tratado de la vulnerabilidad* (pp. 3-14). La Ley.

- Gattinoni de Mujía, M. (2013). La responsabilidad internacional del Estado derivada tanto de la actividad como de la inactividad judicial. En Vigo, R. L. y Gattinoni de Mujía, M. (dirs.), *Tratado de derecho judicial. Tomo I. Teoría general* (pp. 303-321). Abeledo Perrot.
- Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. La Ley.
- Goizueta, M. P. (2017). Dignidad en los sistemas de protección, garantías y acceso a la justicia. En Dabove, M. I. (dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional* (pp. 155-169). Astrea.
- Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Depalma.
- Grosman, C. P. (2015). Los adultos mayores y las relaciones familiares. En Grosman, C. P. (dir.), *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos* (pp. 17-62). Rubinzal Culzoni Editores.
- Iacub, R. (2017). El «empoderamiento» como estrategia. En Dabove, M. I. (dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional* (pp. 75-84). Astrea.
- Juzgado de Paz de Mocoretá (2022). Caso G., P. R. c/ M., C. R. s/ reivindicación. Mocoretá: 11 de febrero de 2022. <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/101/143/000101143.pdf>
- Kuhn, T. (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica.
- Ledesma, J. O. y Podestá, L. J. (2019). *Justicia de paz en la provincia de Corrientes. Manual teórico-práctico. Tomo I*. ConTexto.
- Malraux, A. (1999). *La condición humana*. Sudamericana.

- McMillan, D. W. y Chavis, D. M. (1986) Sense of community: a definition and theory. *Journal of Community Psychology*, 14, 6-23.
- Organización de las Naciones Unidas (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena: 23 de mayo de 1969. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (1991). Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad. <https://www.acnur.org/5b6caf814.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (2015). Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Washington, D. C.: 15 de junio de 2015. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp
- Organización Mundial de la Salud (2002). Envejecimiento activo: un marco político. *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, 37(Supl.2), 74-105. https://ccp.ucr.ac.cr/bvp/pdf/vejez/oms_envejecimiento_activo.pdf
- Pérez, A. E. (1979). Delimitación conceptual de los derechos humanos. En Pérez, A. E. (coord.), *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema* (pp. 13-46). Universidad de Sevilla.
- Pinto, M. (2014). El sistema universal de derechos humanos. En Rivera, J. C., Elias, J. S., Grosman, L. S. y Legarre, S. (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales. Tomo III* (pp. 1271-1298). Abeledo Perrot.
- Poder Ejecutivo Nacional de Argentina (1972). Ley n.º 19865, que aprueba la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

- Buenos Aires: 3 de octubre de 1972. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm>
- Podestá, L. J. y Shwoihort, S. J. (2020). La humanización del proceso civil y comercial en Corrientes. La perspectiva de vulnerabilidad en el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes - Lineamientos para un protocolo de actuación para la protección de adultos mayores. *Rubinzal Culzoni. Doctrina Digital: Derecho Privado y Comunitario*.
- Real Academia Española (2014). Empoderar. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/empoderar#Rq3hSlw>
- Real Academia Española (2022). Empoderar. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lemal/empoderar>
- Santagati, C. J. (2011). *Manual de derechos humanos*. Ediciones Jurídicas.
- Sarason, S. B. (1974). *The psychological sense of community: prospects for a community psychology*. Jossey Bass.
- Superior Tribunal de Justicia de Corrientes (2021). Sentencia n.º 116 del Expediente n.º GXP, Martínez Claudio Eliseo c/ Martínez Leonardo Esteban y otra y/o quienes resulten ocupantes/ desalojo. Corrientes: 3 de septiembre de 2021. <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/098/346/000098346.pdf>
- Vila-Coro, M. D. (1995). *Introducción a la biojurídica*. Universidad Complutense de Madrid.
- Zayat, D. (2014). El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado. En Rivera, J. C., Elias, J. S., Grosman, L. S. y Legarre, S. (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales. Tomo I* (pp. 903-929). Abeledo Perrot.



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 277-312

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.635

Discriminación por condición de género y discapacidad en víctimas de violencia sexual: análisis desde la jurisprudencia¹

Discrimination based on gender and disability against sexual
violence victims: case-law analysis

MARÍA LUISA CHARAJA COATA

Corte Superior de Justicia de Lima Este
(Lima, Perú)

Contacto: mcharaja@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1183-9963>

RESUMEN

El presente trabajo identifica los factores de vulnerabilidad en la discriminación por condición de género y discapacidad en víctimas de violencia sexual, desde el enfoque de la discriminación interseccional. Su importancia es práctica desde el rol del operador de justicia en la tutela, investigación y sanción, quien, además, debe identificar aquellos factores de vulnerabilidad presentes en un caso de violencia sexual. Para ello, se analiza un caso práctico desde la jurisprudencia convencional:

1 Artículo elaborado a partir de una práctica desarrollada en el curso Análisis y Aplicación de la Ley n.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, que la Academia de la Magistratura organizó en 2021.

el caso R. P. B. vs. Filipinas (Comunicación n.º 34/2011). Este análisis parte de la revisión del marco normativo y jurisprudencial nacional e internacional. Se concluye que los operadores de justicia deben dejar de lado los estereotipos de género para lograr identificar los múltiples factores de vulnerabilidad que se presentan en un caso de violencia sexual, y que así se garantice el derecho al acceso a la justicia.

Palabras clave: violencia sexual; discriminación interseccional; género; discapacidad.

ABSTRACT

This paper identifies the vulnerability factors of gender and disability discrimination against victims of sexual violence from an intersectional discrimination approach. Importance thereof is practical from the role of the administrator of justice in the protection, investigation, and punishment, who, in addition, must identify those factors of vulnerability present in a sexual violence case. For this purpose, a conventional case-law case is analyzed: R.P.B. vs. the Philippines (Communication No. 34/2011). This analysis starts from the revision of the normative and national and international case-law framework. It concludes that administrators of justice must put aside gender stereotypes in order to identify the multiple vulnerability factors that arise in a sexual violence case, and thus guarantee the right to access to justice.

Keywords: sexual violence; intersectional discrimination; gender; disability.

Recibido: 08/10/2022 Aceptado: 23/11/2022

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la discriminación estructural e interseccional que sufren las mujeres con discapacidad víctimas de violencia sexual permitirá entender los diferentes factores que intervienen en este problema y cómo debe ser abordado desde un enfoque de género para hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos. Estas mujeres también enfrentan una situación de discriminación o victimización secundaria cuando, en su calidad de víctimas, se enfrentan al sistema judicial en diferentes estadios, desde la denuncia en sede policial, la investigación fiscal, hasta el juzgamiento; estadios que no cuentan con ambientes adecuados, por lo que se afecta el derecho a la prueba, que culmina en absoluciones, impunidad y el descrédito del sistema penal (Mavila, 2019, p. 187).

La violencia sexual es un tipo de la violencia de género que afecta en especial a la mujer por su condición de tal, debido a estereotipos que la consideran socialmente inferior al varón. Entre las consecuencias que ello genera está la afectación de derechos humanos como a la dignidad, a la integridad sexual, entre otros. Este problema no solo se da en el ámbito privado sino también en el público, como es el caso del ámbito institucional (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables [MIMP], 2017).

A nivel internacional, se estima que las mujeres con discapacidad pueden ser víctimas de abuso sexual en una probabilidad por lo menos dos o tres veces mayor en comparación con otras mujeres (ONU Mujeres, s. f.). En el Perú, según el Registro Nacional de la Persona de Discapacidad, a febrero de 2021, se tiene inscritas a 123 911 mujeres con discapacidad, que representan el 41,4 % de las personas con discapacidad inscritas en dicho registro (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2021, p. 1). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2018)

resaltó la preocupación por los altos índices de violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes en el Perú; asimismo, mostró su preocupación respecto de los altos niveles de impunidad por la ineficacia judicial, la discriminación que facilita la violencia y la discriminación contra las mujeres.

En ese orden, desde el análisis de la jurisprudencia convencional y nacional se pretende responder al siguiente problema: ¿Cuál es la interrelación de los factores de vulnerabilidad en la discriminación que sufren las mujeres con discapacidad víctimas de violencia sexual? Como metodología de análisis, identificaremos y analizaremos nuestras categorías de género y discapacidad desde la jurisprudencia convencional y nacional en casos de la violencia sexual; y desde un caso relevante se identificarán aquellos hechos estereotipos discriminatorios. Por último, daremos nuestras reflexiones y conclusiones, esperando que coadyuven a seguir con su estudio.

2. ALCANCES DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN MUJERES POR SU CONDICIÓN DE GÉNERO

2.1. ¿Qué se entiende por violencia sexual según la jurisprudencia desde el ámbito convencional?

La Organización Mundial de la Salud (OMS) (2021) define a la violencia sexual como

cualquier acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual u otro acto dirigido contra la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de su relación con la víctima, en cualquier ámbito. Comprende la violación, que se define como la penetración, mediante coerción física o de otra índole, de la vagina o el ano con el pene, otra parte del cuerpo o un objeto, el intento de violación, los tocamientos sexuales no deseados y otras formas de violencia sexual sin contacto («Introducción», párr. 3).

En cuanto a la definición de la violencia sexual, desde la jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006), en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sostuvo: «Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril» (fundamento 310).

Así también, en cuanto a las características de la violación sexual, también la Corte IDH (2014), en el caso Espinoza González vs. Perú, precisó lo siguiente:

Las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente (fundamento 150).

También en el caso J. vs. Perú, la Corte IDH (2013), sobre la valoración de la declaración de la víctima, sostuvo que

la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes. Lo mismo es cierto para los casos de violencia y violación sexual, en los cuales no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de los mismos en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico (fundamento 329).

En el Perú se emitió el Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116, por la Corte Suprema (2011), cuyo alcance señala que, en caso de

contradicción de relato por parte de la víctima, prevalece la declaración con contenido de inculpación ante la realidad de relación de subordinación entre el agresor y la víctima, más aún si se trata de violencia sexual en el ámbito familiar (fundamentos 23-27). Por tanto, dada la naturaleza de la violencia sexual, corresponde a los operadores de justicia tener en cuenta que no todos los casos de violencia sexual exigen que haya pruebas directas y que no exista contradicción en la víctima, quienes por miedo o amenazas se ven intimidadas, ya que la mayoría de los casos son cometidos por personas cercanas o conocidas. En ese sentido, se tienen estos sustentos al momento de argumentar las normas y los alcances jurisprudenciales.

2.2 Los estereotipos de género: una de las principales causas de la violencia contra la mujer

En cuanto a la discriminación que sufren las mujeres a causa de estereotipos de género, la Corte IDH (2009), caso *González y otras (campo algodónero) vs. México*, precisó que

el estereotipo de género se refiere a una concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial [...]. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer (fundamento 401).

La misma Corte IDH (2012a), en el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica*, señaló que los «estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos

humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos» (fundamento 302).

En el caso *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH (2017) refirió lo siguiente:

La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos (fundamento 170).

En ese sentido, los estereotipos de género son discriminatorios porque vulneran derechos humanos, como a la igualdad y a la no discriminación. Y estos estereotipos se agravan cuando los operadores de justicia son indiferentes a la realidad en que las mujeres muchas veces están sometidas a patrones socioculturales de discriminación, y por tanto sufren mayor violencia en comparación al hombre.

2.3. Marco normativo y jurisprudencial de protección hacia las mujeres por su condición de género

Los Estados se han preocupado por tomar acciones positivas para proteger a la mujer por su género, como la emisión de normas que buscan protegerla y tienen sustento en el marco convencional. Para ello, citaremos las más relevantes para el tema de estudio. Es necesario tener en cuenta los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la obligación de respetar los derechos:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opiniones políticas o de

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 1; énfasis nuestro).

Esta norma ha sido materia de interpretación por la Corte IDH en sus múltiples sentencias emitidas y de sustento para la emisión de normas específicas sobre violencia o discriminación contra la mujer.

Como norma regional tenemos a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo que entraron en vigor. Es así que sobre la discriminación contra la mujer se dice que

denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (artículo 1).

Como lo ha interpretado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, el Comité), el derecho a la protección efectiva también incluye el derecho a una reparación efectiva para las víctimas de discriminación, lo que está implícito en la CEDAW.

Como norma regional tenemos a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), que abordó específicamente la temática de la violencia contra las mujeres y consagró el derecho de las mismas a una vida libre de violencia tanto en el ámbito privado como en el público, de manera que se desarrollen mecanismos de protección y la defensa de los derechos de las mujeres para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica.

Para nuestro estudio sobre la consideración de las mujeres por su condición de género y discapacidad, debe tomarse en cuenta las Reglas de Brasilia, que buscan garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sea de manera directa o indirecta. Estas reglas benefician, entre dichas condiciones, al género, que comprende a la mujer que sufre discriminación por su sexo, y que menoscaba sus derechos como a la libertad sexual. Estas reglas han permitido que los Estados parte puedan incluir en su normativa protocolos de atención para personas en condición de vulnerabilidad, para que así los operadores de justicia los apliquen en el marco de su función.

3. FACTORES DE VULNERABILIDAD QUE SE ASOCIAN: GÉNERO Y DISCAPACIDAD

3.1. Abordaje de la discapacidad desde un modelo social

La experiencia que viven las mujeres con discapacidad es fundamental para entender el problema de opresión y de dominio que enfrentan. Desde el modelo social de la discapacidad se puede entender la exclusión que sufren por parte de la sociedad y el Estado, y ha venido funcionando como un marco de emancipación para las personas con discapacidad, que se justifica con el modelo de derechos humanos que proporciona principios y valores (Serra, 2016).

La discapacidad es considerada por la sociedad mayoritaria como una limitación inherente solo a la cuestión personal; es decir, se enfrenta a una interacción entre la deficiencia de la persona y las barreras de la sociedad, como se desprende de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Cavalcante, 2018, pp. 17-18). La discapacidad como construcción social enfrenta barreras, exclusiones al goce y ejercicio de derechos humanos y reconocimientos; asimismo,

en cuanto a la sexualidad, corre por el mismo camino (Míguez, 2020, p. 145).

Para Cavalcante (2018), los elementos que permiten comprender por qué las mujeres con discapacidad son víctimas de violencia sexual, en relación con el agresor, son los siguientes:

1. La visión estereotipada sobre las mujeres con discapacidad, que supone que son incapaces de tomar decisiones o de presentar una denuncia y ser creídas.
2. La percepción del cuerpo de la mujer con discapacidad como una «mercancía dañada».
3. La posición de autoridad y cuidado que puede ejercer sobre la víctima y el aislamiento, y la exclusión social que experimentan algunas mujeres con discapacidad, como las que viven en algunas instituciones.
4. La sobreprotección familiar, que genera que se las trate como niñas.
5. La denegación de educación sexual de parte de las familias, los educadores y los profesionales sanitarios.
6. La dificultad aumentada al intentar denunciar el agresor (p. 21).

Desde el ámbito convencional, la Corte IDH (2015), en el Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, sobre el modelo social de discapacidad, precisa que

como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno. Esta Corte ha establecido que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que

socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva (fundamento 237).

Este modelo se ajusta a la realidad en la que mujeres con discapacidad son las más afectadas en sus derechos humanos y están más susceptibles a sufrir actos de violencia y de discriminación.

3.2. Violencia de género y discapacidad: abordaje desde la discriminación estructural e interseccional

En la Recomendación General n.º 19, adoptada por el Comité, en mérito del artículo de 1 de la CEDAW, se sostiene que la discriminación incluye la violencia basada en el sexo, es decir,

la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada», y que abarca «actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual»; y «la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre» (párr. 6).

Antes de pasar a conocer qué se entiende por discriminación estructural e interseccional, es necesario tener noción de la discriminación directa e indirecta. La discriminación directa contra la mujer supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género (Recomendación General n.º 28, párr. 16). En cuanto a la discriminación indirecta, la Corte IDH (2012a) sostiene «que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, esta puede ser considerada discriminatoria aun si no fue dirigida específicamente a ese grupo» (fundamento 286).

Sobre la discriminación interseccional, la Corte IDH (2018a), en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, precisa que

la discriminación interseccional es resultado de la confluencia de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona. En ese sentido, [...] la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, y que este tipo de discriminación puede afectar a las mujeres de algunos grupos de diferente medida o forma que a los hombres (fundamento 138).

Se desprende que existe una discriminación múltiple o intersección entre varios factores de vulnerabilidad; por ejemplo, a la mujer por su condición de género se suman factores como la edad, discapacidad, condición étnica, situación económica, entre otros. Esta interrelación hace que la víctima sufra mayor afectación de sus derechos humanos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009), en la Observación General n.º 20, sobre la discriminación estructural o sistemática, sostiene que

la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros (párr. 12).

Al respecto, por discriminación estructural o sistemática se entiende aquella diseminación presente en la historia en determinados grupos; en el caso de estudio, es una realidad que las mujeres sufren por su condición de género, así como las personas discapacitadas, quienes se han visto discriminadas y consideradas como inferiores a los hombres. Para Pelletier (2014), la desigualdad estructural o discriminación estructural incorpora indicadores como «datos históricos y datos sociales», que buscan explicar las desigualdades de derecho o de hecho, que

se presentan por exclusión social o sometimiento de grupos vulnerables, y que se evidencian en prácticas sociales, creencias y prejuicios, en una determinada zona o región (p. 207). Es así que la Corte IDH (2009) explica que la discriminación por razón de género incorpora la dimensión estructural en que las mujeres son sometidas a prácticas discriminatorias por el hecho de ser mujeres.

Bajo estos conceptos, la violencia basada en género y discapacidad es un problema de discriminación estructural que se ha dado en la historia. Para su análisis, en respuesta al acceso a la justicia entre otros servicios, se debe tener en cuenta si están relacionados otros factores de vulnerabilidad, como las variables discapacidad, género, entre otras. Para ello, se debe adoptar estrategias de respuesta inclusivas, las mismas que permitan erradicar el aislamiento de las mujeres con discapacidad con intervenciones transversales (educación, y concientización de las familias y de las mujeres) y la incorporación de herramientas tecnológicas para la participación de las mujeres con discapacidad y el conocimiento de sus derechos (Cavalcante, 2018, p. 40).

3.3. Barreras del acceso a la justicia que enfrentan las mujeres con discapacidad

Desde el ámbito convencional, la Corte IDH (2012b), en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, resalta los alcances de derecho al acceso a la justicia desde la interpretación de la Convención de Personas con Discapacidad:

- i. Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares; y

- ii. Los Estados partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario (fundamento 137).

