

PERÚ

Observatorio de Sentencias Judiciales

Los derechos de las mujeres en la mira



DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer
Dirección: Jr. Caracas 2624 – Jesús María
Teléfonos: 463-1236 / 463-8515
demus@demus.org.pe
www.demus.org.pe

Coordinación y edición: Jeannette Llaja Villena
Autores/as: Carlos J. Zelada Acuña, Cynthia Silva Ticllacuri, Ingrid Díaz Castillo, Paula Siverino Bavio, Beatriz Ramírez Huaroto y Julissa Mantilla Falcón.

Lima, marzo de 2014

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-05599

Corrección y estilo: Carmen Ollé Nava
Diseño y diagramación: Marisa Godínez
Impresión: Urbana Edición y Diseño S.A.C.
Av. César Canevaro 846, Dpto. 201 – Lince
Teléfono: 4719481
E-mail: urbana.gerente@gmail.com

Esta publicación es posible en el marco del proyecto “JUSTICIA DE GÉNERO: construyendo un sistema de justicia que responda a las necesidades de las mujeres urbanas y rurales que han sufrido violencia”, con el apoyo financiero de la Cooperación Belga al Desarrollo.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN INTRODUCCIÓN

CARLOS J. ZELADA ACUÑA	15
La violencia sexual en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un estudio preliminar desde la perspectiva de género	
1. ¿Por qué los jueces nacionales deben utilizar el enfoque de género?	17
2. ¿Aplica la Corte Interamericana el enfoque de género?	19
3. El caso del Penal Miguel Castro Castro y el cambio en los estándares de prueba sobre violencia sexual	21
4. Los nuevos criterios para la prueba de la violencia sexual con posterioridad al caso del Penal Miguel Castro Castro	27
5. Conclusiones	45
6. Bibliografía	47
CYNTHIA SILVA TICLLACURI	51
Los delitos sexuales en la política criminal peruana: análisis a partir de la legislación penal y jurisprudencia	
1. Introducción	53
2. Antecedentes	54
3. Política criminal peruana en los delitos sexuales	54
3.1 Legislación penal	
3.2 Jurisprudencia	
4. Conclusión	74
INGRID DÍAZ CASTILLO	77
Homicidio por emoción violenta y perspectiva de género: el caso de las mujeres víctimas de violencia que dan muerte a sus parejas	
1. Introducción	79
2. La propuesta del voto singular	79
3. El delito de homicidio por emoción violenta en el ordenamiento jurídico peruano	82

3.1	La “emoción violenta” como atenuante encubierta del conyugicidio	
3.2	Presupuestos de aplicación del homicidio por emoción violenta	
4.	Homicidio por emoción violenta y violencia de género	93
5.	Conclusiones	97

PAULA SIVERINO BAVIO 101

Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en el Perú: relevo jurisprudencial y pautas para el análisis

1.	Introducción	103
2.	Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos	106
3.	Infertilidad y fecundación invitro	107
4.	Cuestiones éticas y legales derivadas de la fecundación in vitro	108
5.	Situación normativa en el Perú	111
6.	Alcances de la permisión de las TERAS: el artículo 7 de la LGS	111
7.	La ovodonación en la primera opinión de la Corte Suprema	117
8.	La Corte Suprema y la maternidad subrogada mediando dinero: “no veo, no escucho, no existe”	119
9.	Maternidad subrogada por solidaridad y estatuto ontológico del embrión ¿una de cal y una de arena?	123
10.	Filiación, derecho a la identidad y verdad biológica	125
11.	El tratamiento del estatuto ontológico del embrión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	130
12.	El caso Artavia Murillo y algunas pautas frente al control de convencionalidad	132
13.	Algunas categorías en juego en las sentencias revisadas y preguntas pendientes	136
14.	A modo de cierre	139

BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO 141

Género y Derecho de Familia: enriqueciendo la administración de justicia

1.	Perspectiva de género: ¿qué y para qué?	143
2.	Una nueva mirada del Derecho de Familia	146
3.	El género en el Derecho de Familia I: el control de constitucionalidad en materia de filiación	149
4.	El género en el Derecho de Familia II: el cálculo de las pensiones alimentarias	156

5.	El género en el Derecho de Familia III: las consecuencias patrimoniales de una separación	161
6.	Reflexión final	166
7.	Bibliografía	167
JULISSA MANTILLA FALCÓN		171
El Auto 92 de la Corte Constitucional de Colombia: algunos comentarios sobre la importancia del análisis de género en las sentencias		
1.	Algunos antecedentes del Auto 92	173
2.	Principales aspectos del Auto 92	174
	a) Las obligaciones internacionales del Estado	
	b) Los presupuestos del Auto 92	
	c) Los ámbitos de análisis de la Corte	
	d) El énfasis en la violencia sexual	
	e) Las órdenes de la Corte	
3.	El seguimiento del Auto 92: el anexo reservado	190
4.	Conclusiones	191

PRESENTACIÓN

DEMUS presenta la publicación *Mujeres en la Mira. Observatorio de Sentencias*, una compilación de artículos jurídicos que analiza jurisprudencia nacional y supranacional en materia de derechos humanos de las mujeres. Su difusión no solo pretende dar un diagnóstico de la actuación del sistema de justicia, sino también evidenciar los desafíos que éste tiene frente a temas nuevos (reproducción asistida) o temas de preocupación histórica que deben remirarse desde el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos (violencia). Sin duda un elemento articulador de los diferentes análisis realizados es la necesidad de que operadores y operadoras de justicia incorporen el enfoque de género en su análisis jurídico.

Esta publicación guarda relación con una histórica preocupación institucional. DEMUS, desde su creación, ha trabajado para que las mujeres que han visto violentados sus derechos accedan a justicia y reparación. En un inicio litigando casos y analizando la respuesta del sistema de justicia, y luego impulsando procesos de incidencia política para la adopción de medidas que erradiquen la discriminación por género en los órganos que lo integran.

En ese marco, DEMUS ha impulsado diversos procesos de incidencia, entre los que se encuentra la aprobación del Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 sobre valoración de la prueba en delitos sexuales, así como la modificación del Reglamento de la Academia de la Magistratura para incorporar cursos de género dentro de su currícula regular. Asimismo, ha impulsado *diálogos ciudadanos* entre organizaciones de mujeres y operadores y operadoras de justicia con el objetivo de generar espacios de intercambio de información, de propuestas y de rendición de cuentas.

En ese contexto, esta publicación se presenta como parte de una estrategia integral de fortalecimiento del sistema de justicia, en la que no solo se proponen cambios sino también se hace vigilancia. Por ello se debe articular este libro con el Observatorio de Sentencias que DEMUS impulsa como parte de la Articulación Regional Feminista por la Justicia y los Derechos Humanos, a través del que se monitorea la actuación de las altas cortes de siete países de la región. En la medida de que podamos conocer más del sistema de justicia estaremos en posibilidades de generar propuestas y propiciar un cambio que beneficie a todas las mujeres, y a la larga a la democracia.

Con esta publicación, DEMUS espera contribuir a visibilizar el rol que viene desarrollando el sistema de justicia en materia de derechos humanos de las mujeres, así como proveer insumos que permitan la generación de propuestas para fortalecerlo. Solo con un sistema de justicia autónomo e independiente que respete los derechos humanos e incorpore el enfoque de género, así como el intercultural, se contribuirá a que las mujeres peruanas ejerzan sus derechos.

Lima, marzo de 2014.

María Ysabel Cedano García
Directora - DEMUS

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del principio de no discriminación ha permitido la revisión del marco normativo vigente y la erradicación de casi la totalidad de las normas que perjudicaban a las mujeres por el hecho de serlo. Esta realidad es un avance, sin embargo, aún está pendiente que los derechos reconocidos sean respetados, protegidos y garantizados por el Estado y la sociedad. En ese proceso uno de los principales desafíos es enfrentar el deficiente acceso a recursos judiciales efectivos que permitan la protección de los derechos de las mujeres.

Las mujeres que buscan justicia y reparación encuentran serios obstáculos para ejercer sus derechos, ya que además de encontrar barreras estructurales, socio culturales y políticas comunes a los demás ciudadanos y ciudadanas, se enfrentan a un sistema de justicia que incorpora de manera deficiente el enfoque de género en el diseño de sus políticas institucionales y en la atención de sus casos. En el Perú aún es incipiente la institucionalidad en género dentro del Poder Judicial; no existe una entidad responsable de la política interna de igualdad de género como en Argentina o Colombia, ni un Protocolo para juzgar con perspectiva de género como en México. Se identifican avances, pero más son los desafíos.

En ese marco es preciso seguir alertando sobre la urgencia que magistrados y magistradas incorporen el enfoque de género en su trabajo cotidiano, además de respetar principios constitucionales y actuar conforme al deber de debida diligencia impuesto por el marco nacional e internacional vigente. Lo interesante de los artículos que se presentan en la publicación es que alientan ese proceso, pero además dan insumos o generan propuestas que deberían ser implementadas para mejorar la actuación del sistema de justicia.

El libro se inicia con un artículo del Dr. Carlos Zelada donde se analizan ocho sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidas a casos de violencia sexual. A través de ellas, el autor describe el proceso que denomina de “feminización” del sistema interamericano y muestra como la Corte ha aplicado la Convención de Belem do Pará y, de la mano del enfoque de género, ha determinado nuevos estándares de prueba para los casos de violencia sexual, así como la definición y exigencia del deber de debida diligencia. Su lectura es imprescindible para conocer el marco internacional obligatorio en el que operadores y operadoras de justicia deben desenvolverse al conocer casos de violencia de género.

Luego, la Dra. Cynthia Silva analiza cuatro resoluciones de las Salas Penales de la Corte Suprema del Perú sobre delitos contra la libertad sexual. Ella evidencia como los operadores de justicia, excusándose en la aplicación de principios propios del *ius puniendi* y utilizando estereotipos de género, contrarían principios que amparan a las víctimas, entre los cuales se encuentran la igualdad y no discriminación, la motivación de las sentencias o la aplicación del principio de legalidad a su favor. Asimismo, desarrolla las deficiencias de la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, proponiendo su revisión.

En el siguiente trabajo, la Dra. Ingrid Díaz analiza el voto singular de una sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú y, a partir de él, cuestiona la aplicación del atenuante penal “emoción violenta” en los casos de homicidio por infidelidad así como en los homicidios perpetrados por víctimas de violencia de género a sus agresores, proponiendo para este último caso otro atenuante o eximente de pena. La autora justifica y propone que jurisprudencialmente se incluya una condición adicional en la aplicación de la atenuación de penas por “emoción violenta” evitando su uso en homicidios cometidos por causas irracionales.

Por otro lado, y en un tema distinto, la Dra. Paula Siverino analiza las resoluciones de la Corte Suprema del Perú, del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tienen impacto en la permisividad o no de las “Técnicas de Reproducción Asistida” en el Perú. El artículo evidencia que la jurisprudencia nacional se ha pronunciado de manera contradictoria sobre el artículo 7 de la Ley General de Salud (única norma referida al tema) y concretamente sobre la ovodonación, la maternidad subrogada y el status del concebido. La autora cuestiona la no aplicación del interés superior del niño, la invisibilización de las mujeres y la falta de fundamentación en algunas de estas resoluciones.

La Dra. Beatriz Ramírez, desde una perspectiva alternativa, analiza el marco normativo del derecho de familia. La autora muestra como el sistema de justicia ha usado el control difuso de constitucionalidad para inaplicar normas sobre filiación, las que se encuentran desfasadas y colisionan con los derechos fundamentales. Además cuestiona que la jurisprudencia no analice los derechos de las mujeres (que podrían estar en contradicción con los del demandado), ni la discriminación directa e indirecta contenida en la normatividad vigente sobre filiación. El artículo asimismo aborda la regulación y aplicación de las pensiones alimentarias y las consecuencias patrimoniales del divorcio, dando posibilidades para su abordaje desde un enfoque de género.

Finalmente, la Dra. Julissa Mantilla analiza el Auto 92 de la Corte Constitucional Colombiana sobre desplazamiento forzado y violencia sexual; resolución no vinculante para el Perú, pero que recoge criterios que pueden ser utilizados en la investigación y sanción de los casos de violencia sexual perpetrados durante el conflicto armado interno así como en la construcción de mecanismos de reparación. El artículo resalta la identificación de las diferentes situaciones en las que se puede manifestar la violencia sexual, el reconocimiento del impacto diferenciado y el cotinuum de la violencia (antes, durante y después del desplazamiento), así como la importancia de la reparación transformadora para modificar las condiciones de desigualdad y discriminación previas al conflicto armado interno.

Es preciso señalar que en los artículos del Dr. Carlos Zelada, la Dra. Paula Siverino y la Dra. Beatriz Ramírez se desarrolla, desde diferentes perspectivas, el enfoque de género el cual debe ser incorporado a la labor jurisdiccional.

Jeannette Llaja Villena
Editora
Asociada de DEMUS

**LA VIOLENCIA SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA CON-
TENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERE-
CHOS HUMANOS: UN ESTUDIO PRELIMINAR DESDE LA
PERSPECTIVA DE GÉNERO***

Carlos J. Zelada

CARLOS J. ZELADA ACUÑA

Profesor a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico. Es Master of Laws (LL.M.) de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard (2004) y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2001). Ha sido becario de la Fundación Fulbright (2003-2004) y cuenta con estudios de especialización en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (2002) y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2001 y 2012).

Es investigador asociado del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo en Argentina y de la Clínica Internacional de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de George Washington University en los Estados Unidos.

Entre 2004 y 2010 fue especialista de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y consultor de la Organización Panamericana de la Salud. Es también docente a tiempo parcial en la Especialidad de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Escuela de Postgrado en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Previamente fue profesor en la Escuela de Derecho de George Washington University en los Estados Unidos.

1. ¿Por qué los jueces nacionales deben utilizar el enfoque de género?

¿Confían los ciudadanos de las Américas en el Poder Judicial? La última década ha visto crecer el escepticismo de la población frente a las instituciones creadas desde el Estado para administrar justicia. De acuerdo con la encuesta *Latinobarómetro*, un estudio anual de opinión pública que se realiza desde 1996 en América Latina, el Poder Judicial figura entre las cinco instituciones en las que menos confían los ciudadanos del continente. Para el caso peruano, la encuesta revela que la confianza en el Poder Judicial se encuentra inclusive por debajo del promedio latinoamericano (*Latinobarómetro 2012*: 19-20). La crisis de credibilidad frente a los órganos encargados de la administración de justicia revela así un cuestionamiento ciudadano a la relevancia del derecho mismo en tal contexto (Lemaitre 2009: 23-40). ¿Es hoy lo jurídico una herramienta social eficiente para la solución de controversias y la satisfacción de las demandas de justicia de los individuos?

Pese a lo anterior, los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Comisión Interamericana” o “CIDH”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana” o “Corte IDH”) no han perdido la fe en el Poder Judicial. Por el contrario, han insistido en el rol esencial que le toca cumplir al Estado (y en particular, a los órganos encargados de la función jurisdiccional) en la lucha contra la impunidad y en la difusión de claros mensajes que coadyuvan al respeto y garantía de los derechos humanos, sobre todo de aquellos derechos de los individuos en mayor riesgo de sufrir actos de violencia y de discriminación.

En el caso de las mujeres, esto último es particularmente relevante pues a menudo la vía judicial se encuentra plagada de visiones estereotipadas que no han hecho otra cosa que validar socialmente las diferentes formas de vulneración de sus derechos (Mantilla 2013: 135). Lo anterior se suma a la poco arraigada “cultura de denuncia” presente en nuestros países para estos asuntos, lo que ha originado que la mayoría de estos episodios permanezca en la impunidad (CIDH 2007: párrs. 1-2).

* Elementos esenciales para la construcción de este texto han sido tomados de *Develando lo invisible: La feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, publicado en 2012 en coautoría con Diego A. Mauricio Ocampo Acuña. La referencia completa de dicho ensayo puede encontrarse en la bibliografía al final de este artículo.

Esto no significa que el conjunto de obligaciones y estándares del marco internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres recaiga de manera exclusiva en el Poder Judicial. Por el contrario, la judicatura “es sólo un componente de una estructura estatal obligada a coordinar los esfuerzos de todos sus sectores para respetar y garantizar los derechos humanos en general; principio que acarrea obligaciones para los Estados que sobrepasan las intervenciones de su poder judicial” (CIDH 2011: párr. 8). El Poder Judicial, sin embargo, es una línea esencial para la defensa de los derechos de las mujeres que debe recibir atención prioritaria en cada país, más aun cuando se ha comprobado que en las decisiones de los tribunales internos se suele realizar “una limitada e incipiente aplicación” de los estándares internacionales sobre la materia (CIDH 2011: párr. 12).

En ese contexto comienza a hablarse de la necesidad de tener una mirada de lo jurídico “desde el género”. Pero ¿qué significa la perspectiva de género? Hay que señalar que cuando se habla de “género” no debe concebirse el término para homologarlo necesaria y exclusivamente con las “mujeres”. El género como concepto va más allá e implica, en realidad, una construcción cultural, “un conjunto de creencias, prescripciones y atribuciones que se construyen socialmente tomando como base nuestras diferencias sexuales” (Mantilla 2013: 132). Por ello, cuando hablamos de la “perspectiva de género” estamos:

[...] por un lado, [ante] una crítica a la visión exclusiva del mundo en clave masculina y por otro, [ante] una relectura y resignificación de la historia, de la sociedad, de la cultura, la economía y la política. De lo que se trata es de hacer relecturas, resignificaciones y reconceptualizaciones que permitan un análisis diferenciado del mundo y de la realidad; de la aplicación de las normativas e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, para poder actuar sobre ella y transformarla mediante la práctica de relaciones igualitarias y no discriminatorias (Instituto Interamericano de Derechos Humanos 2008: 174).

Aplicar la perspectiva de género al universo del derecho (y, por ende, al trabajo de los magistrados judiciales) se hace todavía más urgente cuando se toma en cuenta que lo jurídico, como disciplina, suele construirse desde un punto de vista estrictamente androcéntrico o masculino, que hace invisible toda expresión que no se inscriba en los términos de dicha matriz (Facio 2007; Ramírez y Llaja 2011: 9-11). De allí la importancia que los tribunales nacionales adopten esta perspectiva al momento de decidir sobre las denuncias sobre vulneración de los derechos humanos de las mujeres. Y es que el enfoque de gé-

nero, cuando es bien aplicado, permite visibilizar lo que de otra forma sería imperceptible para los magistrados y para la sociedad.

2. ¿Aplica la Corte Interamericana el enfoque de género?

La última década de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los derechos de las mujeres ha estado marcada por una utilización explícita de la perspectiva de género en sus decisiones. Se ha establecido así un paradigma novedoso para la protección de las mujeres frente a la violencia, con un especial énfasis en los actos de violencia sexual. En otro trabajo he denominado a ese proceso, uno de “feminización” o “humanización parcial” del sistema interamericano (Zelada y Ocampo 2012: 142-7)¹.

En este texto analizaré la aplicación que la Corte IDH viene dando a la perspectiva de género en su jurisprudencia contenciosa relacionada con la violencia sexual². Revisaré así los estándares emanados de las decisiones de dicho tribunal, los mismos que fueron tejidos a partir de la sentencia en el caso del *Penal Miguel Castro Castro*³, momento clave en el desarrollo de los estándares para la acreditación de episodios de violencia sexual.

Hay que recordar que la violencia sexual no fue una preocupación inicial visible del derecho internacional interamericano en la medida que se asumía que su problemática ya se encontraba cubierta por los derechos generales consagrados tanto en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* como en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Zelada y Ocampo 2012: 146). No obstante, el sistema interamericano fue el primer sistema regional en adoptar un tratado específicamente destinado a la protección de las mujeres frente a toda forma de violencia, incluyendo la violencia sexual. El 9 de junio de 1994 los Estados de las Américas adoptaron la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, la denominada *Convención de Belém Do Pará*, contribuyendo así a la feminización del derecho internacional y, en particular, a la feminización del sistema interamericano de

¹ Digo “parcial” porque, por lo general, el tribunal todavía suele desconocer la gravedad de la violencia sexual perpetrada contra los hombres. Aunque es todavía una hipótesis de trabajo, al parecer la Corte IDH subsume los hechos de violencia sexual contra los varones bajo el término “afectaciones a la integridad personal” con el fin de evitar el efecto estigmatizador que suele causar la explicitación de estos episodios en la concepción de lo masculino.

² Este texto no estudia las decisiones, informes y resoluciones sobre esta temática emanados de la CIDH.

³ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

protección de los derechos humanos. La Convención de Belém Do Pará reconoce explícitamente en sus artículos 1 y 2 que la violencia sexual contra las mujeres es una forma de violencia que configura una vulneración de sus derechos humanos⁴. La Corte IDH ha venido interpretando progresivamente el contenido de este tratado, en especial como parte de las obligaciones que surgen del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia consagradas en el artículo 7 de ese mismo instrumento⁵.

Pero la Corte Interamericana no se pronunció sobre las disposiciones de la *Convención de Belém Do Pará* sino hasta 2006, en su sentencia en el caso del *Penal Miguel Castro Castro*⁶. Con anterioridad a

⁴ **Artículo 1**

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

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

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

⁵ **Artículo 7**

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

⁶ La Convención de Belém Do Pará entró en vigor el 5 de marzo de 1995, a menos de un año de su adopción. Actualmente es el tratado con el mayor número de ratificaciones y adhesiones de todo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Solamente Canadá, Cuba y Estados Unidos no son partes en dicho instrumento.

dicha decisión el tribunal conoció tres casos en los que se alegaba la ocurrencia de diversos actos de violencia sexual contra mujeres. Me refiero a las sentencias adoptadas en *Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia* (1995), *Loayza Tamayo Vs. Perú* (1997) y *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala* (2004). En tales decisiones, estos episodios fueron casi por completo invisibilizados (Zelada y Ocampo 2012: 148-155).

3. El caso del Penal Miguel Castro Castro y el cambio en los estándares de prueba sobre violencia sexual

La sentencia del *Penal Miguel Castro Castro* fue la primera decisión de la Corte Interamericana que aplicó la *Convención de Belém Do Pará*. La demanda presentada por la CIDH contra el Estado peruano estaba relacionada con una serie de presuntas vulneraciones ocurridas durante el “Operativo Mudanza 1” al interior de una prisión de alta seguridad. Como resultado del ataque, al menos 42 internos fallecieron, 175 terminaron heridos y otros 332 habrían sido sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Uno de los pabellones del penal en donde estallarían los ataques contra los internos estaba ocupado por mujeres, varias de ellas embarazadas.

La decisión es particularmente importante además porque en ella el tribunal señala explícitamente que analizará lo ocurrido desde la “perspectiva de género”. La Corte IDH afirmarí así que:

[...] tomar[ía] en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. [En tal sentido, h]a sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”⁷.

Las diferencias de este caso respecto de decisiones anteriores son saltantes en tanto la violencia sexual fue declarada no solo como un mero hecho de contexto⁸, sino que fue caracterizada como un aspecto puntual y concreto respecto de víctimas determinadas. Asimismo,

⁷ Corte IDH. Caso del *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Ob. cit., párr. 223.

⁸ *Ibidem*, párrs. 221-225.

era la primera vez que la Corte IDH tomaba en cuenta las declaraciones de las víctimas mujeres de un caso para acreditar los hechos de violencia sexual en su contra (Zelada y Ocampo 2012: 156). Pásemos ahora a recordar sucintamente las alegaciones que fueron acreditadas en el caso.

3.1 Los “actos de tortura” en contra de Juliana Marlene Peña Olivos

La representante de las víctimas alegó ante la Corte IDH que Juliana Marlene Peña Olivos fue violentada sexualmente como consecuencia de las heridas causadas por las puntas de bayonetas encontradas en su cuerpo, incluyendo el área vaginal⁹.

La Corte Interamericana estableció que Peña Olivos fue separada del resto del grupo, para luego ser torturada y ejecutada extrajudicialmente¹⁰. Para lograr determinar los hechos, el tribunal consideró el reporte forense, así como la declaración de la madre de la víctima, que relató que encontró el cuerpo desnudo y mutilado de su hija en un depósito de cadáveres con evidentes signos de mutilación y tortura¹¹.

El tribunal concluyó, sin embargo, que Peña Olivos fue solamente víctima de “actos de tortura” que configuraron “violaciones del artículo 5.2 de la Convención Americana y de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana¹² para Prevenir y Sancionar la Tortura”^{13 14}. La Corte Interamericana no se animó a calificar, como sí lo hizo para el

⁹ *Ibidem*, párr. 260.x. Esta misma narración se recoge en las páginas 55 y 56 del escrito de alegatos finales presentado por una de las representantes de las víctimas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/alefi_int.pdf>.

¹⁰ *Ibidem*, párrs. 187.a) 2 y 197.38.

¹¹ *Ibidem*, párr. 187.a) 2. De acuerdo con el relato de la Corte Interamericana: “El día 12 de mayo de 1992 [la madre de la víctima] fue a la Dirección Nacional de Investigación Criminal y Apoyo a la Justicia (DIRINCRI) porque le dijeron que allí había una lista de todos los fallecidos. Le preguntaron el nombre de su hija y le dijeron que no estaba en la lista. Volvió a ir a la morgue, en donde estaban otras madres que también buscaban a sus hijos. Funcionarios de la DINCOTE no las dejaban entrar, pero en un descuido de uno de ellos la testigo logró entrar y corrió hasta donde se encontraban los frigoríficos. Logró abrir un frigorífico y el cadáver de su hija le ‘ca[yó] encima’. La testigo manifestó que ‘eso no lo v[er] a olvidar nunca’ y describió lo que fue ese momento. En el piso habían tres bolsas bien cerradas, y la testigo las abrió. En una de ellas estaba Fernando Orozco, quien estaba descuartizado. Era el hijo de una de las señoras que estaba allí. En la otra bolsa había una persona calcinada, y en la otra un trozo de carbón. La hija de la testigo no tenía parte de su cabello y presentaba señales de que había sido arrastrada y golpeada. El médico de la morgue le ayudó con un cajón para sacar el cuerpo de su hija de la morgue”.

¹² **Artículo 5**

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

¹³ **Artículo 1**

Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

caso de las mujeres detenidas sobrevivientes, que existieron actos de violencia y hasta de violación sexual.

3.2 Las variantes de la violencia sexual en contra de las mujeres detenidas: Gaby Balcázar Medina, Miriam Rodríguez Peralta, Margot Lourdes Liendo Gil, Victoria Trujillo Agurto, Mercedes Ríos Rivera y Ana María Berríos Yenque

La Corte Interamericana se valió de una definición abierta de violencia sexual utilizada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Prosecutor v. Akayesu* para encuadrar la desnudez forzada de seis mujeres como actos de violencia sexual¹⁵. También utilizó los conceptos de violencia sexual emanados del artículo 7 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional¹⁶. Estábamos así ante un planteamiento que no había sido utilizado por el tribunal interamericano en casos anteriores. De acuerdo con la narración de la Corte IDH:

Artículo 6

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Artículo 8

Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

¹⁴ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, párrs. 293 y 432.b. Si bien la Corte Interamericana no llega a calificar lo sucedido con Olivos Peña como un acto de “violencia sexual” o “violación sexual” (como si lo haría con otras víctimas mujeres que sí sobrevivieron), al momento de otorgar las reparaciones por daño inmaterial decidió establecer una indemnización de US\$60,000 a su favor. Para las otras víctimas fallecidas, el tribunal había otorgado solamente US\$50,000. ¿Habrá considerado el tribunal que el ensañamiento descrito debía hacer una diferencia conceptual sólo a efectos de la reparación?

Llama la atención también que para los casos de las mujeres víctimas de “violencia sexual” que sí sobrevivieron, la Corte Interamericana ordenara entregar una indemnización adicional de US\$10,000 por encima de un rango que iba entre los US\$4,000 y US\$8,000. Para el caso de la única víctima de “violación sexual” sobreviviente, el tribunal consideró un monto adicional de US\$30,000. *Ibidem*, párrs. 433.a, 433.c, 433.ix y 433.x.

¹⁵ *Ibidem*, nota 161. La Corte Interamericana hace referencia también al caso *Prosecutor v. Kunarac del Tribunal Especial Internacional para la ex Yugoslavia*. *Ibidem*, nota 206.

¹⁶ **Artículo 7**

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

[...] c) Esclavitud;

[...] f) Tortura;

Algunas internas e internos heridos fueron trasladados al Hospital de la Sanidad de la Policía. Allí fueron desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas. En algunos casos les dieron una bata luego de quince días, al momento de trasladarlas a los penales donde fueron reubicadas. En el Hospital se encontraban rodeadas de individuos armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. A las internas no se les permitió asearse, estaban cubiertas con tan solo una sábana, y en algunos casos para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado, quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas¹⁷.

El tribunal llegaría así a la conclusión que sigue:

[...] esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres¹⁸.

El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; [...].

2. A los efectos del párrafo 1:

[...] c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

[...] f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; [...].

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

¹⁷ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Ob. cit., párr. 197.49. El resaltado es nuestro.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 306. El resaltado es nuestro.

seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles [...]”¹⁹.

Sorprende que la Corte Interamericana haya arribado a esta conclusión tan sólo para el caso de la desnudez femenina. Por ello, si bien la decisión es altamente positiva en los términos de la feminización que ya hemos referido, ésta se queda corta cuando se trata de visibilizar la misma violencia sexual pero contra los varones²⁰.

Por otro lado, en el caso particular de Ana María Berríos Yenque, la Corte Interamericana recibió un alegato que consideraba que la inspección vaginal dactilar realizada por “varias personas encapuchadas” en el Hospital de Sanidad de la Policía contra su voluntad resultaba además un acto de violación sexual²¹. El tribunal concluiría que, para este caso:

[...] los actos de violencia sexual a los que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar constituyeron [además] una violación sexual que por sus efectos constituye tortura. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, así como por la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la [...] Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de la interna²².

En estos seis casos el tribunal se valió principalmente de las declaraciones de las víctimas para establecer la ocurrencia de la violencia y de la violación sexual²³.

¹⁹ *Ibidem*, párrs. 308 y 432.h. El resaltado es nuestro.

²⁰ Cabe destacar que en un párrafo precedente, el tribunal había acreditado que algunos internos también habían sido desnudados forzosamente: “El 22 de mayo de 1992 agentes del Estado trasladaron a los prisioneros que se encontraban en ‘tierra de nadie’ y en ‘admisión’ al patio del pabellón 1A. Durante ese traslado, los agentes se colocaron en filas paralelas formando un callejón por el cual debían pasar los internos, quienes habían sido obligados a desnudarse, y fueron golpeados con objetos contundentes, en la cabeza, los riñones y otras partes del cuerpo”. *Ibidem*, párr. 197.46. El resaltado es nuestro.

²¹ *Ibidem*, párrs 197.50 y 309. Ver especialmente la nota 87 de la sentencia. El relato específico de este episodio puede encontrarse en las páginas 65 y 66 del escrito de alegatos finales presentado por una de las abogadas de las víctimas ante la Corte Interamericana. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/alefi_int.pdf>.

²² *Ibidem*, párr. 310 y 432.g. Cabe señalar que para la Corte Interamericana, Ana María Berríos Yenque es considerada la única víctima tanto de violencia sexual como de violación sexual en el caso (Ver además la página 12 del Anexo 2 de la sentencia).

²³ *Ibidem*, párrs. 197.50 y 309-313.

No puedo dejar de mencionar que, párrafos más adelante en la sentencia, la Corte IDH realizaría decisivas afirmaciones en la consideración jurídica de la violación sexual femenina:

La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno²⁴.

Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. 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 viril²⁵.

La importancia de la sentencia del *Penal Miguel Castro Castro* radica en que en ella el tribunal interamericano valoró extensamente las declaraciones de las víctimas como prueba suficiente para la acreditación de determinados hechos de violencia sexual (incluyendo los actos de “violación sexual” propiamente dichos): un rompimiento “definitivo” con el criterio establecido en sentencias previas. La Corte Interamericana tomó en consideración la situación de sujeción continua de las mujeres en tanto personas privadas de libertad y, por otro lado, la sujeción en el marco del ataque a la población civil que devino producto del operativo en el penal²⁶.

La decisión resulta importante, además, porque allí el tribunal reconoce que la violencia sexual era un hecho de contexto que generaba la responsabilidad internacional respecto de víctimas “concretas” y visibles en el conflicto armado interno peruano. De la mano de los nuevos estándares adoptados desde el derecho internacional comparado

²⁴ *Ibíd.*, párr. 306.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 310.

²⁶ *Ibíd.*, párrs. 311 y 313.

y de la *Convención de Belém do Pará*, se hacía visible la violencia sexual contra aquellas mujeres privadas de libertad o en sujeción de agentes estatales: Una de las prácticas más odiosas de abuso contra las mujeres en las Américas.

4. Los nuevos criterios para la prueba de la violencia sexual con posterioridad al caso del Penal Miguel Castro Castro

Las sentencias posteriores al *Penal Miguel Castro Castro* han narrado episodios de violencia sexual tanto en el marco contextual de conflictos armados como en específicos eventos de abuso. Estas decisiones han permitido realizar un progresivo reexamen y renovación de los estándares de prueba tradicionales sobre la materia. Las secciones que siguen en este acápite analizan las decisiones del tribunal interamericano en dicho período.

4.1 Los indicios en los cadáveres de las mujeres en Ciudad Juárez

Puede afirmarse que la sentencia de la Corte IDH en el caso “*Campo Algodonero*” es la guía fundamental de nuestro sistema regional para la acreditación de la violencia de género. En “*Campo Algodonero*” la CIDH alegaba que el Estado de México había incurrido en responsabilidad internacional por las irregularidades y retrasos en la investigación de las desapariciones y la posterior muerte de tres mujeres (dos de ellas, menores de edad) en Ciudad Juárez.

Ésta es una decisión que identifica con claridad los patrones y los estereotipos que pueden constituir situaciones de discriminación contra la mujer atribuibles al Estado. La sentencia es importante, además, porque es en este caso donde por primera vez el tribunal se pronuncia sobre actos de violencia sexual cometidos por particulares, esta vez valiéndose de los indicios encontrados en los cadáveres y de una serie de hallazgos de contexto.

Luego de analizar las diversas piezas procesales del caso²⁷, la Corte Interamericana determinó que, para el momento de la desaparición de Claudia Ivette González Banda y de las niñas Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal, ya estaba acreditado que en

²⁷ En el caso “*Campo Algodonero*”, la Corte Interamericana tuvo que examinar diferentes peritajes presentados por las partes del proceso, los informes presentados por el Estado, así como los documentos producidos en el marco del sistema universal de protección de los derechos humanos. Sobre la base de estos pronunciamientos, el tribunal determinó la existencia de patrones de violaciones de los derechos de las mujeres que servirían para caracterizar posteriormente los indicios de violencia sexual de las víctimas del caso.

Ciudad Juárez se presentaba un aumento del número de homicidios de mujeres, así como de las tasas de impunidad de los crímenes con aparentes móviles sexuales²⁸.

Ante la imposibilidad de documentar exactamente cómo fallecieron las víctimas del caso, el tribunal se valió de los indicios forenses que sugerían que los cadáveres encontrados fueron el resultado de la comisión de “delitos de índole sexual”²⁹. Por ejemplo, la Corte IDH encontró que Esmeralda Herrera Monreal se encontraba maniatada por la espalda, desnuda y mutilada en sus senos. A partir de lo anterior, el tribunal determinó que la niña “sufrió un ensañamiento tal que le debió causar severos sufrimientos físicos y psíquicos en forma previa a su muerte” con fines sexuales³⁰.

Respecto de las otras víctimas, la niña Laura Berenice Ramos Monárriz y la joven Claudia Ivette Gonzáles Banda, la Corte Interamericana se encontraba en el dilema de no poder distinguir entre cuáles eran los daños directamente causados por los agresores y qué afectaciones resultaban del deterioro natural de los cadáveres por el paso del tiempo. El tribunal estimó que, de modo similar a la niña Esmeralda Herrera Monreal, las otras dos muertes del caso “muy posiblemente [...] tuvieron un móvil sexual, pues las jóvenes fueron encontradas semi desnudas en la parte inferior del cuerpo y Laura Berenice Ramos Monárriz con la blusa y el *brassier* levantados por encima de los senos”³¹.

La Corte IDH contextualizó además tales indicios señalando que en Ciudad Juárez ya existían casos similares de mujeres que presentaban los mismos signos de “violencia sexual”, situación que había sido acreditada sobre la base de documentos de fuente diversa, generados a lo largo de muchos años³². Es importante destacar que el trabajo del tribunal en “*Campo Algodonero*” recubrió como verdad judicial los padecimientos de otras decenas de mujeres en Ciudad Juárez que habían sido alegados por familiares y activistas de derechos humanos durante varios años, otorgándoles legitimidad a partir de un caso concreto.

El reconocimiento del tribunal reiteró así los pronunciamientos planteados por otros órganos de supervisión internacional en el mismo sentido.

²⁸ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 164.

²⁹ *Ibidem*, párrs. 213 y 220.

³⁰ *Ibidem*, párr. 219.

³¹ *Ibidem*, párr. 220.

³² *Ibidem*, párrs. 116 y 117.

Ante la ausencia de declaración de las víctimas asesinadas, la Corte IDH estableció que los cuerpos desnudos y mutilados de las mujeres esclarecían todavía más los hechos de violencia sexual que venían sucediendo en Ciudad Juárez como parte de un contexto de discriminación contra la mujer. En “*Campo Algodonero*”, el tribunal se valió de estos indicios para determinar la existencia de actos de violencia sexual cometidos presuntamente por actores particulares, pero igualmente atribuibles al Estado en el marco de su obligación de garantía.

Por último, la gravedad de las agresiones contra estas tres víctimas llevó a que el tribunal adoptara una serie de medidas para prevenir y remediar la violencia sexual frente a la que todavía permanecían amenazadas las mujeres de Ciudad Juárez. En efecto, si se leen con detenimiento las medidas de reparación ordenadas al Estado en la sentencia para el plano de la satisfacción, la garantía de no repetición y la rehabilitación, no resulta difícil percibir ya una ruta mejor consolidada del tribunal hacia una más completa humanización (y feminización) del sistema interamericano en lo que a violencia sexual se refiere³³.

4.2 El caso de la Masacre de las Dos Erres y la violación de mujeres y niñas en Guatemala

Cuando la CIDH presentó su escrito de demanda en el caso de la *Masacre de las Dos Erres*, ésta basó sus alegatos fácticos en el relato de los episodios de violencia sexual contra niñas y mujeres contenidos en el informe “Memoria del Silencio” de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (en adelante, “CEH”).

El tribunal tomó en cuenta los alegatos de la CIDH, otorgándole al informe “Memoria del Silencio” el valor de contexto³⁴ y determinando que, en el caso concreto y como parte de dicho marco fáctico, varias niñas no identificadas fueron violadas sexualmente (siendo dos de ellas degolladas) por miembros de las Fuerzas Armadas que perpetraron además una serie de abortos forzados. En palabras de la Corte IDH, el aterrador relato es el que sigue:

Alrededor de las 4:30 p.m. [del 7 de diciembre de 1982] los Kaibiles sacaron a los hombres de la escuela y los llevaron vendados y maniatados a un pozo de agua inconcluso donde los fusilaron. Después sacaron a las mujeres y los niños para llevarlos al mismo lugar. En el camino muchas niñas fueron violadas por los Kai-

³³ *Ibidem*, párrs. 464-549.

³⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 58.

biles, particularmente por los subinstructores. [...] En los hechos de la masacre perdieron la vida por lo menos 216 personas.

Cerca de las 6:00 p.m. llegaron al Parcelamiento dos niñas, las cuales fueron violadas por dos instructores militares. Al día siguiente, cuando los Kaibiles se marcharon se llevaron a las dos niñas y las violaron nuevamente para luego degollarlas. [...]

El día 9 de diciembre de 1982, vecinos de la aldea Las Cruces se acercaron a Las Dos Erres y descubrieron trastos tirados por todas partes, los animales sueltos, también vieron sangre, cordones umbilicales y placentas en el suelo, ya que la crueldad desplegada por los soldados alcanzó tal punto que a las mujeres embarazadas les causaron abortos producto de los golpes que les propinaban, incluso saltando sobre el vientre de dichas mujeres hasta que salía el feto malgrado [...]³⁵.

Las determinaciones sobre el contexto eran de particular importancia para el caso porque el tribunal carecía de competencia temporal para pronunciarse sobre los hechos mismos de la masacre. Es así que en la decisión, el tribunal parte por recordar sus hallazgos sobre la violencia sexual establecidos en el caso *Masacre Plan de Sánchez*³⁶ para examinar “en dicho contexto” las declaraciones de uno de los sobrevivientes de este episodio³⁷. Luego de ello, la Corte IDH determinó que el Estado de Guatemala resultaba responsable internacionalmente al no haber investigado de manera diligente la comisión de los actos de violencia sexual durante la masacre en las Dos Erres por parte de sus agentes militares³⁸.

Por ello, el tribunal –sin pronunciarse sobre la responsabilidad directa de los agentes estatales– ordenó al Estado que, como parte de la reparación, investigara los episodios de violencia sexual narrados en el expediente y cometidos contra las niñas y las mujeres víctimas del caso³⁹.

Es importante señalar que en esta decisión la Corte IDH no determinó la existencia de las víctimas concretas de la violencia sexual, sino que subsumió en las violaciones colectivas los padecimientos

³⁵ *Ibidem*, párrs. 79-81.

³⁶ Curiosamente, *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala* es parte de los casos emblemáticos en los que la Corte IDH pierde la oportunidad de visibilizar adecuadamente los episodios de violencia sexual contra mujeres (Zelada y Ocampo 2012: 152-5).

³⁷ *Ibidem*, párr. 138.

³⁸ *Ibidem*, párr. 141.

³⁹ *Ibidem*, párrs. 233.b y 233.c.

alegados de niñas y mujeres anónimas que, de hecho, padecieron vulneraciones que no habían sido diligentemente investigadas por el Estado. El objetivo, en realidad, era que tales episodios no quedasen nuevamente invisibilizados en razón de las limitaciones impuestas por la competencia temporal del tribunal y por la propia dinámica de los hechos ocurridos casi tres décadas antes durante la masacre⁴⁰.

Este ejercicio de subsunción frente al contexto colectivo parecía vencer así la condición de anonimato de las narraciones de las víctimas de violencia sexual del conflicto armado guatemalteco.

4.3 Las violaciones sexuales contra Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú en el estado de Guerrero

En los casos de *Inés Fernández Ortega y de Valentina Rosendo Cantú*, la Corte Interamericana debía establecer si México era responsable internacionalmente por los actos de violación sexual presuntamente cometidos contra dos mujeres indígenas en el contexto de una serie de operativos militares en el estado de Guerrero. El tribunal contaba básicamente con los testimonios de las víctimas y de terceros allegados a ellas. A pesar de haber realizado un reconocimiento de responsabilidad internacional, el Estado mexicano cuestionaba la credibilidad de las narraciones de los episodios de violencia sexual ante la imprecisión de las circunstancias específicas de los relatos de lo ocurrido⁴¹.

En este escenario, la Corte IDH reiteró la importancia de la declaración de las víctimas de violencia sexual, reafirmando así las consideraciones de la sentencia del Penal Miguel Castro Castro y abandonando, una vez más, el estándar establecido en decisiones previas:

En primer lugar, a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho⁴².

⁴⁰ La masacre de las Dos Erres ocurrió entre el 6 y 8 de diciembre de 1982. Guatemala aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH el 9 de marzo de 1987.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 50.

⁴² *Ibidem*, párr. 100; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 89. El resaltado es nuestro.

La Corte IDH reconoció así que resultaba común que las víctimas revelaran imprecisiones en sus relatos, pero que tales circunstancias no debían conducir inexorablemente a la descalificación de la verdad de lo ocurrido⁴³. El tribunal tomó así en consideración la condición particular de cada una de las víctimas. En el caso *Inés Fernández Ortega*, por ejemplo, se trataba de una mujer indígena que no hablaba con solvencia en español, el cual no era su idioma materno⁴⁴. Por otra parte, en el caso *Valentina Rosendo Cantú*, se trataba de una niña afectada por los hechos y obligada a relatarlos sucesivamente desde 2002⁴⁵.

Asimismo, la Corte Interamericana complementó las declaraciones de las víctimas con otros indicios como la presencia militar en la zona el día de los hechos⁴⁶, además de las pruebas periciales deterioradas, las deficiencias en las investigaciones y el desconocimiento estatal de lo ocurrido: todos ellos, eventos que no le alcanzaban al Estado mexicano para desvirtuar las alegaciones de las víctimas⁴⁷.

Teniendo en consideración tales elementos, el tribunal estableció entonces que ambas mujeres fueron violadas por agentes militares. En el caso de Inés Fernández Ortega señaló que:

Después de más de ocho años de ocurridos los hechos, el Estado no ha aportado evidencia en el procedimiento del presente caso que permita contradecir la existencia de la violación sexual de la señora Fernández Ortega. Al respecto, este Tribunal considera que el Estado no puede justificarse con base, exclusivamente, en el desconocimiento de si la violación había existido y su autoría, cuando ello es consecuencia de sus propios errores o falencias, al destruir una prueba que estaba bajo su custodia. Concluir lo contrario implicaría permitir al Estado ampararse en la negligencia e inefectividad de la investigación penal para sustraerse de su responsabilidad por la violación de derechos reconocidos por la Convención Americana. Por todo lo anterior, la Corte encuentra probado que la señora Fernández Ortega fue víctima de una violación sexual cometida por un militar ante la presencia de otros dos militares que observaban su ejecución, cuando ella se encontraba en su casa⁴⁸.

⁴³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Ob. cit., párr. 104; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Ob. cit., párr. 91.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Ob. cit., párr. 105.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Ob. cit., párr. 91.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Ob. cit., párrs. 109-110; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Ob. cit., párrs. 97-98.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Ob. cit., párrs. 111-112.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 116. El resaltado es nuestro.

Mientras que en el caso de Valentina Rosendo Cantú afirmó que:

Con base en lo expuesto, la Corte encuentra probado que la señora Rosendo Cantú fue víctima de actos constitutivos de violación sexual, cometidos por dos militares en presencia de otros seis mientras se encontraba en un arroyo al que acudió a lavar ropa en las cercanías de su casa⁴⁹.

En realidad, el tratamiento de los eventos en el estado de Guerrero por parte del tribunal interamericano revela un radical cambio respecto del estándar establecido en la sentencia *Loayza Tamayo*, en la cual la declaración de la víctima había sido desestimada dada la “naturaleza del hecho” (Zelada y Ocampo 2012: 150)⁵⁰. Siguiendo el camino trazado desde la decisión en el caso del *Penal Miguel Castro Castro*, la Corte Interamericana entendía –finalmente– que era “la naturaleza de esta forma de violencia”⁵¹ la que obligaba a que se tomen en cuenta los relatos de las víctimas, los cuales, en suma, eran lo único que terminaba acompañando a las víctimas de una agresión sexual bajo tales circunstancias.

De este modo, el tribunal establecía que la declaración de la víctima resultaba un elemento decisivo para la acreditación de la violencia sexual, correspondiéndole ahora al Estado la carga de la prueba de que estos hechos no ocurrieron mediante el suministro de prueba indiciaria (por ejemplo, de exámenes médicos, así como de investigaciones administrativas, policiales, fiscales o judiciales): su ausencia convertía en más verosímiles las alegaciones de las víctimas. En este mismo sentido, la Corte IDH dispone así que en toda investigación penal por violencia sexual es necesario que:

- i) La declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro que le brinde privacidad y confianza;
- ii) La declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición;
- iii) Se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación;

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Ob. cit., párrs. 97-98; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Ob. cit., párr. 106. El resaltado es nuestro.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 58.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Ob. cit., párr. 100; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Ob. cit., párr. 89.

- iv) Se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea;
- v) Se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, y asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia; y
- vi) Se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso⁵².

Podemos señalar, entonces, que con estos dos casos se dibuja más claramente la feminización del derecho interamericano, pues se establecen reglas especiales para el procesamiento de la evidencia referida a la violencia sexual contra las mujeres, ya sea que se la haya reconocido como acto concreto o como cuadro de contexto.

Ahora bien, el Estado demandado no quedó satisfecho con las dos decisiones bajo este nuevo estándar. Por ello, con posterioridad a ambas sentencias, solicitó interpretaciones a la Corte IDH con el objetivo de cuestionar la valoración probatoria de la violencia sexual ocurrida. Los argumentos de México se sustentaban en que la prueba acreditada en el caso concreto podría prejuzgar el establecimiento de la responsabilidad individual por violencia sexual en el derecho interno, afectando de esta manera el principio de presunción de inocencia de los presuntos involucrados⁵³. La Corte Interamericana respondió así en su sentencia de interpretación para el caso *Fernández Ortega*:

La Corte Interamericana arribó a esa conclusión con base, entre otros, en los siguientes elementos de convicción: a) el testimonio de la víctima; b) la presencia militar en la zona el día de los hechos; c) las pruebas periciales oficiales del estudio de espermatobioscopia y de fosfata ácida; d) la valoración psicológica de la señora Fernández Ortega; e) la declaración de la hija de la víctima, presente el día de los hechos; f) la declaración de otros testigos que presenciaron los momentos posteriores y socorrieron a la víctima después de la agresión

⁵² Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Ob. cit., párr. 194; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Ob. cit., párr. 178.

⁵³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 224, párrs. 14-20; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225, párrs. 14-20.

y g) el hecho de que después de más de ocho años de ocurrida la agresión, el Estado no aportó evidencia que permitiera contradecir la existencia de la violación sexual. La Corte indicó que el Estado no podía justificarse exclusivamente con base en el desconocimiento de si la violación había existido y su autoría, cuando ello era consecuencia de sus propios errores o falencias, al destruir una prueba que estaba bajo su custodia. Concluir lo contrario implicaría permitir al Estado ampararse en la negligencia e ineffectividad de la investigación penal para sustraerse de su responsabilidad por la violación del derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana⁵⁴.

Mientras que para el caso *Rosendo Cantú* afirmó lo que sigue:

La Corte Interamericana arribó a esa conclusión con base, entre otros, en los siguientes elementos de convicción: a) el testimonio de la víctima; b) la presencia militar en la zona el día de los hechos; c) el dictamen médico psiquiátrico realizado a la señora Rosendo Cantú; d) la declaración de testigos que presenciaron los momentos posteriores a la agresión; e) la información que se desprende de determinadas exploraciones físicas de las que fue objeto la señora Rosendo Cantú con posterioridad a la violación sexual, y f) el hecho de que después de más de ocho años de ocurrida la agresión, el Estado no aportó evidencia que permitiera contradecir la existencia de la violación sexual. La Corte indicó que el Estado no presentó ante ella avances en la investigación iniciada por las autoridades que permitieran desvirtuar los indicios que apuntaban a la existencia de la violación sexual por parte de militares, y advirtió que, por el contrario, la defensa del Estado se apoyó en el desconocimiento de si la violación había existido y su autoría, lo cual es atribuible a sus propias autoridades. Concluir lo contrario implicaría permitir al Estado ampararse en la negligencia e ineffectividad de la investigación penal para sustraerse de su responsabilidad por la violación del derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana⁵⁵.

En suma, en ambos casos se establece que, en adelante, la carga de la prueba frente a los actos de violencia sexual la tiene el Estado, el mismo que puede aportar evidencia que desmienta tales alegaciones. Y viene allí una consecuencia esencial de este nuevo estándar probatorio: resulta fundamental para la defensa estatal la exhibición de investigaciones diligentes en el fuero interno sobre tales eventos.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Ob. cit., párr. 27.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Ob. cit., párr. 27.

4.4 La prueba de la violación sexual de una niña desaparecida en El Salvador

En Contreras y otros, la Corte IDH examinó su segundo caso de menores desaparecidos en El Salvador en el marco de una serie de operativos militares de ataque a la población civil con el propósito de capturar insurgentes.

En el proceso ante el tribunal, Gloria Herminia Contreras, una de las niñas desaparecidas sobrevivientes, relató que durante la “Invasión Anillo” a cargo del batallón Atlacatl fue separada de sus padres y luego secuestrada por un agente estatal. En su testimonio ante el tribunal, Gregoria Herminia declaró que cuando tenía 10 años el militar a cargo la violó con un cuchillo, para posteriormente abusarla sexualmente con tocamientos indebidos de manera sistemática. La víctima relató que se encontraba en un entorno de convivencia y amenaza con su agresor y que además había informado de estos hechos a otra persona a cargo de su cuidado, pero que ésta le restó credibilidad a sus narraciones⁵⁶.

Acto seguido, la representación del Estado emitió una declaración respecto de los hechos relatados por la víctima reconociendo su responsabilidad y sin cuestionar su veracidad⁵⁷.

En la sentencia, el tribunal se valió de la declaración de la víctima para determinar la responsabilidad internacional del Estado. En palabras de la Corte Interamericana:

[...] Gregoria Herminia Contreras fue sometida a varias formas de violencia física, psicológica y sexual, incluyendo maltratos físicos, explotación laboral, humillaciones y amenazas por parte de su agresor, quien también la violó con un cuchillo, en circunstancias en que se hallaba en una situación de indefensión y desvalimiento absoluto, así como sujeta a la custodia, autoridad y completo control del poder del militar Molina. Además, el Tribunal resalta que la violación sexual constituye una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico⁵⁸.

⁵⁶ Corte IDH. Audiencia pública del caso *Contreras y otros*. Vs. El Salvador (17 de mayo de 2011). Declaración de la víctima Gregoria Herminia Contreras. Disponible en: <<http://vimeo.com/album/1663770>> (parte 1).

⁵⁷ Corte IDH. Audiencia pública del caso *Contreras y otros*. Vs. El Salvador (17 de mayo de 2011). Declaración de la representación del Estado por el agente Arnoldo Bernal Chávez. Disponible en: <<http://vimeo.com/album/1663770>> (parte 1).

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 100.

Siguiendo la línea de sus decisiones previas en los casos mexicanos, la Corte IDH reiteró así la importancia de la declaración de la víctima para el establecimiento de la ocurrencia de la violencia sexual. La invisibilidad de la “brecha de género” existente en las primeras sentencias del tribunal continuaba dando paso a la consolidación de estos nuevos estándares probatorios.

4.5 La violencia sexual contra las mujeres maya de Río Negro

El 13 de marzo de 1982, la niña María Eustaquia Uscaplvoy fue abusada sexualmente y sus familiares asesinados en el marco de un ataque contra la población maya de Pacoxom por parte de miembros del ejército de Guatemala y de las Patrullas de Autodefensa Civil. Posteriormente, la niña fue conducida a Xococ, donde fue nuevamente violada.

En su análisis del caso, la Corte IDH valoró las repetidas declaraciones de la víctima a nivel interno, así como su testimonio ante el propio tribunal para dar por acreditado que ella había sido agredida sexualmente⁵⁹. Así por ejemplo, ante el fedatario público, María Eustaquia Uscaplvoy declaró el 15 de junio de 2012 que: “Lo que [le] hicieron no es una mentira, eso duele [,] y [que] por eso [se] involucr[ó] en buscar la justicia en Guatemala”⁶⁰.

La CIDH no sólo alegó la violación de Uscaplvoy, sino que añadió la violación de tres personas más (las mujeres J.O.S., V.C., y la niña M.T.), así como de un número indefinido de mujeres. Sin embargo, la Corte IDH no analizó las particularidades de los actos de violencia padecidos por las tres mujeres identificadas sólo por sus iniciales ni utilizó sus declaraciones para establecer el contexto fáctico del caso. El tribunal se valió más bien de sus hallazgos sobre violencia sexual en el conflicto armado guatemalteco de sus decisiones en *Masacre Plan de Sánchez* y en *Masacre de las Dos Erres* para reconocer esta realidad en el contexto de lo ocurrido⁶¹. Además, la Corte Interamericana echó mano –nuevamente– de los hallazgos de la CEH, así como de un singular peritaje (a cargo de RosalinaTuyuk)⁶² para establecer los impactos diferenciados de la violencia sobre el pueblo indígena maya.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C. No. 250, párr. 77.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 134.

⁶¹ *Ibidem*, párrs. 55-64.

⁶² *Ibidem*, en especial las notas 47, 57 y 58. Es importante señalar que la perito es también referida como “RosalinaTuyuc” en el párrafo 41 de la sentencia.

A partir de ello, el tribunal consideró que en el curso de la masacre en “Los Encuentros”, ocurrida el 14 de mayo de 1982, se cometieron actos de violencia sexual contra las mujeres mayas.