Desde el ámbito convencional, la Corte IDH (2018b), en el caso *López Soto y otros vs. Venezuela*, sobre el acceso a la justicia, precisa que «una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas» (fundamento 238). Pese a las acciones positivas en la regulación normativa de protección a las mujeres con discapacidad, aún persiste el problema de que muchas mujeres víctimas de violencia de género, al someterse al fuero judicial, se enfrentan a una serie de barreras que no les permiten acceder a la justicia. Para Hasanbegovic (2016), citando a Pracek, las barreras judiciales que enfrentan las mujeres son las siguientes:

1. Actitud áspera y hostil, con expresiones sexistas, estereotipadas y/o racistas;
2. Aumento del aislamiento de las mujeres;
3. Minimizando, negando y culpándolas;
4. No otorgando espacios adecuados para los niños y las niñas;
5. Operadores de justicia condescendientes hacia el agresor, generando impunidad;
6. Omisión a los aspectos económicos que genera el maltrato;
7. Negando el miedo de las mujeres;
8. Intimidación del espacio físico del juzgado (p. 136).

También la Corte IDH (2012b) señala cuáles son las barreras que enfrentan las personas con discapacidad: «los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en

la sociedad son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas» (fundamento 133). Entre ellas, está el servicio de acceso a la justicia, de modo que estas personas se ven limitadas por falta de ajustes razonables y discriminación.

Es así que la misma Corte IDH (2016), en el caso *I. V. vs. Bolivia*, sobre la ineficacia judicial para las mujeres, precisa que

la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia (fundamento 317).

Para González y Barcaglioni (2018), las etapas para el verdadero despliegue del acceso a la justicia de las mujeres —y en las cuales sintetizamos las cuestiones mostradas— son las siguientes:

1. Creación normativa. La creación o modificación de normas debe buscar la realización o el goce de los derechos humanos.
2. Interpretación jurídica. Las normas deben ser interpretadas por los operadores desde un marco constitucional y convencional.
3. Ejecución de la resolución judicial. En función de quienes lo producen, lo reciben y el contexto, esto es, el Ministerio Público, el Poder Judicial y la Policía Nacional del Perú. Con la ejecución se busca la satisfacción del justiciable, en especial de las víctimas, para evitar la desconfianza en el sistema judicial.

Se suma los componentes del acceso a la justicia, recogidos en la Recomendación General n.º 33, sobre el acceso de las mujeres a la

justicia, emitida por el Comité, que son justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, rendición de cuenta de los sistemas de justicia y suministro de recursos a las víctimas, los mismos que permiten asegurar el acceso a la justicia. Asimismo, dentro de la disponibilidad menciona que «presten especial atención al acceso a los sistemas de justicia para las mujeres con discapacidad» (párr. 17, inc. g).

3.4. Marco de protección para las mujeres con discapacidad: alcances normativo y jurisprudencial

En el marco de protección de las mujeres con discapacidad, se debe tener en cuenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuyo artículo 16 se desprende que las personas con discapacidad víctimas de violencia deben contar con servicios psicosociales, tales como asesoramiento y tratamiento, y medidas de protección, que son esenciales para su recuperación. Por otro lado, la Recomendación General n.º 18 del Comité observó que las mujeres con discapacidad son consideradas un grupo vulnerable y que sufren una doble discriminación vinculada a sus condiciones especiales de vida.

Como norma regional tenemos a la Convención de Belém do Pará, que aborda específicamente la temática de la violencia contra las mujeres y que consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia tanto en el ámbito privado como en el público; en el artículo 9, regula el deber especial de la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueden sufrir las mujeres en razón, entre otras, de su condición de discapacitadas. Es decir, por su condición de vulnerabilidad, entre ellos de discapacidad, merecen una especial atención por los operadores de justicia.

Al comprender nuestro estudio a las mujeres por su condición de discapacidad, debe tomarse en cuenta también las Reglas de Brasilia,

que buscan garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sea de manera directa o indirecta. Estas reglas benefician, entre otras, la condición de discapacidad, que se da en aquellas personas que presentan «deficiencias físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales a largo plazo», que, por barreras de su entorno, no permiten a la persona con esta condición su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (regla 7). Por tanto, el acceso a la justicia busca tutelar los derechos de las víctimas y sancionar aquellas prácticas discriminatorias.

Pese a que existe una regulación normativa que busca proteger a las mujeres y a las personas con discapacidad, aún persisten actos discriminatorios por la sociedad y el Estado. Ante estas barreras, la Organización de las Naciones Unidas (2020) ha emitido en el plano internacional diez principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad:

1. Todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y, por lo tanto, a nadie se le negará el acceso a la justicia.
2. Las instalaciones y los servicios deben tener accesibilidad universal para garantizar la igualdad de acceso a la justicia sin discriminación.
3. Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, tienen derecho a ajustes de procedimiento adecuados.
4. Tienen derecho a acceder a la información y a las notificaciones legales en el momento oportuno y de manera accesible en igualdad de condiciones con las demás.
5. Tienen derecho a todas las salvaguardias sustantivas y de procedimiento reconocidas en el derecho internacional en igualdad de

condiciones con las demás, y los Estados deben realizar los ajustes necesarios para garantizar el debido proceso.

6. Tienen derecho a asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible.
7. Tienen derecho a participar en la administración de justicia en igualdad de condiciones con las demás.
8. Tienen derecho a presentar denuncias e iniciar procedimientos legales en relación con delitos contra los derechos humanos y violaciones de los mismos, a que se investiguen sus denuncias y a que se les proporcionen recursos efectivos.
9. Los mecanismos de vigilancia sólidos y eficaces tienen un papel fundamental de apoyo al acceso a la justicia de las personas con discapacidad.
10. Deben proporcionarse programas de sensibilización y formación sobre los derechos de las personas con discapacidad, particularmente en relación con su acceso a la justicia, a todos los trabajadores del sistema de justicia (p. 11).

Estos principios y directrices tienen un sustento desde el modelo social y dictan lineamientos que los operadores de justicia deben tener en cuenta, con la finalidad de que se permita el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad; para ello, es necesario realizar los ajustes razonables en caso de que se requieran aplicar según la necesidad de estas personas.

4. DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DISCAPACIDAD EN EL PERÚ

En el marco jurídico nacional, el numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú regula que toda persona tiene derecho

a la dignidad, a la igualdad y a la libertad. En el mismo sentido, el artículo 7 ha regulado un régimen de protección especial a las personas en situación de discapacidad, ya que establece que «la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad».

En cuanto a la normativa legislativa, se tiene la Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, que data del 2012; y también la Ley n.º 30364, que regula una justicia especializada para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Esta última contempla los enfoques de género, interseccionalidad y derechos humanos, entre otros; que deberán tener presente los operadores de justicia, como el juez de familia, el juez penal y la Policía Nacional del Perú.

La jurisprudencia peruana en los últimos años se ha preocupado por incorporar desde el marco convencional la adopción del enfoque de género, la violencia de género y la discapacidad. Para ello, de manera resumida, plasmaremos los alcances de las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

Cuadro 1

Sentencias del Tribunal Constitucional

Sentencia	Materia	Argumentos relevantes
Sentencia n.º 01479-2018-PA/TC	Perspectiva de género en el ámbito institucional	<ul style="list-style-type: none">• Perspectiva de género: nueva mirada de la desigualdad de los hombres frente a las mujeres, una herramienta metodológica para la materialización de medidas para lograr la igualdad, e instrumento ético para los operadores de justicia.• Justicia especializada en la creación de una jurisdicción y fiscalía especializadas.• Análisis con perspectiva de género presente en el razonamiento que sustenta las decisiones de jueces y fiscales.

Sentencia n.º 5121-2015-PA/TC	Derecho a la libertad sexual	<ul style="list-style-type: none"> • Se debe afinar las acciones para reducir la violencia contra la mujer —en específico la agresión sexual—, en torno al acceso a la justicia, la prevención de la violencia, el castigo a los agresores y el servicio reparador para las víctimas.
Sentencia n.º 03378-2019-PA/TC	Derecho a una vida libre de violencia (medidas de protección)	<ul style="list-style-type: none"> • Garantizar a las mujeres su derecho a una vida libre de violencia es de suma importancia para el Estado. • Las medidas de protección son un mecanismo idóneo para alcanzar ese objetivo.

Fuente: Elaboración propia.

Las sentencias mencionadas del Tribunal Constitucional, desde la categoría género, han enfatizado que los operadores de justicia, fiscales y jueces, desde sus funciones, deben actuar con perspectiva de género, ante una realidad en la que existe asimetría entre hombres y mujeres. También señalan que, en caso de la violencia sexual en mujeres, se debe tomar las medidas preventivas, castigar a los agresores y reparar a las víctimas de las consecuencias del delito. Y desde la etapa tutelar las medidas de protección buscan neutralizar los efectos nocivos de la violencia en las mujeres.

Si bien no se ha encontrado una sentencia que abarque las categorías género y discapacidad, es decir, sobre la violencia sexual en la mujer en discapacidad, la Sentencia n.º 00194-2014-PHC/TC ha señalado que la comprensión constitucional de los derechos de las personas con discapacidad debe darse desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad; es decir, los derechos y las libertades de las personas con discapacidad deben interpretarse bajo el esquema que propone el modelo social, desplazando la «incapacidad» hacia el entorno, de modo que así podrán combatirse las desigualdades (fundamento 18). Por otro lado, la sentencia n.º 01146-2021-AA/TC ha precisado que

la obligación del Estado y de la sociedad es eliminar las barreras que impidan el pleno ejercicio de los derechos y libertades de las personas con alguna

discapacidad, y más bien, les corresponde generar las condiciones necesarias para el pleno goce de sus derechos (fundamento 23).

Cuadro 2

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República

Sentencia	Materia	Argumentos relevantes
Casación n.º 851-2018-Puno	Cumplimiento de normas internacionales asumidas por el Estado peruano, y proscripción de los estereotipos de género	<ul style="list-style-type: none"> • Los jueces deben evaluar en los casos que son de su conocimiento si se presentan o no estereotipos de género, y sancionarlos por discriminatorios. • Los jueces deben fundamentar su decisión desde el marco convencional y constitucional para lograr la eficiencia de la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer.
Recurso de Nulidad n.º 760-2020-Lima	Obligación de juzgar con perspectiva de género y prohibición de sustentar las decisiones judiciales con sesgos cognitivos	<ul style="list-style-type: none"> • Los operadores jurídicos en la investigación y el juzgamiento en delitos contra la libertad sexual deben actuar y juzgar con perspectiva de género. • Las juezas y los jueces deben sustentar sus decisiones en razones normativas y fácticas, relevantes para el caso que analizan y valorando las pruebas de cargo y descargo actuadas en el proceso.
Casación n.º 591-2016-Huaura	El delito de violación sexual de persona con discapacidad intelectual (artículo 172 del Código Penal)	<ul style="list-style-type: none"> • Tener en cuenta que a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalga de este conocimiento, y se aproveche de la discapacidad de la víctima; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual (retardo mental) que le impide comprender y consentir la relación sexual.
Casación n.º 1733-2018-Cusco	Alcances en la valoración del relato de la víctima con discapacidad intelectual. Motivación aparente	<ul style="list-style-type: none"> • La trascendencia de su declaración resulta disminuida sustancialmente, por lo que es importante la remisión a los demás medios de prueba acopiados y a las circunstancias que rodearon el hecho imputado. • Las deficiencias en lo narrado por la víctima en este tipo de casos (detalles, tiempo, modo) no conllevan, de ninguna forma, negar <i>per se</i> la materialidad de los hechos y la responsabilidad del agente penal, es decir, puede conllevar la impunidad de múltiples conductas.

Las sentencias emitidas por la Corte Suprema también han enfatizado la importancia del cumplimiento de las normas internacionales asumidas por el Estado peruano, así como la proscripción de los estereotipos de género y la obligación de juzgar con perspectiva de género; y, en caso de violencia sexual en mujeres con discapacidad, se debe analizar qué factores han concurrido, así como los parámetros de la valoración sobre la declaración de las víctimas con discapacidad intelectual. Son estos los criterios que deben ser tomados por los demás órganos inferiores de justicia. Sin embargo, consideramos que aún falta un mayor desarrollo sobre la intersección de las categorías o los factores de vulnerabilidad, como el género, la discapacidad y otros factores que pueden presentarse, desde los alcances de la Recomendación n.º 33 hasta las Reglas de Brasilia, que permiten seguir una justicia especializada en todo el país, una justicia eficaz de seguimiento y ejecución, en la que la víctima tenga la protección adecuada, así como el agresor reciba terapias para que el mismo hecho violento no vuelva a ocurrir.

5. ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA. CASO R. P. B. VS. FILIPINAS (COMUNICACIÓN N.º 34/2011)

5.1. Hechos resumidos

Se trata de un caso de la adolescente de iniciales R. P. B., de 17 años, con discapacidad auditiva y del habla (sordomuda). El 21 de junio de 2006, aproximadamente a las 4:00 horas, fue violada en su propio domicilio por J. (agresor), vecino de 19 años de edad. El mismo día, alrededor de las 10:00 horas, la menor denunció el hecho a la policía; ella contó con la asistencia de su hermana R., quien actuó como intérprete en lengua de señas. Fue entrevistada por un agente de policía de sexo masculino. El agente redactó una declaración jurada en filipino y pidió a la autora y a su hermana que la refrendara. La autora afirma

que no entendió la declaración jurada porque el sistema de educación para sordos se basa casi exclusivamente en el inglés escrito. Se sometió a un examen médico en el Laboratorio Forense de la Policía Nacional de Filipinas. En el informe forense se apreciaba que existían huellas que evidenciaban que se cometió el delito del abuso sexual.

5.2. Análisis: identificación de estereotipos

Desde el análisis de dicha sentencia, se identificó que hubo revictimización mediante estereotipos por parte del Tribunal de Filipinas en la argumentación de la valoración probatoria, que fueron los siguientes:

1. Se cuestionó la credibilidad del testimonio de la menor y se llegó a la conclusión de que no había demostrado que el acto sexual no había sido consensuado.
2. Consideró que el acusado no recurrió a la fuerza ni a la intimidación. No se utilizó la fuerza física para contrarrestar la presunta resistencia de R. No se le cubrió la boca ni se introdujo en ella ningún objeto.
3. Que la víctima no fue objeto de intimidación. Aunque se le tiró de los brazos, no fue objeto de amenazas de agresión corporal o física.
4. El comportamiento de la autora no era coherente con el de una filipina corriente, cuyo instinto hace que recurra a toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y su pureza.
5. No es natural que una víctima de violación no haga siquiera un débil intento de librarse pese a múltiples oportunidades de hacerlo.

6. En particular, podía haber tratado de escapar o de gritar pidiendo ayuda, ya que «el hecho de ser sordomuda no la hace incapaz de hacer ruido».

También se identificó actos de discriminación en perjuicio de la víctima, por parte del Estado, que le limitó el acceso a la justicia:

1. No contó, por parte del Estado, con asistencia legal gratuita en el curso del proceso (investigación hasta el juzgamiento), tampoco contó con asistencia de protección de víctimas, como asistencia psicológica y social.
2. No contó con intérprete en el proceso, teniendo en cuenta que era una persona con discapacidad (sordomuda).
3. No contó con una justicia especializada, pese a que estaba regulado que las denuncias en estos casos debían ser recibidas por mujeres policías, siendo atendida la adolescente por un hombre policía.
4. Dilación irrazonable en el proceso desde que se denunció hasta que se resolvió en la instancia judicial; transcurrió aproximadamente seis años (2006 a 2011).
5. Revictimización al exponer a la víctima en un mismo ambiente de espera con al agresor.

5.3. Reflexión

Este caso nos permite entender los problemas que muchas mujeres sufren en las diversas realidades, una discriminación interseccional, donde se han asociado factores como ser mujer (condición de género), ser menor de edad (adolescente), ser discapacitada (sordomuda) y por su situación económica. Además, al someterse al sistema judicial, la víctima sufre de revictimización; pese a que ha sufrido perjuicio al ser víctima de violencia sexual, sufrió discriminación por parte de las

instituciones y los operadores de justicia, quienes debían brindarle protección; sin embargo, generaron impunidad al no darle garantías procesales.

En el caso analizado se identificó estereotipos y actos de discriminación contra la adolescente, como barreras al acceso de justicia. Es decir, se desprende que no se cumplió con la aplicación de los criterios normativos y jurisprudenciales desde el ámbito convencional, que coadyuvan al adecuado abordaje de la problemática de la violencia de género y discapacidad. El Estado filipino, al formar parte de la normativa internacional, como la CEDAW y la Convención de las Personas con Discapacidad, y al advertir la incongruencia de la normativa interna con el marco convencional, debió haber aplicado esta última para la valoración probatoria. Exigir a la víctima sordomuda que presente lesiones o que acredite evidencias de que trató de defenderse de la violencia sexual en su contra (gritar, hacer ruidos o testigos) es ilógico; máxime si este tipo de delito, por su naturaleza, no se da en lugares abiertos.

La condición física de sordomuda de la víctima no fue tomada en cuenta por el Tribunal de Filipinas en el marco de la Convención de las Personas en Discapacidad, al haber exigido los requisitos de una persona común (gritar o hacer ruidos). Además, no se le facilitó en el proceso un intérprete especializado. De modo que el caso quedó impune con la absolución del agresor, es decir, no se valoró correctamente la prueba bajo una perspectiva de género partiendo de la idea y existencia de desigualdad material, social y física entre varones y mujeres, al no darle credibilidad al relato de la adolescente ni tampoco al de su madre. El argumento de la sentencia se basó en estereotipos o prejuicios por parte de los operadores de justicia, y falta de perspectiva de género, sin que se tuviera en cuenta la Convención ni sus dictámenes, a pesar de que son parte del derecho filipino al haberlos suscrito y ratificado.

En ese orden, coincidimos con los argumentos del Comité, que resolvió que hubo discriminación interseccional por su condición de género, menor de edad y discapacidad por parte del Tribunal de Filipinas; no se cumplió con los ajustes razonables que facilitarían a la menor a ser escuchada por medio de intérprete de señas, por su calidad de sordomuda. Hubo pruebas e indicios suficientes, como el certificado médico legal que concluyó que hubo una penetración violenta; aunado a ello, la madre de la menor escuchó los ruidos que hizo su hija cuando trató de defenderse. Adicionalmente, por máximas de la experiencia resulta inocuo/inoficioso exigir testigos cuando, por su naturaleza, dicho delito no se da en público (se caracteriza por su clandestinidad).