Ahora bien, en esta decisión la Corte Interamericana fue más allá de reconocer la situación de vulnerabilidad frente a la violencia armada, puesto que se valió de una serie de testimonios, además de los hallazgos de la CEH sobre el caso de las *Masacres de Río Negro*, para acreditar que, culminado el conflicto armado, la violencia sexual contra algunas mujeres maya bajo el control de agentes estatales o de particulares no se detuvo. El tribunal determinó que no sólo algunas mujeres fueron violadas sexualmente, sino que, en el marco de sus obligaciones convencionales en el sistema interamericano, le correspondía ahora al Estado atender diligentemente las denuncias presentadas a lo largo de las décadas posteriores a estos episodios⁶³.

4.6 La prueba de la violación sexual de un número indeterminado de mujeres en El Salvador

En el caso de la *Masacre de El Mozote y alrededores*, la Comisión IDH se enfrentaba a un nuevo episodio sobre graves violaciones cometidas esta vez por miembros del batallón Atlacatl, en el que se alegaba la ocurrencia de actos de violencia sexual contra mujeres jóvenes conducidas antes de sus ejecuciones extrajudiciales a las afueras de un caserío⁶⁴.

Al pasar a la fase contenciosa ante la Corte Interamericana, la CIDH presentó como medio de prueba la declaración de una de las víctimas sobrevivientes de la masacre, Rufina Amaya, que no sólo no padeció ni presencié directamente los actos de violencia sexual sucedidos, sino que murió antes de la remisión del caso al tribunal. Desde la ocurrencia de la masacre en 1981, Rufina Amaya había venido declarando en diversos foros en torno a los detalles de lo ocurrido⁶⁵.

Asimismo, durante el proceso el tribunal examinó la validez de varios testimonios de los militares perpetradores suministrados por la organización peticionaria del caso, la Oficina de Tutela Legal del Arzobispado, en el informe “Las ejecuciones masivas en el caserío El Mozote

⁶³ *Ibidem*, párrs. 226-228.

⁶⁴ CIDH. Informe No. 177/10. Caso No. 10.720 (Fondo). *Masacre de “El Mozote” y lugares aledaños (El Salvador)*. 3 de noviembre de 2010, párr. 64. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/10.720Esp.pdf>>.

⁶⁵ *Ibidem*, párrs. 56, 59, 61 y 257.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 256.

y otros sitios aledaños”⁶⁶. En el trámite de la denuncia, la Comisión Interamericana había considerado probada la violación sexual de un número indeterminado de víctimas teniendo en cuenta “la naturaleza de las mismas y la falta absoluta de actividad estatal durante más de una década para investigar lo sucedido”⁶⁷.

Es interesante destacar que la CIDH admitió los desafíos que presentaba la acreditación de la violencia sexual en este caso:

La Comisión observa las dificultades en la obtención de prueba en un caso como el presente. A esto se suma que las violaciones sexuales se perpetraron precisamente en el único caserío en el cual sólo una persona logró sobrevivir la masacre. Además, pasaron largos años desde las masacres hasta que se dio inicio a una investigación –aproximadamente 12 años– y cuando se dio inicio a la misma, no se contó con métodos adecuados y sostenibles de exhumación de restos de víctimas y práctica de exámenes forenses respecto de estos temas. Ante este panorama, la Comisión considera que en estas circunstancias, las declaraciones recabadas por la Oficina de Tutela Legal del Arzobispado constituyen la prueba, no controvertida por el Estado mediante investigaciones serias y diligentes, de que un grupo indeterminado de mujeres fueron violadas sexualmente en el caserío El Mozote, el 11 de diciembre de 1981, de manera previa a su ejecución extrajudicial.

Este caso resulta novedoso para los estándares de prueba de la violencia sexual: a diferencia de la mayor parte de casos “recientes” conocidos por la Corte IDH, donde se acreditaba la ocurrencia de violencia sexual mediante declaraciones (*Penal Miguel Castro Castro, Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y otra, y Contreras y otros*), las víctimas del presente caso no podían declarar sobre las vulneraciones sexuales que padecieron, ya que todas habían sido ejecutadas⁶⁸.

¿Cómo venía configurándose el estándar probatorio de la violencia sexual hasta este caso? Es importante recordar que, hasta este momento, en los casos en los que no se habían recabado declaraciones de todas las víctimas, la Corte IDH había aceptado admitir las

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 43.

⁶⁸ CIDH. Informe No. 177/10. Caso No. 10.720 (Fondo). *Masacre de “El Mozote” y lugares aledaños (El Salvador)*. Ob. cit., párr. 258. El resaltado es nuestro.

declaraciones de terceros (como en la masacre de las Dos Erres) para acreditar la violación sexual como hecho general o los exámenes forenses (casos “*Campo Algodonero*” y *Penal Miguel Castro Castro* –respecto de Juliana Marlene Peña Olivos–) para determinar actos específicos de violencia sexual. Además, en los casos sobre violación de la libertad sexual ocurridos en contextos de conflicto armado, el tribunal se había valido de los hallazgos contenidos en los informes de las “comisiones de la verdad” locales. Por último, la Corte Interamericana ya consideraba que la falta de diligencia por parte del Estado en la investigación de los episodios de violencia sexual y la no obtención de evidencia relevante para contradecir los testimonios de las víctimas (por ejemplo, la presentación de informes médicos forenses) resultaban en demérito de la defensa gubernamental, tal como se puede apreciar en las sentencias de los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*.

Sin embargo, lo que diferencia el caso de la *Masacre de El Mozote* de las anteriores decisiones es que allí resultaba imposible recabar las declaraciones de las principales víctimas (pues ya todas habían fallecido) u obtener sus registros de nacimiento o defunción (puesto que durante el conflicto armado tales documentos habían sido destruidos). Por otro lado, la posibilidad de obtención de peritajes forenses era inexistente en tanto el Estado salvadoreño no había investigado oportunamente los hechos.

Asimismo, en este último caso existía un problema para la calificación del contexto, puesto que la Comisión de la Verdad salvadoreña no reportó extensivamente los actos de violencia sexual de la masacre como sí lo habían realizado los mecanismos de justicia transicional de Perú y de Guatemala. Sin embargo, pese a la desatención de la perspectiva de género, la Comisión de la Verdad salvadoreña sí había logrado revelar los patrones de violencia desarrollados por los actores armados, así como por el Estado, para ejercitar la violencia contra la población civil.

La Corte IDH encontró así que las principales fuentes de prueba de la violencia sexual del caso se hallaban, en realidad, en la declaración de Rufina Amaya (quien murió sin dar sus declaraciones ante el tribunal interamericano), en las declaraciones rendidas por testigos ante la Oficina de Tutela Legal del Arzobispado y en la ausencia misma de la investigación estatal. Precisamente, la verosimilitud de las alegaciones sobre violencia sexual existentes en el caso se hacía más creciente ante la falta de diligencia estatal por un período de cerca de 12 años.

Durante el litigio, la Corte IDH tuvo la tarea de determinar quiénes eran las víctimas de violencia sexual en los siete lugares donde el batallón Atlacatl desplegó sus maquinarias de violencia contra la población civil. A partir de dicha discusión, el tribunal interamericano acreditó un número de víctimas indeterminado pero inferior al planteado por la CIDH, así como por los representantes de las víctimas, justamente con la condición de que el Estado sea flexible en la acreditación posterior en la fase de reparaciones⁶⁹.

De ese modo, para demostrar la violación sexual de un número indeterminado de mujeres, la Corte IDH tomó en cuenta el reconocimiento de responsabilidad realizado por el Estado en la audiencia pública del caso contencioso, así como el pedido de desagravio realizado por el Presidente salvadoreño en el caso concreto⁷⁰. A partir de estos hechos, el tribunal ratificó las declaraciones de Rufina Amaya y dio por probada la violación de las mujeres en un episodio concreto de la violencia armada:

Según fue reconocido por el Estado y establecido por Tutela Legal del Arzobispado en sus informes, a las mujeres más jóvenes las llevaron a los alrededores del caserío, especialmente a los cerros “El Chingo” y “La Cruz”, donde miembros del ejército las violaron sexualmente previo a asesinarlas⁷¹.

A partir de este razonamiento, la Corte IDH declaró por probada la violación sexual de las mujeres durante el conflicto armado en El Salvador en un conmovedor párrafo:

Por otra parte, en base a la aceptación de hechos realizada por el Estado, el Tribunal considera razonable otorgar valor en el presente caso a la serie de indicios que surgen del expediente, los cuales permiten inferir la veracidad de la perpetración de violaciones sexuales por parte de militares en contra de mujeres en el caserío El Mozote. Primeramente, a raíz de sus investigaciones, los informes de Tutela Legal del Arzobispado indican que, durante la conducción del operativo en El Mozote, habrían violado a muchas mujeres jóvenes antes de matarlas, principalmente en los cerros “La Cruz” y “El Chingo”. Por otra parte, la declaración de Rufina Amaya refiere que previo a las masacres los efectivos militares se habían asentado en los cerros “La Cruz” y “El Chin-

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Ob. cit., párrs. 52-57.

⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 77.

⁷¹ *Ibíd.*, párr. 93.

go”, lo cual se ve corroborado por los resultados de las inspecciones judiciales en dichos lugares que demostraron la existencia de trincheras en los mismos. Además, la señora Rufina Amaya declaró que el 12 de diciembre de 1981 escuchó gritos de algunas mujeres desde el cerro “El Chingo” que decían “Hay, hay, no nos maten”. Asimismo, durante su participación en la inspección judicial que se realizó en El Mozote indicó que, una vez que se logró esconder tras unos matorrales, logró ver que en la casa del señor Israel Márquez “los soldados estaban violando y dando muertes a un grupo de mujeres”. Las exhumaciones en dicho sitio indicaron que los restos en su gran mayoría pertenecían a individuos de sexo femenino. Adicionalmente, al denunciar los hechos el señor Pedro Chicas señaló que “los mismos soldados, se llevaron a las jóvenes [a los cerros] El Chingo y La Cruz, del mismo Caserío El Mozote, en donde las violaron, asesinandolas posteriormente”. Por otra parte, aun cuando no fue incluido en los hechos probados del informe de fondo, según fue establecido por Tutela Legal del Arzobispado en su informe, también habrían sido cometidas violaciones sexuales en el cantón La Joya, lo cual corresponde al Estado investigar⁷².

De este modo, el tribunal interamericano desenterró los hechos de violencia sexual del olvido histórico y la duda colectiva. Luego de acreditar estos hechos, reiteró su posicionamiento en los casos mexicanos sobre las violaciones sexuales contra las mujeres indígenas me’phaa dictando el siguiente estándar de prueba que nuevamente recuerda la invisibilidad de los primeros casos que quedaron impunes pese a las alegaciones de violencia sexual:

[...] la Corte reitera que resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. En esta línea, el Tribunal hace notar el contexto en el que fueron perpetradas las violaciones sexuales reconocidas por el Estado, esto es, en el transcurso de un operativo militar en el cual las mujeres se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado y en una situación de absoluta indefensión⁷³.

⁷² *Ibidem*, párr. 163. El resaltado es nuestro.

⁷³ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Ob. cit., párr. 164.

4.7 Más allá del “Diario Militar”: La violación sexual de una niña de nueve años

En 1999, la organización no gubernamental estadounidense *National Security Archive* publicó un documento oficial compuesto por un listado de al menos 183 víctimas de las fuerzas armadas de Guatemala que se daría a conocer como el “Diario Militar”. Entre sus páginas, el documento contenía la siguiente información sobre una de las víctimas desaparecidas y su esposo:

83. LUZ HAYDEÉ MÉNDEZ CALDERÓN

(s) CHAVE

Nombre falso: SOFIA ESTRADA.

Miembro del Secretariado del PGT-CC. Encargada de asuntos internacionales y propaganda del partido. Cuando (s) JULIAN venía de México, llegaba a dar a la casa de (s) Chave.

Su esposo MARCO ANTONIO SANTIZO VELASQUEZ (s) TITO ó CABALLON, es el responsable de la Oficina donde se reúne la DN. En la Zona 10, 4to. Nivel del Edificio Rodríguez.

1968, estuvo en Rusia.

08-03-84: Fue capturada en la 3ª. Avenida 22-16 Zona 19, Colonia San Francisco.

02-05-84 Pasó a U-4⁷⁴.

Tal como ocurrió con las demás listas de nombres, la información citada iba acompañada de las fotografías de algunos de los detenidos, torturados y desaparecidos. La Corte IDH tuvo conocimiento de este hecho, pero no se limitó a constatar la vulneración de los derechos humanos que se desprendían del “Diario Militar”. Por el contrario, indagó por los actos anteriores y posteriores a la penosa consignación de los datos en dicho documento.

Bajo dicho marco, el tribunal recibió la declaración de Wendy Santizo Méndez, hija de Luz Haydée Méndez Calderón, quien narró la incurción de la Policía Nacional en su domicilio el 8 de marzo de 1984, la tortura recibida por su madre y el secuestro sufrido por ambas y su hermano⁷⁵. En la última etapa de su narración, ella señaló lo siguiente:

⁷⁴ La versión completa del “Diario Militar” fue publicada por *George Washington University* y se encuentra disponible en: <<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB15/dossier-color.pdf>>. El registro No. 83 se encuentra en la página 24 de dicho archivo bajo el folio Z-83-1. También en: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 111.

⁷⁵ Corte IDH. Audiencia pública del caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala* (25 de abril de 2012). Declaración de la presunta víctima Wendy Santizo Méndez. Disponible en: <<http://vimeo.com/41501741>> (parte 1).

te: “Es bastante difícil [...] [pues] yo fui violada sexualmente y sufrí esa tortura durante el secuestro de mi madre. Yo pasé mucho tiempo pensando que no podría tener hijos, siempre me había imaginado que había quedado dañada de mi sistema reproductivo y gracias a Dios no fue así”⁷⁶.

Antes de concluir su narración, Wendy Santizo Méndez detalló además ante el tribunal lo que sigue:

Quiero decir que yo en ese momento apenas tenía 9 años, cuando se dio la violación sexual de mi persona yo no sabía que eso existía. Yo no sabía que un ser humano podría hacer eso en contra de otra persona. No tenía ninguna posibilidad de defenderme en ese momento. No podía gritar, yo no podía quitármelo de encima. No podía siquiera alcanzar su arma para detenerlo. No podía hacer nada. Y me parece que la violación sexual en Guatemala fue utilizada por el ejército como un arma de guerra y eso también tiene que ser condenado, porque no es posible que eso se vea como una forma para alcanzar sus objetivos, no puede ser una herramienta que pueda ser utilizada en contra de aquellos que hacen oposición política o que sueñan con un mundo diferente. Y quería mucho también quería expresar que esa niña que vive en mí tenía esa esperanza el día de hoy de poder decir eso y que este alto tribunal pueda condenarlo porque en aquel momento yo no me podía defender, pero tal vez desde este espacio hacia el pasado esta corte me puede defender⁷⁷.

En el presente caso, la Corte IDH no podía declarar acreditada la violencia sexual dado el reconocimiento temporal posterior de su competencia contenciosa por parte de Guatemala⁷⁸. A pesar de ello, tomó en cuenta la narración, y las múltiples piezas procesales suministradas en las que se consignó la desaparición forzada de su madre y los actos de violencia sexual a los que fuera sometida para remarcar la obligación de investigación diligente que el Estado debía adoptar cuando se detalla la ocurrencia de actos de tal naturaleza. Así, el tribunal declarararía que:

⁷⁶ Corte IDH. Audiencia pública del caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala* (25 de abril de 2012). Declaración de la presunta víctima Wendy Santizo Méndez. Disponible en: < <http://vimeo.com/41501741> > (parte 1).

⁷⁷ Corte IDH. Audiencia pública del caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala* (25 de abril de 2012) Declaración de la presunta víctima Wendy Santizo Méndez. Disponible en: < <http://vimeo.com/41501741> > (parte 1).

⁷⁸ Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*. Ob. cit., párr. 272.

La Corte observa que han pasado más de trece años desde que el Estado tuvo conocimiento de los hechos presuntamente ocurridos en contra de Wendy Santizo Méndez, a pesar de lo cual no ha tomado acciones específicas para investigar las alegadas violaciones. Al respecto, el Tribunal resalta que estas alegadas violaciones podrían constituir serias violaciones a la integridad personal, libertad personal y vida sexual de Wendy Santizo Méndez que podrían llegar a constituir tortura. Por esta razón, la Corte considera que el Estado incumplió con su deber de investigar -y con ello su deber de garantizar- los derechos consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 7.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, con el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio de Wendy Santizo Méndez⁷⁹.

De este modo, la Corte IDH mantuvo el criterio de la importancia fundamental de la declaración de las víctimas a la luz del contexto a fin de no invisibilizar la ocurrencia de un episodio de violación sexual. Era, en el fondo, la perspectiva de género aplicada para no dejar en la impunidad las secuelas de un hecho tan doloroso.

5. Conclusiones

Estas páginas han narrado una serie de horribles episodios de violencia sexual que le han ido cambiando el rostro a los estándares de prueba exigidos por la Corte Interamericana. Hoy la violencia sexual contra las mujeres es considerada indudablemente como una vulneración de derechos humanos y no es más invisible para nuestro sistema regional de protección.

De la mano de la perspectiva de género, la Corte IDH ha ido transformando sus estándares de prueba tradicionales para que, a afectos de acreditar la responsabilidad internacional del Estado, las víctimas de violencia sexual no estén obligadas, por ejemplo, a documentar sus sufrimientos más allá de la propia narración.

Los nuevos estándares establecidos por el tribunal (especialmente desde sus sentencias en los casos del *Penal Castro y Castro* y el *“Campo Algodonero”*) colocan además la carga probatoria de estos episodios sobre el Estado, exigiéndole ante todo una debida diligen-

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 282.

cia en las investigaciones internas en torno a estos hechos. Es aquí donde la Policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial juegan un rol esencial. La falta de interés de los agentes individuales en estos órganos abre la puerta a la responsabilidad del Estado en el plano internacional. El cumplimiento oportuno y eficiente de la obligación de debida diligencia se presenta así como la respuesta que la Corte IDH espera que los Estados presenten como estrategia de defensa cuando se enfrentan a las alegaciones sobre violencia sexual de la CIDH o de los representantes de las víctimas.

Desafortunadamente, la experiencia muestra que los Estados demandados no suelen conducir investigaciones serias en torno a estos acontecimientos, lo que puede explicar quizás –más allá de la falta habitual de un equipo competente– el resultado adverso que suelen enfrentar en este tipo de procesos ante el tribunal interamericano.

Esta ruta ha sido una marcada desde la feminización: un proceso desde el movimiento de mujeres que además todavía se encuentra incompleto. En todo caso, bastante se ha avanzado en casi una década en pos del cierre de las brechas que enfrentan las mujeres víctimas de violencia sexual en sus demandas de acceso a la justicia y a la reparación. Se va develando lo que era invisible, se va denunciando lo que antes se callaba por temor y estigma. Se va humanizando de ese modo el derecho interamericano. Todavía, sin embargo, existen espacios de “invisibilidad” que no han sido explorados desde la perspectiva de género en el sistema interamericano. Por ejemplo, los episodios de violencia sexual contra los varones.

Volviendo a los párrafos iniciales de este texto, toca ahora que los tribunales nacionales, imitando el proceso de humanización (o de feminización) en el que se encuentra inmerso el sistema interamericano, comiencen a aplicar la perspectiva de género y los estándares innovadores sobre violencia sexual que allí se han desarrollado. Quizás esté allí la semilla que permita recuperar parte de la fe perdida y la credibilidad de los ciudadanos en la administración de justicia. A estudiar se ha dicho, señores y señoras magistradas.

6. Bibliografía

- AH-KING, Malin (editora)
2013 *Challenging Popular Myths of Sex, Gender and Biology*. New York: Springer.
- BIRGIN, Haydée (compiladora)
2000 *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*. Buenos Aires: Biblos.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
2007 *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos.
- 2011 *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: Desarrollo y aplicación*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO
2012 *Informe de Prensa 1995-2011, Perú*. Santiago de Chile.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
1995 *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.
- 1997 *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
- 2004 *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.
- 2006 *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- 2009 *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- 2010 *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- 2011 *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 224.
- Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225.
- Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
- 2012 *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C. No. 250.
- Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.
- Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253
- EBOE-OSUJI, Chile
- 2012 *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- FACIO, Alda
- 2007 *“Hacia otra teoría crítica del derecho”*. El Otro Derecho. Bogotá, número 36, pp. 11-38.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
- 2008 *Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos*. San José.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta
- 2009 *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores y Universidad de los Andes.

- KOGAN, Liuba
2010 *El deseo del cuerpo. Mujeres y hombres en Lima*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- MANTILLA FALCÓN, Julissa
2013 *“La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: Asumiendo nuevos retos”*. Thémis, Revista de Derecho. Lima, número 63, pp. 131-146.
- PALAZZANI, Laura
2012 *Gender in Philosophy and Law*. Nueva York: Springer.
- RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz y Jeannette LLAJA VILLENA
2011 *Los Lentes de Género en la Justicia Internacional. Tendencias de la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionada a los Derechos de las Mujeres*. Lima: CLADEM.
- ZELADA, Carlos J. y Diego OCAMPO ACUÑA
2012 *“Develando lo invisible: La feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. *Derecho y Libertad. Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey*. Monterrey, número 9, pp. 138-190.
- ZELADA, Carlos J. y Eduardo BERTONI
2013 *“Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. *Forseti*. Lima, número 1, pp. 123-146.

LOS DELITOS SEXUALES EN LA POLÍTICA CRIMINAL PERUANA: ANÁLISIS A PARTIR DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y JURISPRUDENCIA

Cynthia Silva Ticllacuri

CYNTHIA SILVA TICLLACURI

Abogada consultora en temas de justicia penal y género. Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursa el Máster de Derecho Penal Universidad de Salamanca.

Como integrante de DEMUS elaboró la propuesta de Acuerdo Plenario 1-2011 sobre Apreciación de la prueba en delitos contra la libertad sexual de las Salas Penales de la Corte Suprema del Perú. Ha sido Comisionada de la Adjuntía para los derechos de las mujeres en la Defensoría del Pueblo, consultora del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y encargada de proyectos sobre justicia y género en DEMUS.

1. Introducción

El presente artículo busca analizar la política criminal peruana frente a los delitos sexuales, la legitimidad e impacto de sus componentes en el marco del Estado Constitucional y examinar algunas propuestas derivadas de la aplicación de la perspectiva de género⁸⁰ en este campo. En ese marco abordaremos los niveles y alcances de la protección al bien jurídico en los delitos sexuales, según características de las víctimas, tales como la edad, la procedencia, la vida social y sexual, entre otras.

Con el fin de desarrollar el análisis hasta llegar a la propuesta, consideramos que es importante mostrar las deficiencias en la regulación penal de los delitos sexuales y en la aplicación de las leyes penales que proscriben. Así como evidenciar los problemas que plantea la comprensión del tipo penal, los delitos sexuales, sus elementos y medios de configuración. Es trascendental también para el estudio de estos casos ir desarrollando una línea de razonamiento jurídico que se enmarque en los principios del derecho, lo cual justifica su validez en un Estado Constitucional de Derecho.

Este artículo es parte de nuestro Trabajo de Fin de Máster de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, cuyo objetivo es demostrar que la incorporación de la perspectiva de género a la batería de respuestas estatales frente a los delitos sexuales que conforman la política criminal peruana contribuirá a hacer su tratamiento más acorde con principios constitucionales e, incluso, con principios propios del derecho penal.

Esta investigación se viene realizando sobre la base de los métodos jurídicos feministas propuestos por Katherine Bartlett, que parten del presupuesto de que los y las operadores jurídicos nunca son neutrales y que el método guarda estrecha relación con los fines de una práctica o disciplina, por lo que aquel “asume una carga valorativa que se corresponde con los fines del sistema normativo al que pertenecen las reglas a ser aplicadas en tales métodos”⁸¹.

⁸⁰ El enfoque de género es relevante, porque, en primer lugar, pone de manifiesto que social y culturalmente a hombres y mujeres se les ha adscrito, de manera diferenciada, ciertas características (roles y atributos) que contribuyen a crear imágenes estereotipadas de ambos sexos. Estas imágenes estereotipadas han irradiado el campo del derecho, originando consecuencias perjudiciales para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres.

⁸¹ MORALES, Félix. “Teoría del Derecho y métodos feministas. El feminismo jurídico entre la política y el Derecho”, en Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana, Marisol Fernández y Félix Morales (coordinadores), Palestra, Lima, 2011, p. 213.

2. Antecedentes

La violación de la libertad e indemnidad sexual ocupa en Lima Metropolitana el tercer lugar en el orden de incidencia delictiva, según el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público⁸². De acuerdo con dicha entidad, entre el año 2000 y 2011 se cometieron 79,841 hurtos, 61,316 robos y 56,362 violaciones de la libertad sexual. Se reportó también que los delitos de robo, hurto, violación de libertad sexual y lesiones aumentaron entre el 2005 y el 2011 en 25.2%⁸³.

En el año 2011, el Dr. César San Martín, en su calidad de Presidente del Poder Judicial, mencionó que el 90% de casos sobre delitos sexuales que llegan a la Corte Suprema terminan con absolución por aplicación de estereotipos de género⁸⁴. Debemos considerar que existe un alto subregistro de casos porque se trata de delitos difíciles de denunciar por el impacto psicológico que producen y por la revictimización que muchas veces conlleva el proceso penal; así como por la dificultad para llegar a una convicción judicial respecto de la culpabilidad del imputado.

Según la Defensoría del Pueblo, la violación de la libertad sexual es el delito que ocupa el tercer lugar en la población penitenciaria en el Perú⁸⁵. También señala que del año 2006 al 2011, los delitos contra la libertad (especialmente, libertad sexual) se han incrementado de 19.72% a 22.72%.

3. Política criminal peruana en los delitos sexuales

La política criminal consiste no solo en “la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones.

⁸² El Observatorio de la Criminalidad, registro oficial del Ministerio Público, reportó que, de enero a julio de 2011, en Lima Metropolitana, los delitos de mayor incidencia son los delitos contra el patrimonio; en segundo lugar, contra la seguridad pública y en tercer lugar, contra la vida, el cuerpo y la salud y contra la libertad.

⁸³ OBSERVATORIO DE LA CRIMINALIDAD. Boletín semanal N° 15: Delitos de mayor incidencia en Lima Metropolitana y Callao 2000 – 2011. Lima. Enero de 2012, p. 2.

⁸⁴ Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=2S2CBwRh2b0>.

⁸⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 154-2011/DP. “El sistema penitenciario: componente clave de la seguridad y la política criminal. Problemas, retos y perspectivas”. Lima, 2011. También señala que del año 2006 al 2011, los delitos contra la libertad (especialmente, libertad sexual) han observado incremento porcentual, de un 19.72% a 22.72%.

De ese modo, también los elementos limitadores de nuestro ordenamiento jurídico penal, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho⁸⁶.

Cabe destacar que la política criminal “parte de la Política en general de un Estado, tiene las características básicas de cualquier actuación política: es un conjunto de estrategias para un determinado fin”⁸⁷.

El fin general de la política criminal “debe orientarse a la realización plena de la dimensión sustancial de la democracia, esto es, a la vigencia material de los derechos fundamentales ahí reconocidos”⁸⁸. De ese modo, los fines y objetivos específicos de la política criminal peruana, fundamentalmente, se orientan a la prevención de la delincuencia y del control social en general. Esta prevención debe ser racional, centrada en sus límites, es decir que debe respetar los parámetros de licitud en la actuación de los poderes públicos y privados, parámetros sobre la base del respeto a los derechos fundamentales⁸⁹.

Así configurada, la política criminal constituye el elemento fundamental de contenido de la dogmática penal⁹⁰. Sobre el particular, afirma Roxín que “una dogmática orientada políticocriminalmente, como hasta ahora (se ha) esbozado sólo para la antesala de la teoría de los fines de la pena, tiene ciertamente que satisfacer las exigencias de prevención general, pero no puede dejar fuera de consideración la concreta situación e individualidad del autor”⁹¹.

Reiteradamente se viene denunciando que, no obstante lo mencionado, en la actualidad la política criminal tiene una tendencia más re-

⁸⁶ ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el derecho penal y procesal penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 58.

⁸⁷ ZUÑIGA, Laura. Política criminal. Salamanca: Editorial Cólax, 2001, p. 23.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 24.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 39.

⁹⁰ Para Gimbernat se concibe como aquella disciplina “que tiene por objeto el conocimiento de las normas jurídico-penales” y la colocación de “los distintos conceptos logrados en un sistema científico lógicamente irrefragable”. MONTROYA, Yván. Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito. En *Derecho PUCP*, N° 71, 2013, p. 112. Cabe señalar que en América Latina y Estados Unidos se ha evidenciado que la aplicación del derecho es dogmáticamente incorrecta y respecto del segundo caso, “las estructuras teóricas de la responsabilidad criminal son demasiado débiles para resistir las presiones políticas favorables a la incriminación”. Frente a ello se busca desarrollar una dogmática penal sistemática, la cual presenta, entre otras, las siguientes ventajas: i. Aplicación del derecho racional, equitativa y diferenciada; ii. Más facilidad y mejor aplicabilidad del derecho; iii. Perfeccionamiento creador del derecho sobre la base del análisis de las relaciones intrasistemáticas (como ejemplo puede citarse el desarrollo del estado de necesidad justificante a partir del estado de necesidad suprapositivo); iv. Una mejor identificación de las decisiones valorativas implícitas del sistema jurídico-penal. AMBOS, Kai. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible. *Polít. crim.*, N°5, 2008, A6-5, p. 3. [http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_6_5.pdf]

⁹¹ ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 64.

presiva que preventiva; en la medida que su estrategia para enfrentar la criminalidad consiste en el agravamiento de penas, la creación de nuevos delitos, el adelantamiento de la tutela penal a actos preparatorios, el excesivo y poco justificado uso de la detención preventiva, la limitada aplicación de beneficios penitenciarios, entre otros, sobre todo relacionados con la seguridad ciudadana. Es así que el uso del recurso castigo, especialmente en delitos patrimoniales, no cuenta con los límites que impone el Estado social y democrático de Derecho, así como los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, se evidencia la ineficacia de este tipo de política criminal cuando se trata de evitar la consecución de nuevos hechos delictivos.

A través de sus fines y objetivos propuestos la política criminal responde a la prevención del fenómeno criminal y al respeto de los derechos fundamentales. De ese modo la racionalidad del fin de la política criminal se sustenta en la protección de la sociedad contra la criminalidad (control social), el tratamiento de los delincuentes y la garantía de los derechos (y seguridad) de las víctimas. Estas funciones pueden ser sintetizadas en las dos caras del control social: prevención y garantías⁹².

Sobre los delitos sexuales, podemos afirmar que son un ámbito considerado del núcleo duro del derecho penal, porque, pese a los devaneos legislativos, nadie discute la relevancia penal de la protección del bien jurídico libertad sexual. Consecuentemente, en este aspecto, ostenta los problemas de punitivismo severo y no sistemático. Por otro lado, también podemos advertir, especialmente a partir de la jurisprudencia de la materia, que el derecho penal sexual es uno de los instrumentos más poderosos de control de la moral sexual de las mujeres, rezagos que ha dejado una legislación protectora del honor sexual, actualmente no vigente, pero que sigue surtiendo efecto en el razonamiento de operadores que conforman el sistema penal. Como resultado, se estima cometido el hecho delictivo luego de examinar los antecedentes sociales y sexuales de la víctima, ya que de ello dependería la calidad de su consentimiento.

A partir de lo expuesto, consideramos que el control social derivado del *ius puniendi*, en los delitos sexuales no solo se proyecta respecto de conductas desaprobadas penalmente, sino también respecto de la conducta de quien resulta la agraviada del delito. Más adelante podremos apreciar cómo no es tan determinante el medio a través del cual el delincuente comete la violación sexual y sí el nivel de resistencia

⁹² ZÚÑIGA, Laura. Ob. cit., p. 163.

ejercido por la víctima para impedir la violación. Desde un análisis de género podríamos decir que también se ejerce control social de la vida sexual de las víctimas, considerando la invisibilización de la amenaza y la exigibilidad de la resistencia, incluso excediendo la ley; así como los medios probatorios que se requieren para acreditar la violación sexual –certificado médico legal que acredite la existencia de huellas de la violencia en el cuerpo de la mujer, certificado médico ginecológico que concluya desfloración reciente, denuncia inmediata, análisis de la vida sexual y social de la víctima que arroje que es una “mujer intachable”–. Ello, en mayor medida cuando las víctimas son mujeres adolescentes o adultas. Es posible, entonces, firmar que la administración de justicia protege mejor a las víctimas consideradas “intachables” y vírgenes, mientras que las demás van siendo expulsadas del sistema al no poder cumplir con esos requisitos. De ese modo, se discrimina a las segundas, impidiéndoles el acceso a justicia y reivindicar su relato en virtud del derecho a la verdad.

Pese a ello, no podemos dejar de mencionar la evolución del derecho penal con respecto al reconocimiento de la víctima como sujeto de protección. En ese sentido, se han creado instituciones procesales destinadas a dar cabida a los intereses de la víctima no solo en el proceso penal, sino también en mecanismos alternativos de resolución de los conflictos como la mediación⁹³. No obstante, es importante diseñar y analizar con perspectiva de género dichas instituciones, en la medida que no impactan de la misma forma en hombres y mujeres.

En el presente artículo analizaremos el abordaje de los delitos sexuales en la ley penal y la jurisprudencia como parte de la política criminal peruana.

⁹³ *Ibíd.*, p. 196. Sobre el particular, si bien podemos destacar que la mediación es un instituto procesal creado en atención a los intereses de las víctimas de delitos en general, debemos precisar que respecto de la violencia de género se ha advertido que “no es una solución que impida o detenga el ejercicio de dicha violencia sobre la misma, o incluso, otras víctima/s y en el futuro”. Ello, por la desigualdad de género entre las partes y por las condiciones emocionales en las que se encuentra la agraviada, en los casos de violencia de género. MARTÍN DIZ, Fernando. Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿es una alternativa viable? P. 190. Disponible en http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no3/reflexiones_sobre_violencia_de_genero_y_mediacion_penal.pdf.

<p>“Artículo 171.- Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir</p> <p>El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir:</p> <p>Quando el autor comete este delito abusando de su profesión, ciencia u oficio.</p>	<p>Penal privativa de libertad: no menor de 10, ni mayor de 15 años.</p> <p>Penal privativa de libertad: no menor de 12, ni mayor de 18 años.</p>
<p>Artículo 172.- Violación de persona en incapacidad de resistencia</p> <p>El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.</p> <p>Quando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio.” (*)</p>	<p>Penal privativa de libertad: no menor de 20, ni mayor de 25 años.</p> <p>Penal privativa de libertad: no menor de 25, ni mayor de 30 años.</p>
<p>“Artículo 173. Violación sexual de menor de edad</p> <p>El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:</p>	

<p>1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad.</p> <p>2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce.</p> <p>En el caso del numeral 2 si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.”</p>	<p>La pena será de cadena perpetua.</p> <p>Pena privativa de libertad: no menor de 30, ni mayor de 35 años.</p> <p>La pena será de cadena perpetua.</p>
<p>“Artículo 174.- Violación de persona bajo autoridad o vigilancia El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías a una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida o recluida o interna.</p>	<p>Pena privativa de libertad: no menor de 7 y no mayor 10 años. + Inhabilitación de 2 a 4 años, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 3.</p>
<p>Artículo 176.- Actos contra el pudor El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor.</p> <p>1. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170 incisos 2, 3 y 4. 2. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172. 3. Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima.”</p>	<p>Pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.</p> <p>La pena será no menor de cinco ni mayor de siete años.</p>

a. Problemas de tipificación respecto de las conductas que configuran delitos sexuales

El bien jurídico protegido actualmente es el de la libertad sexual en sentido negativo, protegiendo, de ese modo, “el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra en un contexto sexual”⁹⁴. Respecto de la indemnidad sexual se ha dicho que queda subsumida en la categoría de libertad sexual, “dado que no solo protege la libertad que esté disponible legalmente, sino también la que todavía no lo está”⁹⁵.

Actualmente, los delitos sexuales se encuentran regulados en el Código Penal de 1991, en el Capítulo IX, del Título IV, sobre delitos contra la libertad, entre los artículos 170 y 178. A partir de ello, se puede evidenciar la superación de la concepción de honor sexual como bien jurídico protegido, “en virtud de las cuales el Derecho penal sexual tenía por objeto la tutela de la honestidad u honor sexual de la mujer –lo que resulta, a todas luces, incompatible con los caracteres de la sociedad plural”⁹⁶. Este constituyó, por lo menos a nivel de la legislación penal, un avance de “liberalización y modernización del Derecho penal”⁹⁷.

Por otro lado, como se aprecia en el cuadro presentado, encontramos que la conducta típica prevé tipos de relación de poder explícitos y objetivos derivados de la fuerza física, relaciones de subordinación laboral, parentesco o en contexto de internamiento por salud, por medida de índole penal o vinculada al orden público.

En tal sentido, advertimos que la debilidad en cuanto a la legislación es su pretendida neutralidad –problemática en delitos como éste que se cometen casi en su totalidad contra mujeres– y, con ella, la invisibilización de las relaciones de poder que existen en nuestras sociedades, las cuales no requieren necesariamente dichas explícitas relaciones. Esta comprensión restrictiva del poder en la práctica “desvía la atención del poder ejercido –manifestado a través de la coacción, amenaza, fraude, violencia física, etc–”⁹⁸; nos referimos, para estos casos, principalmente a las relaciones de género. Si bien a primera

⁹⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Discriminación sexual y aplicación de la ley. Volumen IV. Lima, 2000, p. 26

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ REYNAALFARO, Luis. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial. Jurista Editores. Lima, 2005, p. 129.

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ MUJICA, Jaris. Violaciones sexuales en el Perú 2000-2009, p. 31.

vista parece que ello no comporta problemas, en la realidad, deja muchos casos fuera del sistema penal, por la imposibilidad de demostrar por los medios convencionales o comunes, relaciones de poder que se establecen en la sociedad entre hombres y mujeres. Aquí el factor del consentimiento cobra especial relevancia como elemento fundamental del tipo penal. En la generalidad de casos, porque “se presupone que las víctimas tienen siempre una capacidad de decidir involucrarse o no en un acto sexual y, por lo tanto, se asume que el consentimiento es también ausencia de una prueba material de la resistencia física o la inexistencia de fuerza física evidente del agresor”⁹⁹.

Aprovechamos el presente artículo para referirnos brevemente al tipo de actos contra el pudor, regulado en el artículo 176 del Código Penal de 1991, sobre el que aún queda como rezago del Código Penal de 1924 su moral sexual, evidenciada en el uso del término pudor. Por ello, tal como está la legislación, debe buscar superarse, a través de interpretación, equiparando el término pudor al de libertad sexual¹⁰⁰. Asimismo, sobre el tipo de actos contra el pudor, había advertido la Defensoría del Pueblo, un problema referido al elemento diferenciador de este tipo con los de violación u otros actos similares: el dolo. De ese modo, se basa la diferencia en un aspecto subjetivo, en tanto se configura el delito de actos contra el pudor cuando se agrede sexualmente pero sin el dolo de consumir la relación sexual no consentida. Ello “resulta contrario a un derecho penal de hecho y se asienta en un derecho penal de autor, inaceptable en un Estado democrático de Derecho”¹⁰¹.

En relación con los delitos de seducción y actos contra el pudor, encontramos también problemas por la carga moralizadora de los elementos que componen el tipo. Consideramos que por la denominación y comprensión de los mismos, ello coincide con el problema que identifica Reyna para delitos como el de favorecer la prostitución, en que la política criminal actual recuerda “la antigua propuesta de la “honestidad sexual” u “honor sexual” como bien jurídico protegido”. Esta carga de moralización es contemplada por Reyna¹⁰² como una primera marcada característica de la política criminal peruana en referencia a delitos sexuales.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 30.

¹⁰⁰ REYNA ALFARO. *Ob. cit.*, p. 101.

¹⁰¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Ob. cit.*, p. 26.

¹⁰² REYNA ALFARO, Luis. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*. Jurista Editores. Lima, 2005, p. 170.

b. Problemas de tipificación respecto de las penas establecidas para delitos sexuales

En lo concerniente a la legislación penal actual, referida a los delitos sexuales, se puede advertir que ha sido reiteradamente modificada sin considerar el grado de lesividad o de reproche penal respecto de las conductas tipificadas que quedaban fuera de las modificaciones. Por esa razón, esta parte tiene en común con muchas otras del Código penal la falta de sistematización y coherencia. En los artículos 171 y 172 que refieren la violación sexual de persona en incapacidad de resistir, con la diferencia que, en el primer caso, el agente es quien coloca a la agraviada en estado de imposibilidad de resistir, mientras que en el 172, el agente encuentra a la agraviada en ese estado. No obstante, el primer caso conlleva una conducta merecedora de mayor reproche penal –mayor desvalor de acción–, pues para la realización del tipo de violación sexual, el agente, para violar sexualmente, se ocupa, además, de colocar a la agraviada en incapacidad de resistir, resultando la pena considerablemente menor que en el segundo caso, en que el agente encuentra a la agraviada en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir la violación sexual. La diferencia de pena entre uno y otro es importante en el primer caso –quien coloca en incapacidad de resistir–, de 10 a 15 años de pena privativa de la libertad, mientras que en el segundo caso –quien encuentra a la víctima en incapacidad de resistir–, de 20 a 25 años.

Por otra parte, la cadena perpetua es un tipo de pena impuesto para los casos considerados más graves, en este capítulo, los delitos sexuales contra menores de diez años. Este tipo de condena, puede considerarse contraria a la Constitución, ya que no cumple con la exigencia de las penas privativas de la libertad: reinserción social y reeducación del reo (artículo 139, inciso 22 de la Constitución Política del Perú). Asimismo, la cadena perpetua que ha fracasado como desincentivo para la futura comisión de los delitos que la prevén como consecuencia penal, no cumple dicho cometido. Ello porque la eficacia preventiva de una norma penal depende de múltiples factores y no solo de la mayor o menor gravedad de la pena contemplada en ella¹⁰³.

Finalmente, es importante visibilizar en la legislación penal peruana la falta de sistematicidad de las penas que, por lo antes mencionado, no tienen una relación entre el mayor o menor desvalor de acción y de resultado.

¹⁰³ CUERDA RIEZU, Antonio. Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión. Revista Virtual Otrosí N°12. Octubre - Noviembre de 2012, pp. 31 y 32.

3.2. Jurisprudencia

Uno de los más importantes aparatos estatales encargados de hacer frente a la criminalidad es el Poder Judicial, porque tiene como función la resolución de los conflictos más graves de la sociedad a través de la imposición de penas cuando una persona incurre en conductas que la legislación penal determina que son delitos.

Aunque se reconoce que la competencia de la administración de justicia debe respetar la separación de poderes, no se puede negar la influencia política y jurídica que se da entre poderes del Estado. En tal sentido, la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo Español y por sus pares en el mundo “(cumple) una tarea importante en esa labor «creadora» de acercamiento de la ley penal a la realidad (...), adelantándose a la letra de la ley”¹⁰⁴.

Tradicionalmente, el positivismo jurídico asumía que el método de la subsunción de la conducta en la ley penal era suficiente, considerando que el juez y la jueza eran solo “boca de la ley” y el ordenamiento jurídico era pleno y no adolecía de lagunas. De ese modo, dejaba de considerar que “en todo proceso de aplicación de la norma penal intervienen una serie de consideraciones personales (creencias, valores, ideologías, estereotipos, etc.)”¹⁰⁵. Cabe destacar que ello es una realidad que se asume actualmente casi sin contradicciones y de manera particular cuando se trata de delitos sexuales.

En este tipo de delitos, lo mencionado se presenta en forma de deficiencias en la motivación de las resoluciones judiciales, vinculadas en general al desarrollo de argumentación justificatoria de convicciones construidas de antemano sobre los atributos personales y sociales de las mujeres, los llamados estereotipos de género¹⁰⁶. Así, podemos encontrar resoluciones con argumentación de carácter formalista¹⁰⁷

¹⁰⁴ ZÚÑIGA, Laura. Ob. cit., p. 216.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ “Estereotipo de género es un término general que se refiere a un grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de mujeres y hombres. Dichas creencias pueden implicar una variedad de componentes incluyendo características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la orientación sexual (...). El proceso de asignar estereotipos de género se refiere al uso de conocimiento estereotípico sobre el género al momento de formarse una impresión sobre un hombre o una mujer en particular”. COOK, Rebecca y CUSACK, Simona. Estereotipos de género. Perspectivas legales y transnacionales. Traducción de Andrea Parra, University of Pennsylvania Press, 2009, p. 23.

¹⁰⁷ El profesor Aienza señala que si bien el formalismo es una característica que distingue al derecho de otras fuentes normativas, como puede ser la moral, existe un problema en su comprensión cuando el/la juez/a se siente vinculado únicamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no también por las razones en las que ellas se fundamentan.

y resoluciones que presentan estereotipos de género, relacionados, explícita o implícitamente, con la vida o pasado sexual o social de las víctimas y la no consideración de la amenaza como medio para la comisión del delito, pese a que es parte del tipo penal de violación de la libertad sexual.

La consecuencia de la aplicación de estereotipos de género en los casos de violación de la libertad sexual es, generalmente, la impunidad. Respecto de la impunidad en casos de violencia contra las mujeres, entre ellas, la violencia sexual, es importante advertir, conforme lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “(...) envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”¹⁰⁸.

Esta consecuencia tiene particular gravedad, toda vez que desvirtúa los fines de la política criminal, la cual busca, como se ha reiterado, poner en marcha mecanismos idóneos para evitar la criminalidad, incluida la que afecta la libertad sexual, sin dejar de garantizar derechos fundamentales del imputado y de las víctimas.

En lo que concierne a los estereotipos, entre ellos, los estereotipos de género, cabe destacar que encuentran un límite para su aplicación, porque aunque el juez o la jueza tengan legítimas valoraciones personales respecto de los casos, estas valoraciones no pueden desvirtuar las construcciones dogmáticas siempre orientadas al logro de los fines de la política criminal y, en esa línea, tampoco contravenir principios constitucionales¹⁰⁹.

Por otro lado, es importante visibilizar los problemas de comprensión del principio de *in dubio pro reo*, que prevalece cuando aparece una “duda razonable” en el análisis judicial del caso. Este punto está muy vinculado a la selección y valoración de los elementos probatorios, tarea en la que no se suele profundizar lo suficiente, pues los vacíos de información sobre el caso se cubren con estereotipos de género. Estos prejuicios o estereotipos entran a tallar en la valoración de las pruebas como reglas de la experiencia de quienes tienen la función de juzgar en el caso concreto.

A nivel de la aplicación de la legislación penal referida a delitos sexuales, a continuación presentamos algunas resoluciones judiciales que muestran lo mencionado:

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 401.

¹⁰⁹ ZÚÑIGA, Laura. Ob. cit., p. 216.

1. Proceso N° 2003-01_ Cusco: Principio de legalidad vs. Principio de igualdad y no discriminación. Fundamentos de sentencia que evidencian la anticipada convicción del juez acerca de la falsedad de la denuncia.

Extractos de la sentencia bajo análisis:

“La menor agraviada A¹¹⁰, al igual que sus demás hermanos, no aceptan la convivencia de su madre con el acusado. A quiere que su madre siga conviviendo y contraiga matrimonio con su progenitor. **A se enteró por comentarios que es posible inventar una denuncia para que éste se aparte y ya no siga conviviendo con su madre**”.

“A, por todos los medios hizo que su madre ya no siga conviviendo con su madre. En esas circunstancias, A se entera de que su progenitora iba a concurrir ante el Juez de Paz de Urquillos para demandar alimentos a su ex conviviente, padre de la agraviada. Al saber ese hecho, A encuentra la mejor oportunidad para materializar la denuncia que venía tramando por una supuesta violación sexual contra su padrastro”.

“(…) En la manifestación policial (…) y en la manifestación prestada ante juzgado (…) **falsamente atribuye a su padrastro como si le habría abusado sexualmente** desde octubre de 2002 hasta en cuatro oportunidades, cuando ella tenía trece años y nueve meses de edad”.

“(…) A declaró en audiencia que ha venido manteniendo relaciones sexuales con su enamorado B, de dieciocho años de edad, quien por entonces vivía a corta distancia de la casa de sus progenitores (...). La primera vez que tuvo relaciones sexuales con B, fue en el interior de la casa de éste”.

La convicción anticipada del caso concreto se evidencia en la manera de presentar los hechos denunciados (cuatro incidentes que configurarían delito de violación sexual), pues estos no se describen en los fundamentos, no se refiere las declaraciones de la víctima sobre ellos

¹¹⁰ Se ha cambiado el nombre de quien aparece como agraviada en la sentencia por “A”, con el fin de mantener en reserva su identidad.

y se adelanta opinión respecto de la falsedad de la denuncia sobre la base de la retractación de quien tiene la posición de víctima en el proceso. Ello, sin analizar, además de su primera declaración acerca de los hechos denunciados, el impacto psicológico de los mismos en ella, ni las relaciones desiguales de poder que pueden determinar dicha retractación, a saber, una transacción escrita entre el padre, la madre, pareja del imputado, y el propio imputado.

En el presente caso, se debió considerar que la transacción se dio entre partes que tenían intereses económicos y familiares involucrados. Mínimamente, se debió tomar en cuenta que el padre de A estaba demandado por alimentos por la madre de A. Mientras que la madre de A era, en ese momento, pareja del imputado.

Lo mencionado evidencia una primacía del principio de legalidad, en su garantía jurisdiccional¹¹¹, en virtud de la cual un juez competente según ley emitió sentencia, absolviéndolo de la imputación planteada por el Ministerio Público. El problema de esta sentencia, como muchas que quedan consentidas, es que se determina la absolución sobre la base de fundamentos que constituyen prejuicios y estereotipos de género manifestados en la convicción de que la menor miente al sindicarlo a su padrastro como quien la agredió sexualmente. Cabe destacar que sentencias como esta atentan contra el derecho de igualdad y no discriminación, pues se niega acceso a justicia a la víctima, partiendo de ideas preconcebidas, en este caso concreto, sobre la falta de credibilidad de la adolescente frente a su padrastro y cuestionando la licitud de la actividad sexual de la adolescente con su pareja¹¹².

Es precisamente en este tipo de asuntos que es importante la aplicación de la perspectiva de género en el razonamiento judicial, la cual no asegura una decisión a favor de las mujeres, sino que obliga a los jueces a tomar en cuenta las manifestaciones de la desigualdad entre hombres y mujeres —o las especiales características y circunstancias de los delitos sexuales— al momento de justificar su decisión¹¹³.

¹¹¹ Nadie puede ser condenado al cumplimiento de una sanción sino en virtud de una sentencia firme, pronunciada por un juez competente según ley.

¹¹² Al momento de los hechos estaba vigente el artículo 170 del Código Penal que protegía el bien jurídico libertad sexual a las mujeres mayores de 14 años. Por lo que las relaciones sexuales entre A y su enamorado no son conductas penalmente típicas por constituir el ejercicio legítimo de un derecho.

¹¹³ MORALES, Félix. "Teoría del Derecho y métodos feministas. El feminismo jurídico entre la política y el Derecho", en Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana, Marisol Fernández y Félix Morales (coordinadores), Palestra, Lima, 2011. p. 236.

Para estos temas, en el Perú, la perspectiva de género ha sido recogida por el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 sobre la apreciación de la prueba en delitos contra la libertad sexual. Allí se señala que la retractación constituye un “obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo”¹¹⁴. Sobre el particular, el acuerdo plenario establece que en estos casos se debe considerar que “la experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad”¹¹⁵.

Cabe destacar que la doctrina jurisprudencial que establezca pautas de interpretación con perspectiva de género como la mencionada, no asegura la superación del problema que busca enfrentar –la desestimación de denuncias por delitos sexuales por aplicación de estereotipos de género– en la medida que no sea suficientemente difundida y las/los operadores de justicia no la incorporen por no contar con una formación en género que les permita adoptar dicho enfoque en el análisis de los casos.

2. RN_4063_2008_Apurimac: Principio de legalidad en perjuicio de la agraviada:

Extractos de la sentencia:

“... (el 11 de marzo), el encausado Camacho Huamanñahui, de veinte años de edad, amenazándola con un cuchillo la llevó a su casa, ubicada a tres cuadras del domicilio de Camacho Condori, donde tras sujetarla todo el tiempo de los brazos le hizo sufrir el acto sexual, agresión que denunció recién el veinte de marzo de ese año”.

“... **las pericias médico legales no acreditan el ejercicio de violencia física contra la agraviada –quien ya tenía experiencia sexual previa con su enamorado Alfredo Mendoza Chávez– ni una específica agresión sexual**”.

¹¹⁴ SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Fundamento N° 24.

¹¹⁵ *Ibíd.*

“declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia, de fojas trescientos tres, del dieciocho de agosto del dos mil ocho, que absuelve a Hernán Camacho Huamanñahui”.

Como se puede apreciar, pese a que desde la declaración de la víctima queda claro que no ha mediado violencia sino grave amenaza, prevista en el tipo penal de violación de la libertad sexual, el tribunal de justicia desconoce este hecho relevante y absuelve por considerar que “no se acreditó el ejercicio de la violencia física contra la agraviada”.

Frente a lo cual cabe preguntarse: ¿Solo se vulnera legalidad cuando el procesado es el perjudicado?

A efectos de empezar a ensayar respuestas debemos señalar que la legalidad parte de exigencia de seguridad jurídica no solo para el que delinque sino para toda la sociedad que, por fines preventivos, espera que los delitos que comprende la legislación penal sean sancionados, salvo que se trate de una acción que es típica, antijurídica pero no culpable.

Encuentro fundamentos para sustentar ello sobre la base de lo señalado por Mir, respecto de la necesidad de conciliar dos principios contrapuestos, producto de la unión de dos modelos políticos, como son el del Estado de Derecho liberal clásico, caracterizado por el sometimiento del poder a límites jurídicos que restringen su acción frente al ciudadano, y el del Estado social intervencionista, que asume la necesidad de que el poder intervenga activamente en la solución de problemas sociales. Como resultado de esta conciliación de principios se erige la prevención limitada, una prevención que efectivamente proteja a los ciudadanos, pero que a la vez respete límites que garantizan derechos frente al Estado¹¹⁶.

A través del presente artículo nos reafirmamos en que la reinserción social, vinculada a la prevención especial como fin de la pena, es un valor constitucionalmente consagrado, por lo que es una de las bases del ordenamiento jurídico penal peruano. No obstante, rechazamos que el principio de legalidad solo opere en beneficio del procesado y que la garantía de la legalidad en favor de la víctima no se relaciona con fines retributivos.

En los casos presentados se muestra cómo la inobservancia del principio de legalidad favorece a los imputados, en ausencia de motivación o en desarrollo de motivación no ajustada a derecho.

¹¹⁶ MIR PUIG, Santiago. Bases constitucionales del derecho penal. IUSTEL, Madrid, 2012, p. 72.

En ese sentido, podemos afirmar que no toda interpretación o aplicación de la norma penal in bonam partem es legítima; así como no toda interpretación que no favorece al imputado es retribucionista en un Estado Constitucional de Derecho.

La legalidad así entendida constituye un fundamento de refuerzo a la comprensión de los derechos de las víctimas en el derecho penal, superando la relación que se hace entre intereses de las víctimas y retribucionismo. Así, el derecho penal queda redimensionado, dejando atrás la idea de que el Código Penal es la Carta Magna del delincuente, para pasar a ser la Constitución de las partes involucradas en un conflicto de índole penal. Sobre el particular, Zúñiga afirma que “cada vez es más evidente que el Derecho Penal no es la Carta Magna del delincuente, sino que tiene que tener en cuenta un conjunto de intereses: las potenciales víctimas, la Sociedad y la propia víctima que sufrió la lesión de sus bienes jurídicos, los familiares de la víctima, los familiares del autor”¹¹⁷.