Desde nuestro marco normativo y jurisprudencial interno, aplicado a este caso, y desde un enfoque de género, de derechos humanos y de interseccionalidad, es una realidad que las mujeres se encuentran en mayor desventaja y asimetría que los hombres; y al sumarse otros factores de vulnerabilidad, como edad (menor de edad), discapacidad y situación económica, existe una mayor desproporción en la afectación de los derechos humanos de una vida libre de violencia, de igualdad y no discriminación. Además, para la valoración de la declaración de la menor como medio de prueba, se debe recurrir a los Acuerdos Plenarios n.ºs 02-2005/CJ-116 y 1-2011/CJ-116: ausencia de incredibilidad subjetiva y corroboración mínima, razonable y periférica que brinde mayor soporte a la versión dada. En este caso, con relación al denunciado, quien era su vecino, él sabía que la víctima era sordomuda, por tanto, se aprovechó de su condición de vulnerabilidad por ser menor de edad y sordomuda. Se debió aplicar el control de convencionalidad, si la norma interna no estaba acorde con ella, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el principio del interés superior de la adolescente, y la Convención de las Personas en Discapacidad, entre otros instrumentos internacionales.

Como reflexión, este caso nos permite comprender la problemática de muchas mujeres que sufren violencia basada en género, no solo por su agresor directo, sino por agresores indirectos como los operadores de justicia (Policía Nacional de Perú, Ministerio Público y Poder Judicial), lo que genera impunidad y desconfianza en el sistema de justicia. Ante esta problemática, la Corte IDH (2009) ha enfatizado que la subordinación de la mujer puede estar asociada a prácticas basadas en estereotipos de género que se agravan cuando estos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, por ejemplo, en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial (fundamento 401).

6. CONCLUSIONES

1. Los estereotipos de género, entendidos como construcción social y cultural errada, asignan roles a hombres y mujeres por razones de sexo. Estas prácticas se agravan cuando las autoridades del sistema judicial, como el Ministerio Público y el Poder Judicial, dejan de brindar dicho servicio, por falta de perspectiva de género y por el predominio de prejuicios. Como consecuencia, se vulneran derechos fundamentales, como el derecho a vivir una vida libre de violencia, a la igualdad y a la no discriminación.
2. Los casos de mujeres que sufren violencia sexual se agravan cuando ellas presentan otros factores de vulnerabilidad, como la discapacidad, ser menor de edad, entre otros. Es un problema de discriminación estructural que las mujeres, por su condición de género desde la historia, sean consideradas inferiores en comparación con los hombres; pese a las acciones positivas del marco legal de protección, aún persiste aquella construcción social y cultural. Desde un análisis de discriminación interseccional, los operadores de justicia tienen el

rol de identificar qué factores de vulnerabilidad se han interrelacionado con la categoría género; pueden ser la discapacidad, la edad, la condición étnica, la condición económica, entre otros, y merecen una especial atención en el marco de las Reglas de Brasilia.

3. Los alcances de la jurisprudencia desde el marco convencional y nacional sobre protección de la mujer por su condición de género deben ser estudiados por los operadores del sistema de justicia, ya que permite que las decisiones judiciales o fiscales tengan un sustento desde los estándares internacionales, para la debida protección de los derechos humanos. Esto involucra a la valoración de la prueba y la declaración de las víctimas de violencia sexual. Para ello se requiere de una justicia especializada y empática, de modo que se aplique desde la recepción de la denuncia, la investigación, la sanción y hasta la ejecución de las medidas de protección o de una sentencia.
4. Como aporte, resulta necesario que se siga implementando políticas públicas, además de las legislativas, que sean eficaces en la prevención, sanción y erradicación, con mayores programas de concientización y capacitación en las instituciones del Estado, como en el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú. Desde la etapa preventiva urge la educación en la niñez sobre derechos humanos y género, que involucre a la familia, las organizaciones y la sociedad.

REFERENCIAS

- Cavalcante, A. M. (2018). Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*,

(7), 15-25. <https://revistas.uam.es/revIUEM/article/view/10385/10502>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). Comunicado n.º 243/18, CIDH finaliza visita de trabajo a Perú. Washington D. C.: 16 de noviembre de 2018. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/243.asp>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). Observación General n.º 20. Ginebra: 2 de julio de 2009. <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,4ae049a62,0.html>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1991). Recomendación General n.º 18: Las mujeres discapacitadas. Viena: 1 de enero de 1991.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1992). Recomendación General n.º 19: La violencia contra la mujer. Nueva York: 29 de enero de 1992. <https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Organos/Mujer/Generales/OGmujer19.PDF>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2010). Proyecto de Recomendación General n.º 28, relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ginebra: 16 de diciembre de 2010. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2011). Comunicación n.º 34/2011 R. P. B. c. Filipinas. 21 de febrero de 2014. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhslEELoUVuU1rt>

qrRBladIK0Usn0WjzZ0rPXkJWkO1EaN%2F02Xe%2B
5Wf%2F7%2FwmfSjviNcmS2cG9V16IzkwJON0nl1WK
c7D%2BIniWh7omMgo31zcTCZ0urBnyHoXQFNg%2BJ
D%2FIZzQ%3D%3D

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2015). Recomendación General n.º 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 3 de agosto de 2015. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Congreso de la República (2012). Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad. Lima: 13 de diciembre de 2012. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29973.pdf>

Congreso de la República (2015). Ley n.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. Lima: 22 de noviembre de 2015. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-ley-n-30364-1314999-1>

Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (2021). Situación de las mujeres y niñas con discapacidad en el Perú. <https://www.conadisperu.gob.pe/observatorio/wp-content/uploads/2021/03/Estadisticas-sobre-las-mujeres-inscritas-en-el-Registro-Nacional-de-la-Persona-con-Discapacidad-1.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. San José: 25 de noviembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso González y otras (campo algodonero) vs. México. San José: 16 de noviembre

de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012a). Caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. San José: 28 de noviembre de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012b). Caso Furlan y familiares vs. Argentina. San José: 31 de agosto de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Caso J. vs. Perú. San José: 27 de noviembre de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. San José: 20 de noviembre de 2014. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador. San José: 1 de septiembre de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso I. V. vs. Bolivia. San José: 30 de noviembre de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. San José: 24 de agosto de 2017. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018a). Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. San José: 23 de agosto de 2018.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018b). Caso López Soto y otros vs. Venezuela. San José: 26 de septiembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República (2005). Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116. Lima: 30 de septiembre de 2005. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Acuerdo-Plenario-2-2005-CJ-116-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116. Lima: 6 de diciembre de 2011. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/10b3e2004075b5dcb483f499ab657107/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+1-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=10b3e2004075b5dcb483f499ab657107>

Corte Suprema de Justicia de la República (2019a). Casación n.º 591-2016-Huaura. Lima: 9 de mayo de 2019. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/05/Casaci%C3%B3n-591-2016-Huaura-Legis.pe_.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República (2019b). Casación n.º 851-2018-Puno. Lima: 5 de noviembre de 2019. <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/Casaci%C3%B3n-N-851-2018-Puno-LA-LEY.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República (2021a). Casación n.º 1733-2018-Cusco. Lima: 29 de octubre de 2021. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2787069/CAS%201733-2018.pdf.pdf?v=1643222236>

Corte Suprema de Justicia de la República (2021b). Recurso de Nulidad n.º 760-2020-Lima. Lima: 5 de abril de 2021. <https://www.pj.gob>

pe/wps/wcm/connect/f6a6ce8043ffa2ecbd2ebdc9d91bd6ff/
NULIDAD+760-2020.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=
f6a6ce8043ffa2ecbd2ebdc9d91bd6ff

- Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). Quito: abril de 2018. <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>
- González, M. G. y Barcaglioni, G. M. (2018). Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia. *Via Iuris*, (25), 97-110. <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/848/859>
- Hasanbegovic, C. (2016). Violencia basada en el género y el rol del Poder Judicial. *Revista Facultad de Derecho*, (40), 119-158. www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n40/n40a06.pdf
- Mavila, J. (2019). La desrevictimización: un derecho fundamental de las víctimas en el proceso penal. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 1(1), 175-191. <https://revistas.amag.edu.pe/index.php/amag/article/view/9/9>
- Míguez, M. N. (2020). Discapacidad y sexualidad en América Latina: hacia la construcción del acompañamiento sexual. *Nómadas*, (52), 133-147. http://nomadas.ucentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_52/52_8M_Discapacidad_sexualidad_America_Latina.pdf

- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2017). Conceptos fundamentales sobre el enfoque de género para abordar políticas públicas. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/199417/Conceptos_fundamentales_sobre_el_enfoque_de_g%C3%A9nero_para_abordar_pol%C3%ADticas_p%C3%ABlicas.pdf
- ONU Mujeres (s. f.). Hechos y cifras: Mujeres y niñas con discapacidad. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/women-and-girls-with-disabilities/facts-and-figures>
- Organización de las Naciones Unidas (1979). Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Nueva York: 18 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Organización de las Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York: 13 de diciembre de 2006. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (2020). Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. <https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José: 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de los Estados Americanos (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Belém do Pará: 9 de junio de 1994. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Organización Mundial de la Salud (2021, 8 de marzo). Violencia contra la mujer. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>

Pelletier, P. (2014). La «discriminación estructural» en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, 60, 205-215. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf>

Serra, M. L. (2016). *Mujeres con discapacidad y situaciones de opresión. Deconstrucción feminista: desestabilizando las jerarquías de los dominios de poder* [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24455/tesis-laura-serra-2017.pdf>

Tribunal Constitucional (2018). Expediente n.º 05121-2015-PA/TC Lima. Lima: 24 de enero de 2018. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/05121-2015-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2019a). Expediente n.º 00194-2014-PHC/TC Arequipa. Lima: 30 de abril de 2019. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00194-2014-HC.pdf>

Tribunal Constitucional (2019b). Expediente n.º 01479-2018-PA/TC Lima. Lima: 5 de marzo de 2019. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01479-2018-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2020). Expediente n.º 03378-2019-PA/TC Ica. Lima: 5 de marzo de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03378-2019-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2021). Expediente n.º 01146-2021-AA/TC Lima. Lima: 1 de julio de 2021. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01146-2021-AA.pdf>



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 313-356

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.661

El caso Diana Sacayán: ¿femicidio o travesticidio?

Diana Sacayán Case: Femicide or Travesticide?

NORA ALICIA INFANTE

Poder Judicial de la Provincia de Corrientes
(Corrientes, Argentina)

Contacto: norainfante@juscorrientes.gov.ar
<https://orcid.org/0000-0002-9428-6446>

NÉSTOR OSCAR ANOCIBAR

Poder Judicial de la Provincia de Corrientes
(Corrientes, Argentina)

Contacto: nestoranocibar@juscorrientes.gov.ar
<https://orcid.org/0000-0002-7561-1573>

RESUMEN

En este trabajo se analiza el travesticidio como crimen de género, así como la responsabilidad del Estado en la vulneración de los derechos de las feminidades travestis. Asimismo, se revisa uno de los casos emblemáticos de muerte en el colectivo travesti, el de Diana Sacayán, que en un hecho histórico fue denominado «travesticidio» por parte de los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal n.º 4, es decir, el resultado final de un contínuum de violencias que afectan especialmente a las personas travestis.

Palabras clave: LGBTIQ; identidad de género; igualdad; no discriminación; travesticidio; violencia de género.

ABSTRACT

This paper analyzes transvesticide as a gender crime, as well as the responsibility of the State in the violation of the rights of transvestite femininities. It also reviews one of the emblematic cases of death in the transvestite collective, that of Diana Sacayán, which in a historical event was called "transvesticide" by the judges of the Criminal Oral Trial Court No. 4, that is, the result of a *continuum* of violence that especially affects transvestites.

Keywords: LGBT; gender identity; equality; non-discrimination; transvesticide; gender violence.

Recibido: 19/09/2022 Aceptado: 15/11/2022

1. INTRODUCCIÓN

Sabemos que las mujeres víctimas de violencia de género sufren el mayor riesgo de muerte en sus propias casas. Es en este espacio donde la situación de peligro es aún mayor, pese a que debería ser el lugar de seguridad y resguardo. Estadísticamente, alrededor del 60 % de los casos de femicidios son cometidos en el ámbito del hogar y, aún en un porcentaje más alto, el 75 % son perpetrados por parejas o exparejas; de modo que una mujer es asesinada en el mundo cada diez minutos por su pareja o expareja (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2013). Las mujeres están expuestas a todo tipo de violencias solo por ser «mujeres».

La violencia de género encuentra sus raíces en el patriarcado que ha subordinado sistemáticamente a las mujeres al poder de los hombres. Hablamos de roles ordenados jerárquicamente, que dejan el poder y

el control de las mujeres «solo» en manos de los hombres (machos). El machismo es la descalificación permanente por todos los medios de quienes asumen la identidad de mujer; se trata de una cofradía, una corporación donde las mujeres son «lo otro» despreciado, de menor valía. El machismo sostiene y valida la continuidad del patriarcado y este ejerce su poder a través de las leyes, la religión, la economía y una violencia al estado puro sobre los cuerpos de las mujeres, que son convertidos en objetos.

Hablar de crímenes de género implica no solo el delito mismo, de agresión física con arma o con el puño, sino la naturalización que se realiza de ese hecho, debido a una estructura social que legitima la desigualdad de poder entre el hombre y la mujer, que también alcanza a la justicia, la que en muchos casos la sostiene. El aislamiento, el silencio de la víctima y, finalmente, el femicidio son el mayor éxito del patriarcado. El femicidio es descrito como el homicidio en el que la mujer es la víctima, y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud y las libertades de las niñas y mujeres.

Los problemas se agravan si hablamos de travesticidio, figura diferente al femicidio. Se trata de la muerte violenta de las identidades feminizadas (personas trans), es decir, quienes no tienen la percepción subjetiva de su identidad sexual acorde con la que le fue asignada al nacer de acuerdo con su corporalidad, reconocidas en nuestro país a través de la Ley n.º 26743, Ley de Identidad de Género, normativa que representó un gran avance respecto del derecho a la identidad y permitió identificar la existencia de una serie de derechos humanos vulnerados de este colectivo.

El propósito de este trabajo es analizar el travesticidio como crimen de género, la responsabilidad del Estado en la vulneración de los derechos de las feminidades travestis y, en especial, revisar uno de los

casos emblemáticos de muerte en el colectivo travesti: el travesticidio de Diana Sacayán. En un pronunciamiento histórico, los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal n.º 4 (en adelante, TOC), por mayoría, nombraron a este hecho como «travesticidio»: el resultado final de un contínuum de violencias que afectan especialmente a las personas travestis.

Recurrida la sentencia, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (en adelante CNCCrimCo-CF) confirmó la sentencia, pero cambió el encuadre legal, al excluir por unanimidad el agravante específico «odio a la identidad de género», manteniendo la figura de femicidio.

Desde la mirada de quienes defienden los derechos del colectivo, esta decisión representó un retroceso —respecto del logro alcanzado con la sentencia del TOC, que había constituido un hito histórico—, que desconoce la existencia de mandatos internacionales que obligan al Estado argentino a legislar de manera adecuada los crímenes por prejuicio o discriminación y a investigarlos y juzgarlos con debida diligencia. Entre los argumentos, se expone que, al excluir el agravante, se invisibiliza el contexto de discriminación y violencia que sufrió Diana Sacayán por su identidad travesti, lo que evidencia los estereotipos patriarcales aún instalados en parte de la justicia que avala las desigualdades de género, y revela una realidad sesgada que naturaliza estructuras de subordinación, desigualdad y discriminación, en lugar de generar el cambio.

Es nuestra intención que este artículo sirva para mostrar la cruda situación que atraviesa el colectivo, destacando la trascendencia de la decisión del TOC, el cambio de encuadre legal de la CNCCrimCo-CF y el impacto en nuestra sociedad reflejado en las diversas voces que se alzan a favor y en contra en cuanto a considerar este crimen como de «odio de género». Por otro lado, se quiere visibilizar y contextualizar

las violencias que sufre el colectivo travesti-trans, para acercarnos un poco más a una comprensión integral de su vulnerabilidad. Asimismo, se interpela también sobre la necesidad fundamental de la inclusión de la perspectiva de género en las capacitaciones de los agentes del sistema judicial, temática que, pese a la sanción de la ley Micaela (que obliga a la capacitación en perspectiva de género), sigue siendo un tema pendiente en la agenda del Estado, toda vez que quienes tienen en sus manos los derechos humanos de las mujeres e identidades travestis y trans fallan de acuerdo con prejuicios y distinciones discriminatorias basadas en el género, olvidando que sus desempeños obligadamente deben tener ese enfoque.

2. PATRIARCADO

Para comenzar a abordar nuestro tema, no podemos hablar de violencia de género sin hacer referencia al patriarcado. Repasando la historia, cierto es que esta siempre ha sido escrita por los hombres, con la única finalidad de continuar con la narrativa social del patriarcado, la misoginia y la inmanencia de la mujer como una otredad, un sujeto no válido para el poder y tendiente a generar el caos en todos los espacios en los que está presente: «Hay un principio bueno, que ha creado el orden, la luz y el hombre, y un principio malo, que ha creado el caos, las tinieblas y la mujer» (Pitágoras).

La misoginia, el machismo y la violencia contra la mujer, principalmente, están presentes en las primeras estructuras jurídicas, que no son otras que las religiosas. Así, Eva, primera mujer desobediente, comió el fruto del árbol prohibido, generando la ira de Dios (hombre), aunque nunca lo vimos, y el castigo fue el siguiente: «Multiplicaré tus dolores y tus preñeces: con dolor darás a luz a los hijos y estarás bajo la potestad de tu marido y él te dominará» (Génesis, capítulo 3, versículo

16). En la modernidad, de la mano del capitalismo, el patriarcado mutó poderosamente sus formas, y esa relación de desigualdad entre la mujer y el varón comenzó a hacerse mucho más visible.

Por otro lado, la separación de la sociedad en esferas pública y privada llevó a la división sexual del trabajo y al confinamiento de las mujeres en el hogar, con lo cual cambió el concepto de familia. En el ámbito laboral, el hombre recibió un salario por su trabajo; ellas, en cambio, quedaron relegadas a lo doméstico y reproductivo, lo que derivó en un patriarcado del salario. El capitalismo hizo que la mujer trabajara gratis por lo que el varón asumía el papel de delegado del capital en el marco del matrimonio. Si la mujer no cumplía con su rol, aparecía la violencia. Además, la confluencia de instituciones, como la familia, la escuela, la Iglesia y el Estado, forjó los estereotipos de género y marcó con fuego los roles de cada uno. Si la mujer insinuaba rebeldía, la violencia machista era el remedio. Esa separación entre lo público y lo privado dio paso a la naturalización de las jerarquías, convirtiendo el territorio de lo público (la política, el derecho y el trabajo) en territorio exclusivo de los varones, marcado por normas androcéntricas: «relaciones entre sujetos sociales desde una única perspectiva: la del sexo masculino de varones poderosos. Supone considerar a algunos hombres como el centro y la medida de todas las cosas» (Diana Maffía, comunicación personal, 19 de junio de 2020).