3. Exp. N° 2004-1276-0-0601-JR-PE_Cajamarca.: Principio de presunción de inocencia vs. Derecho a la verdad y afectación del principio de legalidad en perjuicio de la víctima:

En principio, esta resolución, como el caso del numeral anterior, evidencia una afectación del principio de legalidad, toda vez que presenta una primera imprecisión en su comprensión de lo que el tipo penal de violación sexual comprende; aun cuando transcribe el artículo 170 del Código Penal, pasa a explicar lo siguiente en su Considerando Segundo:

“Que, adicionalmente (a lo contenido en el artículo 170 del Código Penal), debe tenerse en cuenta que, para nuestro ordenamiento jurídico penal, en los delitos contra la libertad sexual, el bien jurídico protegido es la propia libertad sexual, más concretamente la capacidad de actuación sexual del sujeto pasivo, configurándose el delito de **violación sexual al obligar a la víctima mediante el uso de la violencia a mantener relaciones sexuales, a pesar de su resistencia**”.

Es reveladora la explicación que hace el juez del artículo 170 del Código Penal, en la medida que, contrariando la ley, suprime para todos los casos la amenaza como medio típico para cometer la violación sexual y añade un elemento que la ley no contempla, como es la resistencia. Es importante evidenciar a partir de casos como estos que

¹¹⁷ ZÚÑIGA, Laura. Ob. cit., p. 193.

muchas veces y, aunque las valoraciones personales tengan límites en la propia ley y en los principios constitucionales, son aquellas las que prevalecen, fundadas en estereotipos de género como los arriba mencionados o en convicciones acerca del no merecimiento de sanción penal en casos de relación sexual forzada a través de amenazas o contextos de coacción, como los de violencia sostenida y presión social o familiar. Es por estos casos que se evidencia la necesidad de que la legislación penal y, en lo posible la jurisprudencia, supere la noción de poder propia de relaciones jerárquicas formales y evidentes y considere explícitamente las relaciones de género que inciden en el ámbito familiar y social.

Luego de enlistar los medios probatorios que sustentan la acusación, sin explicitar ninguna de las conclusiones de los mismos, señala en su Considerando Noveno:

“Que, de esta manera, a lo largo del proceso **no existe prueba suficiente que demuestre palmariamente la comisión del delito contra la libertad** – Violación de la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual, ni la responsabilidad del encausado, razón por la cual la conducta denunciada no se ajusta a la tipificación contenida en el artículo 170 del Código Penal, conforme a los términos que sustentó la tesis respectiva del Ministerio Público al formular denuncia en su contra, razón por la cual es posible afirmar la inexistencia de medios probatorios suficientes que permitan desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al aludido procesado, conforme está consagrado en el artículo 2, inciso 24 “e” de la Constitución Política del Perú”.

Es preocupante este tipo de argumentación, pues evidencia una afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la medida que existe un divorcio entre los hechos denunciados y la conclusión del juez sobre que no existe prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado. Esta conclusión ha sido resultado de la transcripción y explicación del tipo penal de violación sexual y la enumeración de los medios probatorios sin considerar en el análisis concreto los hechos, ni los resultados plasmados en ellos, tales como la declaración de la víctima, la declaración del imputado, la declaración de testigos y los certificados médicos legales físico y psicológico.

De acuerdo con el análisis desarrollado por Atienza sobre las resoluciones judiciales¹¹⁸, podemos observar en este tipo de sentencias los

¹¹⁸ ATIENZA, Manuel. Cómo desenmascarar a un formalista. ISONOMÍA No. 34 / Abril 2011, pp. 2 y 3. Disponible en http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_340.pdf.

siguientes “síntomas”, que permitirán desenmascarar el formalismo en el que se sustentan:

- El énfasis en las cuestiones procesales y la tendencia a considerarlas haciendo abstracción del fondo del asunto. El lector tiene un indicio claro de que se razona de manera formalista cuando después de haber leído la motivación de una sentencia, **ni siquiera puede saber cuál era el problema sustantivo que ahí se debatía**. En el presente caso, se logró actuar la declaración de la víctima, que ha sido reiterada en todas las etapas del proceso y el certificado médico que fue ratificado; no obstante, desestiman su suficiencia para enervar la presunción de inocencia sin hacer referencia al fondo del asunto.
- La apelación frecuente a la neutralidad, a la objetividad, etc., como virtudes fundamentales del juzgador. Ocurre, sin embargo, que, en no pocas ocasiones, ese recurso se utiliza para ocultar la falta de independencia, de imparcialidad —e incluso los sesgos de género— de quien las invoca.
- El uso de un lenguaje enfático y dirigido (retóricamente) a descartar cualquier tipo de duda en cuanto a la corrección de la decisión: “ha quedado meridianamente claro”, “resulta incontrovertible de todo punto”, o como en el presente caso, como se actuó “solo” la declaración de la víctima y el certificado médico legal, se concluye que no existe prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del procesado.

Si bien el formalismo es una característica que distingue a las normas jurídicas de, por ejemplo, las normas sociales o morales y el/la juez/a deben reconocer el principio de autoridad de la Constitución y las leyes como atributo propio de la separación de poderes, este formalismo se vuelve pernicioso cuando “el juez se siente vinculado únicamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no, también, por las razones en las que ellas se fundamentan”. Entre dichas razones están los fines de la política criminal, a saber, principalmente, la vigencia material de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en los delitos: víctima e imputado. En el caso concreto, ello implica que el juez está obligado a resolver el caso respetando la presunción de inocencia del imputado pero sin que ello eluda el análisis exhaustivo de los medios probatorios que se presentan y la expresión de las razones por las que, en el caso concreto, se considera que la mencionada presunción no puede ser enervada. Una argumentación formalista, en el sentido de que los hechos no tengan ninguna relación con los fundamentos que el juez expone para sustentar la ab-

solución, alegando primacía de la presunción de inocencia, afecta el derecho a la verdad de la víctima. Este derecho reivindica su versión de los hechos e incluso es un medio de reparación de la víctima.

4. R.N. 3085-2004. Discriminación y legalidad: Estereotipos de género en la valoración de la prueba: Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Cañete.

“(…) De igual modo en la obra “Medicina Forense” por el Dr. Sydney Smith, versión inglés, Barcelona, señala en la página doscientos ochenta y dos cito: “ Se ha discutido mucho la cuestión de si un hombre puede, valiéndose sólo de sus propias fuerzas, violar a una mujer que se halle en plena posesión de sus facultades. Como es natural que una mujer se resista cuando pueda, **presentará señales (…)** Es preciso no olvidar que en la violación se necesita derribar a la mujer, mantenerla en el suelo, impedirle que grite, sujetarle las manos de algún modo y abrirle las piernas después de levantarle las ropas. Todo esto, unido al hecho de que ella es todavía capaz de retorcerse, hace **dificilísima la introducción del pene, aun tratándose de mujer acostumbrada al coito, y mucho más si se trata de una virgen cuyo orificio no ha sufrido dilatación (…)**”

La presente ejecutoria, considera que para que se configure la violación sexual no solo debe presentarse violencia sino que la vis compulsiva sea de tal magnitud que necesariamente haya vencido una resistencia extrema por parte de la víctima. Cabe recordar, que en muchos casos ese nivel de resistencia no se presenta por bloqueo psicológico de la víctima o porque de presentarse podría generar un mayor agravio en ella. A partir de ello, se puede afirmar que la exigibilidad judicial de ese nivel de resistencia contraviene la Constitución en la medida que por respeto a la dignidad y a la integridad personal de las víctimas no son exigibles de ellas actos heroicos que las menoscaben o las pongan en riesgo.

Es importante mencionar la existencia de sentencias que absuelven a los imputados al no presentarse signos o signos suficientes de “violencia” en las víctimas de violaciones sexuales; desconociendo, de ese modo, el elemento de “amenaza” contenido en la tipificación del delito, tal como lo hemos mencionado en los numerales anteriores.

A propósito de la sentencia analizada en el presente numeral, es importante referirnos a una cuestión de carácter procesal, pero que lleva una relación directa con verificación de la conducta típica de violación de la libertad sexual. Nos referimos a los criterios de valoración de

pruebas que no abonan al esclarecimiento del hecho denunciado. Dichas pruebas pueden ser las siguientes:

1. Prueba física de la violencia o amenaza ejercida contra la víctima para el logro del delito contra la libertad sexual. Ello es perjudicial si es utilizado indiscriminadamente, pues la resistencia física no se presenta en todos los casos. Sobre todo considerando los casos de amenaza, en los que el contexto social es adverso para las mujeres. Sobre el particular el profesor Hurtado Pozo afirma que *“la libertad de consentir no puede ser apreciada como si fuera siempre ejercida por personas libres de todo condicionamiento individual y social”*¹¹⁹.

2. Declaraciones testimoniales referidas al pasado sexual de la víctima, tomado en cuenta para desacreditar el dicho de la agraviada y desvirtuar la imputación. Cabe señalar sobre este punto que solo se deben admitir las pruebas que conduzcan a esclarecer la verdad sobre los hechos materia de proceso. En tal sentido, no se puede someter a la agraviada a cuestionamientos sobre su conducta anterior, ya que además de que ello no es materia de la investigación, este proceder constituiría una revictimización.

3. Pruebas ginecológicas inconducentes que arrojan conclusiones como la que refiere: **mujer acostumbrada al coito, y mucho más si se trata de una virgen cuyo orificio no ha sufrido dilatación** (...). O, por otro lado, resultados de pericias ginecológicas de desfloración antigua, sin considerar el tiempo que transcurre entre la denuncia y la realización del examen médico; así como la dificultad subjetiva de las víctimas para denunciar inmediatamente.

4. Conclusión

El presente artículo ha mostrado los problemas que presenta la política criminal peruana en materia de delitos sexuales; como consecuencia, la prevención de la criminalidad que lleva a cabo a través del control social ejercido por actores estatales no solo se dirige a la represión de la conducta cometida por el agente/agresor, sino también a reprimir la libertad sexual de las víctimas. Y lo logra seleccionando sobre la base de estereotipos de género a las víctimas merecedoras de protección penal. Sobre ello, hemos sostenido que si bien es

¹¹⁹ Hurtado Pozo, José. Delitos sexuales y derechos de la mujer, en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales, Lima, 2000, p. 65.

inevitable la aplicación de criterios valorativos personales de quien administra justicia, estos criterios deben estar limitados por los fines de la política criminal, a saber, la vigencia material de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en las consecuencias del delito: específicamente, delincente y víctima.

Por otro lado, se evidencia un marcado sesgo de los principios del *ius puniendi*, hacia la protección de los derechos del imputado que si bien se comprende por la histórica vulneración de derecho que éstos han padecido y siguen padeciendo en el ámbito penal, no podemos excluir de la proyección protectora de dichos principios a quienes también son afectadas tanto por el delito como por el proceso, nos referimos a las víctimas.

Asimismo, este artículo da cuenta de la ineficacia de los instrumentos de la política criminal en materia de delitos sexuales y la contravención a sus fines, cuando se incrementan las penas hasta llegar a la cadena perpetua. Además, debe considerarse que la dificultad de comprensión de estos casos por parte de operadores jurídicos del Estado se refuerza con la gravedad de las consecuencias jurídicas produciendo un desestímulo para la sanción de estas conductas.

En virtud de ello y considerando el proceso de constitucionalización en el que se encuentra nuestro ordenamiento jurídico, este artículo busca i. evidenciar la necesidad de dejar de lado la primacía incuestionada y redimensionar los alcances de los principios propios del *ius puniendi* que pueden entrar en conflicto con otros principios que amparan a las víctimas, como son los de igualdad y no discriminación, el derecho a la motivación de las sentencias. Específicamente, por ejemplo, el principio de legalidad que se contraviene también cuando perjudica a la víctima, al dejar impune una violación sexual cometida mediante amenaza, sin tomar en cuenta que constituyen conductas considerada dañosa grave e insoportable para la convivencia social pacífica; ii. evidenciar la necesidad de modificar el Código Penal en los tipos penales referidos a los delitos sexuales, al contexto de coacción o coerción –social, familiar– como medio de comisión del delito, además de la violencia y la amenaza; con el fin de superar la restringida noción de relaciones de poder en el marco de los cuales se cometen los delitos sexuales, expresada por la ley y más restringida aún en la jurisprudencia –que llega a desconocer el medio amenaza para la realización de la conducta típica–. Asimismo, en el marco de las modificaciones legislativas debe realizarse una labor de desmoralización respecto de la descripción de las conductas que constituyan los llamados delitos de actos contra el pudor y seducción.

**HOMICIDIO POR EMOCIÓN VIOLENTA Y PERSPECTIVA
DE GÉNERO: EL CASO DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE
VIOLENCIA QUE DAN MUERTE A SUS PAREJAS**

Ingrid Díaz Castillo

INGRID DÍAZ CASTILLO

Doctoranda en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). Es Master en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ha sido parte del equipo legal del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) para temas vinculados a la libertad de expresión y el acceso a la información pública. Se ha desempeñado como profesora adjunta de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y ha abordado temas de Género y Derecho Penal a propósito de su participación como ponente en los cursos de capacitación ofrecidos por el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) a jueces y fiscales.

1. Introducción

El presente artículo analizará el voto singular emitido en el Recurso de Nulidad N° 4144-2011. En este se plantea la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de mujeres que habiendo sido víctimas de constante maltrato por parte de sus parejas llegan al punto de darles muerte.

Así, para el voto singular se debe tomar en consideración el contexto de violencia al que son sometidas, con el fin de aplicar la atenuante contenida en el artículo 109° del Código Penal que contempla el “Homicidio por emoción violenta”.

De esta manera, la incapacidad de comprender la ilicitud de la conducta o la disminución de la capacidad de control que incide en la imputabilidad de estas mujeres constituiría un criterio a ser evaluado por la magistratura, que en el caso peruano no se ha cuestionado la aplicación de la atenuante para reacciones generadas por la conducta de la cónyuge infiel.

En ese orden de ideas, la argumentación sostenida por la magistrada Tello Giraldi no solo plantea el debate penal en torno a la disminución –e incluso, exclusión– de la imputabilidad, sino que desde la perspectiva de género, permite reflexionar sobre el empleo que se realiza del artículo 109° del Código Penal.

En ese marco y con el objeto de analizar el planteamiento materia de examen, hemos dividido el presente trabajo en cuatro partes: Una primera revisa el razonamiento expuesto en el voto singular; la segunda se centra en los presupuestos y la aplicación del “Homicidio por emoción violenta” en nuestro ordenamiento jurídico. La tercera parte pretende determinar si la atenuante es aplicable a los casos materia de evaluación. Por último, presentamos nuestras conclusiones.

2. La propuesta del voto singular

El 14 de marzo de 2013, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia en mayoría en el Recurso de Nulidad N° 4144-2011. En dicho fallo se consideraron como hechos probados los siguientes:

- El primero de noviembre de 2009, Mónica María Núñez Yacolca y su cónyuge Hugo Arturo León Altamirano mantuvieron relaciones sexuales en su domicilio.
- Luego de ello, la procesada empezó a leer a su esposo un libro donde aconsejaban como tratar a los hijos.

- Ante esta conducta, Hugo León Altamirano se encolerizó y empezó a insultarla y humillarla.
- En ese momento, recordando todo el maltrato físico y psicológico del que era constantemente víctima, la procesada cogió un martillo que se encontraba debajo de la cama conyugal y dio muerte a su esposo con el mismo.
- La violencia alegada por Mónica María Núñez Yacolca ha quedado acreditada con la manifestación de sus propios hijos en el proceso; pero además, con el acta de audiencia única del Juzgado Mixto de Ate Vitarte en el que se realizó un procedimiento por violencia familiar al occiso.
- El día 2 de noviembre, la procesada comunicó lo ocurrido a la autoridad fiscal.

Basado en lo anterior, la sentencia confirma el fallo de la Sala Penal Superior y condena a Mónica María Núñez Yacolca por el delito de parricidio¹²⁰ imponiéndole catorce años de pena privativa de libertad¹²¹.

Sin embargo, el fallo en mayoría no se detuvo a analizar la solicitud de la procesada, quien alegó que su conducta se subsumía en la atenuante contenida en el artículo 109° del Código Penal. En efecto, el fallo se limita a señalar que, en consideración a la confesión de la acusada como a su acogimiento al procedimiento de conclusión anticipada del proceso, la pena ha sido reducida prudencialmente.

Ante ello y en opinión contraria a la expuesta, el voto singular de la magistrada Tello Giraldi propuso reformar la sentencia emitida por la Sala Superior y aplicar al caso la atenuante contenida en el delito de homicidio por emoción violenta. En esa línea, la magistrada argumentó lo siguiente:

“3. (...) la emoción violenta es una alteración psíquica temporal de la persona. Si bien la jurisprudencia ha señalado que la causa que la produce debe provenir de un hecho no conocido por el autor (si ya ha habido conocimiento, esto no puede generar una emoción violenta como el caso de las infidelidades, posición que

¹²⁰ Artículo 107°.- El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

¹²¹ Se le aplicó a la procesada una pena menor a la mínima establecida en el delito de parricidio porque se acogió al instituto procesal de la Terminación Anticipada del Proceso, regulada por la Ley N° 28122 y cuyos alcances han sido determinados en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008.

comparto) aún no se ha desarrollado jurisprudencia ni doctrina respecto a los casos en que las mujeres incurren en la comisión de delitos de esta naturaleza, cuando han sido víctimas de violencia familiar o de género, de manera constante y bajo los efectos de un cuadro emocional y en el que se encuentren características compatibles con el síndrome de la mujer maltratada, para que ello pueda ser considerado como un mecanismo de legítima defensa, o de protección de un bien jurídico o derecho, en este caso, de su integridad y dignidad. En efecto, si una persona es víctima de maltratos físicos o psicológicos al momento de cometer el delito, se debe poder explicar su proceder –no justifica la muerte–, por el sufrimiento y daños causados por la violencia, y servir como atenuante de su conducta. Así, bajo el imperio de determinados presupuestos, como pueden ser nuevas agresiones, la víctima puede reaccionar de manera súbita e inmediata para defenderse del peligro real o inminente que encarna el agresor y empleando un medio o instrumento a su alcance, como (en el presente caso con el martillo que encontró debajo de la cama), sin mediar las consecuencias de su conducta.”

A partir de este razonamiento, el voto singular afirma que “corresponde a las autoridades judiciales tomar en cuenta el historial de agresiones, maltratos y humillaciones vividas por las mujeres con anterioridad a la comisión del hecho ilícito –parricidio– que se le imputa, con el fin de que este hecho sea eventualmente un atenuante o excluyente de la responsabilidad penal”¹²².

De esta manera, la magistrada considera que la reacción violenta de una mujer sometida a maltrato constante por su pareja, se realiza con un déficit o –incluso– ausencia de imputabilidad. Ciertamente, la perturbación de la persona impide que comprenda la ilicitud de su comportamiento o que posea capacidad de control pese a comprender que este es ilícito.

En esa medida, la conducta homicida resulta típica y antijurídica pero no culpable, por cuanto el sujeto que no comprende o no posee la capacidad de actuar conforme a su comprensión de la realidad, no resulta reprochable o no en la misma intensidad por el derecho penal.

De este modo, el voto singular coloca en debate la posibilidad de aplicar la atenuante del artículo 109° del Código Penal a estos estados de alteración temporal de la persona causados por un fuerte cuadro

¹²² Fundamento N° 7 del voto singular.

de violencia. Con ello, no solo se plantea la discusión en torno a la disminución o ausencia de imputabilidad como análisis necesario en el establecimiento de la responsabilidad penal, sino, además, la posición de las mujeres víctimas de violencia de género frente a la comisión de hechos delictivos.

3. El delito de homicidio por emoción violenta en el ordenamiento jurídico peruano

Habiendo expuesto en el punto anterior la propuesta de la magistrada Tello Giraldi, revisaremos en este apartado los presupuestos de aplicación del “Homicidio por emoción violenta” en el ordenamiento jurídico peruano y propondremos un criterio adicional de análisis que resulta fundamental: La entidad del estímulo que produce la reacción.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis propuesto, conviene primero que nos detengamos a examinar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú y observemos cómo esta no ha cuestionado el uso de la atenuante para los homicidios cometidos por el cónyuge que ha tomado conocimiento de la infidelidad de su pareja. Planteamos este examen por dos motivos: El primero, porque permite determinar que en la efectiva aplicación del delito de homicidio por emoción violenta se esconde una atenuante del conyugicidio, situación que perjudica a la mujer por el ejercicio de su libertad. El segundo motivo, porque a través de la constatación anterior enlazaremos con la necesidad de que, vía interpretación judicial, se adhiera como requisito primordial de la atenuante el análisis de la entidad del estímulo.

3.1 La “emoción violenta” como atenuante encubierta del conyugicidio

El delito de homicidio por emoción violenta regulado en el Artículo 109¹²³ del Código Penal peruano, atenúa la pena al que “mata a otro bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hacen excusable”. Este atenuante, como explica Aguilar, “es producto de la transformación paulatina del conyugicidio, figura que permitía hasta los inicios del siglo XX el asesinato de la cónyuge infiel sin pena alguna”¹²⁴.

¹²³ Artículo 109º.- El que mata a otro bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hacen excusable, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si concurre algunas de las circunstancias previstas en el artículo 107, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

¹²⁴ AGUILAR, L. “La emoción violenta como atenuante de los asesinatos contra las mujeres a manos de sus parejas”, en *Violencia contra la Mujer*, Gaceta DEMUS, DEMUS- Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Lima, p. 3.

Efectivamente, en el caso peruano el artículo 234º del Código Penal de 1863¹²⁵ establecía: “El cónyuge que sorprende en adulterio a su consorte y da muerte en el acto a ésta o a su cómplice o a los dos juntos, sufrirá cárcel en tercer grado (3 años)”¹²⁶. Posteriormente, los códigos penales de 1924 y 1991 que contemplan la redacción actual del delito de homicidio por emoción violenta no expresan literalmente una atenuante al conyugicidio; sin embargo, han sido entendidos de esa manera por la magistratura.

Así, la Corte Suprema de Justicia del Perú admite la aplicación de la atenuante cuando un hombre da muerte a su cónyuge basado en el descubrimiento de su infidelidad. Este descubrimiento no implica –“ni siquiera”– sorprender en adulterio a la mujer, como señalaba el Código de 1863; por el contrario, basta con que la propia víctima comunique dicha situación para admitir el arrebató que acarrea la muerte. En esa línea, podemos encontrar la siguiente resolución judicial:

“(…) de lo actuado se evidencia que el sentenciado actuó motivado por los celos, al enterarse el día de los hechos de boca de la propia víctima –quien era su esposa–, que mantenía relaciones sexuales con otras personas y que incluso se retiraría definitivamente de su domicilio, lo que motivó una reacción desmedida en el procesado, quien terminó asfixiando con sus propias manos a la víctima, conforme se colige del protocolo de necropsia de fojas ochenticuatro; accionar que configura las circunstancias del delito de homicidio por emoción violenta previsto en el artículo ciento nueve del Código Penal, la misma que se deberá aplicar al presente caso, como atenuante del delito principal (parricidio) (...)”¹²⁷.

Esta argumentación, reiterada en otras sentencias¹²⁸ denota que el operador de justicia considera la infidelidad de la mujer (a veces incluso,

¹²⁵ Este código penal es el primero de nuestra historia republicana.

¹²⁶ Citado por AGUILAR, L. “Antecedentes históricos del homicidio o lesiones en estado de emoción violenta”, en *Violencia contra la Mujer*. Ob. cit., p. 6.

¹²⁷ EXP. N°1983-2005, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 14 de setiembre de 2005.

¹²⁸ Así, por ejemplo: “Quinto: (...) de lo actuado se evidencia que el sentenciado actuó motivado por los celos, al haberse enterado por versión de la propia agraviada que tenía otra pareja y que nunca lo había amado, hecho que originó una reacción desmedida en el procesado quien perdió su capacidad de reflexión y sus frenos inhibitorios, y terminó victimando a la agraviada, sin interesar que en esos momentos se encontraran presentes los hermanos y los familiares de la víctima, de estas circunstancias se desprende la concurrencia del delito de homicidio por emoción violenta previsto en el artículo ciento nueve del código penal, puesto que se ha cumplido lo que la doctrina señala: “Un estado de alteración de la conciencia que de ninguna manera debe alcanzar la intensidad de una causa de inimputabilidad”, la misma que se deberá aplicar al presente caso como atenuante del delito principal –parricidio.” R. N.3499-2005, Primera Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 19 de enero de 2006; “Tercero. (...) de lo actuado se evidencia que el sentenciado actuó motivado por los celos, por el arribo de su cónyuge a su domicilio en altas horas de la noche, y que ante su reclamo, de boca de la propia víctima, se enteró que

supuesta) y los consecuentes celos de su pareja, como criterio de entidad suficiente para generar una emoción violenta que luego atenuará la pena del delito. Además de ello, si bien la jurisprudencia y la doctrina nacional –como revisaremos más adelante– consideran que esa emoción violenta debe provenir de un estímulo repentino o sorpresivo¹²⁹, incluso en casos de conocimiento previo de la infidelidad, la Corte Suprema de Justicia ha aplicado la atenuante, tal como puede observarse en el siguiente extracto:

mantén relaciones con otra persona y que incluso le solicitó el divorcio, hecho que originó una reacción desmedida en el procesado quien perdió su capacidad de reflexión y sus frenos inhibitorios, y terminó victimando a la agraviada, sin interesar que en esos momentos se encontraban presente sus menores hijos, ni la afectación a su propia integridad física, toda vez que luego de cometido el homicidio intentó suicidarse profiriéndose cortes en el cuerpo y lanzarse al vacío de lo alto de su casa (...); estas circunstancias nos llevarían a establecer la concurrencia del delito de homicidio por emoción violenta previsto en el artículo ciento nueve del Código Penal, puesto que se ha cumplido lo que la doctrina señala: “en estado de alteración de la conciencia que de ninguna manera debe alcanzar la intensidad de una causa de inimputabilidad”, la misma que se deberá aplicar al presente caso, como atenuante del delito principal (parricidio)”. R.N. N° 3087-2005, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 14 de diciembre del 2005; “Quinto: Que en el contexto fáctico es importante detectar que el procesado descubrió que su conviviente tenía un hematoma en el cuello la cual realmente existía tal como se describe en el protocolo de necropsia de fojas doscientos treinta vuelta; este hallazgo y la confirmación de su infidelidad que le hizo la agraviada provocaron que el encausado reaccionara violentamente, más aún si éste presenta una personalidad impulsiva, marcada hostilidad y con dificultades en el control de sus impulsos, con arranques de mal humor que puede desencadenar conductas agresivas, tal como concluye el dictamen de psicología forense de fojas ciento treintauno; esta actitud es también apreciada en la pericia psicológica de fojas doscientos siete, la que concluye que el encausado actúa de modo impulsivo sin medir sus actos, el que presenta conductas latentes que lo pueden llevar a actuar con violencia al poseer una personalidad inestable con rasgos disociales.” R.N. N° 1349-2004, Segunda Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 25 de mayo de 2005; “Que del análisis de las pruebas actuadas en el proceso, se ha llegado a establecer la responsabilidad penal del procesado Manuel Huamán Alcocer, en los hechos imputados, por cuanto el acusado acepta haber dado muerte a su conviviente Barbarita Campaña Hurtado, en su manifestación policial de fojas diez, su declaración inestructiva de fojas cuarenticuatro y en la audiencia de Juzgamiento; lo cual se corrobora con el protocolo de necropsia de fojas ciento catorce, y la ratificación de los médicos legistas en el acto oral; sin embargo, también se encuentra probado que la capacidad del sentenciado se encontraba relativamente menguada por el consumo de cocaína el día de los hechos; que además, debe tenerse en cuenta las circunstancias en que se perpetró el delito, por cuanto el sentenciado actuó motivado por celos, al enterarse que la víctima, quien era su conviviente, mantenía relaciones sexuales con otra persona, lo que configura el delito de homicidio por emoción violenta previsto en el artículo ciento nueve del Código Penal.” R.N. N° 815-2002, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 4 de julio del 2002. “Cuarto: (...) no hay prueba que acredite que la conducta de la víctima desencadenó el acto homicida, como sería enrostrarle inopinada y sorpresivamente una situación de infidelidad.” R.N. N° 952 – 2006, Sala Penal Permanente, Corte Suprema de Justicia, Lima, 27 de junio de 2006. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹²⁹ Así, por ejemplo: “Tercero.- Que en ese sentido, teniendo en cuenta las propias versiones del acusado, sostenidas en el decurso del proceso obrantes a fojas setentiséis, ochentisiete, setecientos veintiocho, ochocientos treinta y siguientes, se advierte que sospechaba del comportamiento deshonesto de su cónyuge, por la abstención en el trato sexual, las aseveraciones personales que le profería, asimismo por los comentarios escuchados días antes de los sucesos; por lo que, al pre-existir esta circunstancia en la mente del agente, elimina la supuesta causa provocadora (celos) de su reacción posterior”. RN. N° 2222-2003, Sala Penal Permanente, Corte Suprema de Justicia, Lima, 3 de octubre de 2003. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

“(…) sorprendiéndolos in fraganti con fecha veintiocho de junio del año dos mil uno en horas de la noche en su propia cama conyugal, generándose una grave discusión entre los cónyuges, determinándose en esa oportunidad la separación del procesado de la casa conyugal; empero, tal situación causó en él un estado anímico depresivo que abonó en un cuadro de disfunción laboral y social, llegando incluso a ser despedido de su centro de trabajo; posteriormente, con fecha siete de agosto del mismo año, al encontrarse el procesado en estado de embriaguez optó por visitar a su cónyuge en su domicilio, empero al observar al amante de aquella salir del domicilio reaccionó violentamente produciéndose un altercado entre ellos que al cabo de unos minutos fue superado; sin embargo, al quedarse el procesado en el domicilio y ante su insistencia de permanecer en el lecho conyugal, este fue despreciado por la agraviada encarándole incluso su modesta actividad laboral, lo que provocó que este le asestara golpes en diferentes partes del cuerpo con una raucana, causándole la muerte; por lo que, se colige que en la descripción de los hechos se presenta una alteración o trastorno repentino o abrupto del ánimo del sujeto activo del delito, con el desenlace fatal descrito; configurándose por lo tanto, el delito de homicidio por emoción violenta”¹³⁰.