El feminismo consiguió mitigar el patriarcado con una lucha diaria en todos los ámbitos. Con el contrato social apareció este movimiento de mujeres que emprendió la lucha para salir de la subordinación; sin embargo, la Revolución francesa las excluyó marginándolas a trabajos propios de su sexo. *Mujeres en Red* (2008) define al feminismo como

un movimiento social y político que se inicia formalmente a finales de siglo XVIII —aunque sin adoptar todavía esa denominación— y que supone la toma de conciencia de las mujeres como grupo humano o colectivo humano,

de la opresión, dominación y explotación de que han sido y son objeto por parte del colectivo de varones en el seno del patriarcado bajo sus distintas fases históricas de modelo de producción, lo cual las mueve a la acción para la liberación de su sexo con todas las transformaciones de la sociedad que ella requiera (párr. 1).

En nuestro país, desde la marcha «Ni Una Menos», por primera vez en Argentina mujeres y otras feminidades marcharon con la consigna «Paren de matarnos». La protesta se generó en repudio al femicidio de la adolescente santafesina Chiara Páez, el 10 de mayo de 2015. Desde entonces, se ha avanzado en la toma de conciencia, trabajando actualmente en la problemática el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidades; no obstante, aún no se resuelven las altas estadísticas de femicidios, que no disminuyen.

Por otra parte, dos «efectos» del patriarcado se encuentran aún sólidamente afianzados en las estructuras sociales: 1) el llamado techo de cristal, barrera invisible que impide a las mujeres que cuentan con calificación y experiencia crecer en sus ámbitos de trabajo a la par que los varones con similares aptitudes: «Es imperceptible pero imposible de atravesar. Es invisible porque no existen leyes ni dispositivos sociales establecidos, ni códigos manifiestos que impongan a las mujeres semejante limitación, sino que está construido por barreras implícitas, informales y difíciles de detectar» (Burin, citado por Maffía, 2008, p. 4); y 2) el piso pegajoso, relativo al hecho de que las mujeres continúan haciéndose cargo exclusivamente de las tareas domésticas, de cuidado y, en general, de toda la organización de la vida familiar, lo que obstaculiza su participación tanto en el mercado laboral como en cualquier espacio del ámbito público. Esto tiene como consecuencia que muchas veces se vean obligadas a realizar doble y hasta triple jornada laboral, o bien a elegir entre su familia y su crecimiento profesional. Los estereotipos de género, funcionales al patriarcado, contribuyen a la construcción de la mujer débil, subordinada e incapaz de resolver

situaciones por sí misma, que puede acceder «hasta determinados espacios» de lo público y que además debe atender el hogar, producir hijos y cuidarlos.

La violencia de género encuentra sus raíces en el patriarcado; y la invisibilidad, la naturalización de las jerarquías y el «mirar para otro lado» generan tipos de violencia: física, simbólica, psicológica, económica, obstétrica y otras tantas que atraviesan la vida de las mujeres. El patriarcado ha ejercido su poder a través de las leyes, las religiones, el lenguaje, en la violencia en su estado puro, convirtiendo a las mujeres en objetos. Los estereotipos más fuertes las dividen en buenas y malas; en cuerpo reproductor (madre) y cuerpo como fuente de placer heterosexual (prostituta). Estos estereotipos aparecen naturalizados y encuentran lastimosamente el consenso social, fragilizando aún más la subjetividad de quienes están siendo avasalladas y violentadas en sus derechos humanos.

El punto más alto de esa violencia es el femicidio; y lo es más aún cuando la violencia es contra las feminidades travestis/trans, que es el punto máximo, conocido como travesticidio o transfemicidio, como lo veremos seguidamente.

3. FEMICIDIO Y TRAVESTICIDIO

La explicación para los femicidios está en la cultura patriarcal. Así lo expone Lagarde (2012):

Del amor al odio hay solo un paso en entornos machistas y misóginos donde se enseñorea la supremacía masculina. Amor y misoginia, binomio patriarcal que asegura una muerte violenta a mujeres que alguna vez vieron en su agresor al hombre y al amor de su vida y murieron por su odio con la complicidad o la omisión de personeros del Estado o murieron a manos de hombres a quienes no conocían (pp. 47-48).

En 2019, hubo en la Argentina 252 femicidios, cifra que se constituyó en récord para el país. De estos, las víctimas fueron 247 mujeres y 5 travestis/trans. En 2017 habían sido 251; y en 2018, 278, según los informes de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que muestran que la violencia extrema aumenta sin pausas (Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [OM-CSJN], 2017, 2018, 2019). En 2020, las muertes se elevaron debido al aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) dispuesto a raíz de la pandemia COVID-19. Así, del total de 181 femicidios, 161 fueron directos (mujeres); 7 fueron vinculados a niñas y mujeres; 9 fueron vinculados a niños y varones; 4 a trans/travesticidios; y del total, 118 se cometieron durante el período de vigencia del ASPO, según los datos recogidos por el observatorio Mujeres de la Matria Latinoamericana (MuMaLa)(El Sureño en la Web, 2020).

Sin perjuicio de lo alarmante de las estadísticas, hay una cuestión no menor y es que el Estado argentino es responsable de las mismas, en virtud de las obligaciones internacionales asumidas al ratificar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). La Recomendación General n.º 33, realizada por el Comité de la CEDAW en 2015, establece los procedimientos y la calidad de la justicia para las mujeres en todos los niveles del sistema de justicia. El ámbito de acceso a justicia para esta regla incluye también los sistemas de «justicia plural» con relación a las múltiples fuentes de derecho, sean oficiales u oficiosas (estatales, no estatales, mixtas) que puedan encontrar las mujeres cuando procuran ejercer su derecho de acceso a la justicia (párr. 5).

Es que los mayores obstáculos que se presentan a la hora de procurar acceder a la justicia son los contextos estructurales de desigualdad

y discriminación debido a los arraigados estereotipos de género, procedimientos marcados por la discriminación y prácticas o requisitos en materia probatoria. Los estereotipos de género comienzan a operar desde el momento mismo de la denuncia; están presentes en los operadores y generan, en muchas oportunidades, distorsiones en la tramitación de las denuncias que afectan considerablemente la garantía de las mujeres a una vida libre de violencias (Pique y Pzellinsky, 2015).

Los instrumentos mencionados son básicamente los más importantes a la hora de referirnos a la protección de los derechos humanos de las mujeres. Consecuentemente, el Estado «está obligado» a generar los cambios necesarios para la prevención y modificación de los patrones socioculturales y de aquellas prácticas que sostienen la discriminación y abonan conductas estereotipadas, en miras a la erradicación de la violencia de género.

Por su parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, a las cuales adhirió el Poder Judicial de Corrientes, expresa en la exposición de motivos que

el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018, p. 1).

Las Reglas de Brasilia refieren a situaciones enmarcadas en la violencia familiar o de género. En las reglas 17, 18, 19 y 20 se desprende que la discriminación de la mujer en cualquier ámbito supone un obstáculo de acceso a justicia, entendiendo a aquella como

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (regla 18).

Finalmente, hace referencia expresa a la violencia contra la mujer, indicando como tal a «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (regla 19).

Desde el ámbito interno, el Estado está obligado a cumplir la Ley n.º 26485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que fundamentalmente garantiza los derechos a las mujeres reconocidos por las normas internacionales mencionadas, entre ellas la que dice que «toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado» (artículo 3 de la Convención de Belém do Pará).

Revisando los obstáculos de acceso a justicia de las mujeres, de cara al cumplimiento efectivo de los marcos constitucionales y convencionales citados, se hace necesario, en primer lugar, superar la resistencia de su incorporación en las instituciones, así como también del enfoque de género, pese a que se cuenta con el instrumento de CEDAW desde el siglo pasado. Al respecto, Ileana Arduino señala que

marcos normativos hay un montón, las dificultades están en el reconocimiento de las violencias machistas como hechos relevantes, en términos de atenderlo prioritariamente, tomarse muy en serio los conflictos y pensar respuestas no solo en la sanción, sino en la reparación del daño (citado por Télam Digital, 2021, párr. 9).

La palabra «femicidio» proviene del inglés *femicide*, término producto del movimiento feminista originado en EE. UU., en los años setenta, cuyo móvil fue lograr la igualdad entre varones y mujeres. Este término fue utilizado por Diana Russel en 1976 para denunciar los asesinatos de mujeres por su sola condición de tales ante el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres celebrado en Bruselas.

Russel define al femicidio desde otro marco que no es exclusivamente la agresión entre un autor y una víctima, sino pensado en un marco estructural alejado de la expresión neutral «homicidio»:

Es el extremo de un contínuum de terror que incluye violación, tortura, esclavitud sexual (particularmente en la prostitución), abuso sexual infantil, incestuoso y extrafamiliar, maltrato físico y emocional, hostigamiento sexual, mutilación genital (clitoridectomías, infibulaciones), operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías gratuitas), heterosexualidad forzada, esterilización forzada, maternidad forzada (mediante la criminalización de los anticonceptivos y el aborto), psicocirugía, [...] la negación de alimentos a las mujeres en algunas culturas, cirugías cosméticas y otras mutilaciones en nombre de la belleza. Cuando estas formas de terrorismo resultan en muerte, se transformarán en femicidio (citado y traducido por Toledo, 2012, p. 82).

Este análisis claramente demuestra que el femicidio es el gran problema que encuentra su origen en la desigualdad estructural, propia de sociedades patriarcales, que no es otra cosa que la dominación ejercida por el varón, que llega a extremos ilimitados, causando la muerte —por razones de género— a quien estaba inmersa en ese marcado sometimiento.

Siguiendo el concepto de Russel, básicamente, la violencia de género que tiene como desenlace el femicidio no es solo la muerte misma, sino todos los hechos violentos misóginos violatorios de los derechos humanos de las mujeres. La naturalización de esas relaciones

desiguales hace que no sea visible esa estructura y se juzgue solo esa relación particular del hecho de la muerte.

El Código Penal Argentino (en adelante, CP) incorpora el delito de femicidio mediante la sanción de la Ley n.º 26791, del 2012, producto de duros antecedentes de homicidios contra mujeres, el primero de ellos contra Alicia Muñiz, pareja de Carlos Monzón (1988); sin embargo, quienes pusieron en el ámbito público esta clase de crímenes, generando un cambio de paradigma, fueron los asesinatos de Wanda Taddei, esposa del exbaterista del grupo musical Callejeros (2010), y de Carla Figueroa, de 19 años, a manos de su esposo, quien fue dejado en libertad por la justicia por la figura del avenimiento (artículo 132 del CP, derogado por ley 26738/12). Estos crímenes y otros más ocurridos en 2012 permitieron el abordaje de esta situación crítica ante una sociedad que reclamaba otra clase de respuestas y que finalmente fue plasmada en la ley.

La norma amplía en el artículo 80, inciso 1, el agravante de homicidio por el vínculo, abarcando tanto al cónyuge como al excónyuge o a la persona con quien se mantiene o se ha mantenido una relación de pareja, hubiese o no convivencia. Esto es de relevancia puesto que muchos femicidios quedaron impunes por considerarse que no había relación de pareja ante la falta de convivencia. El artículo mencionado incluye en el inciso 4 el homicidio contra mujeres por «placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión»; y en el inciso 11, cuando el homicidio se comete por su condición de género: «cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género».

El bien protegido es la vida, pero además incluye la situación de discriminación y subordinación que sufre la mujer por parte del varón por el hecho de ser mujer. Estamos ante lo que parte de la doctrina llama «delito pluriofensivo», porque esta clase de crímenes, que deriva

en la muerte de la víctima, se caracteriza por la existencia de previos y reiterados hechos de violencia que afectan la integridad física o la libertad (sexual, ambulatoria, etc.) de la víctima (Toledo, 2014, p. 185). El varón, en el marco de la superioridad que ejerce sobre la mujer, la hace transitar por un proceso de vulneración constante, prolongado en el tiempo, que finalmente culmina con la muerte.

Estas relaciones de desigualdad se expresan también en las identidades del colectivo travesti/trans, como es el caso de los homicidios de las identidades de género, subjetividades feminizadas distintas de las identidades cis (aquellas que aceptan o se identifican con el sexo asignado al nacer de acuerdo con su genitalidad: varón o mujer). Es claro que el sexo asignado al nacer es inmediatamente revestido por una serie de conductas sociales, como colores asignados por sexo: rosa a las mujeres y celestes a los varones, colores aplicados a la habitación, a las prendas, etc. A medida que van creciendo, se asignan juguetes, se reparten roles en las actividades domésticas, construyéndose un universo de masculino y femenino en expresión binaria, quedando los cuerpos enmarcados en esa determinada identidad de género. Esa subjetividad social específica «debe» coincidir con la genitalidad, sin respetar otras identidades no binarias.

El derecho a la identidad de género y orientación sexual encuentra su apoyatura en los siguientes tratados internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación): Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 3, 5, 11, 18, 24 y 25); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2, 3, 7 y 8); Declaración Americana de Derechos Humanos (artículo 2), como también los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (Principios de Yogyakarta), en cuya introducción se ratifican los estándares legales internacionales que

todos los Estados deben cumplir: «la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso» (Organización de las Naciones Unidas, 2007, p. 6).

En el marco del derecho interno, la Ley n.º 27473/12, Ley de Identidad de Género, legitima la situación de aquellas personas que subjetivamente no se identifican con el género asignado al nacer, y se les habilita el cambio registral o, en algunos casos, en su expresión de género. Estas son las personas trans/transgénero (término «paraguas» que incluye a aquellas personas que se autoperciben con un género distinto del asignado al nacer). Lamentablemente la ley no incluyó al género no binario, es decir, aquellas personas que no se autoperciben ni como varón ni como mujer, sino con un tercer género o ninguno.

En consonancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) (2016) señala lo siguiente:

Este Tribunal recuerda que la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este sentido, la orientación sexual de una persona dependerá de cómo esta se autoidentifique (párr. 103).

Con referencia al término «travesticidio», que indefectiblemente está asociado a la voz «travesti», nada mejor que transcribir las expresiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2012):

Transgenerismo o trans

Este término paraguas —que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones— es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente

asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.

Transexualismo

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto, que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica —hormonal, quirúrgica o ambas— para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

Otras subcategorías que no necesariamente implican modificaciones corporales

Entre estas categorías se encontrarían las personas travestis. En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que expresan su identidad de género —ya sea de manera permanente o transitoria— mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes de género opuesto, que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo (p. 5).

En ese marco, las travestis construyen su propia identidad, cuestionando la lógica binaria que predomina en la cultura dominante heteronormativa:

El travestismo irrumpe en esta lógica binaria de las sociedades occidentales que es hegemónica y que oprime a quienes se resisten a ser subsumidas y subsumidos en las categorías de «varón» y «mujer».

[...]

Gran parte de las travestis latinoamericanas reivindica[n] la opción de ocupar una posición fuera del binarismo y es [su] objetivo desestabilizar [dichas] categorías (Berkins, 2011, párrs. 7 y 12).

Se trata de una realidad que supera ampliamente las categorías binarias y que, consecuentemente, obliga a adecuar a esta realidad los términos y conceptos, rompiendo el molde binario en el que no caben situaciones notoriamente diferentes. Eva Giberti (2003) enseña con

claridad que «el conflicto que padecen las personas trans, localizado entre el sexo asignado al nacer y el género deseado, desbarata el ordenamiento social que demanda filiar como macho o hembra a cada criatura recién nacida» (p. 37).

Esa construcción de su identidad se plasmó a través de la lucha política por sus derechos. Como mencionamos, la marcha feminista «Ni una menos», del 3 de junio de 2015, contra la violencia contra la mujer, estaba integrada también por el colectivo travesti, con Diana Sacayán y Lohana Berkins a la cabeza, quienes marchaban con el reclamo «¡Basta de travesticidios!». Ese mismo año, Diana Sacayán fue asesinada brutalmente, caso que más adelante trataremos.

Cuando hablamos de femicidio, hacíamos referencia al contínuun de las violencias. Esto es lo que ocurre en los crímenes contra el colectivo travesti. La vida de las identidades travestis es muy difícil en una sociedad que condena a todas aquellas identidades que no coinciden con la regla heteronormativa y binaria. La mayoría de estas identidades provienen de contextos familiares muy pobres atravesadas por conductas patriarcales y violentas. Las expresiones de género se muestran desde muy corta edad por lo que en muchos casos estas personas son expulsadas de sus hogares, instituciones, escuelas, y se les deniega todo tipo de acceso a la salud o justicia, por lo que carecen en definitiva de toda protección del Estado (Guimaraes, 2018); además, se les impide el acceso a la salud, la posibilidad de obtener un trabajo y, consecuentemente, alcanzar la vivienda propia. Estos motivos llevan a un 70 % de ellas, aproximadamente, a ejercer la prostitución, siendo la calle el escenario para construir su personalidad, con todos los riesgos que eso implica (Berkins, 2011). Es así que la constante discriminación de la sociedad patriarcal instala el travesticidio como destino común de las personas travestis. Las estadísticas develan que permanentemente son excluidas del acceso a derechos básicos fundamentales, siendo

objeto de discriminación históricamente estructural y sistemática que afecta su calidad de vida y sus condiciones laborales, educacionales y habitacionales.

Resulta ínfima la cantidad de casos de travesticidios juzgados como crímenes de odio por género, orientación sexual, identidad de género o por su expresión, pese a la violencia sistemática que sufren estas identidades. El Observatorio Nacional de Crímenes de Odio a personas LGBTIQ+, de la Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires, releva los datos concretos que visibilizan la violencia cotidiana en nuestro país por la que atraviesa el colectivo, ello a través de una plataforma de información que permite monitorear y, a la vez, incidir en la formulación de políticas públicas eficaces para la prevención, sanción y erradicación de los crímenes de odio contra la comunidad LGBTIQ+. El informe correspondiente a 2018 revela que, del total de las personas de la comunidad LGBTIQ+ víctimas de crímenes de odio registrados, el 64 % corresponden a mujeres trans (travestis, transexuales y transgéneros); en segundo lugar, con 28 %, se encuentran los varones gays; en tercer lugar, con 7 %, le siguen las lesbianas; y, por último, con 1 %, los varones trans.

La Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), creada por Resolución PGN n.º 1960/15, selecciona y despliega estrategias de investigación sobre los fenómenos criminales atravesados por las diferentes clases de violencia contra las mujeres; asimismo, trabaja sobre los modos en que las distintas manifestaciones de este tipo de violencia afectan a otros grupos en situación de vulnerabilidad por razón de su orientación sexual e identidad de género. Este órgano elaboró un informe que indica que, entre 2015 y 2020, ocurrieron seis homicidios dolosos de personas trans o travestis, calificados por el organismo como transfemicidios/travesticidios. De dichos datos, se desprende que la edad promedio de las víctimas

fue de 38 años, y un 66 % de nacionalidad extranjera: tres peruanas y una ecuatoriana. Por otro lado, sus victimarios tenían en promedio 23 años de edad, y coincidía en ellos una conducta posterior al hecho: todos se fugaron de la escena, lo que, según dicho informe, distingue a los transfemicidios/travesticidios de los femicidios, en donde aparecen otras conductas. Un dato a tener en cuenta es que la mayoría de las víctimas fueron trabajadoras sexuales, lo que evidencia un escalón más en la cadena de vulneraciones (interseccionalidad) y la situación de desprotección de las trabajadoras sexuales, para quienes esta actividad no es una elección, sino su único modo de subsistencia (UFEM, 2021).

Cuando se produce un homicidio de una persona del colectivo no es posible observar el odio, pero sí inferirlo de determinados indicios de la llamada «escena del crimen», que permiten identificar situaciones de hostilidad, para aplicar así los incisos 4 y 11 del artículo 80 del CP a la hora de juzgarlos. Las características de las muertes violentas de las personas travestis, la violencia estructural que hay detrás, debe constituir la prueba suficiente para esta clase de homicidios.

La Corte IDH (2015) refiere sobre indicios posibles de crimen o prejuicio, señalando los siguientes indicadores que deben identificar los Estados: alto grado de violencia (mutilación), prejuicios manifestados por el sujeto activo (homofobia, transfobia), y carácter de referente o activista de la víctima (dirigente importante de un colectivo como lo fue Diana Sacayán).

El Estado es responsable y no solo está obligado a implementar acciones positivas para prevenir toda forma de vulneración de derechos del colectivo LBGTIQ+, sino a saldar las deudas en cuanto al acceso de esta comunidad a los derechos fundamentales, de los cuales —en general— han sido privados desde temprana edad.

Lo cierto es que travesticidio refiere específicamente a las formas de violencia letal contra el colectivo travesti/trans. Es una forma de

violencia que opera reforzando el sistema de opresión cisgénero en el sentido de que castiga la disidencia al binarismo de género. Luego de la muerte de Diana Sacayán, que fue enmarcada en femicidio, surgió la necesidad de definir el travesticidio, considerando las específicas situaciones de vulnerabilidad de las personas travestis, al igual que la definición de femicidio que planteó Russel teniendo en cuenta la situación de las mujeres cis. Así, el travesticidio implica, según Radi y Sardá-Chandiramani (2016), «la expresión más visible y final de una cadena de violencias estructurales que responden a un sistema cultural, social, político y económico vertebrado por la división binaria excluyente entre los géneros» (p. 5). Este sistema, según los autores, recibe el nombre de cisexismo, en razón de que las personas cis detentan privilegios asimilados al «orden natural».

Se define entonces al travesticidio/transfemicidio como

el extremo de un contínuum de violencias que comienza con la expulsión del hogar, la exclusión del sistema educativo, del sistema sanitario y del mercado laboral, la iniciación temprana en la prostitución/el trabajo sexual, el riesgo permanente de contagio de enfermedades de transmisión sexual, la criminalización, la estigmatización social, la patologización, la persecución y la violencia policial (Radi y Sardá-Chandiramani, 2016, p. 5).

Este concepto permite identificar, registrar y cuantificar los crímenes e implica dos movimientos: 1) el que va de las condiciones subjetivas de quien comete el crimen a las condiciones objetivas de las víctimas, lo cual permite identificar al grupo travesti/trans, reconociendo a estos crímenes como la expresión extrema en el contínuum de la violencia de género, haciendo foco en las víctimas y atendiendo a la opresión sistémica sufrida; y 2) el movimiento del orden privado al público, que permite visibilizar la responsabilidad del Estado por la ausencia de políticas públicas inclusivas. Por estos motivos, no puede circunscribirse únicamente a los crímenes de odio, sino atender a esa «opresión

sistémica» y dar así centralidad al Estado como «un actor clave de ese entramado» (Centro de Información Judicial, 2016).

A esta altura no hay dudas del padecimiento del colectivo ante la inacción del Estado para prevenir o reparar esta forma de violencia. Para entender la criminalidad de los travesticidios es necesario conocer los elementos recurrentes en estos crímenes, citados por la doctrina especializada. En la mayoría de los casos, las víctimas son personas de bajos recursos, cuya fuente de ingresos habitual suele ser la prostitución. Los crímenes documentados ocurren en general en la vía pública y en horas de la noche; los cuerpos de las travestis y mujeres trans presentan marcas de una brutalidad y ensañamiento extremos. Las prácticas policiales y judiciales se caracterizan por la falta de diligencia en el avance de las causas, la obstaculización, la precariedad y la deficiencia de las investigaciones, que con frecuencia se debe al encubrimiento de la actuación del aparato estatal en los hechos investigados. Por otro lado, en los pocos casos en los que se lleva a cabo un proceso judicial, los crímenes suelen quedar impunes. La importancia y la gravedad de estos crímenes tienden a ser minimizadas y explicadas por la identidad de género y/o fuente de ingresos de las víctimas, atribuyendo a ellas la responsabilidad de sus propias muertes. En muchos casos los crímenes reciben la carátula de «causa natural», que anticipa la falta de una investigación adecuada que busque las verdaderas causas de la muerte, destacándose en particular la falta de indagación sobre el accionar de la fuerza policial. A menudo las víctimas son registradas como individuos masculinos NN, lo cual presenta dificultades adicionales en las investigaciones y en el relevamiento estadístico de estos casos. Los procesos criminales están atravesados por los prejuicios negativos que pesan sobre los travestis y las mujeres trans. El descrédito de su palabra las coloca en posiciones desfavorables como testigos y como víctimas y, a su vez, favorece a sus agresores. Los relatos periodísticos suelen dar publicidad al nombre masculino con el que las

personas travestis y transexuales fueron inscriptas al nacer, y tienden a reforzar los estereotipos negativos acerca de este colectivo (Radi y Sardá-Chandiramani, 2016). Asimismo, se presentan manifestaciones concretas de esta violencia que sufren las travestis: edictos policiales que persiguen con figuras explícitas (vestirse con ropas de otro sexo), o implícitas (exhibiciones obscenas, prostitución), razias, gatillo fácil, criminalización selectiva que va mutando en el tiempo con diferentes figuras pero con el mismo objeto de limpieza social, la espectacularización de vidas y muertes y escenas de la vida travesti/trans. Por esta razón, y ante la discusión de los tipos penales aplicables, las demandas y los conocimientos del movimiento travesti/trans permitió afirmar que el travesticidio de Diana Sacayán se convirtió en el «juicio de todas las travas» (Lorenzo, 2018).

4. EL CASO DE DIANA SACAYÁN

Diana Sacayán, descendiente del pueblo indígena diaguita, nació el 31 de diciembre de 1975 en Tucumán; y vivió desde niña en la provincia de Buenos Aires en extrema pobreza junto a sus 15 hermanos y hermanas. A los 17 años asumió su identidad travesti. Sufrió persecución policial y fue encarcelada más de treinta veces por violación al Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires, criminalizada por homosexualidad y travestismo (Sacayán et al., 2020). Se convirtió en una reconocida líder travesti; formó parte del Programa de Diversidad Sexual del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (Inadi), líder de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays y Bisexuales (ILGA); y fundó el Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL). Asimismo, participó activamente junto con Lohana Berkins, otra referente travesti de los derechos humanos y mentora de Diana.

Abrazó el feminismo y fue la primera travesti en cambiar su identidad de varón a mujer, sin renunciar a su genitalidad, sino que por militancia adoptó esa identidad. Su militancia básicamente se orientó en gran medida a exponer la situación de vulnerabilidad que padecen las personas travestis/trans y luchar por los derechos a la identidad de género y orientación sexual.

En octubre de 2015, con 39 años, fue brutalmente asesinada en su domicilio por Gabriel David Marino. Previamente, ocurrió una discusión en el lugar en el que también estaba presente un tercero, hecho en que derivó en violencia de género. Diana fue atacada con arma blanca en sus órganos vitales, golpeada brutalmente, atada de pies y manos, amordazada, y se le sustrajo ilegítimamente una suma de veinte mil pesos. Finalmente, su cuerpo fue hallado el 13 de mayo, tapado con un colchón ensangrentado, y presentaba innumerables lesiones que dieron cuenta de su estado de indefensión.

El caso adquirió una gran trascendencia por su crueldad y repercutió en los medios de comunicación; incluso, días antes del juicio, organizaciones de sociedad civil, defensoras de derechos del colectivo LGBTIQ+, especialmente las integrantes del movimiento travesti/trans, realizaron distintas actividades frente a la sede judicial para visibilizar la importancia de este juicio a la hora de restituir los derechos vulnerados al colectivo.

Vale recordar que la CIDH, en su comunicado n.º 123/15, del 30 de octubre de 2015, condenó el asesinato de Diana Sacayán, señalando que, según la información recibida, se trataba del tercer asesinato de una mujer trans; e instó al Estado a que se adopten medidas integrales para abordar las causas de fondo que subyacen en la violencia contra personas trans (travestis, transexuales y transgénero) en Argentina, tal como la discriminación general que enfrentan dentro de sus familias comunidades, escuelas y en los sectores de empleo y salud. En

ese marco, solicitaba al Estado argentino que inicie una investigación exhaustiva con la debida diligencia para esclarecer la muerte de Diana y condenar a los responsables. El comunicado expresaba lo siguiente:

Los ataques cometidos contra defensores y defensoras de los derechos humanos y líderes de organizaciones de personas trans y lesbianas, gay y bisexuales tienen el efecto de intimidarlos y de intimidar a las personas LGBTI en general. El miedo se agrava a raíz de la situación de impunidad en la que se mantienen estos actos, lo cual propende su repetición. La labor de las y los defensores de los derechos humanos es fundamental para construir una sociedad democrática firme y duradera, y las y los defensores juegan un papel fundamental en el proceso de implementar el Estado de derecho y fortalecer la democracia. Además, la CIDH insta al Estado de Argentina a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida, la integridad física y la seguridad de las y los defensores de los derechos humanos, incluidos aquellos que trabajan en temas relacionados con la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad o expresión de género (párr. 5).

En el mismo marco, el Comunicado n.º 037/17 del CIDH condenó el alarmante número de asesinatos de personas LGBTIQ en la región y urgió a los Estados a que investiguen dichas muertes con enfoque diferenciado y que no queden en la impunidad. En el informe «Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América», publicado en noviembre de 2015, la CIDH recuerda que los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia cometidos con base en la orientación sexual, identidad de género o diversidad corporal de las personas. En cumplimiento de su obligación de debida diligencia, los Estados deben tomar en cuenta las distintas formas de violencia que experimentan las personas LGBTIQ dada su interrelación con otras múltiples formas de discriminación. Estas identidades son más propensas a experimentar violencia y son más vulnerables a ciertos tipos de violencia en la intersección, por un

lado por su orientación sexual y/o identidad de género no normativa, y, por el otro, por su etnia, sexo, género, situación migratoria, edad, situación de defensor o defensora de derechos humanos, raza, situación socioeconómica y situación de privación de libertad.

5. EL JUICIO

En la etapa de instrucción, el juez Gustavo Pierreti, calificó el homicidio agravado por femicidio, en los términos del artículo 80, inciso 11, del CP. Durante el juicio, el TOC n.º 4 caratuló el caso como «homicidio triplemente agravado por haber sido ejecutado mediante violencia de género, por odio a la identidad de género y con alevosía, en concurso real con el delito de robo».

En la investigación se trabajó con la UFEM y se puso en práctica por primera vez el protocolo de escena del crimen de femicidios en un travesticidio, donde se buscaron significados que tengan que ver con la identidad de género, es decir, la investigación se llevó a cabo considerando determinadas peculiaridades, incluso interrogando a las personas cercanas. Se describió al hecho como un ataque encauzado a dañar a Diana Sacayán por su identidad travesti en un intento de visibilizar la discriminación estructural que padecen estas identidades.

Este hecho movilizó el colectivo travesti/trans, quienes en cierto modo interpelaron a la justicia, instalando públicamente el término «travesticidio» y el de «crimen de odio violento», de modo que la sociedad conozca las condiciones de vulnerabilidad que llevan a las travestis a la inevitable muerte, lo que, a su vez, evidencia la violencia estructural contra el colectivo. Se presentaron pruebas documentales que demostraban la trayectoria de Diana y que derribaban prejuicios y estereotipos respecto de la vida travesti/trans, validando científicamente lo que jurídicamente denominaba el artículo 80, inciso 4,

del CP: odio a la identidad de género, lo que constituye un homicidio agravado. Las fotos y los documentos «hicieron hablar al cuerpo de Diana»; asimismo, se admitió una sola testigo, una antropóloga «muxe» (término mexicano equivalente a «travesti»), quien además realizó una traducción cultural a través de un peritaje antropológico (Sacayán et al., 2020).

El producto de la investigación trajo como resultado un fallo que cambió la historia travesti, puesto que los jueces consideraron que este homicidio claramente se trataba de un travesticidio y, en consecuencia, se condenó a prisión perpetua como coautor del delito de homicidio calificado por el odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género (artículo 80, incisos 4 y 11, del CP).

Para fundamentar la decisión, los jueces tuvieron en cuenta, en primer lugar, la Ley n.º 26743 de identidad de género, considerando que al aplicar el inciso 11 del artículo 80 del CP debía realizarse una interpretación armónica del ordenamiento jurídico en cuanto hace referencia a la expresión «mujer». Se entendió entonces que Diana Sacayán, conforme con la ley, tenía el derecho de ser tratada de acuerdo con su identidad autopercibida, es decir, como mujer, ya que así era tratada desde niña: «Diana Sacayán ha canalizado sus vivencias en la forma propia del sexo femenino y no en el masculino que corresponde solo a su sexo legal, aunque no vivido» (TOC n.º 4, 2018, p. 228).

En segundo lugar, tiene en cuenta la Convención Belén do Pará en cuanto se produjo la muerte de una mujer en la que medió subordinación y sometimiento, que atentan contra su dignidad y que constituyen una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, configurándose de ese modo la figura del femicidio.

Además, define la violencia contra la mujer fundado en la Convención y aplica la Ley n.º 26485, Ley de Protección Integral para

Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Por último, vincula la violencia con una relación sexoafectiva, marcada por el ejercicio de roles desiguales; a lo que añade el hecho de que Diana sufría violencia social, en razón de que, en general, las personas travestis/trans reciben continuamente agresiones, malos tratos o discriminación por su aspecto, orientación sexual o identidad de género.

Considera fundamentalmente tres tipos de violencia: física, sexual y económica, a los que Diana fue sometida, además de violencia psicológica y simbólica, justamente por el contexto social. De ahí que entiende que el femicidio de Diana tenía su razón en un comportamiento misógino, derivado de patrones culturales en los cuales la mujer se debe ver de determinada manera. Al respecto, afirma:

Las circunstancias del contexto y modo de comisión del hecho permitieron suponer, desde un comienzo, que el homicidio había estado motivado por su condición de mujer trans y por su calidad de miembro del equipo del Programa de Diversidad Sexual del INADI, impulsora de la lucha por los derechos de las personas trans, líder de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays y Bisexuales (ILGA) y dirigente del Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL) (TOC n.º 4, 2018, p. 3).

Por su parte, el juez Calvete introduce el término «travesticidio» y expresa que el concepto

comprendía el homicidio de una travesti (o trans) por odio a su orientación sexual, lo que traía una carga de discriminación constante desde distintas esferas de la sociedad, así como también, su necesaria derivación hacia la incertidumbre, la inseguridad y la lucha por revertir dicha injusticia.

Más allá de que pudiera tratarse de una definición académica o política, con las consecuencias que derivan en cada caso, lo cierto es que se trata de un neologismo, al igual de lo que sucediera en su momento con el delito de «femicidio» o «feminicidio», por lo que entiendo que no existe obstáculo

para su utilización forense, como hipótesis de trabajo, en la medida en que contribuya a clarificar la cuestión (TOC n.º 4, 2018, p. 174).

El juez Báez coincide con esta opinión y además hace referencia a las lesiones en el cuerpo de Diana, la intensidad con las que fueron provocadas y el lugar geográfico que denota el contorno íntimo y sexual donde estos hechos se generaron, como elementos que permiten inferir el odio en los términos del inciso 4 del artículo 80 del CP, no solo a la individualidad de Diana sino a la realidad de género que representa:

Más allá del aprovechamiento del cuadro adictivo que presentaba Sacayán, lo que germinaba en un descenso de sus respuestas defensivas de esta, dicho extremo fue aceitadamente direccionado para que el daño que la condujera al óbito se canalizara en los rasgos femeninos autopercebidos por esta (artículo 2 de la Ley n.º 26743), así como también por la comunidad, cuyo liderazgo proyectaba.

La crueldad del ataque se enderezó a acometer directamente la identidad transexual de Sacayán. Las lesiones alojadas en dichas partes, aunadas a que las mismas fueran producidas no solo en la morada de esta, sino que también se gestaron en el dormitorio del predio, hablan a las claras del contorno sexual y el odio que poseía Marino respecto de esta situación que excedía la relación binaria; es más, el conjunto homicida habla a las claras que el anhelo de finiquitar la vida de Sacayán tuvo de manera tangencial su calidad de militante en un colectivo definido.

[...]

Estoy persuadido que el odio a la identidad de género denotado por el encartado podemos hallarlo en su abominación sobre el cuerpo transexual de Sacayán (TOC n.º 4, 2018, pp. 198-200).

En opinión de la coautora de este trabajo, el fallo reconoce y valida todos los elementos que concurren en el travesticidio para que sea tal: la extrema brutalidad y la insensibilidad que marca el rasgo específico típico del odio, sumado a los prejuicios, producto de una estructura

social que los avala, y la tragedia que rodea a la vida travesti, la que, según el decisorio, es constitutiva de un injusto.