Ahora bien, para la elaboración del presente artículo se han revisado las sentencias que constan en la página web del Poder Judicial¹³¹ referidas a los casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia del Perú en los que se le plantea a esta la aplicación de la atenuante contenida en el artículo 109° del Código Penal. En ese marco, se han encontrado registrados 41 casos desde 1999 a la actualidad en los que se solicita la tipificación del hecho delictivo como homicidio por emoción violenta y en los que la máxima instancia judicial se ha pronunciado sobre su pertinencia.

A partir de la revisión de estas sentencias, consideramos que en la jurisprudencia de la Corte Suprema no se ha cuestionado la aplicación de la atenuante cuando el estímulo que genera la reacción es la conducta de la cónyuge infiel. Esta situación, por tanto, convierte al artículo 109° en una atenuante del conyugicidio, circunstancia que perjudica a la mujer por el ejercicio de su libertad.

¹³⁰ EXP. N° 2139 – 2002, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 22 de octubre de 2002. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹³¹ La dirección electrónica de búsqueda es la siguiente: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_inicio/cij_juris_inicio>.

Esta conclusión se desprende de la evaluación que hemos realizado, la cual presentamos a continuación: De los 41 casos analizados 4 se pronuncian solo por cuestiones de forma¹³² y 37 entran al análisis material de la aplicación del homicidio por emoción violenta. De este último grupo, 24 se enmarcan en contextos de relación de pareja; 12 en situaciones distintas a las de pareja¹³³ y en 1 no se logra determinar si efectivamente esta existió¹³⁴.

En el grupo enmarcado en relaciones de pareja, el sujeto activo del delito de homicidio es siempre un hombre; mientras las agraviadas son en su mayoría mujeres, salvo por dos casos¹³⁵ en los que el hijo y la nueva pareja de la mujer resultan sujetos pasivos del delito. En ese contexto, se ha solicitado el análisis de la atenuante teniendo como estímulo que desencadena la reacción violenta del cónyuge, básicamente los siguientes motivos: 2 por embriaguez del procesado¹³⁶, uno por escena de celos de la propia víctima¹³⁷, 2 por problemas conyugales¹³⁸, 18 por infidelidad de la mujer¹³⁹ y uno en el que la sentencia no explica el motivo de alegación para el uso de la atenuante¹⁴⁰.

Frente a los tres primeros motivos, la Corte Suprema no ha aceptado la aplicación de del artículo 109º del Código Penal. Sin embargo, en lo que respecta a la alegación de infidelidad de la mujer que constituye el grueso de solicitudes, se tienen las siguientes cifras: En 7 de los 18 casos se aceptó la aplicación de la atenuante teniendo como fundamento el conocimiento de la infidelidad de la cónyuge como situación que produjo

¹³² R.N. Nº 1349-2003, R.N. Nº 2144-2003, R.N. Nº 2556-2002, R.N. Nº 0121-1999.

¹³³ R.N. Nº 0646-2012, R.N. Nº 4708-2009, R.N. Nº 1402-2008, R.N. Nº 2754-2007, R.N. Nº 1020-2006, R.N. Nº 0976-2006, R.N. Nº 1822-2006, R.N. Nº 2627-2006, R.N. Nº 0405-2002, R.N. Nº 0074-2003, R.N. Nº 1733-2004, R.N. Nº 2245-2004.

¹³⁴ R.N. Nº 0843-2005. En este caso hemos encontrado una peculiaridad, es el único en el que el sujeto activo del homicidio es una mujer; sin embargo, en la sentencia no se señala el motivo por el cual se acepta la aplicación de la atenuante, como tampoco si el contexto en el que ocurrió el hecho delictivo es uno de pareja.

¹³⁵ En el R.N. Nº 0571-2003 el agraviado es el hijo de la cónyuge, a quien la expareja de esta le cortó el cuello con un cuchillo, luego de golpear a su madre por no querer salir con este. En el R.N. Nº 3615-2010 el agraviado es la nueva pareja de una mujer, cuyo exconviviente regresa a buscarla y al percatarse de que esta convive con el agraviado, le da muerte.

¹³⁶ R.N. Nº 2570-2010, R.N. Nº 1784-2010.

¹³⁷ R.N. Nº 1554-2002.

¹³⁸ R.N. Nº 3028-2008, R.N. Nº 0571-2003.

¹³⁹ R.N. Nº 0312-2012, R.N. Nº 3615-2010, R.N. Nº 4830-2009, R.N. Nº 2559-2006, R.N. Nº 0952-2006, R.N. Nº 3499-2005, R.N. Nº 3087-2005, R.N. Nº 2558-2005, R.N. Nº 1983-2005, R.N. Nº 1349-2004 (Para este caso se encontraron dos sentencias emitidas en fechas y por salas diferentes; sin embargo, en ambas el estímulo alegado es la infidelidad de la mujer y en ambas resoluciones se acepta tal alegación), R.N. Nº 2999-2004, R.N. Nº 2778-2004, R.N. Nº 1197-2004, R.N. Nº 2816-2003, R.N. Nº 2222-2003, R.N. Nº 2139-2002, R.N. Nº 0815-2002, R.N. Nº 0609-2002.

¹⁴⁰ R.N. Nº 0870-2002.

una reacción súbita en su contra^{141 142} y en un caso¹⁴³ el motivo de aceptación también tuvo como base la infidelidad de la mujer, a pesar de que el intervalo de tiempo entre estímulo y reacción no fue instantáneo.

En los 10 casos restantes, la Corte Suprema no aceptó aplicar la atenuante por 4 razones, que en modo alguno cuestionan la infidelidad de la mujer como estímulo suficiente para producir un homicidio, entre ellas figuran 6 casos en los que si bien se acepta la pertinencia de la reacción debido a la infidelidad de la cónyuge, la atenuante no prospera, porque aquella se realiza en un intervalo de tiempo prolongado o se encuentran indicios de premeditación en el ataque¹⁴⁴; un caso en el que se considera como desencadenante de la emoción violenta el carácter iracundo del sujeto¹⁴⁵; un caso que, en vez de analizar la pertinencia de la atenuante, se limita a señalar que está contenida en el delito de homicidio simple por el que es condenado el sujeto activo¹⁴⁶; un caso porque del dictamen pericial no se desprende evidencia sintomatológica indicativa de trastorno psicopatológico¹⁴⁷; y un caso en el que no se explica el motivo de inaplicación de la atenuante¹⁴⁸.

Como puede observarse, para nuestra jurisprudencia la infidelidad de la mujer constituye un estímulo de entidad importante que logra atenuar la responsabilidad penal del cónyuge. Incluso en los supuestos en que la aplicación del artículo 109º no es aceptada, la Corte Suprema no cuestiona tal presupuesto, sino que deniega el pedido por razones que no inciden en la validez de aquel.

De esta manera, además de colocar en una posición de desventaja injustificada a la mujer, la Corte no se detiene a evaluar si el mencionado presupuesto realmente posee la entidad suficiente para atenuar la responsabilidad de un homicidio. Esto último nos debe hacer reflexionar sobre los requisitos que deben ser exigidos al momento de aplicar el homicidio por emoción violenta, pues lo contrario permitiría que la jurisprudencia penal contemple una atenuante encubierta del conyugicidio.

¹⁴¹ R.N. Nº 3615-2010, R.N. Nº 3499-2005, R.N. Nº 3087-2005, R.N. Nº 1983-2005, R.N. Nº 1349-2004, R.N. Nº 2778-2004, R.N. Nº 2139-2002, R.N. Nº 0815-2002.

¹⁴² Cabe señalar que además de estos 8 casos se ha aceptado la aplicación de la atenuante en el R.N. Nº 2627-2006 y en el R.N. Nº 0405-2002. En el primero de ellos, se consideró como estímulo suficiente que el sujeto activo viera que el agraviado golpeaba a su hermano; en el segundo caso, se trata de un padre que, luego de ser golpeado por su hijo, reacciona violentamente contra este provocándole la muerte.

¹⁴³ R.N. Nº 2139-2002.

¹⁴⁴ R.N. Nº 0312-2012, R.N. Nº 2559-2006, R.N. Nº 2558-2005, R.N. Nº 2999-2004, R.N. Nº 1197-2004, R.N. Nº 2222-2003.

¹⁴⁵ R.N. Nº 0952-2006.

¹⁴⁶ R.N. Nº 0609-2002.

¹⁴⁷ R.N. Nº 4830-2009.

¹⁴⁸ R.N. Nº 2816-2003.

Sobre los presupuestos del artículo 109° nos encargaremos en el siguiente punto.

3.2 Presupuestos de aplicación del homicidio por emoción violenta

El homicidio por emoción violenta, más que un delito autónomo constituye una atenuante para las formas de homicidio sancionadas por el legislador peruano. En efecto, el artículo 109° no regula una conducta diferente a las contenidas en el Título I (Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud) capítulo I (Homicidio) del Código Penal, sino que reduce la pena de estas figuras delictivas cuando el agente actúa bajo un estado pasional tal que no le permite comprender la ilicitud de su conducta o controlar sus estímulos pese a la comprensión del carácter prohibido de la misma.

En esa medida y más allá de su precedente como atenuante del conyugicidio, la conducta tipificada en el artículo 109° tiene relación con el artículo 21° inciso 3) del Código Penal español, según el cual: “Son circunstancias atenuantes: 3. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”.

Efectivamente, con esta redacción “se intenta abarcar los disturbios emocionales que puede experimentar el sujeto y otorgarles eficacia atenuatoria siempre que afecten a la imputabilidad de aquel, por perturbar su capacidad de comprensión de la ilicitud de su comportamiento o por impulsarle a actuar pese a comprender que su conducta es ilícita”¹⁴⁹. En términos de la Corte Suprema de Justicia del Perú, la atenuante se refiere al “(...) estado psíquico en la que el sujeto actúa con disminución del poder de sus frenos inhibitorios”¹⁵⁰.

Por ello, la atenuante ha sido ubicada “entre el trastorno mental transitorio, completo o incompleto, como su límite superior, y el simple acoloramiento o leve aturdimiento, como su límite inferior, y en cuanto a la diferencia entre aquél, el trastorno mental transitorio incompleto, y la atenuante de arrebató u obcecación, ha (sido) cifrada en la mayor o menor intensidad que la emoción o la pasión hayan producido en el sujeto”¹⁵¹.

¹⁴⁹ ORTS BERENQUER, E. En VIVES ANTÓN, T. Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 205.

¹⁵⁰ R.N. N° 1197-2004, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 15 de julio de 2004. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹⁵¹ ORTS BERENQUER, E. Ob. cit., p. 205.

A partir de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha establecido como presupuestos uniformes de aplicación del homicidio por emoción violenta los siguientes:

- El intervalo de tiempo sucedido entre la provocación y el hecho, esto es, que el delito tiene que cometerse en un lapso de tiempo durante el cual el sujeto se encuentra bajo el imperio de la emoción violenta, por lo que no puede transcurrir un largo espacio temporal entre el hecho provocante y su reacción¹⁵².
- El conocimiento previo por parte del autor del homicidio emocional, es decir, que la emoción violenta debe desencadenarse por la aparición súbita de una situación importante para el sujeto¹⁵³. En efecto, el agente debe actuar en un estado de conmoción anímica repentina, esto es, bajo un impulso afectivo desordenado y violento¹⁵⁴, no aceptándose la premeditación¹⁵⁵.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo español ha señalado como presupuestos de la atenuante¹⁵⁶:

- Que tales anomalías se concreten en un estado súbito de furor o cólera, o bien de ofuscación o turbación más permanente y estable, que afecte la capacidad intelectual o volitiva de la persona.

¹⁵² R.N. N° 2999-2004, Primera Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, 12 de enero de 2005. En el mismo sentido: R.N. N° 1197-2004, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 15 de julio de 2004; Expediente N° 571-2003, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 17 de mayo de 2004. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹⁵³ R.N. N° 2999-2004, Primera Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, 12 de enero de 2005. En el mismo sentido: R.N. N° 1197-2004; Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 15 de julio de 2004; Expediente N° 571-2003, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 17 de mayo de 2004. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹⁵⁴ R.N. N° 2245-04, Primera Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 28 de octubre de 2004. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹⁵⁵ Así en el R.N. N° 2999-2004 no se acepta la aplicación de la atenuante teniendo en consideración lo siguiente: "Cuarto: Que, todos estos elementos en el caso sub-examine no se conciden con los hechos instruidos, debido a que no sólo existió una premeditación por parte del precitado, sino que consumado el homicidio, esperó la llegada de la segunda agravada, a quien violó sexualmente, todo lo cual implicaba que se le imponga una drástica sanción". R.N. N° 2999-2004, Primera Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, 12 de enero del 2005. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ MOURILLO, G. Comentarios al Código Penal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 113-114. En el mismo sentido: GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. En ARROYO ZAPATE-RO, L y otros (dirs.). Comentarios al Código Penal, Editorial Iustel, Madrid, 2007, p. 131; FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A. En RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), Código Penal, Editorial La Ley, Madrid, 2005, p. 120.

- Que exista una razonable y exigible conexión temporal entre la aparición de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión.

Sin embargo, además de estos supuestos, el Tribunal español exige los siguientes¹⁵⁷:

- La previa y real existencia de factores estimulantes capaces de producir alteraciones psíquicas en el sujeto que los recibe.
- Que las causas desencadenantes de los estados descritos sean acciones o comportamiento de la víctima.
- Que tales estímulos no sean repudiados por la norma sociocultural que rige la convivencia social; en otras palabras, que no tengan lo que la jurisprudencia denomina carácter abyecto.

Como podemos observar, los presupuestos requeridos por el ordenamiento jurídico peruano y español se diferencian básicamente en un punto: La entidad del estímulo que desencadena la emoción violenta. En efecto, la necesidad de la existencia de factores estimulantes capaces de producir alteraciones psíquicas en el sujeto sin que dichos estímulos sean repudiados por la norma de convivencia, marca una gran diferencia en la línea de interpretación; y es que, antes de evaluar la conexión temporal entre el estímulo y la reacción o una posible premeditación, debe evaluarse primero si el estímulo tiene la entidad suficiente para desencadenar la emoción violenta. Lo contrario permitiría que frente a estímulos inocuos, e incluso repudiables, se confiera la aplicación de la atenuante en un delito de homicidio.

De esta manera, este supuesto, que podemos considerar previo a los demás, resulta vital porque “no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebatado consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor”¹⁵⁸.

Prueba de ello es que nuestros operadores de justicia han aplicado el artículo 109° del Código Penal a casos en que el estímulo consiste en la infidelidad de la mujer, situación que, a nuestro parecer, en ningún caso posee la entidad suficiente para desencadenar una reacción violenta capaz de atenuar el hecho delictivo. Al contrario, este tipo de considera-

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A. Ob. cit., p. 120.

ciones constituye en realidad un atentado contra la igualdad de género en tanto se cuestiona y sanciona sin fundamento alguno la conducta “deshonesta” de la mujer a partir del estereotipo, atribuido en una sociedad machista, que no respeta el ejercicio de su libertad en las mismas condiciones que un hombre.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 25 de julio de 2000 ratifica que: “El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación”.

Ahora bien, puede cuestionarse nuestro razonamiento alegando que uno de los criterios que permiten determinar la entidad del estímulo consiste en analizar que este no sea repudiado por la norma sociocultural que rige la convivencia social. En efecto, en países machistas y conservadores como el nuestro es probable que mayoritariamente no se repudie la “sanción” a la cónyuge infiel. Sin embargo, esta interpretación meramente literal de la frase “norma sociocultural que rige la convivencia social” debe ser rechazada por no resultar de acuerdo con la Constitución.

Ciertamente, en un Estado Constitucional como el actual¹⁵⁹ el derecho penal no puede aplicarse al margen de la carta magna. Todo lo contrario, “existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado como es el punitivo tiene que tener definidos sus fines y, por tanto, los postulados o principios de su sistema de argumentación y de aplicación -tanto en fase legislativa como judicial-, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado hace la Constitución. Y esto es así, porque ese poder del Estado se realiza mediante normas y decisiones jurídicas, y tanto el Legislador que las elabora, como el Juez que las aplica están vinculados por las prescripciones de la Constitución. Esta vinculación, además, está garantizada por la atribución de un control sobre el legislativo y los jueces a un órgano supremo que es el Tribunal Constitucional, con poder para corregir a uno y a otros”¹⁶⁰.

En ese marco, cuando el Tribunal Supremo español establece que el estímulo para la aplicación de la atenuante por emoción violenta no puede ser “repudiado por la norma sociocultural que rige la convivencia social” no habilita en ningún caso a asumir consideraciones generalizadas que vulneren principios establecidos en la Constitución y que permitan

¹⁵⁹ Al respecto ver ZAGREVELSKY, G. El derecho dúctil, editorial Trotta, 7º edición, Madrid, 2007, pp. 21-46.

¹⁶⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros. Curso de Derecho penal. Parte General, ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 44.

atenuar la pena en la comisión de un hecho delictivo como el homicidio. Por tanto, la constitucionalidad y aplicación de este requisito está sujeto a que la “norma sociocultural que rige la convivencia social” respete los principios establecidos en la Constitución.

Para el caso específico de los temas de género, por ejemplo, deberá evaluarse si el fundamento que permite el uso de la atenuante respeta el artículo 2º de la Constitución peruana, según el cual toda persona tiene derecho: 2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Sobre la base de lo señalado, consideramos que para la aplicación del artículo 109º del Código Penal los operadores de justicia siempre deben evaluar que “la alteración sea provocada por un hecho idóneo capaz de producirla y hacerla excusable”¹⁶¹. Solo luego de la verificación de este requisito podrá analizarse el intervalo de tiempo sucedido entre la provocación y el hecho, como la ausencia de conocimiento previo del estímulo por parte del autor. En esa línea, por ejemplo, el R. N. N° 1197-04 establece:

“(…) que el hecho delictivo debe cometerse en un lapso de tiempo en el cual el sujeto se encuentra bajo el imperio de esta emoción, no se debe partir del estado emocional del agente, sino llegar a él, comenzando por el análisis de la situación objetiva, es decir valorar el elemento normativo “que la circunstancias hagan excusables” el actuar del sujeto debe ser justificable hasta cierto punto”¹⁶².

Ahora bien, cabe señalar que un sector de la doctrina nacional considera dos presupuestos adicionales de verificación para el uso del artículo 109º del Código Penal: La no utilización de medios sofisticados que demuestren una reflexión previa¹⁶³ y el temperamento del agente, teniéndose presente que cada caso es diferente¹⁶⁴. El primero de estos elementos bien puede ser comprendido dentro del requisito de la razonabilidad del tiempo entre el estímulo y la reacción. Sobre el segundo

¹⁶¹ R.N. N° 2245-04, Primera Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 28 de octubre de 2004. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹⁶² R.N. N° 1197-2004, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Lima, 15 de julio de 2004. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹⁶³ BRAMONT ARIAS TORRES, L. Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 59.

¹⁶⁴ *Ibíd.*

elemento señalado, debe remarcarse que, más que un presupuesto de aplicación del artículo 109° del Código Penal, se trata de un elemento que puede ayudar a demostrar la reacción súbita del agente. Sin embargo, debe tenerse claro que el temperamento del autor no es la base de la reacción, sino la entidad del estímulo producido por la víctima. Al respecto, resulta ilustrativo el siguiente razonamiento de la Corte Suprema de Justicia:

“(...) sin considerar que dicha actitud constituya emoción violenta, pues tal conducta debe tener un motivo razonable en las circunstancias que provocaron y no en el carácter iracundo del autor”¹⁶⁵.

En esa misma línea, en el R.N. N° 952-2006 se señala:

“(...) tampoco existe evidencia alguna que establezca que el crimen se produjo por emoción violenta excusable –a que hace ciento nueve del Código Penal– puesto que la agresión no se produjo en el curso de una seria perturbación de la afectividad del encausado Castillo Sánchez, que le haya impedido reflexionar y controlar sus frenos inhibitorios, desde que en este caso mucho tuvo que ver su carácter iracundo -como dato adicional, la pericia psicológica de fojas doscientos treinta y seis, que si bien se remitió a la Sala luego de la expedición de la sentencia, precisa que el imputado padece de celopatía y presenta bajo umbral de tolerancia a la frustración- (...)”¹⁶⁶.

4. Homicidio por emoción violenta y violencia de género

Determinados en el punto anterior los presupuestos que consideramos necesarios para la aplicación de la atenuante contenida en el artículo 109° del Código Penal, corresponde en este punto analizar si esta puede ser alegada en el caso de mujeres que, habiendo sido víctimas de constante maltrato físico y psicológico por parte de sus parejas, llegan al punto de darles muerte.

En ese contexto, la primera cuestión que debemos preguntarnos es si la conducta de las autoras está comprendida en el tenor literal de la des-

¹⁶⁵ R.N. N° 1554-2002, Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia, 26 de agosto de 2002. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

¹⁶⁶ R. N. N° 952 – 2006, Sala Penal Permanente, Corte Suprema de Justicia, Lima, 27 de junio de 2006. Disponible en <<http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/busquedaCasacionesSistematizadas.jsp>>, 15 de febrero de 2014.

cripción típica del homicidio por emoción violenta. Así, en concordancia con el principio de legalidad, tenemos que decidir si dicha situación está constituida por el estado pasional en que se encuentra el agente y su posterior comportamiento.

Al respecto, consideramos que de la frase “emoción violenta” se desprende que la alteración psíquica del agente es fulgurante o instantánea. En términos de la atenuante contenida en el artículo 21º inciso 3) del Código Penal español, este estado se corresponde con el arrebató, vale decir, la “emoción súbita y de corta duración”¹⁶⁷.

Sin embargo, las mujeres que han sido sometidas a violencia constante y reiterada no actúan en el marco de una emoción súbita (salvo las circunstancias que algún caso en concreto pueda presentar), sino más bien a partir de una “ofuscación o alteración mental y volitiva de cierta duración”¹⁶⁸ que, sin implicar premeditación, denota un estado pasional que se gesta en un periodo más largo de tiempo y provoca su posterior reacción. Nuevamente, en términos del Código Penal español nos estaríamos refiriendo a la atenuante de obcecación.

Entonces, deben quedar diferenciados dos escenarios: “el arrebató como una emoción súbita y de corta duración y la obcecación como más duradera y permanente, caracterizado el arrebató por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente y la obcecación por la persistencia y prolongación de la explosión pasional que ésta representa”¹⁶⁹.

Basado en ello, consideramos que la perturbación psicológica producida en los casos de violencia de género no puede ser comprendida en el artículo 109º del Código Penal vía interpretación judicial, y es que dicho precepto no comprende estos supuestos en su tenor literal. Ciertamente, “los órganos judiciales han de seguir de manera prioritaria en materia de interpretación de las normas penales el denominado “método lingüístico” o “gramatical”; método consistente, como su propio nombre lo dice, en averiguar el significado de los vocablos o frases con que se expresan las prohibiciones y los mandatos de actuación que en ella se contienen. La importancia de este sistema de indagación del sentido literal posible de la proposición normativa radica en su función de valla-dar o límite máximo de toda interpretación constitucionalmente legítima,

¹⁶⁷ CALDERÓN CERESO, A. y otro. Código penal comentado, Ediciones Deusto, Bilbao, 2005, p. 48. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ MOURILLO, G. Comentarios al Código Penal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 113.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1196/1997 de 10 de octubre de 1997.

ya que en ningún caso podrá otorgarse tal calificativo a la que exceda del mismo”¹⁷⁰.

Dicho lo anterior, y teniendo en consideración que el Código Penal peruano no contempla expresamente la atenuante de obcecación, corresponde preguntarnos cómo se atenuaría o excluiría la pena –según propone el voto singular– en los supuestos materia de este trabajo. Sobre el particular, cabría plantearse hasta tres escenarios que dependerán de las circunstancias particulares de cada caso y del resultado de las pericias psicológicas que se realicen a la autora.

El primero de ellos se refiere al trastorno mental transitorio, causal de inimputabilidad contemplada en el artículo 20º del Código Penal peruano. En efecto, de acuerdo con este articulado: “Está exento de responsabilidad penal: 1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según su comprensión”.

Así, si como producto de la violencia a que ha sido sometida una mujer se genera en ella “una perturbación tal en la mente que determine una plena anormalidad en su conocimiento de la situación o en las condiciones de su autocontrol”¹⁷¹, entonces se podrá aplicar la causal de exclusión de responsabilidad.

Por su parte, y como explica el profesor Mir Puig “si la perturbación no llega a ser «plena», pero es notable, debe apreciarse la eximente incompleta del art. 20, 2º (del Código Penal español). Y si su intensidad es menor, cabe acudir a la atenuante de arrebató u obcecación”¹⁷². Lo anterior se contempla en nuestro Código Penal en el artículo 21º, según el cual: “En los casos del artículo 20º cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”.

De esta manera, si el estado psíquico de la autora no llega a ser un supuesto pleno de inimputabilidad, se le podrá atenuar la pena por tratarse de una causa de inimputabilidad incompleta comprendida en el artículo

¹⁷⁰ HUERTA TOCILDO, S. Principio de legalidad y normas sancionadoras, en Principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2000, p. 16.

¹⁷¹ MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. Editorial Civitas, Madrid, 2008, p. 583.

¹⁷² *Ibíd.*

21° del Código Penal peruano. Ahora bien, si ese estado posee una perturbación menor a esta, pero que también incide sensiblemente en la imputabilidad de la mujer, el mismo artículo 21° del Código bien puede comprender la obcecación.

Ciertamente, el tenor literal del artículo 21° del Código penal peruano hace referencia a la atenuación de la pena cuando “en los casos del artículo 20° no concorra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad”. En ese marco, no cabe duda que la obcecación entendida como “estado anímico de perturbación y oscurecimiento de las facultades psíquicas del sujeto con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente”¹⁷³ constituye un caso en el que no se presentan los elementos necesarios para determinar la inimputabilidad, pero que justifican la reducción de pena en consideración a la disminución de las facultades aludidas. Así, este estado pasional que “sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio incompleto, excede del leve aturdimiento”¹⁷⁴ no hace desaparecer totalmente la responsabilidad penal del agente.

En ese orden de ideas, cabe señalar que la diferencia entre la eximente completa, incompleta o por estado pasional “estará en función del grado de intensidad en que resulte afectada la capacidad de culpabilidad del sujeto; es decir, la diferencia se basa en un criterio exclusivamente cuantitativo, y este criterio así expresado, sin más, resulta de muy difícil determinación en la práctica, con lo que los juristas, especialmente los jueces, estarán llamados de modo natural a basarse una vez más en las apreciaciones de los peritos”¹⁷⁵.

Por lo demás, en lo que respecta a la atenuación de la sanción en los casos de la eximente incompleta y de la obcecación, queda claro que en la primera será mayor toda vez que la reducción de la pena debe responder a la intensidad de la perturbación que cada una de ellas genera.

¹⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo Español N°1385/98 de 17 de noviembre de 1998; Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 59/2002 de 25 de enero de 2002. Disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search>>, 28 de febrero de 2014.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Español N°1385/98 de 17 de noviembre de 1998; Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 59/2002 de 25 de enero de 2002. Disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search>>, 28 de febrero de 2014.

¹⁷⁵ DE LLERA SUÁREZ- ÁARCENA, E. “Las circunstancias eximentes 1° y 3° del art. 20° del Código Penal. La correlativa atenuante de responsabilidad penal”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, N° 1, Madrid, 2006, p. 16.

5. Conclusiones

La propuesta del voto singular emitido en el Recurso de Nulidad N°4144-2011 ha permitido dos líneas de trabajo en el presente texto: La primera de ellas se refiere a la revisión y cuestionamiento del uso de la atenuante contenida en el artículo 109° del Código Penal peruano. Así, con la revisión de la jurisprudencia registrada en la página web del Poder Judicial desde el año 1999 a la actualidad, podemos concluir que la Corte Suprema de Justicia considera la infidelidad de la mujer como estímulo suficiente para ocasionar una reacción violenta en su pareja. Efectivamente, a partir de los recursos de nulidad revisados se observa que cuando el fundamento de estos recae en la circunstancia mencionada, se acepta la aplicación de la atenuante cuando la reacción es instantánea y se niega de mediar un intervalo de tiempo largo (salvo un caso al que hemos hecho alusión en el punto 3.1) o al percibirse indicios de premeditación en el ataque. En ambos casos, más allá de la aceptación o no de la atenuante, el máximo órgano de la judicatura no se pregunta si el estímulo posee la entidad suficiente para reducir la pena de un homicidio.

A partir de esta constatación, consideramos que la magistratura debe analizar siempre un elemento vital para su aplicación: La entidad del estímulo que desencadena la reacción. De ese modo, en tanto los requisitos para el uso del artículo 109° del Código Penal han sido determinados por la jurisprudencia, consideramos que a través de la interpretación judicial debe añadirse como presupuesto esencial la “entidad del estímulo” y, en cada caso particular, deberá motivarse por qué determinada circunstancia encaja en este presupuesto. Por tanto, solo cuando se haya corroborado la importancia del estímulo, se podrá pasar a analizar el resto de presupuestos requeridos por la atenuante tales como: el intervalo de tiempo de la reacción y la conmoción anímica repentina. Con ello, por lo demás, queda claro que el homicidio por emoción violenta no podrá basarse en móviles irracionales, entre los cuales se encuentra la infidelidad de la cónyuge. Esta situación, como se ha puesto de manifiesto, no hace más que cuestionar su conducta y colocarla en desventaja en el marco de la violencia de pareja.

Por su parte, la segunda línea de trabajo de este artículo se refiere más directamente a la propuesta del voto singular, que plantea aplicar la atenuante contenida en el artículo 109° del Código Penal a mujeres que, habiendo sido víctimas de violencia de género por parte de sus parejas, llegan al punto de darles muerte. En ese marco, teniendo como base los elementos propuestos para la aplicación del homicidio por emoción violenta, consideramos que (salvo algún caso en particular) este no puede

utilizarse en los casos analizados por el voto singular. En efecto, del tenor literal del término “emoción violenta” se desprende que la reacción requerida por el tipo debe ser súbita; sin embargo, en estos casos la aparición del estado pasional se gesta en un periodo de tiempo que posee cierta duración.

Ahora bien, lo anterior no significa que la perturbación psíquica de las mujeres víctimas de violencia de género no sea tomada en cuenta por el derecho penal como estado que puede disminuir o incluso excluir la imputabilidad personal. Por eso, proponemos tres posibles escenarios de acuerdo con las circunstancias de cada caso particular, como de los resultados de las pericias psicológicas correspondientes: En el primero de ellos, de constatarse una grave alteración de la conciencia como producto de la violencia a la que se ha sometido a una mujer, permitirá fundamentar el trastorno mental transitorio, causal de inimputabilidad contenida en el artículo 20° inciso 1) del Código Penal, situación que excluiría la responsabilidad penal de la procesada. Si la perturbación no es plena pero notable, podrá aplicarse el artículo 21° del Código Penal peruano que atenúa en los supuestos de inimputabilidad incompleta. Por último, cuando nos encontremos frente a estados pasionales generados por obcecación, vale decir, una alteración mental de cierta duración pero de menor intensidad que la perturbación psíquica notable, también podrá atenuarse la pena de la procesada en aplicación del artículo 21° del Código Penal.

En este último punto, conviene recordar a partir de la redacción del mencionado artículo 21° que los dos últimos escenarios propuestos quedan comprendidos en su tenor literal posible, en tanto se trata de casos en los que “no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer la responsabilidad penal”. En ese marco, lo que debe tenerse en cuenta es que el nivel de atenuación del segundo y tercer escenario, no puede ser igual toda vez que la intensidad de la perturbación de la persona no es la misma.

**DERECHOS HUMANOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA EN EL PERÚ: RELEVO JURISPRUDENCIAL Y
PAUTAS PARA EL ANÁLISIS**

Paula Siverino Bavio

PAULA SIVERINO BAVIO

Abogada y candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de Bioética Jurídica y Derecho Civil I en grado y postgrado, en Universidades del Perú y la Argentina.

Fundadora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es asesora legal en la Coordinación del Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata de Personas, Prevención y Asistencia a las Víctimas, Argentina.

1. Introducción

Si bien la discusión sobre la condición, alcances y límites de las técnicas de reproducción asistida está lejos de ser novedosa –la literatura médica, ética y legal sobre el tema acumula más de cuarenta años–, la llegada a los tribunales de planteos alusivos a la misma es más reciente; en el caso peruano se remonta a unos seis años atrás, considerando la ausencia de una ley que regule la materia. En el presente artículo hemos tomado casos emblemáticos resueltos a partir del año 2008 como punto de partida para establecer algunas pautas de interpretación legal a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resolver algunas dudas en relación con una legislación nacional poco clara y comentar las pautas sentadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo c. Costa Rica*¹⁷⁶ de fines del año 2012, que son vinculantes para las decisiones ulteriores en la materia.

Como un imperativo tanto legal como ético, atraviesan nuestro análisis dos enfoques principales: la Perspectiva de Género y una visión desde la Bioética de los Derechos Humanos. La visión desde la Bioética resulta inevitable debido al sesgo de mi especialidad y desde la convicción –que hemos sostenido en innumerables ocasiones–¹⁷⁷ de que la Bioética es una transdisciplina que ofrece muy valiosas herramientas para la resolución de casos complejos, particularmente cuando se abordan problemas vinculados a las tecnologías y los modos de construcción social.

El análisis desde la Perspectiva de Género viene dado por una exigencia legal. La ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁷⁸ (CEDAW por

¹⁷⁶ Corte IDH. *Artavia Murillo c. Costa Rica* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) sentencia de 28 de noviembre de 2012.

¹⁷⁷ Cfr. SIVERINO BAVIO, Paula. “La Bioética Jurídica en el escenario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. en *Bioética y Diritto Internazionale AAVV* a cura di Giuseppe Gioffredi, Università di Salento, Italia, 2014; “Bioética y Derecho: la importancia de promover la formación en Bioética Jurídica”, en las Memorias del VIII Congreso Latinoamericano y del Caribe “Bioética y Sociedad en Latinoamérica”, 20 años de Felipe Viña del Mar, Chile, 23-25 de julio 2011; “Comentarios a los “Lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos”, Revista de Derecho de la Familia y de las Personas, Año 3, número 1º, noviembre 2011, La Ley, Buenos Aires, pp.303-305; “¿Necesita el Perú una Comisión Nacional de Bioética?” Revista Enfoque, Themis, Lima, 9 de agosto de 2011, disponible en <<http://enfoquederecho.com/%C2%BFnecesita-el-peru-una-comision-nacional-de-bioetica/>>. “Bioética Jurídica: una importante herramienta para la solución de casos complejos” en Revista del Colegio de Abogados del Perú, Boletín del Abogado, Año. 7 septiembre de 2010, Lima, p.p. 213-217; “Bioética jurídica y derechos fundamentales: breve propuesta en relación al estudio del derecho de las personas”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año 2 Nro. 0 octubre de 2010, Buenos Aires, pp. 239-250; “La Bioética jurídica como clave de lectura”, Derecho y Sociedad, año 21, Nro. 34 (julio de 2010), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú; “Una Bioética en clave latinoamericana: Aportes de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO”, Derecho PUCP Nro. 63, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, noviembre de 2009, pp.403-414.

sus siglas en inglés), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁷⁹ (Convención de Belem do Pará) y del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niñas, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁸⁰, deja claramente establecido los parámetros legales que demandan la visibilización de las mujeres y niñas como sujetos de derecho, sus particulares necesidades y las situaciones de vulnerabilidad en las que puedan encontrarse inmersas, de modo que el Estado, a través de sus diversas instancias y actores, pueda garantizar a) la remoción de los obstáculos existentes para hacer efectivo el goce de sus derechos (sean estos materiales o jurídicos); b) el acceso y promoción de los derechos; así como c) la sanción oportuna frente a amenazas y violaciones a los mismos, y su posterior reparación integral. La Corte Interamericana ha dicho claramente que los estereotipos de género son incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos¹⁸¹.

Que quede claro, no existe tal cosa como la “ideología de género”. La perspectiva de género ha sido receptada desde fines de los años ochenta tanto por el ordenamiento jurídico supranacional como peruano y reforzada en la última década por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e innumerables resoluciones de Naciones Unidas, así como por dictámenes de los comités que monitorean el cumplimiento de los Tratados de Derechos Humanos, varios de los cuales se han referido de manera directa al Perú¹⁸². Discutir sobre ello no es solo estéril, sino que importa en sí mismo un ejercicio de desinformación legal que tiene por único objetivo negar que las niñas y mujeres son sujetos plenos de derecho. Ello es particularmente virulento cuando la situación de análisis involucra el cuerpo de las mujeres; cuerpo que a lo largo de la historia ha sido botín de guerra, moneda de intercambio, sede de tormentos, objeto minucioso de regulación moral y legal y depositario de todo tipo de expectativas sociales.

Y si hablamos de reproducción asistida es inevitable pasar por el cuerpo, sus fluidos y discursos. Abordaremos entonces un grupo de sentencias, intentando mostrar no tanto un recorrido casuístico como aquellas posiciones, contradicciones, ideas sobre el cuerpo, las mujeres, la re-

¹⁷⁸ El Congreso peruano aprobó la CEDAW el 1 de junio de 1982, siendo promulgada por el Ejecutivo el 5 de junio de ese año.

¹⁷⁹ Perú ratificó la Convención el 4 de febrero de 1996.

¹⁸⁰ Perú la ratifica el 19 de noviembre de 2001, entra en vigencia el 23 de noviembre de 2003.

¹⁸¹ Corte IDH. Artavia Murillo, numeral 302.

¹⁸² Caso K.L. vs. Perú, CCPR/C/85/D/1153/200 (Dictamen aprobado el 25 de octubre de 2005); caso L.C vs. Perú; Comité CEDAW, Dictamen, comunicación 22/2009.

producción, el rol de los jueces que van a quedar al descubierto y que, creemos, vale la pena comentar. Si bien no hay espacio para desarrollar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema, sí mencionaremos los lineamientos de *Artavia Murillo c. Costa Rica*, caso pionero en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Terminaremos con una breve síntesis orientativa sobre las pautas a seguir teniendo vista la aplicación del control de convencionalidad en casos como los que comentamos que puedan decidirse en un futuro.

El elenco que abordaremos es breve pero muy polémico. Nos referiremos a las Casaciones de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia N° 5003-2007¹⁸³ del seis de mayo de 2008 y a la Nro. 4323-2010 del once de agosto de 2011¹⁸⁴, referidas ambas al mismo caso sobre ovodonación; la Casación 563-2011 de la misma Sala resuelta el seis de diciembre de 2011 y la Resolución del Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia¹⁸⁵, sentencia del seis de enero de 2009, estas sobre maternidad subrogada. De manera más lateral, mencionaremos la consulta resuelta por la Sala Constitucional Permanente de la Corte el ocho de julio de 2010¹⁸⁶. Finalmente, por afectar de manera directa la legalidad de las técnicas de reproducción asistida y haber quedado desestimado por la sentencia *Artavia Murillo* de la Corte Interamericana, también haremos referencia al resonado caso de la llamada “píldora del día siguiente” resuelto por el Tribunal Constitucional Peruano¹⁸⁷ en octubre del año 2009.

Pese a que no haremos en este caso un análisis exhaustivo de cada uno de estos tópicos, estarán en debate: la configuración de los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a acudir a técnicas de fecundación asistida para remediar la infertilidad¹⁸⁸; la valoración (social, ética, legal) de las técnicas de fecundación asistida; los problemas derivados de la fecundación heteróloga; la configuración de la maternidad en el contexto de las nuevas tecnologías reproductivas; el derecho a la identidad, la identidad genética y los peligros del reduccionismo genético; la necesidad de reconsiderar los patrones de evaluación de la prueba de

¹⁸³ Corte Suprema de Justicia de la República. CAS. N° 5003-2007 LIMA.

¹⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de la República. CAS N 4323- 2010 LIMA.

¹⁸⁵ Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia, Expediente N° 183515 - 2006 – 00113.

¹⁸⁶ Sala Constitucional y Social Permanente, Corte Suprema de Justicia de la República. Expediente N 1388-2010, Arequipa sentencia del 8 de julio de 2010.

¹⁸⁷ Tribunal Constitucional peruano, sentencia del 16 de octubre de 2009. EXP. N° 02005-2009-PA/TC LIMA ONG “ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCION”.

¹⁸⁸ Para ver el análisis de estos tópicos en el derecho comparado puede leerse SIVERINO BAVIO, Paula. “Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: Cuando los genes ganan y las personas pierden”, en Revista de Derecho de Familia, Nro. 55, Abeledo Perrot, Buenos Aires, agosto de 2012.

ADN en los procesos filiatorios donde la gestación se logra mediante técnicas de fecundación asistida heterólogas¹⁸⁹.

La discusión sobre las técnicas de reproducción asistida (TERAS) se encuadra dentro de los derechos reproductivos, el derecho a la salud, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y proyecto de vida y el derecho a formar una familia y a disfrutar de los avances de la ciencia y la tecnología.

2. Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos

Para situar el debate sobre reproducción asistida debe tenerse presente que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos. La progresividad e interrelación de los derechos humanos ha llevado a considerar a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos en la medida en que expresan en el campo de la sexualidad humana una representación concreta y específica del derecho a la libertad, la intimidad, la integridad psicosomática, el proyecto de vida y la libertad de conciencia y expresión, reconociendo que inciden de manera directa y determinante, en el caso de las niñas y mujeres, en el derecho a la vida, a la salud, la educación y el desarrollo¹⁹⁰. Los derechos reproductivos conllevan la facultad de tomar decisiones concernientes a la reproducción libre de discriminación, coerción y violencia¹⁹¹.

Desde una óptica civil, laica y pluralista la procreación es un acto consciente y voluntario donde una persona o dos personas de manera conjunta deciden cambiar su vida para siempre y afrontar la maternidad/paternidad. Los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y ocasión de tener hijos e hijas y de acceder a la información y los medios para hacerlo, así como

¹⁸⁹ Sobre este tema cfr. SIVERINO BAVIO, Paula. "Derecho a la identidad y verdad biológica, una sintética visión desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nro. 179 agosto de 2013, año 19. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p 13-18.

¹⁹⁰ En orden a la brevedad nos remitimos a lo señalado en trabajos anteriores sobre la fundamentación y alcances de los derechos sexuales y reproductivos: SIVERINO BAVIO, Paula. "El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular". *Revista de Análisis especializado en jurisprudencia RAE Jurisprudencia*, Tomo 16, octubre de 2009, año 2, ediciones Caballero Bustamante, Lima, Perú, pp.63-88. Publicado asimismo en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 2, Nro. 2, marzo de 2010, Buenos Aires, pp.244-269 y "Apuntes sobre los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico argentino", en "Bioética y Derechos, Dilemas y Paradigmas en el Siglo XXI", Arribere (Coord). Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2008., p.87-208.

¹⁹¹ Corte IDH. *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, fundamentos 143 a 150.

el derecho de gozar del más alto estándar de salud sexual y reproductiva posible. Así, también, comprende el derecho a recibir orientación, atención integral y tratamiento técnico profesional durante el embarazo, parto, puerperio y lactancia; el derecho de las mujeres a no ser discriminadas en el trabajo o el estudio por razón de embarazo o maternidad; el derecho a acceder a orientación, consejería y tratamiento sobre cuestiones de infertilidad y enfermedades de transmisión sexual. Cuando nos referimos en este contexto a las técnicas de reproducción asistida, amén de los derechos mencionados, están también involucrados el derecho a la integridad y la salud, a la vida privada, a formar una familia y a beneficiarse de los adelantos de la ciencia y la tecnología¹⁹².

3. Infertilidad y Fecundación in vitro

Las cuestiones en torno a la infertilidad son variadas, complejas y todo indica que aquella está lejos de ser un problema de minorías. En la actualidad se estima que afecta a entre el 16 y el 20% de las parejas, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo¹⁹³, considerando que:

*la infertilidad de pareja es la imposibilidad de lograr un embarazo después de un año de vida sexual activa, sin uso de anticonceptivos; incluyendo también el concepto la imposibilidad de concebir, la imposibilidad para albergar el feto y la de dar a luz a un niño vivo*¹⁹⁴.

Las tasas de infertilidad son similares en varones y mujeres, aunque tiene causas y consecuencias múltiples según el género, los antecedentes sexuales, el estilo de vida, la sociedad y los antecedentes culturales de las personas involucradas¹⁹⁵. El aumento en la prevalencia de la infertilidad es atribuido a cuatro factores: a) postergación de la maternidad/paternidad; b) alteraciones de la calidad del semen debido al alcohol, el tabaquismo, la ropa interior y factores ambientales; c) las enfermedades

¹⁹² Ibídem.

¹⁹³ ROA MEGGO, Ysis. *La infertilidad en el Perú: nuevos criterios para un enfoque preventivo en salud pública*. Lima, Fondo editorial Universidad San Martín de Porres, 2009, p.54.

¹⁹⁴ Ob. cit., p.57.

¹⁹⁵ "Definición de Infertilidad", Revista Network. Family Health International. Vol.23. Nro.2, 2004. Disponible en <<http://www.fhi.org/NR/rdonlyres/efcmawdspokjurnk44hgxdw7e3mikejre3euoibuddtpvwxbdb5wc4k6d2tjrvb3cmzlr7qc3cnoe/Snet233.pdf>>, página visitada el 5 de febrero de 2010.

de transmisión sexual¹⁹⁶ y d) la apertura hacia el tema, lo cual lleva a consultar más que antaño^{197 198}.

Una opción frente a la infertilidad son las técnicas de reproducción asistida. Estas sin embargo tienen un alto costo emocional y económico, aunado a un porcentaje relativo de éxito y no son accesibles para todas las personas¹⁹⁹. Se denomina “reproducción asistida” a los diferentes procedimientos que, en menor o mayor medida, pueden reemplazar o colaborar con uno o más pasos del proceso de reproducción²⁰⁰, distinguiendo entre ellas técnicas de mediana y alta complejidad. Entre los procedimientos de alta complejidad, los más difundidos son la fertilización in vitro (FIV), ICSI (inyección intra-citoplasmática de gametos), y TOMI (transferencia de ovocitos microinyectados)²⁰¹. Estos serán homólogos, cuando el/los gametos utilizados pertenezcan a la pareja. La fertilización será heteróloga cuando el material genético utilizado (óvulos o espermatozoides) provengan de un/a donante, que generalmente será anónimo/a. La maternidad subrogada es el método al cual se recurre ante la imposibilidad de llevar a término un embarazo y pueden utilizarse gametos de la pareja o de terceros.

Los casos que comentaremos en este artículo involucran el uso de técnicas de fecundación in vitro: ovodonación y maternidad subrogada.

4. Cuestiones éticas y legales derivadas de la fecundación in vitro

Reflexionar sobre las técnicas de reproducción asistida implica estar dispuesto/a a tocar fibras sensibles en torno a situaciones generadoras de una cada vez más amplia gama de problemas de orden ético y legal, pero fundamentalmente de cuestionamientos sociológicos, tales como la aceptación de nuevos tipos en categorías antes indiscutibles y pro-

¹⁹⁶ Las enfermedades de transmisión sexual son una de las principales causas prevenibles de infertilidad que afectan de manera particular a las mujeres en situación de vulnerabilidad.

¹⁹⁷ BRUNO OLMEDO, Santiago, CHILIEK, Claudio, KOPELMAN, Susana. “Definición y causas de la infertilidad”, *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, Vol. 54, Nro. 4, 2003, p.228. Disponible en <http://www.fecolsog.org/userfiles/file/revista/Revista_Vol54-No4_Octubre_Diciembre_2003/v54n4a03.PDF>, (acceso, 7 de febrero de 2010)

¹⁹⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. “Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina”, Documento redactado por LUNA, Florencia, IIDH, Costa Rica, 2008, p. 60.

¹⁹⁹ Conforme ROA MEGGO, un tratamiento de fecundación in vitro cuesta entre \$3,500 y \$5,000 en el Perú, precio inaccesible para la mayoría de la población, ya que un sueldo mínimo anual ronda los \$2,400 al año (datos del año 2010).

²⁰⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Reproducción asistida...” p. 12.

²⁰¹ CELIS, Alfredo (Presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad). “Fertilización asistida”, comunicación personal del 23 de febrero de 2010.

fundamente ligadas a la historicidad del sujeto, como la construcción y sentido de la maternidad y la paternidad, que ahora se han fragmentado en genética, gestacional, social, volitiva, legal. En ese orden de ideas vale preguntarse por los límites en la prefiguración, intervención e identidad del sujeto, su vínculo con las tecnologías preformativas, así como la comprensión del ser humano como especie. A ello deben aunarse acendradas actitudes sociales (estereotipos de la maternidad y la virilidad), visiones divergentes sobre el rol de la mujer, la percepción positiva o negativa de la medicalización de ciertos procesos naturales. Se trata de un terreno con diferentes aristas de difícil abordaje²⁰².

Esto lo veremos de manera particular en las aseveraciones que hacen los jueces al decidir los casos sobre reproducción *in vitro* bajo comentario.

Muchos conflictos y divergencias legislativas y jurisprudenciales en torno a este tema parten de la imposibilidad de conciliar las diferentes visiones relativas al estatuto ontológico del embrión²⁰³ y las derivaciones relativas a: la consideración de la legalidad o no de las técnicas, la crioconservación de embriones; la donación de gametas y las cuestiones en torno a la identidad de los niños nacidos por fecundación heteróloga; el diagnóstico preimplantatorio; la gestación de embriones histocompatibles con hermanos enfermos; el destino de los embriones supernumerarios; la cesión de embriones, por nombrar algunos de estos problemas. Nos referiremos muy sucintamente a aquellos que fueron abordados en mayor o menor medida por la jurisprudencia peruana.

Entre los temas bajo discusión, uno que afecta de manera particular las consideraciones sobre la salud y los recursos públicos es si la infertilidad debe o no ser considerada una enfermedad. Esto tiene consecuencias muy concretas, tales como la posibilidad de demandar del Estado o de servicios de medicina privada la cobertura de los tratamientos -que son altos, y privativos, por sus costos, para muchas personas-. A las consideraciones técnicas deben sumarse las tensiones que se generan en torno a la pregunta de si en los países en vías de desarrollo debe considerarse que la fertilización asistida responde a necesidades particulares o debiera más bien ser admitida como una prioridad social, en el difícil contexto de las carencias de los sistemas públicos de salud y la lucha contra la desnutrición, la violencia y enfermedades relaciona-

²⁰² IIDH. Ob. cit., p.18.

²⁰³ SIVERINO BAVIO, Paula. "El derrotero de la anticoncepción..."

das con la pobreza, así como las marcadas disparidades sociales. La Argentina, por ejemplo, considera a la infertilidad una dolencia y le da cobertura total a la reproducción in vitro mediante los sistemas públicos y privados de salud²⁰⁴.

La Asociación Médica Mundial ha dicho que la concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psicosociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico²⁰⁵.

Señala Luna que debe dirimirse si se estaría frente a personas que padecen una enfermedad o discapacidad, o por el contrario, a personas que funcionan como clientes y demandan un servicio²⁰⁶. Desde otro enfoque, una reciente y completa investigación en el medio peruano deduce que habría motivos suficientes para considerar a la infertilidad no solo una enfermedad, sino una que debería ser entendida como problema de salud pública²⁰⁷. Asimismo, análisis y estadísticas actuales han llevado a sostener que la infertilidad es una dolencia cuya tasa de prevalencia e incidencia creciente la han vuelto un problema de salud pública, especialmente en Europa y paulatinamente en algunos países centro y latinoamericanos²⁰⁸. Entre estas posibilidades la Corte Interamericana entiende que se trata de una enfermedad²⁰⁹, si bien en alguna parte de la sentencia se referirá a la misma como una discapacidad²¹⁰.

²⁰⁴ Ley 26.862 sancionada el 5 de junio de 2013, disponible en <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>> (consultada el 15 de febrero de 2014).

²⁰⁵ Asociación Médica Mundial, "Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida", (Sudáfrica, octubre 2006), artículo 6, disponible en <<http://www.wma.net/s/policy/r3htm>>, citado por IIDH, "Reproducción asistida, género y derechos humanos...p.18).

²⁰⁶ IIDH. Ob. cit., p 18.

²⁰⁷ Así, sostiene ROA MEGGO que ya no sería suficiente utilizar solo los indicadores tradicionales para designar a una enfermedad como problema de salud pública, sino que deben estudiarse nuevos criterios como incidencia, cronicidad, impacto económico y psicosocial, condicionamientos culturales, proyección y tendencia de crecimiento.

²⁰⁸ ROA MEGGO. Ob. cit., p 59.

²⁰⁹ Corte IDH. *Artavia Murillo*, numeral 293.

²¹⁰ *Ibidem*, numeral 297.

5. Situación normativa en el Perú

El Perú no cuenta aún con una ley que regule la reproducción asistida. Sin embargo, existen numerosos centros privados que ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad y se rigen básicamente mediante autorregulación difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y el enfoque de prácticas problemáticas. Se atiende a parejas casadas, unidas de hecho o a mujeres solteras. Las clínicas que ofrecen tratamientos de alta complejidad incluyen tanto la posibilidad de acudir a la ovodonación, el diagnóstico preimplantatorio, la criopreservación de embriones y la maternidad subrogada. El sistema público de salud solamente brinda acceso a tratamientos de baja complejidad.

Si bien no hay una norma que rija de manera específica la materia, existe un artículo de la Ley General de Salud (artículo 7) que refiere las técnicas de reproducción asistida y ha sido objeto de interpretaciones disímiles.

En relación con las técnicas de reproducción asistida, la jurisprudencia se ha pronunciado, de manera contradictoria, sobre el alcance e interpretación del artículo 7 de la LGS (legalidad de la ovodonación y la maternidad subrogada) y el estatus del embrión extrauterino.

En el Perú no se discutió, en los casos que llegaron hasta la Corte Suprema, como sí sucedió en otros países –Costa Rica en el caso *Artavia Murillo*, por ejemplo– sobre la composición de la categoría del sujeto de derecho “concebido”. Este debate, que afecta de manera directa a las TERAS, sí fue central en la disputa por la legalidad de la anticoncepción oral de emergencia que llegó al Tribunal Constitucional peruano y sus conclusiones han quedado desfasadas –o actualizadas de hecho– por la sentencia *Artavia Murillo*. Analicemos entonces estas cuestiones.

6. Alcances de la permisión de las TERAS: el artículo 7 de la LGS

La Ley General de Salud, en su artículo 7 se refiere a la reproducción asistida en una redacción que ha sido muy cuestionada:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el

consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

La norma considera que el recurrir a métodos para tratar la infertilidad, incluyendo las técnicas de reproducción asistida in vitro, es un derecho. Asimismo, admite la fecundación heteróloga, siempre y cuando se realice con material genético masculino, pero exige que la condición de madre gestante y madre genética coincidan excluyendo, en una interpretación dominante hasta el decisorio de la Casación 4320- 2010 de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema²¹¹, la ovodonación, la embriodonación y la maternidad subrogada.