El pronunciamiento intenta poner en evidencia los efectos que genera naturalizar relaciones que son producto del patriarcado, que no hacen otra cosa que depositar en los cuerpos estereotipos históricamente creados y sostenidos por la sociedad, y que se reproducen en todos los ámbitos. Estos estereotipos producen la asignación de determinados roles que imponen cómo «debe ser» la persona, siempre en el marco binario mujer-varón.

El fallo, como se expresara, marcó un antes y un después en la historia del colectivo travesti/trans, el que ha dejado de adolecer de invisibilidad y se ha convertido en un factor importante a la hora de repensar en un cambio, no solo en la denominación sino en las estructuras que genera la más cruel violencia sexista. Vale citar las palabras de la fiscal de la UFEM, la Dra. Mariela Labozzeta, quien resume en sus dichos la realidad, las circunstancias y las penurias del colectivo, la discriminación particular y estructural que atraviesan:

Estos crímenes se repiten, se sostienen, se multiplican y hasta ahora no tenían nombre. Son invisibles. Si no tienen nombre, no tienen reconocimiento. Y si no se les reconoce existencia, no tienen amparo y tampoco tienen consecuencias. Lo que está ocurriendo en este juicio es que, por primera vez en una instancia judicial, estatal, se hizo la luz sobre este fenómeno estructural, sistemático, extendido en toda la región: los travesticidios; las matanzas de mujeres travestis, como final anunciado de un derrotero de exclusiones y negaciones [...] fue un travesticidio, fue un asesinato de una travesti por su identidad elegida. Nombrar es hacer visible (citado por Pérez y Barrios, 2019, II, párr. 7).

El crimen de Diana Sacayán, a criterio del TOC, constituyó un crimen contra una travesti por su identidad de género (mujer), y por ello emplea el término «travesticidio» (aunque la ley penal no lo menciona)

en referencia a un tipo de homicidio que conforme a «las víctimas» tiene características que le son propias; asimismo, esta denominación, a la vez que describe el crimen, lo hace visible.

Se comparte que el crimen en cuestión sea calificado como traves-ticidio, resaltando que en la mayoría de los casos en que se da muerte violenta a mujeres trans existen dos elementos comunes que no pueden ignorarse: el odio y la crueldad (que no se ven en otro tipo de crímenes).

No es un dato menor que luego del veredicto, la CIDH (2019), en su Comunicado n.º 085/19, celebró la decisión de la justicia al condenar al acusado:

En cuanto al acceso a la justicia, la Comisión tuvo conocimiento de avances positivos relativos al reconocimiento de la identidad de género y la adopción de la perspectiva de diversidad sexual. En mayo de 2018, la CIDH registró la primera decisión judicial de la región que reconoció la figura jurídica del transfemicidio agravado por odio a la identidad de género de la víctima en la condena del acusado por la muerte de la activista social trans Diana Sacayán, en Argentina. [...] Al respecto, la Comisión recuerda las altas cifras de la violencia y discriminación en contra de las personas trans y de género diverso en la región y reitera la importancia de prevenir, investigar con la debida diligencia, sancionar, así como reparar los actos de violencia y discriminación cometidos en su contra (párr. 8).

No existe duda de que las violencias por prejuicio contra las identidades travestis/trans parten de un esquema estructural de discriminación que las impacta de forma directa y sistemática y que las somete a todas las modalidades de violencia a lo largo de su vida. Por eso es importante mostrar y remarcar cómo viven pero también cómo mueren víctimas del contínuum de violencia al que nos referimos en este artículo.

6. EL FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN

La defensa del imputado Marino interpuso recurso de casación en los términos del artículo 456 del Código Procesal Penal, argumentando que en la valoración de la prueba existió una aplicación equivocada de la regla de la sana crítica de los jueces del TOC en su opinión mayoritaria. En su fundamentación, expresa que tal circunstancia se acredita en dos sentidos: al valorar la participación de Marino en el hecho de homicidio agravado; y el error en la calificación de «agravado» en los términos de los incisos 4 y 11 del artículo 80 del CP, por lo que solicitó la nulidad de la sentencia.

La Sala I de la CNCCrimCo-CF, integrada por los jueces Jorge Luis Rimondi, Patricia M. Llerena y Gustavo Bruzzone, el 2 de octubre de 2020, resolvió el rechazo de la casación y confirmó la condena impuesta, rectificando en mayoría únicamente la calificación, es decir, consideró que Marino fue responsable en calidad de coautor de homicidio calificado por violencia de género, en el marco de lo normado por el artículo 80, inciso 11, del CP, excluyendo de ese modo la calificación por odio de género prevista por el inciso 4 del mismo artículo. En minoría, el juez Rimondi consideró agravado por concurrir el agravante de alevosía.

De la sentencia se extrae que, al igual que los jueces del TOC, los tres magistrados si bien utilizaron y reconocieron el término «travesticidio», consideraron que el odio no fue probado, es decir, aunque fueron acertados los indicadores en busca de pruebas para acreditar el odio de género, en el caso no fueron demostrados, tampoco exteriorizados en la conducta de Marino (no se acreditó actitud o pensamiento que evidencie que fuese transfóbico); no compartían, además, el valor otorgado en el fallo recurrido a la violencia desplegada por los autores y a la ubicación de las heridas.

Interpretando la no aplicabilidad del inciso 4 del artículo 80 del CP, el voto de la jueza Llerena (al que adhiere el juez Bruzzone) expresó lo siguiente:

Entiendo que, para subsumir la conducta de Marino, en el inciso 4 del artículo 80 del Código Penal, se debió haber acreditado que Marino mató a Sacayán motivado por el odio a su identidad sexual. [...] sobre la base de los extremos acreditados durante el juicio, comparto en que, en este caso, no existen datos de que Marino fuera transfóbico, y, en el supuesto en que en su entorno, hipotéticamente, hubiese habido personas humanas que sí lo fueran, no puede atribuirse esta actitud o modo de pensar a él. En el hecho, este extremo, «odio de género», así como cualquier otro tipo de odio, debe ser comprobado a partir de actos que revelen la motivación en la persona sometida a proceso, para cometer el homicidio (CNCCrimCo-CF, Sala 1, 2020, p. 43).

Sí verificó, en cambio, la concurrencia de la agravante del inciso 11 del artículo 80 del CP, en cuanto consideró que el hecho se produjo en el marco de violencia de género. Fundamentó su decisión en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en cuanto incorpora la CEDAW, la misma que establece la necesidad de favorecer la igualdad entre el hombre y la mujer y condena la discriminación del colectivo de mujeres en todas sus formas. Consideró, además, otros instrumentos internacionales, como la Convención de Belém do Pará, la Declaración sobre Femicidio del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) y el marco del derecho interno con base en la Ley n.º 26485.

Conforme con dicho marco legal, entendió que la expresión «violencia contra las mujeres» es más amplia de lo que dice, ya que abarca la violencia dirigida a otros sujetos, no únicamente mujeres, por su condición de género. En palabras de Toledo (2017):

la violencia de género castiga a todas las personas que se apartan de lo que se considera normal en términos de roles sociales asignados a hombres y mujeres y sanciona las conductas y las opciones sexuales divergentes con la norma (pp. 252-253).

Regresando al fallo de la Cámara Nacional de Casación, consideró demostrado que Diana Sacayán formaba parte de un colectivo vulnerabilizado, criminalizado y estigmatizado. Afirmó que

el correlato de desigualdades impresas en la historia de vida de la víctima no puede más que agudizarse ante la confluencia de sus victimarios, hombres, quienes han desplegado una conducta que se subsume, inequívocamente, en un contexto de violencia de género.

En la sentencia se ha valorado diversos elementos de prueba que permitan abonar dicha conclusión (CNCCrimCo-CF, Sala 1, 2020, p. 48).

En minoría, el juez Rimondi razonó en el sentido del rechazo de la calificación de odio de género (inciso 4 del artículo 80 del CP) y la violencia de género (inciso. 11 del artículo 80 del CP), remitiendo en sus fundamentos al voto de la jueza Blosch (TOC n.º 4), y coincidió en que en el primer caso no se pudo probar el componente subjetivo distinto del dolo que el tipo penal requiere. Afirmó que nuestro derecho penal es de acto, lo que implica que en el sistema de atribución de responsabilidad al autor debe probarse a través de exteriorizaciones, de modo que los jueces están impedidos de resolver ingresando a la psiquis del autor. En cuanto a la violencia de género, se manifiesta en el sentido de que deben concurrir tres presupuestos: 1) sujeto activo: hombre; 2) sujeto pasivo: mujer; y 3) que medie violencia de género. En el caso no fue acreditado que el hecho se hubiere cometido sobre la base de una relación desigual de poder como pauta sociocultural.

En su lugar, receptó el agravante del inciso 2 del mismo artículo 80 del CP, considerando la comisión del homicidio con alevosía, toda

vez que afirmó que Diana Sacayán fue sometida de manera tal que se logró su indefensión, lo que, a su vez, aseguró el resultado del delito. Arribó a dicha conclusión en razón de que las primeras agresiones al cuerpo de Diana generaron el atontamiento necesario que le impidió defenderse de los siguientes ataques. Fue amordazada, maniatada y golpeada brutalmente, generando con ello su total indefensión, permitiendo así que no se frustrase el resultado del ataque, la muerte de Diana sin ningún riesgo para los agresores. Quedó así acreditada la alevosía a criterio del magistrado.

En opinión del autor de este artículo, efectuando un análisis integral, la sentencia de casación reconoció el crimen de Diana como femicidio; es decir, consideró como sujeto pasivo del delito a una mujer, lo que permite inferir que los magistrados —en mayoría— respetaron la identidad de género de Diana, reconociéndola como víctima de violencia de género, además de su vulnerabilidad en razón de la violencia estructural que sufre el colectivo en todos los aspectos de su vida (salud, educación, prostitución como necesidad y no como opción, discriminación al acceso al empleo, entre otras violaciones de sus derechos humanos).

Asimismo, del caso —como bien lo afirma la sentencia de casación— no surgen acreditados actos que exterioricen un crimen de odio. No se puede concluir que, por las heridas y la localización de las mismas, se haya plasmado una aversión al género, puesto que de las veintisiete heridas existentes solamente dos —y sin mayor entidad— lesionaron uno de los senos y un glúteo de la víctima. Es decir, para que pueda adjudicarse una razón de odio a través de estos actos, tendría que haberse producido un mayor número de lesiones y de mayor intensidad en las zonas genitales. No hubo seccionamiento ni lesión peneana como tampoco hubo extirpación de senos y/o glúteos, sino simplemente lesiones tangenciales a dichos lugares. Por otra parte, las

heridas mortales fueron hechas al cuerpo de Diana en la zona abdominal, sin connotación alguna a las zonas del cuerpo que pudieran adjudicarse como una intencionalidad por odio. Por último, tampoco se acreditó que Marino haya sido transfóbico, o que así se haya expresado en alguna oportunidad, ni que haya emitido opinión contraria a la identidad autopercibida de la víctima; es más, se mostraba públicamente en su relación con Diana.

En ese orden de ideas, y en este caso concreto, la consideración a la figura de femicidio resulta suficiente a la hora de visibilizar la violencia contra el colectivo travesti/trans, el que —de acuerdo con la opinión personal de este autor— no requiere necesariamente el componente de odio, por lo que se le puede encuadrar en una especie dentro del género femicidio (en igual sentido que lo hace Hirschhorn, 2021). La connotación de odio debe estar reservada para aquellos casos de violencia inusitada y desproporcionada, donde, independientemente de poner fin a una vida, se pretende mandar un mensaje aleccionador a un conjunto de personas que reúnan las mismas características y que se infunda temor a todo ese colectivo.

7. EL FINAL DE ESTE CASO

La decisión final de la muerte de Diana Sacayán aún no ha llegado. El Ministerio Público Fiscal planteó recurso extraordinario ante la Cámara de Casación para acudir a la Corte Suprema, sosteniendo que se trata de la búsqueda de una correcta interpretación de las normas legales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos:

El objetivo es que se visibilice y reconozca que el colectivo trans y travesti está expuesto a una discriminación y violencias estructurales que exigen al Estado la toma de decisiones y acciones de carácter positivo para avanzar en la protección de sus derechos y en la culminación de la impunidad de los

crímenes que se cometen contra esta población (Fiscales.gob.ar, 2020, párr. último).

El 11 de noviembre de 2020, la Cámara de Casación declaró inadmisibles los recursos. El Ministerio Público Fiscal y los querellantes presentaron sus recursos de queja ante la Corte, los mismos que aún no han sido resueltos. No obstante, por iniciativa del hermano de Diana, el activista LGBTIQ+ Say Joaquín Sacayán, se solicitó a la Corte Suprema de Justicia la apertura a *amicus curiae* de la causa sobre el crimen, y la convocatoria a audiencias públicas debido a la trascendencia del caso. En tal sentido, la abogada Luciana Sánchez expresó lo siguiente:

La Corte solo abre los casos si hay interés social. El interés social lo determina si hay personas públicas involucradas, funcionarios o cuestiones de Estado o, en el caso de Diana, lo que estamos planteando es que, por ser Diana quien era, consideramos que el proceso ante la Corte tiene que ser público y que además escuche a organizaciones y personas (Comercio y Justicia, 2022, párr. 5).

8. CONCLUSIONES

El sistema patriarcal es un sistema asimétrico de las relaciones en donde las prerrogativas fundamentales se encuentran en el poder investido a los varones, y los habilita a sentirse superiores y «raza dominante». Este sistema radicado en las estructuras sociales comprende no solo a varones sino también a algunas mujeres respecto de quienes aún se encuentran afanzadas a la distribución de roles conforme al género binario. La violencia de género en las mujeres es un flagelo que aún no puede erradicarse y su contínuum lleva a lamentar más muertes, que viene a ser el femicidio.

Por otra parte, el colectivo travesti/trans es agredido por ese entramado de violencias, que comienza, generalmente, en la infancia o desde el momento en que despierta el género autopercibido. Desde entonces, todo es para atrás, padecen la imposibilidad de acceder al sistema de salud y el sistema carcelario; la utilización de los baños públicos; además de la persecución policial, el maltrato y la marginación por su identidad de género. Esta vulneración está presente a lo largo de todas sus vidas, que por cierto no es tan extensa, ya que, en general, la muerte les llega prematuramente.

Se hace necesario entonces mostrar cómo viven y por qué mueren como consecuencia del contínuum de violencias que las lleva al desenlace fatal: el travesticidio. Visibilizar estas circunstancias marca el inicio del cambio, que se debe hacer, en particular, desde la justicia y sus estructuras patriarcales. Es que cuando los crímenes de mujeres y travestis quedan impunes, estos delitos cada vez se denuncian menos ante la inoperancia del Estado en su rol de investigar adecuadamente esas situaciones. La impunidad en el travesticidio se da en general porque mueren a manos de agresores desconocidos, y otras veces están involucradas las fuerzas de seguridad, por su vinculación con la prostitución. Se impone, además, reconocer que en muchos casos existe un vínculo perverso de corrupción entre la autoridad policial y la explotación sexual y la prostitución.

Hemos planteado las dos miradas del homicidio de Diana Sacayán: este es el comienzo que abre el debate. El Estado debe ser responsable en virtud de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, ya que cuando hablamos de responsabilidad del Estado debemos tener presente a la CIDH (2015b):

Cuando los Estados no realizan investigaciones exhaustivas e imparciales respecto de los casos de violencia contra las personas del LGBTI[Q+], se genera una impunidad frente a estos crímenes que envía un fuerte mensaje

social de que la violencia es condenada y tolerada, lo que puede a su vez generar más violencia y conduce a las víctimas a desconfiar del sistema de justicia (p. 17).

Estamos ante una concepción de justicia que, frente al paradigma del reconocimiento de derechos, requiere de una profunda transformación de las estructuras sociales y jurídicas, que elimine el sistema de valores hegemónicos que complotan contra la finalidad de hacer efectivos los derechos de las mujeres y de las identidades travestis/trans.

Comulgamos con la finalidad de resaltar estas características, las situaciones de vida de los travestis, de visibilizar y de registrar esas violencias y su tratamiento de las causas por parte del sistema, que en muchos casos avala el entramado que finalmente las produce y hace que no paren. El Estado debe implementar políticas públicas fuera del binarismo, que garanticen así una situación de igualdad que permita a las travestis/trans tener una vida sin violencia.

Participamos de la idea de incluir expresamente, en una eventual reforma del CP, la calificación de «travesticidio», a modo de dar una justa respuesta a este colectivo, que signifique la igualdad sin distingo por la orientación sexual y la identidad de género, como un mensaje claro del Estado de que los crímenes por prejuicio son hechos abrumadores que afectan la dignidad de las personas y su autonomía.

Queremos cerrar con palabras de Lohana Berkins, la Berkins, que resume el dolor de las travestis a lo largo de sus historias de vida:

Me pregunto cómo será ser hombre, porque nunca viví de esa manera. Ni siquiera me siento hombre. Como mujer, te diré, que tampoco sé cómo se vive. Porque yo no soy mujer. Soy travesti. Esa es la palabra que me identifica. Mis tetas, mi pene, mi cuerpo entero. Y esta sonrisa que no podés ver (citado por Fernández, 2020).

REFERENCIAS

- Berkins, L. (2011, 21 de octubre). Travestis: una identidad política. *Hemispheric Institute*. <https://hemisphericinstitute.org/es/emisferica-42/4-2-review-essays/lohana-berkins.html>
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correlacional - Sala 1 (2020). Reg. n.º 2882/2020. Buenos Aires: 2 de octubre de 2020. <https://consejomagistratura.gov.ar/wp-content/uploads/2022/04/Camara-nacional-de-Casacion-Crim-y-Correc.-CABA.pdf>
- Comercio y Justicia (2022, 22 de junio). Muerte de Diana Sacayán: pedirán a la Corte el amicus curiae. *Comercio y Justicia*. <https://comercioyjusticia.info/justicia/muerte-de-diana-sacayan-pedir-an-a-la-corte-el-amicus-curiae/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. <https://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28504S.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015a). Comunicación n.º 123/15. CIDH condena asesinato de defensora de derechos humanos de personas trans en Argentina. Washington D. C.: 30 de octubre de 2015. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/123.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015b). Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-personaslgbti.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). Comunicación n.º 037/17. CIDH condena alarmantes cifras de

asesinatos de personas LGBT en la región en lo que va del año. Washington D. C.: 23 de marzo de 2017. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/037.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). Comunicación n.º 085/19. CIDH saluda los avances en materia del reconocimiento de los derechos de las personas trans en la región. Washington D. C.: 29 de marzo de 2019. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/085.asp>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2015). Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 3 de agosto de 2015. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Congreso de la Nación Argentina (1984). Código Penal de la Nación Argentina. Buenos Aires: 21 de diciembre de 1984. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Congreso de la Nación Argentina (2012). Ley n.º 26738, que modifica los delitos contra la integridad sexual. Buenos Aires: 21 de marzo de 2012. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/195896/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina (2014). Código Procesal Penal. Buenos Aires: 4 de diciembre de 2014. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#20>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Flor Freire vs. Ecuador. San José: 31 de agosto de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

- Brasilia: 4 a 6 de marzo de 2008. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- El Sureño en la Web (2020, 7 de septiembre). Son 118 los femicidios cometidos en pandemia. *El Sureño en la Web*. <https://www.surenio.com.ar/son-118-los-femicidios-cometidos-en-pandemia/>
- Fernández, J. (2020). *La Berkins. Una combatiente de frontera*. Sudamericana.
- Fiscales.gob.ar. (2020, 20 de octubre). Caso Diana Sacayán: recurren ante la Corte Suprema el fallo que quitó la agravante de «odio a la identidad de género». *Fiscales.gob.ar*. <https://www.fiscales.gob.ar/genero/caso-diana-sacayan-recurren-ante-la-corte-suprema-el-fallo-que-quito-la-agravante-de-odio-a-la-identidad-de-genero/>
- Giberti, E. (2003). Transgéneros: síntesis y aperturas. En Maffía, D. (comp.), *Sexualidades migrantes: género y transgénero* (pp. 31-58) Feminaria Editora
- Guimaraes, F. (2018). Basta de travesticidios. En Radi, B. y Pecheny, M. (coords.), *Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (pp. 133-139). Editorial Jusbaire.
- Hirschhorn, N. (2021, 12 de febrero). El travesticidio de Sacayán: el cambio de encuadre legal en la sentencia de Casación Nacional. *Diario La Ley*.
- Lagarde, M. (2012). *El feminismo en mi vida: hitos, claves y topías*. Instituto de las Mujeres del Distrito Federal.
- Lorenzo, P. (2018, 22 de junio). El juicio de Diana es el juicio de todas las travestis. *Revista Cítrica*. <https://www.revistacitrica.com.ar/es-doloroso-ver-que-una-lucha-avanza-cuando-perdiste-a-una-amiga.html>

- Maffía, D. (2008). Carreras de obstáculos: las mujeres en ciencia y tecnología. https://www.ragcyt.org.ar/descargas/5202_doc.pdf
- Mujeres en Red (2008, enero). ¿Qué es feminismo? <https://www.mujeresenred.net/spip.php?article1308>
- Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT (2018). *Informe 2018*. https://drive.google.com/file/d/1GcB59UQRM-I8ie9_wLcdbmX7W09MVFGA/view
- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2017). Datos estadísticos del Poder Judicial sobre femicidios 2017. https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informe_femicidios2017.pdf
- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2018). Datos estadísticos del Poder Judicial sobre femicidios 2018. https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informe_femicidios2018.pdf
- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019). Datos estadísticos del Poder Judicial sobre femicidios 2019. https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informe_femicidios2019.pdf
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2013). Estudio mundial sobre el homicidio 2013. https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum_spanish.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de las Naciones Unidas (2007). Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género

- (Principios de Yogyakarta). Yogyakarta: marzo de 2007. https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf
- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana de los Derechos Humanos. San José: 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de los Estados Americanos (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Belém do Pará: 9 de junio de 1994. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Pérez, Y. G. y Barrios, N. A. (2019, 14 de noviembre). El travesticidio como crimen de odio. *Microjuris.com*. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/11/14/el-travesticidio-como-crimen-de-odio-2/>
- Pique, M. L. y Pzellinsky, R. (2015). Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género. *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, 14(2), 223-229. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_10.pdf
- Radi, B. y Sardá-Chandiramani, A. (2016). Travesticidio/transfemicidio: coordenadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres trans en Argentina. *Boletín del Observatorio de Género*. <https://www.academica.org/blas.radi/14.pdf>
- Sacayán, S., Arias, D. y Sánchez, L. (2020). El litigio en el travestismo de Diana Sacayán. En Herrera, M., Fernández, S. E. y De la Torre, N. (dirs.), *Tratado de géneros, derechos y justicia. Sistema penal y sistema judicial. Tomo II*. Rubinzal Culzoni.

- Télam Digital (2021, 8 de marzo). Especialistas plantean ejes sobre una reforma judicial con perspectiva de género. *Télam Digital*. <https://www.telam.com.ar/notas/202103/546670-especialistas-plantean-ejes-sobre-una-reforma-judicial-con-perspectiva-de-genero.html>
- Toledo, P. (2012). *La tipificación del femicidio/feminicidio en países latinoamericanos: Antecedentes y primeras sentencias (1999-2012)* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/121598/ptv1de1.pdf?sequence>
- Toledo, P. (2017). Femicidio. En Di Corleto, J. (comp.), *Género y justicia penal* (pp. 237-264). Ediciones Didot.
- Tribunal Oral en lo Criminal y Correlacional n.º 4 (2018). Sentencia n.º 62182/2015. Buenos Aires: 18 de junio de 2018. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/fallos46792.pdf>
- Unidad Fiscal especializada en Violencia contra las Mujeres (2021, 13 de octubre). Entre 2015 y 2020 hubo 6 transfemicidios/travesticidios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *Fiscales*. <https://www.fiscales.gob.ar/genero/entre-2015-y-2020-hubo-6-transfemicidiostravesticidios-en-la-ciudad-autonoma-de-buenos-aires/>



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 357-376

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.638

Perspectiva de género y autonomía de la voluntad: un abordaje armonizador del deber de protección judicial y el derecho a la libertad de decisión y autodeterminación de la mujer

Gender perspective and autonomy of will: A harmonizing
approach to the duty of judicial protection and women's right to
freedom of decision and self-determination

SERGIO JUNIORS SHWOIHORT

Poder Judicial de la provincia de Corrientes
(Corrientes, Argentina)

Contacto: sergiojuniors@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5517-9616>

RESUMEN

El presente artículo aborda una situación específica en los casos de violencia contra la mujer con respecto a la protección judicial: ¿cómo actuamos cuando la víctima decide no ejercer su derecho a llevar una vida libre de violencia? La cuestión es árida, y cualquier posición que se sustente es plenamente discutible. Buscamos ponerla en consideración a efectos de trazar las líneas que mejor satisfagan la armonización de los derechos, las facultades y los deberes en juego.

Palabras clave: violencia de género; autodeterminación; vida libre de violencia; protección judicial.

ABSTRACT

This article addresses a specific situation in cases of violence against women with regards to judicial protection: How do we act when victim decides not to exercise her right to leave a life free of violence? This is a dull issue, and any position is fully debatable. This article seeks to analyze this issue to draw the lines that best meet the harmonization of the rights, powers and duties at stake.

Keywords: gender violence; self-determination; violence-free life; judicial protection.

Recibido: 18/10/2022 Aceptado: 15/11/2022

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad resulta innegable la figura de la mujer como centro de protección normativa a nivel internacional, nacional y local. En ese sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, como la denominaremos en adelante) se erige como el principal instrumento que procura su bienestar, enfocándose en garantizarle una vida sin discriminación, sea en la esfera política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito.

Por su parte, a nivel nacional —tomando como referencia la República Argentina, por ser el país de origen de quien escribe estas líneas—, la protección se abrió paso desde la misma Constitución Nacional (en adelante CN) y la legislación proyectada en consecuencia, y en la órbita constitucional y legal de las diferentes provincias que

integran la federación. Así, en la primera parte de su artículo 75, inciso 23, la CN exhorta a

legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

De esta manera, deja expresamente sentado cuáles son los cuatro grupos de personas que nuestro sistema jurídico considera como particularmente vulnerables y dignos de una protección especial: los niños, niñas y adolescentes; las mujeres; las personas adultas mayores y las personas con discapacidad.

Respecto de estas personas, se impulsa constitucionalmente la adopción de medidas de acción positiva que «en general tienen como finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan o limitan la igualdad en los hechos» (Gelli, 2011, p. 235).

Ahora bien, sobre dicha base constitucional, la Ley n.º 26485, de 2009, reglamentó legalmente el mandato constitucional, proyectando las disposiciones normativas de protección integral tendientes a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

En esa línea, la norma mencionada protege diversos derechos, tales como a vivir sin violencia ni discriminación; a la salud, la educación y la seguridad personal; a la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; al respeto a la dignidad; a decidir sobre la vida reproductiva, el número de embarazos y cuándo tenerlos; a la intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento; a recibir información y asesoramiento adecuado; a gozar de medidas integrales

de asistencia, protección y seguridad; al acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha ley; a la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres; y, finalmente, a un trato respetuoso que evite la revictimización.

Con base en lo expuesto, como adelantamos, no existen dudas acerca del nivel de protección del que goza la mujer en la actualidad. Sin embargo, dentro del amplio abanico de situaciones relevantes que esta materia presenta, nos circunscribiremos en las siguientes líneas a uno que consideramos de particular interés, tanto por las consecuencias jurídicas como por las prácticas que de él pueden derivar. La cuestión bien podría sintetizarse en el siguiente interrogante, a saber: ¿Qué hacemos cuando la víctima se niega a ejercer el derecho a una vida sin violencia?

En ese sentido, la realidad muestra diversos casos en los que la mujer víctima de violencia no quiere denunciar; o bien, denuncia y luego se arrepiente y pretende desistir del proceso; inclusive, se disponen las medidas de protección necesarias, las mismas que luego son vulneradas de hecho por la mujer para continuar su relación con el agresor.

Esta zona gris, a la que hacemos referencia, conlleva situaciones sumamente complejas de abordar y resolver, que consideramos de interés para el tratamiento en este ámbito en el que procuraremos brindar una visión de las posturas que pueden adoptarse, y aportar un insumo más para pensar la problemática.

Ciertamente, el tema aludido confronta de manera directa al «deber de protección» que los órganos judiciales (en sentido amplio y, en particular, los jueces) tienen en el campo de la violencia contra la mujer, y el «derecho a la libertad de decisión» de esta respecto de su vida, que se vincula estrictamente con algunas de las prerrogativas mencionadas, como la dignidad, la intimidad, la libertad y evitar la revictimización.

Sentada la idea central, iniciemos su abordaje que, aclaramos, se efectuará desde la órbita ligada a la función judicial, sin perjuicio del que pudiera encararse desde otra perspectiva (por ejemplo, médica, psicológica, entre otras).

2. DIMENSIÓN FÁCTICA: CASUÍSTICA

La cuestión bajo análisis tiene un fuerte contenido fáctico, por cuanto es la realidad la que nos muestra situaciones concretas donde la mujer decide dejar de lado su derecho a vivir una vida sin violencia. La aseveración tiene relación directa con nuestra experiencia personal, dado que en diversas ocasiones se nos han presentado situaciones de mujeres que ponen en conocimiento la situación de violencia en la que se hallan inmersas, pero no desean denunciar ni pedir medidas concretas de protección. En ocasiones, solo pretenden que se cite al agresor para que se «le hable», lo cual conspira contra la cautela y reserva que estos casos ameritan.

En otros supuestos, se concretan las denuncias y se disponen las medidas necesarias para el resguardo de la víctima (por ejemplo, cese de los actos de perturbación por cualquier medio, prohibiciones de acceso y acercamiento, entre otras), pero luego la mujer solicita que estas sean dejadas sin efecto, sea por razones de necesidad, por cuestiones vinculadas a deseos de los hijos y las hijas, por sentimientos hacia el agresor, u otras causas diversas. Estos son los casos que, sin dudas, presentan mayores dificultades a la hora de su abordaje, puesto que las opciones que aparecen como posibles conllevan dificultades de orden práctico.

En ese sentido, si se avanza judicialmente contra la voluntad expresa de la mujer (más allá de las discusiones que veremos más adelante, en el sentido de si ella es libre o no de prestarla en ese contexto), las medidas

que se adopten podrían colisionar luego con la realidad, puesto que será la misma víctima la que se oponga a una exclusión del hogar del agresor, con las amargas situaciones y vivencias que ello puede generar, tanto para las partes como para los niños, niñas o adolescentes que puedan presenciarlas, cuando se produzca en el contexto familiar.

Paralelamente, el respeto absoluto por el derecho a decidir de la mujer —en el caso de que se entienda que ella es plenamente libre de prestarlo, a pesar del contexto de violencia— la mantiene en una situación de riesgo con posibilidades de agravamiento de la situación.

Claramente, no existen recetas mágicas para el tratamiento de estos temas, y menos adecuado deviene aún la prueba y error, puesto que, en ocasiones, ello puede poner en peligro la vida misma de la mujer afectada. Por ello, entendemos que pensar de antemano estas cuestiones deviene provechoso para los actores del sistema que puedan verse inmersos en la necesidad de resolver una situación fáctica de estas características, especialmente en la toma de decisiones céleres, oportunas y lo más adecuadas posibles dentro de las circunstancias fácticas del caso concreto.

Pues bien, sin perjuicio de lo expuesto, creemos relevante mostrar —más allá de la vastedad de casos que pudieran darse a lo largo y ancho del país—, mediante dos decisiones concretas que constituyen muestras de la descripción efectuada, que las circunstancias alegadas son reales —no meramente teóricas— y la problemática está vigente.

Claramente, no constituye el objeto de este abordaje la muestra de todas y cada una de esas decisiones que podrían adoptarse en estos casos, sino resaltar su existencia e importancia. Para tal fin, creemos que es muy alusivo lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de Viedma, provincia de Río Negro, en el expediente caratulado «V. D. G. c/ G. I. H. s/ Ley 3040», de 2017.

Al respecto, el mencionado tribunal sostuvo, por un lado, que

la norma de violencia de género [...] otorga al juez amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, [...] rigiendo el principio de obtención de la verdad material. Se le impone una amplitud de acción no solo con relación a la investigación de los hechos, sino con la toma de medidas protectoras (fundamento 8).

De esta manera, los camaristas entendieron que la oficiosidad constituye la regla ante las situaciones que venimos aludiendo. A su vez, más adelante profundizan en el argumento sobre el cual reposan su afirmación al referir que

cuando las víctimas de la violencia de género tienen su capacidad de autodeterminación abolida o limitada (ello por la propias características de la naturaleza del conflicto, donde la violencia contra las mujeres tiende a presentarse de forma cíclica, intercalando períodos de calma y afecto hasta situaciones que puedan poner en peligro la vida, advirtiendo en tal dinámica el establecimiento de un vínculo de dependencia emocional y posesión difícil de romper, tanto para el agresor como para la víctima), [...] se requiere que su interés sea por tanto tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión [...], sin que ello pueda entenderse como conculcatorio de la dignidad personal de la víctima, a quien, por el contrario, precisamente se pretende proteger (fundamento 8).

Finalmente, destacan que lo anterior se asienta sobre

la transversalidad de la Ley de Protección Integral de la Mujer [que] impone la adopción de todas las políticas públicas desde una perspectiva de género. No es una simple sumatoria de medidas, sino la posición que se debe adoptar desde el Estado y la sociedad para advertir, regular y erradicar todas las relaciones de desigualdad entre hombres y mujeres, con el objetivo de asegurar la vigencia en los hechos de la igualdad de oportunidades para estas últimas (fundamento 8).

Como bien puede apreciarse, la decisión judicial en esta instancia refleja una de las posiciones que encontramos en los límites de la discusión, que considera que la capacidad de la mujer para tomar decisiones, esto es, su propia voluntad, se encuentra disminuida en razón del contexto de violencia en el cual se desarrolla su vida; y, por ende, es el Estado el que debe adoptar las medidas necesarias para definir sobre su situación, independientemente de la opinión de esta última.

Ahora bien, hacia el otro extremo de la temática que abordamos, se aprecia una posición antagónica, que auspicia que la mujer puede decidir sobre el impulso o la continuidad de acciones frente a situaciones de violencia de género que la involucren. De hecho, la decisión del Juzgado de Paz de la provincia de Río Negro, que dio motivo a la resolución judicial de la cámara que acabamos de relatar, tuvo como antecedente un pedido efectuado por la víctima, representada por la Defensoría de Pobres y Ausentes (organismo dependiente del Ministerio Público y, por ende, parte del Estado). En el pedido de levantamiento de las medidas de restricción formulada, se planteaba que «ya se han reconciliado, que ya han solucionado sus problemas y que la violencia ha cesado entre ellos», a la par que se invocaba que al no reconocer a la víctima esa posibilidad se «invade su intimidad, que se siente absorbida por el Estado, el que en pos de su protección y en exceso tuitivo, decide cuidarla y protegerla por sobre su propia voluntad» (fundamento 2).

Sobre esa base, esgrimieron que se lesiona —como mencionamos— la intimidad y el derecho a la vida familiar libre de injerencias arbitrarias. Como bien puede apreciarse, esta postura se encuentra en las antípodas de la anterior, puesto que enfatiza el derecho pleno de la mujer de autodeterminar cómo y en qué contexto decide desarrollar su vida privada.

3. DIMENSIÓN NORMATIVA: DERECHOS A LA INTIMIDAD, AUTODETERMINACIÓN Y NO INJERENCIA FAMILIAR FRENTE A LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PROTECCIÓN DE LA MUJER

Hemos descrito en los párrafos que anteceden cuál es el núcleo duro de las situaciones fácticas que representan la problemática abordada. Ahora bien, a la hora de efectuar su encuadre en las disposiciones normativas vigentes se aprecia que ambas posiciones sustentadas tienen un andamiaje de justificación normológica que las ampara.

En este sentido, hemos señalado que la CEDAW exhorta a los Estados a la adopción de políticas y medidas tendientes a eliminar toda forma de discriminación de la mujer y, a la par, esta última goza de protección constitucional (artículo 75, incisos 22 y 23) y legal, a nivel nacional (Ley nacional n.º 26485) y local en las diferentes provincias argentinas.

Asimismo, la regla 19 de las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de Personas en Situación de Vulnerabilidad establece lo siguiente:

Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado la muerte, un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico o afectación patrimonial a la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto en el ámbito público como en el privado.

[...]

Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a diligencias, procedimientos, procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

Dichas normas generan un verdadero deber en la cabeza de los diferentes organismos del Estado, especialmente del Poder Judicial, para arbitrar medidas que tiendan a proteger y resguardar a la mujer víctima de violencia familiar o de género, según los casos.

Al respecto, a modo de ejemplo de norma procesal local —específicamente de la provincia de Corrientes, por corresponder al ámbito de quien escribe estas líneas—, merece la pena destacar que el nuevo Código Procesal Penal de Corrientes (Ley n.º 6518), que consagra un sistema plenamente adversarial, establece en su artículo 99, inciso d, el derecho de la víctima «a requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus parientes y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes». Seguidamente, el artículo 102 del mismo cuerpo normativo establece lo siguiente:

Seguridad de la víctima. En el supuesto del artículo 99, inciso d, se presumirá la existencia de peligro si se tratare de víctimas de los delitos contra la vida y contra la integridad sexual, delitos cometidos por una asociación ilícita u organización criminal o delitos contra la mujer cometidos con violencia de género.

La autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas necesarias para neutralizar el peligro. En especial, podrá reservar la información sobre el domicilio de la víctima o cualquier otro dato que revele su ubicación. La reserva se levantará cuando el derecho de defensa del imputado lo hiciera imprescindible.

Se advierte aquí un claro grado de oficiosidad en la adopción de medidas de protección respecto de la mujer por cuanto, si bien se consagra su posibilidad —como víctima— de solicitarlas, también se pone en cabeza del Estado el deber de imponerlas cuando el delito que se trate se encuentre inmerso en un contexto de violencia de género. Asimismo, esto tiene correlato en el Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la Provincia de Corrientes (Ley n.º 6580), cuando

señala en la primera parte del artículo 709 que «de oficio o a pedido de parte, siempre que las razones de urgencia lo justifiquen, el juez debe adoptar las medidas protectorias pertinentes para preservar la integridad física y psíquica de la persona damnificada».

Paralelamente, no puede negarse que la mujer goza del derecho a la intimidad (artículo 19 de la CN) y a la no injerencia arbitraria en la vida privada o familiar, en su domicilio o en su correspondencia, ni ataques a su honor o reputación (artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

A su vez, la Ley nacional n.º 26485 protege, en el artículo 7, inciso f, en el campo de la difusión de información, «el respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece». Asimismo, en su artículo 11, con relación a las políticas públicas en la materia, se impone la protección de la intimidad. Finalmente, en cuanto a garantías mínimas en los procesos judiciales y procedimientos administrativos, el artículo 16 de la misma ley referida consagra, en su inciso f, el derecho a «la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones».

Retomando, a manera de ejemplo, las normas procesales locales de la provincia de Corrientes, podemos señalar un refuerzo de esta postura, que se refleja en el artículo 694 del nuevo Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia, que establece que

también pueden denunciar hechos de violencia:

- a) cualquier integrante del grupo familiar;
- b) profesionales u operadores de servicios de salud, asistenciales, sociales, educativos que, en razón de su función, hayan tenido contacto con la persona damnificada;
- c) integrantes de la comunidad.

En estos supuestos, la persona damnificada puede ser citada por el juez interviniente dentro de las veinticuatro (24) horas para ser informada de la denuncia deducida en su favor, sin identificar al denunciante.

Claramente, esta citación carecería de sentido si no se considera la posibilidad de la presunta víctima de desestimar el relato de los hechos a su favor por el tercero, y descartar la denuncia efectuada en su nombre.

Como puede apreciarse, a diferencia de lo que ocurre con la faz procesal penal, aparece aquí un mayor grado de disponibilidad de la acción, por cuanto se respetaría la decisión de la mujer de no avanzar con una denuncia de actos de violencia en su contra, que realiza una tercera persona en su favor.

4. DIMENSIÓN VALORATIVA: DEBER DE PROTEGER, CÍRCULO DE LA VIOLENCIA Y DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LA MUJER Y LA NIÑA

Como bien se ha podido apreciar, la situación descrita es compleja y vigente; y la postura que se asuma, en uno u otro sentido frente a ella, dispone de fundamento legal. Esto marca la necesidad de procurar armonizar los derechos que se encuentran en juego —a los cuales nos hemos referido precedentemente— a la luz de las circunstancias fácticas.

En ese sentido, es innegable que la mujer goza de un amplio derecho a la autodeterminación, que conlleva la posibilidad de decidir libremente sobre todos los aspectos de su vida. Al respecto, pueden darse numerosos ejemplos sobre esa afirmación, pero, sin lugar a dudas, cuando menos en la República Argentina, podemos sostener que en la cúspide se ubica la amplia facultad de la mujer para abortar (Ley n.º 27610). Claramente, no es el cometido de este abordaje

encarar esa temática, ni tampoco esgrimir alguna postura en favor o en contra, sino, solamente, tomarla como muestra de la fortaleza de la autonomía de la voluntad que posee la mujer en nuestro sistema de derecho privado para adoptar decisiones sobre su vida privada.

En ese punto deviene casi insoslayable preguntarse cómo podría ser posible que la mujer, que tiene un fuerte poder de autodeterminar su conducta y sus decisiones, y que puede disponer sobre aspectos relacionados con el derecho a la vida, tenga vedada la posibilidad de elegir no denunciar o desistir de una denuncia ya formulada, cuando es víctima de violencia de género.

Este primer planteo permitiría sostener que el deber de protección que pesa sobre el Estado debería ceder, sin más, ante el derecho de autodeterminación de la mujer sobre su vida privada. Sin embargo, creemos que el eje de la cuestión transita por la noción de «libertad». La mujer, claramente, goza de un amplio abanico de posibilidades para elegir y decidir, siempre y cuando lo pueda hacer libremente, sin condicionamientos ni presiones de ningún tipo.

En este punto deviene relevante recordar que la noción de «mujer» constituye una «categoría sospechosa» en materia jurídica, que debe asociarse de manera directa con la noción de vulnerabilidad o de persona vulnerable (Medina, 2016). No debemos olvidar que, en este contexto, la mujer se encuentra inmersa en el llamado «ciclo de la violencia», compuesto de tres fases: la de acumulación de tensiones por parte del varón; la del incidente agudo de golpes; y la del pedido de disculpas o enamoramiento y reconciliación de la pareja, que termina desembocando en una nueva fase de acumulación de tensiones (Walker, 1980).

Esta situación conlleva sostener que la mujer, en estos casos, no se encuentra en posibilidad de decidir o elegir libremente, por cuanto su

voluntad adolece de vicios derivados del estado psicológico en que el ciclo de la violencia la coloca.

Desde esa perspectiva se proyectaría con mayor peso el deber del Estado, a través de sus organismos (entre ellos, el judicial), de avanzar sobre la disposición de medidas sobre el asunto particular, más allá de lo que indique la voluntad de la mujer en el marco de su derecho a autodeterminarse en su vida privada.

Ahora bien, auspiciando la armonización de ambos extremos, sin lugar a dudas, no todos los casos son iguales, por lo que creemos que no puede sostenerse una preeminencia en abstracto de subordinación de un derecho sobre el otro, sino que ello debe ser analizado en los casos concretos.

En esa línea de razonamiento, bien se ha sostenido que la violencia masculina

da cuenta de un exceso, de un soporte, de un tope que falla, de algo en relación a una pulsión desenfrenada que dio lugar a esa actuación —que va desde el insulto hasta el golpe, muchas veces mortífero—, y que debe ser pensada en cada sujeto en particular, con un grado de posicionamiento responsable en cada situación, que se debe analizar en cada caso (Lamberti, 2016, p. 85).

Sobre dicha base, creemos que se pueden sostener algunos criterios objetivos, con base normativa, que contribuyan a simplificar la adopción de la decisión en los casos concretos, cuando deba definirse si la mujer puede o no decidir si avanza con una denuncia de violencia hacia su persona, o si desiste de la ya formulada.

Así, un primer aspecto que debería observarse es si los hechos denunciados o de los que se ha tomado conocimiento constituyen o no un delito encuadrable en las normas penales. De ser ello así, como hemos dejado en evidencia, las disposiciones normativas conllevan

una carga mayor de orden público, por lo que las prerrogativas de los órganos judiciales para avanzar sobre el resguardo de la víctima primarán sobre el derecho a la autodeterminación de esta última.

Por el contrario, si nos encontramos ante situaciones fácticas que no encuadran en un delito, sin perjuicio de constituir conductas violentas y reprochables, ello conllevará la primacía del poder de decisión de la mujer, por sobre las prerrogativas de disposición de medidas protectorias en el caso concreto, cuando la mujer se niegue a peticionarlas.

Es que, además de la justificación jurídica, razones de orden práctico lo aconsejan, puesto que la disposición de medidas de resguardo (verbigracia, una exclusión del hogar o una prohibición de acercamiento) colisionarán en la práctica con la resistencia de la propia mujer, víctima que se pretende tutelar.

Ahora bien, esto en modo alguno implica sostener que debe dejarse a la persona al desamparo, en vista de sus propias decisiones. Ello nos conduce al segundo aspecto que creemos relevante sentar como criterio objetivo que facilite las definiciones ante estas situaciones difíciles. Este consiste en que la situación traída a conocimiento nunca debe permanecer sin abordaje.

Puede ocurrir que la víctima inmersa en ese círculo de violencia referido no se encuentre lo suficientemente fortalecida aún para formular u obtener una denuncia y un proceso que logre extractarla de la situación que vive. Por ello, si bien no siempre corresponderá la adopción de medidas urgentes de resguardo, ineludiblemente se deberá efectuar un abordaje fortalecedor de la mujer. Por ende, será fundamental el acompañamiento por parte de los organismos del Estado para lograr ese cometido.

Al respecto, merece la pena destacar que el Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la Provincia de Corrientes adopta el argumento referido y lo consagra normativamente la postura. En

su artículo 697, referido a la obligación de denunciar por parte de los profesionales de la salud y la educación que tomen conocimiento de situaciones de violencia, sostiene que

la denuncia debe realizarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de haber tomado conocimiento sobre la situación de violencia, excepto que se pueda acreditar de manera fehaciente que se está abordando la situación de violencia de manera responsable por profesionales u organismos capacitados. Solo en este supuesto la denuncia puede ser suspendida.

Conforme a ello, es deseable la generación por parte del Estado de mecanismos de abordaje interdisciplinarios y de atención por servicios especializados, tanto a la mujer como al hombre victimario, tendientes a resolver de fondo la cuestión.

En esa línea, se ha señalado que

el paso por un programa especializado en esta temática ha dado respuestas cuando el denunciado ha modificado patrones de conducta socioculturales de abuso de poder, eliminando prejuicios y prácticas basadas en la violencia de género y ha logrado el cumplimiento de sus obligaciones para con su familia, en el trabajo conjunto con los servicios jurídicos especializados (Lamberti, 2016, pp. 180-181).

En tercer lugar, en cuanto a los aspectos que pretenden constituirse en criterios objetivos a considerar con relación al tema abordado, creemos importante mencionar la relevancia de considerar la elección de la mujer —previo abordaje fortalecedor, claramente— cuando su deseo es el sostenimiento de la familia.

En efecto, cuando la violencia contra la mujer se produce en un entorno familiar, no debemos perder de vista que no solo se debe procurar su garantía de vivir una vida sin violencia, sino también el logro de una adecuada integración familiar, cuando su deseo es sostenerla.

Lo expuesto guarda relación con cuestiones más profundas vinculadas al entramado social en que vivimos. Al respecto, bien se ha sostenido que

en las familias atravesadas por una crisis violenta o en efecto que son crónicamente violentas, es factible que los niños que se críen en las mismas se constituyan a futuro como adultos crónicamente violentos. [...] Las familias violentas tienden a estar constituidas por personas criadas en una forma violenta y a menudo han sido víctimas de violencia en su infancia. Esto no significa que, en todos los casos, las víctimas serán padres violentos en el futuro, ya que la experiencia no se transmite como una fotocopia. Es posible que en el camino puedan encontrar el apoyo adecuado que los lleve a adoptar otro modelo de resolución pacífica de los conflictos, sea en la familia ampliada o en el tejido social (Bentivegna, 2015, p. 36).

De allí la relevancia de reforzar los mecanismos de abordaje cuando estemos en presencia de situaciones de violencia de género enmarcadas en el contexto familiar, a efectos de que las eventuales medidas de protección se consoliden indefinidamente en el tiempo, con un abordaje posterior adecuado para consolidar una familia pacífica, que constituya un núcleo básico elemental para la crianza de las niñas, niños y adolescentes.

Finalmente, esto nos introduce en el último aspecto a considerar como criterio objetivo para la toma de decisiones rápidas en los momentos en los que se presentan situaciones complejas como la que ha motivado el presente abordaje. En ese sentido, cabe señalar que la argumentación expuesta no deviene aplicable cuando la víctima de violencia es una niña. En tales supuestos, el orden público prima por sobre cualquier posibilidad de decisión privada —a pesar del grado de madurez cuando nos encontremos frente a adolescentes—. Las medidas de resguardo y abordaje posterior deben concretarse ineludiblemente,

sin que se admita la posibilidad de desistir de una denuncia formulada, o de condicionar la actuación a una petición concreta en ese sentido.

Esto es así dada la existencia de interseccionalidad (Basset, 2017, p. 19) en las vulnerabilidades, que implica que sobre una misma persona pesen varias categorías de esa especial situación, como ocurre en el caso que venimos refiriendo, donde se es, a la vez, mujer y niña.

En estos casos, «se impone revisar de manera crítica y poner bajo escrutinio el actuar de las instituciones sociales, judiciales, políticas, reubicándose la carga, el deber frente a la desventaja en el Estado» (Scherman, 2019, p. 285). En consecuencia, en los supuestos donde la violencia se proyecta sobre una niña, cabrá presumir con mayor grado de verosimilitud la afectación psicológica de la víctima y, por ende, su imposibilidad de romper el círculo al que hemos referido. Así,

la trampa que impide salir del círculo se completa con el desconocimiento de los propios derechos, y la violencia es un patrón de conducta en la que influyen factores culturales y sociales. Por ello es menester analizar el maltrato dentro de un marco más amplio que comprenda todas sus facetas (Novellino, 2006, p. 47).

5. CONCLUSIONES

En suma, cabe señalar que, en esta materia, como toda cuestión que involucre aspectos ligados al derecho de familia, niñez y adolescencia, no existen soluciones estandarizadas sino que serán los casos concretos los que delinearán las necesidades específicas a tener en cuenta para resolverlos. Al respecto, se auspicia una actuación prudente, con mirada amplia en la garantía razonable de los derechos de todos los involucrados.

Esperamos que estas sencillas y sintéticas líneas constituyan un pequeño aporte más para continuar repensando y construyendo soluciones justas. Con ello, daremos por logrado el cometido esperado.

REFERENCIAS

- Basset, U. C. (2017). La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos. En Basset, U. C. (coord.), *Tratado de la vulnerabilidad* (pp. 19-40). La Ley.
- Bentivegna, S. A. (2015). *Violencia familiar: violencia contra la mujer, maltrato y abuso sexual en la infancia*. Hammurabi.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de Viedma (2017). V. D. G. c/ G. I. H. s/ Ley 3040. Río Negro: 21 de noviembre de 2017. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2018/03/FA.-PCIAL.-CAM.-APEL.-CIV.-COM.-FLIA.-Y-MIN.-1%C2%B0-CIRCUNSCRIPCI%C3%93N-JUDICIAL-VIEDMA-R%C3%8DO-NEGRO.-Violencia.pdf>
- Cámara de Diputados de la Provincia de Corrientes (2019). Código Procesal Penal para la Provincia de Corrientes. Corrientes: 7 de noviembre de 2019. <https://hcdcorrientes.gov.ar/digesto/legislacion/codigos/Ley6518.pdf>
- Cámara de Diputados de la Provincia de Corrientes (2021). Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la Provincia de Corrientes. Corrientes: 7 de octubre de 2021. <https://hcdcorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/2021/10/Ley-6580.pdf>

- Congreso de la Nación Argentina (2009). Ley n.º 26485, Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales. Buenos Aires: 1 de abril de 2009. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/texact.htm>
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). Quito: abril de 2018. <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/item/817-cien-reglas-de-brasilvia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada. Tomo II*. La Ley.
- Lamberti, S. (2016). *Violencia masculina intrafamiliar: una visión integradora desde el psicoanálisis y el derecho*. 20XII.
- Medina, G. (2016). Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género? *Justicia Familiae*, 1(1), 15-74.
- Novellino, N. J. (2006). *Defensa contra el maltrato familiar*. Nova Tesis.
- Scherman, I. A. (2019). El Ministerio Público y la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En Grosman, C. P. (dir.), *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. Tomo II* (pp. 273-316). Rubinzal Culzoni Editores.
- Walker, L. E. (1980). *The Battered Woman*. Harper & Row Publishers.

Llanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5

La edición de este cuarto número de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia; el diseño y la diagramación lo realizó Rodolfo Loyola Mejía; la asistencia editorial, William Homer Fernández Espinoza y Ronald Robert Junior Callapiña Galvez; la corrección de textos, Jayro Jurado Urbina; y la gestión electrónica: Joel Jonathan Alhuay Quispe y Erik Almonte Ruiz.

Llanchikpaq: Justicia. Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú n.º 4

se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2022 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

JANET TELLO GILARDI

La interseccionalidad y la justicia juvenil restaurativa

MARCELA MOLINA VERGARA

La justicia juvenil y la determinación de estándares. Viejas reflexiones aún actuales para su entendimiento y recopilación de instrumentos internacionales sobre la materia

JORGE PARIASCA MARTÍNEZ

El proceso único familiar: de la formalidad a la modernidad

ANALÍA INÉS DURAND DE CASSÍS

Ese largo camino hacia la igualdad. Juzgando con perspectiva de género

EDUARDO ANTONIO REYES CASTILLO

La violencia familiar y la gestión de su tratamiento terapéutico en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

JOSÉ OSVALDO LEDESMA

Algoritmos y género: inteligencia artificial al servicio de la violencia simbólica

LUIS JORGE PODESTÁ

Interseccionalidad: mujeres adultas mayores

MARÍA LUISA CHARAJA COATA

Discriminación por condición de género y discapacidad en víctimas de violencia sexual: análisis desde la jurisprudencia

NORA ALICIA INFANTE y NÉSTOR OSCAR ANOCIBAR

El caso Diana Sacayan: ¿femicidio o travesticidio?

SERGIO JUNIORS SHWOIHORT

Perspectiva de género y autonomía de la voluntad: un abordaje armonizador del deber de protección judicial y el derecho a la libertad de decisión y autodeterminación de la mujer



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE



Acceso a la Justicia
de Personas en Condición de Vulnerabilidad
y Justicia en tu Comunidad