Sosteniendo una posición de minoría hemos manifestado de manera reiterada, desde hace años, el sentido y las incongruencias del artículo 7 de la LGS²¹². Ha sido notable comprobar que la mayoría de los profesionales que llevaban adelante la ovodonación estaban convencidos de la irregularidad de la misma sin que existieran motivos legales para ello, pero, a la vez, no pocos defendían la maternidad subrogada, la cual, si bien es legal, presenta como veremos, aristas mucho más complejas por colisionar, en principio, con normas de orden público relativas a la atribución de la filiación materna.

Desde siempre hemos sostenido la legalidad de estas técnicas y las falencias del razonamiento contrario; posición que finalmente encontrará apoyatura jurisprudencial en la Casación 4323-2010, caso en el cual se discutía la atribución de maternidad originada en una ovodonación, la cual había sido ya reputada por la misma Sala tres años antes, como ilegal²¹³.

Originado en un malintencionado proceso de impugnación de maternidad contra una mujer que había dado a luz a una niña concebida

²¹¹ Corte Suprema de Justicia de la República. CAS N 4323- 2010 LIMA.

²¹² Así lo sostuvimos en numerosas conferencias y mesas redondas (entre ellas en el I Congreso Internacional sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, Arequipa, noviembre de 2009, donde denunciemos este caso, y en el XV Congreso Internacional de Reproducción Humana, Sociedad Peruana de Fertilidad, Lima, 30 de septiembre de 2011, donde esta posición recibió una airada respuesta de buena parte del público. Asimismo, lo denunciemos en una serie de artículos previos a la Casación que comentamos. Ver SIVERINO BAVIO, Paula. “¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas”. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Tomo 141, Lima, junio de 2010, pp.140-160; SIVERINO BAVIO, Paula. “Cuando decidir ser madre es tan dramático como decidir no serlo: comentarios a propósito de una sentencia de impugnación de la maternidad en Perú”, en *Derechos de las Mujeres y Discurso Jurídico. Perú: Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009*. DEMUS/Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, Lima, 2010.

²¹³ Corte Suprema de Justicia de la República. CAS. N° 5003-2007 LIMA.

con su expareja mediante ovodonación, el caso llegó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema dos veces, una en el año 2008 donde se debatió la legitimidad procesal de la esposa del padre de la niña en cuestión para impugnar la maternidad de la expareja de su esposo y en el cual la Corte tildó de “ilegal” la maternidad impugnada (Casación 5003-2007); y un segundo caso, resuelto en el año 2010, que involucra la legalidad del documento de consentimiento firmado en la Clínica de Fertilidad por la pareja progenitora, ante el cuestionamiento de la legalidad de la práctica de la ovodonación, el cual tenía por finalidad sostener la afirmación de la demandante de que el semen de su esposo había sido utilizado para procrear sin el consentimiento de este²¹⁴.

Volvamos entonces a la Casación que se pronuncia sobre la interpretación del artículo 7 LGS.

¿Qué sostuvo la Casación 4323-2010?

a) Que al no estar expresamente legislada la ovodonación, conforme lo principio de clausura y de reserva, no constituye ilícito ni delito.

b) Siendo legal la técnica empleada, es válido el acuerdo suscrito (en el cual consta el procedimiento realizado y el consentimiento de la pareja al mismo, con el consiguiente reconocimiento de una eventual filiación).

c) Reconoce que de esta unión nace una niña que es sujeto de derecho, y que debe ser protegida (un gran avance si consideramos la Casación del 2007 que no la menciona en lo absoluto).

d) Distingue a la ovodonación (legal) de la maternidad subrogada entendiéndolo que esta no sería permitida por el ordenamiento jurídico. La resolución es pobre conceptualmente, pero aporta al menos una importante certeza a quienes deban recurrir a esta técnica: la ovodonación es una práctica legalmente admitida. Así las cosas, amén de lo expuesto por la Sala Civil Permanente de la Corte, vale sistematizar una serie de argumentos propios para reforzar la conclusión sobre los alcances del artículo 7:

- a) **Metodología:** la norma no contiene una prohibición respecto de la ovodonación, la maternidad subrogada o la

²¹⁴ Para un análisis pormenorizado del caso cfr. SIVERINO BAVIO, Paula “Fecundación heteróloga...”

embriodonación. Si atendemos a su metodología, el último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones acerca de las técnicas (fecundación para fines distintos de la reproducción humana y clonación reproductiva). Si el legislador hubiera querido prohibir la ovodonación o la maternidad subrogada lo lógico habría sido enumerarlas en esta parte de la norma.

- b) **Principios de legalidad y de clausura:** pero además, y fundamentalmente, las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, sino que deben estar explicitadas, lo contrario vulneraría el principio de clausura, que establece que “aquello que no está prohibido, está permitido” y el principio de legalidad. Por lo tanto, la frase siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona podría considerarse una exhortación del legislador, más no una prohibición.
- c) **Principio de igualdad y no discriminación:** integrando el artículo 7 a la legislación peruana, consideramos que la distinción entre admitir el uso de material genético masculino y prohibir el uso de material genético femenino de terceras personas constituiría una inaceptable discriminación por razón de género, ya que solo permitiría el acceso a las técnicas en el caso que las dificultades o problemas para concebir radiquen en el varón, y no admitiría soluciones a la gran mayoría de los problemas vinculados a la infertilidad de origen femenino, tales como la deficiencia ovárica (por razones de edad, menopausia precoz, que hubieran sufrido la remoción de sus ovarios), deficiencia tubaria, el carecer de útero o bien padecer de patologías que impidan la anidación, o sufrir enfermedades que pondrían en riesgo la vida de la mujer en caso de un embarazo (insuficiencia renal o cardiopatías severas, entre otras) y un largo etcétera.
- d) **Legalidad y utilidad social:** Si conforme lo dicho solo tuvieran acceso a las técnicas de reproducción asistida las mujeres sanas, con óvulos viables (por ende, jóvenes²¹⁵),

²¹⁵ Teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica (por ejemplo en mujeres que han pasado los treinta y cinco años), el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20%, mientras que con óvulos de donante este alcanza hasta un 70%, prohibir la ovodonación equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad a un alto porcentaje de mujeres (dato proporcionado por el presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad, comunicación privada, noviembre de 2010).

sin dificultades para lograr y mantener un embarazo. ¿Cuál sería la utilidad de las técnicas en reproducción asistida? ¿Permitir paliar la infertilidad masculina? Conforme esta lectura, el valor social de las técnicas de reproducción asistida residiría en que permitirían superar exclusivamente la infertilidad del varón. Esta interpretación, que instrumentaliza a la mujer como mero objeto de tránsito reproductivo para preservar la descendencia del varón, no solo es éticamente inaceptable sino además, contraria a derecho.

- e) **Eficacia normativa:** Por otro lado, si lo que se pretende es evitar los conflictos en torno a la configuración de la identidad de los/as niños/as que nacieran producto de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, entonces la prohibición debería ser total no justificándose la donación de esperma y este motivo no alcanzaría a la maternidad subrogada²¹⁶. Se ha alegado que la disposición pretende proscribir la maternidad subrogada. Esto mismo deja entrever la Casación 4323-2010. Tampoco estamos de acuerdo. Si esa fuera la razón, entendemos que la medida es, cuanto menos, ineficiente ya que es factible que coincidiendo madre genética y madre gestante tenga lugar utilizando material genético de un donante anónimo o del varón de la pareja, la subrogación de vientre. Más propio, en todo caso, sería establecer una clara prohibición de la maternidad subrogada aunada a la ya existente determinación de la maternidad legal por el parto. Aunque, vale aclarar al respecto –y sin que ello implique en modo alguno desconocer la complejidad que puede revestir el caso concreto– que disposiciones como la presunción de maternidad acerca de la mujer que da a luz (mismo por su carácter de presunción) no podría ser alegada para impedir u obstaculizar el reconocimiento de la identidad y adecuado emplazamiento filiatorio de un infante nacido mediante una subrogación de vientre²¹⁷.
- f) **Viabilidad ética y técnica de la embriodonación:** Por otra

²¹⁶ Sobre la cual hemos manifestado nuestras objeciones (respecto de aquella de modalidad contractual) SIVERINO BAVIO, P. Columna de opinión. “El mercado del deseo”. *El Comercio*, 1 de febrero de 2013, disponible en <<http://vlex.com.pe/vid/mercado-deseo-417102770>>. SIVERINO BAVIO, P. Entrevista sobre vientres de alquiler. “Reinventar la cigüeña”, *Revista Ideele, Revista del Instituto de Defensa Legal*, Nro. 222, agosto 2012, Lima, Perú, disponible en <<http://www.revistaideele.com/ideele/content/reinventar-la-cig%C3%BCe%C3%B1>>.

²¹⁷ En este sentido, SIVERINO BAVIO “Derecho a la identidad y verdad biológica, una sintética visión desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Diálogo con la Jurisprudencia. Nro. 179 agosto de 2013, año 19. *Gaceta Jurídica*, Lima, 2013, pp. 13-18.

parte, y de aceptarse que el artículo 7 impidiera cualquier técnica en la que no coincidan la “madre gestante” y la “madre genética”, esta disposición cerraría la posibilidad de la embriodonación, la cual puede ser una alternativa válida para parejas infértiles al tratarse de un tratamiento menos gravoso (físicamente para la mujer al evitar la estimulación ovárica y en términos económicos por su costo mucho menor) y que permitiría la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, dando una solución concertada al problema de los embriones supernumerarios y evitando se sigan generando embriones “sobrantes” .

- g) **Inconveniencia de la interpretación literal:** Por último, si se quisiera abogar por la validez de la literalidad de la norma nos encontraríamos con otro obstáculo: el muy cuestionable requerimiento del consentimiento expreso de “los padres biológicos”, ya que al admitirse la donación de esperma (siendo este varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia y firma de un donante anónimo que asumiría entonces ¿obligaciones?, ¿derechos?, ¿configuraría adulterio? en un curioso cuadro jurídico, que solo se entiende merced a una errónea técnica legislativa, lo que demuestra claramente cuán conflictivo e inadecuado resulta ceñirse exclusivamente a su aplicación literal.

La Corte yerra al diferenciar la ovodonación de la maternidad subrogada en relación con la letra del artículo 7. El principio de reserva que el Tribunal aplica para sostener que no está prohibida la ovodonación es el mismo que debe utilizarse para sostener que tampoco está prohibida la maternidad subrogada. Realizar una distinción entre ambas situaciones es contrario a la lógica; la expresión *siempre que la condición de madre genética y madre gestante coincidan* se aplica a la totalidad de los casos de ovodonación y a buena parte de los supuestos de maternidad subrogada (en los demás, aunque suele ser desaconsejado, madre genética y gestante pueden coincidir).

Al no estar regulada la maternidad subrogada no es ilícita, pero la atribución de la filiación colisiona con la presunción de maternidad, que indica que la maternidad legal estará definida por el parto. En la práctica, si bien la subrogación no es ilegal, se puede incurrir en conductas ilícitas al intentar por medios irregulares lograr la inscripción del nacido por este método; Una práctica ilegal habitualmente utilizada consiste en adulte-

rar el DNI de la mujer que va a dar a luz. Se labra un nuevo DNI con los datos de la mujer que encargó la gestación y se coloca una foto de la mujer que gesta y va a dar a luz. Así cuando luego del parto se tomen los datos en el establecimiento de salud para confeccionar los datos del recién nacido se colocarán los datos de la mujer que asumirá la maternidad y no la de aquella que gestó, evitando en lo sucesivo cualquier inconveniente legal; Luego, con esos datos se confeccionará la partida de nacimiento. Una pareja que recurrió a una maternidad subrogada por solidaridad, y que se negó en su momento a utilizar alguna de estas prácticas habituales, pero ilegales, inició un proceso de impugnación de la maternidad, dando lugar al caso que comentaremos resuelto por un Juzgado de Familia en Lima²¹⁸. Otro modo de ocultar una maternidad subrogada son las falsas adopciones, tal como veremos en la última de las casaciones de la Sala Civil Permanente bajo análisis²¹⁹.

7. La ovodonación en la primera opinión de la Corte Suprema

En el primer análisis que hace la Sala Civil Permanente del indignante caso que mencionamos no entra en la consideración del artículo 7 LGS. Se le pide resolver sobre la cuestión de la legitimidad procesal y adelantada opinión en relación con la maternidad mediante ovodonación, a la que reputa ilegal, si bien tres años más tarde cambiará de opinión sin expresar mayores fundamentos sobre el drástico viraje.

Los hechos que motivaron las dos primeras casaciones se dieron del siguiente modo: M (madre) y H (hombre) vivieron varios años como pareja estable y al no lograr un embarazo recurren a la fecundación in vitro en la Clínica P, primero con material genético de la pareja y luego con óvulos de una donante anónima, con lo que se logra finalmente el embarazo. En el transcurso de este proceso el Señor H, que mantenía una relación afectiva paralela, contrae matrimonio con esta segunda mujer a la que llamaremos “E” (esposa), la cual queda embarazada, dejando en el abandono afectivo y material a la Señora M. Sumado a ello pretende desconocer la filiación de la niña que estaba gestando M. Al nacer la niña, M le inicia un proceso de filiación y producto de ello H reconoce a la nacida como su hija. En paralelo, nace su hijo con la mujer con quien se había casado. Luego de que H reconociera a la niña, E inicia contra

²¹⁸ DÉCIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA. Expediente N° : 183515 - 2006 - 00113

²¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sala Civil Permanente. Casación 563-2011 del seis de diciembre de 2011.

M una demanda por impugnación de la maternidad basada en que sabía, por su relación con H, que M no era la madre biológica de la menor al haberla concebido mediante ovodonación y para hacerlo se presenta en representación de su hijo –medio hermano de la menor– alegando un interés legítimo en develar la “verdadera identidad” de esta, ya que lo contrario le ocasionaba un grave daño a la identidad de su propio hijo²²⁰.

Este planteo fue rechazado en primera y segunda instancia por entender, sobre distintas bases, que E carecía de legitimación procesal y que, aun teniéndola, no se había acreditado la existencia de un daño. Estos sensatos razonamientos serán revertidos por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la Casación 5003-2007 que defenderá la legitimidad procesal de E sobre la base del ligamen biológico que une a los dos medio hermanos (infantes que no se conocen ni conviven al tiempo de la demanda). La Sala Civil acepta el recurso de casación por entender afectado el derecho a un debido proceso, interpretando que no es preciso probar afectación o daño, sino que acreditado este vínculo (ADN) se presumía el “interés moral” en el esclarecimiento de la verdad biológica de la niña que tendría el medio hermano. Así, declara nulas las resoluciones judiciales anteriores, ordenando que el juez de primera instancia vuelva a pronunciarse sobre la base de la decisión resultante.

En el considerando segundo²²¹ la Sala considera “ilegal” y “falsa” la maternidad de M partiendo de un estudio de ADN, que lógicamente probó

²²⁰ Además de la acción civil A es demandada penalmente por adulteración de instrumento público y sufre detención y privación de la libertad y un sinnúmero de violencias a lo largo del proceso civil y penal, hasta que luego de varios años los reclamos son desestimados. Habiendo tomado conocimiento directo del caso hacia el final del proceso en la Corte considero que es uno de los casos de violencia de género más crudos e inverosímiles que haya visto en mi vida profesional.

²²¹ Lo transcribimos en parte: “La Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del *ius sanguinea*, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto es, la existencia de una situación jurídico procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así, la acreditación de la afectación del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada, por lo que resulta irrelevante para quien tiene la condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el *ius sanguine* “per se” otorga legitimidad para obrar a los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el falso reconocimiento de su hermano.” (Cas 5003-2007, subrayado nuestro).

que no era la progenitora biológica, ignorando completamente las implicancias de la fecundación heteróloga, el interés superior de la niña, varios tratados de Derechos Humanos y treinta años de doctrina en el Derecho Comparado sobre el tema.

La Sala parece no advertir la carencia absoluta de valor social de esta demanda, cuyo único interés es causar daño a una mujer con una limitación reproductiva y dejar sin filiación a una niña, la cual de prosperar la demanda enfrentaría estos escenarios, a cual más perjudicial: a) quedar irremediablemente privada de filiación materna, contra la realidad de una madre que la gestó, alimentó y amó desde el primer momento; b) que se le atribuya la maternidad a la donante del óvulo (que sería la madre “verdadera” según el criterio de la Sala que solo admite el vínculo biológico), lo cual sería un absurdo e implicaría levantar el anonimato de la donación y atribuir voluntad procreacional a quien solo realizó una donación de gametas, en una injerencia arbitraria e inaceptable en su derecho a la intimidad, sus derechos reproductivos y su proyecto de vida; c) promover la adopción de la cónyuge de su progenitor, mujer que no solo no tiene ningún vínculo con la menor sino que es quien promueve la impugnación de la maternidad que le causa un daño irreparable, en un escenario digno de una historia de terror.

La segunda cuestión que quedará planteada ante la Sala es la denuncia que hace E. de que el embarazo se logró con el óvulo de una donante y el semen de su marido, utilizado sin el consentimiento de este y en abierta contradicción con la prohibición del artículo 7 de la Ley General de Salud. Ello será resuelto un par de años después en la Casación 4323-2010 mediante un recurso interpuesto por la Clínica P, donde se llevó a cabo el procedimiento cuestionado, y por la Señora M., y que desarrollamos en el acápite anterior.

8. La Corte Suprema y la maternidad subrogada mediando dinero: “no veo, no escucho, no existe”

Entre las posibilidades abiertas por las técnicas de reproducción asistida se encuentra la opción de la subrogación de vientre o maternidad subrogada. Así, si la dificultad radica en la imposibilidad de gestar (por patologías preexistentes o detonadas por el embarazo o por tratarse de una pareja homosexual), es posible recurrir a la maternidad subrogada, ya sea: a) utilizando el material genético de la pareja y un útero subrogado; b) material genético de donantes anónimos y el útero de una gestante no donante de material genético, o bien c) material genético de una donante anónima, espermia del varón y útero subrogado; d) material

genético del varón que busca el embarazo, óvulos y útero pertenecientes a la gestante subrogada²²². En el caso de las parejas del mismo sexo también es factible recurrir a la maternidad subrogada, existiendo en la actualidad legislaciones que contemplan esta posibilidad.

A su vez, la gestación subrogada puede ser motivada por razones solidarias sin que medie contraprestación económica (solamente atendiendo a las necesidades de cobertura asistencial del embarazo y parto) y darse entre familiares o amigas muy estrechas o bien puede comprometerse bajo pautas contractuales²²³ como un servicio arancelado por el cual se acuerdan derechos y obligaciones para las partes.

Relativo a este último supuesto, la Sala Civil y Permanente de la Corte nos deja una sentencia –la Casación 563-2011 publicada en julio del año 2012– que rechaza un recurso de casación interpuesto por la madre biológica de una niña dada en adopción habiendo mediado una [oculta] maternidad subrogada. El caso gira en torno a una demanda de adopción por excepción²²⁴ que al asumir la existencia de un enlace familiar entre adoptado y adoptantes tramita por vía judicial.

Los hechos son como sigue: D y G solicitan la adopción por excepción de la niña V, quien sería sobrina nieta de D. Los padres biológicos serían I y P²²⁵. P es sobrino de D, quien se presenta como adoptante. La niña ha sido entregada al nacer a la pareja “adoptante” por sus “padres biológicos”. El caso es que esta presunta adopción enmascara una maternidad subrogada por dinero. El conflicto se genera cuando, habiendo recibido el dinero y entregado a la niña los padres biológicos, que origi-

²²² Esta posibilidad suele no sugerirse o desalentarse, ya que al coincidir la maternidad genética y la gestacional la maternidad legal es atribuida prácticamente sin márgenes de duda en aquellos ordenamientos jurídicos que no regulan la maternidad subrogada de forma específica.

²²³ Hay ordenamientos jurídicos que prohíben este tipo de prácticas por entender que serían contratos de objeto ilícito, o bien que, en sede judicial, cuando se intenta hacer valer un contrato de subrogación de vientres el mismo es declarado nulo por entender que su objeto es ilícito por contrariar la moral y las buenas costumbres. Ha habido varios casos también en el derecho comparado donde se han generado controversias por la negativa a inscribir a niños/as nacidos/as de esta técnica en países que la aceptan, cuando el país donde viven sus padres y en el que se pretende inscribirlos, prohíbe o bien no regula esta práctica.

²²⁴ Según explica la misma resolución “la adopción por excepción es una institución (...) que dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (...) se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancias excepcionales, pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial”.

²²⁵ Utilizamos las iniciales de los involucrados para anonimizar el caso.

nalmente se allanan a la demanda de adopción, posteriormente la impugnación revelándose la maniobra ocurrida. ADN mediante, se establece que G es el padre biológico y que P, el marido de la mujer que dio a luz, no tiene vínculo genético con la niña. Se sostiene que, pese a que no procede la adopción entre padres e hijos, dado que legalmente la niña figura como hija de P y el acta de nacimiento no ha sido impugnada, corresponde seguir con el proceso de adopción por excepción a favor de G y D, se rechaza el recurso de casación y se confirma la sentencia apelada que otorga la adopción plena de la niña.

Al develarse la maniobra fraudulenta, y paralelamente al proceso de adopción, el Ministerio Público inició contra P e I un proceso penal por extorsión y alteración del estado civil de la menor.

En el proceso se toma nota que la gestante y su marido habrían ofrecido los “servicios” de un alquiler de vientre y cobrado por ello una importante suma de dinero para luego extorsionar a G y D a lo largo del embarazo para impedir que I abortara. Luego, habiendo originalmente consentido la adopción, exigieron más dinero para no obstaculizarla. Un cuadro tenebroso.

¿Qué se puede resaltar como positivo de esta casación? Sin duda, que en este complejo caso la preocupación central está enfocada en proteger y asegurar el interés superior de la niña, quien vive desde su nacimiento con la pareja que pretende la adopción, en un ambiente de afecto y buenas condiciones en general, elemento que prima al orientar la decisión.

Más difícil resulta comprender otras cuestiones, entre ellas:

a) La **invisibilización** que hace la Sala de la existencia de un caso de maternidad subrogada, que la misma había reputado contraria a derecho en casaciones anteriores y que comentamos. No se hace un análisis sobre esta figura, su legalidad o no, sus implicancias sociales y éticas, etcétera. Tiene un caso original, complejo, que dista de ser aislado y lo afronta de manera legalista, sin entrar al nudo de la cuestión. Grafica lo dicho que la clínica donde se llevó a cabo la práctica no aparezca, al menos según el relato de la casación, citada a declarar en calidad de testigo, cuanto menos.

b) El **doble discurso moral** bajo el cual son evaluados quienes encargan la gestación: “justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor”; de aquellos que se prestan para llevarla a cabo:

“teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley”; resaltando la solvencia moral de los primeros frente a la deplorable moralidad de los segundos.

Este último dato es preocupante. Aclaremos que no considero posible hacer una evaluación ética de las conductas de los protagonistas, ya que no se ha tomado conocimiento directo del devenir de los hechos. Pero sí debe llamarse la atención sobre la complejidad ética que reviste en sí misma la práctica de la maternidad subrogada, en mayor medida la subrogación contractual, por dinero, y las situaciones de vulnerabilidad que quedan al descubierto y que la Sala no considera siquiera. Aun siguiendo su razonamiento de lo reprochable que es entregar a una niña por dinero —que lo es—, no se puede olvidar que la transacción se realiza porque existe quien está dispuesto a pagar por ella. En la maternidad subrogada por contrato existe una disparidad notable en cuanto a accesos socioeconómicos entre las mujeres que gestan y aquellas que son beneficiadas por esta gestación, siendo difícil descartar las situaciones de vulnerabilidad que propicien condiciones de explotación. ¿Cuántas mujeres universitarias con un nivel adquisitivo alto o medio alto gestarían un niño por dinero para una tercera persona con la que no existe ningún vínculo? ¿Cuánta libertad hay en quien dispone como último recurso de su capacidad de gestar para mejorar sus condiciones de vida?

Pero también quien encarga la gestación se coloca en una situación de vulnerabilidad, particularmente si, como en este caso, solo uno de los progenitores tiene vínculo biológico con el nacido, en el contexto de un marco legal que no regula la maternidad subrogada, y exponiéndose a la extorsión económica y emocional de personas inescrupulosas y el sufrimiento que ello acarrea.

Siguiendo con la cuestión de la maternidad subrogada, comentaremos brevemente una sentencia que la considera perfectamente legal²²⁶ en un caso de subrogación por solidaridad y entra en el espinoso tema del estatuto ontológico del embrión antes incluso que la sentencia del Tribunal Constitucional sobre anticoncepción oral de emergencia.

²²⁶ “C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad”. Décimo quinto juzgado especializado de Familia, sentencia del 6 de enero de 2009.

9. Maternidad subrogada por solidaridad y estatuto ontológico del embrión ¿una de cal y una de arena?

Aquí se trata de un caso de maternidad subrogada por motivos altruistas, resuelto en primera instancia por una jueza de Familia de Lima²²⁷. Sintéticamente, los hechos que relata el expediente son los siguientes: la Sra. X y su esposo, el Sr. Y desean tener hijos, pero debido a que ella padece insuficiencia renal severa e hipertensión arterial un embarazo pondría en riesgo su vida. Por ello, deciden recurrir a las técnicas de fecundación in vitro utilizando su propio material genético y contando el apoyo de la madre de la Sra. X, la Sra. A, quien decide llevar adelante la gestación de su nieta. Al nacer la niña L es anotada en la Clínica como hija de la Sra. A y su yerno, el Sr. Y, padre de la pequeña. A fin de regularizar la situación filiatoria de la niña y utilizando las vías legales pertinentes, la Sra. X, madre genética, interpone una acción de impugnación de la maternidad a fin de que se le reconozca el carácter de madre legal de la niña.

De acuerdo con una interpretación estricta de la normativa vigente la accionante no estaría legitimada a accionar, ya que la impugnación de la maternidad solo procede en caso de suplantación del hijo o simulación del parto. Sin embargo, la jueza considera que dadas las particularidades del caso y estimando que media una fecundación in vitro el concepto tradicional de maternidad resulta insuficiente y el derecho genético crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad.

La magistrada reconoce el interés para accionar y ordena, a fin de determinar “con certeza” la maternidad de la niña, una prueba de ADN. Siendo esta positiva a favor de la Sra. X, se pregunta quién debe ser emplazada como madre biológica, si la genética o la gestante. Ante los resultados estima que no existiendo una prohibición respecto de la maternidad subrogada y con mayor razón cuando la gestación, asumida por la madre de la accionante, ha sido un acto altruista y amoroso, cabe definir la filiación biológica a favor de la Sra. X. haciendo lugar a la acción.

La jueza entiende que “la situación fáctica no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida”; recurriendo al principio de

²²⁷ Este acápite reproduce lo sostenido en SIVERINO BAVIO, Paula. “Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: Cuando los genes ganan y las personas pierden”. *Revista de Derecho de Familia.*, Nro. 55, Abeledo Perrot, Buenos Aires, agosto de 2012.

reserva (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe) considera que la maternidad por subrogación es una conducta lícita y que solo cabe establecer si se debe amparar la pretensión de la accionante.

Se decide entonces la controversia conforme el resultado del examen de ADN. En la medida que el material genético pertenecía a la mujer que reclama la maternidad legal (porque se trata de un caso de maternidad subrogada con material genético propio, no de ovodonación), la historia tiene un final feliz. Pero no por ello es menos válida la pregunta acerca de cuál es el peso que debe dársele a la prueba de ADN en un proceso de este tipo cuando está de por medio el esclarecimiento de una filiación originada en técnicas de reproducción asistida. En este caso, la prueba genética sumada a los testimonios confirman que la atribución de la maternidad legal debe recaer en aquella mujer que deseó, planeó, programó y decidió llevar adelante, junto con su esposo y el apoyo de su madre, su maternidad. Maternidad a la cual llega a través de un proceso diferente, dado que una grave enfermedad le impedía gestar. Maternidad confirmada también en el aspecto genético, pero que no se reduce a aquel. La atribución legal de la maternidad, en el contexto de las nuevas tecnologías reproductivas, no puede ser impuesta por cánones rígidos o formales. Debe ser atribuida luego de un análisis en cada caso concreto, analizando cómo confluyen los elementos involucrados: el dato genético, quién lleva adelante la gestación y quién ha determinado e impulsado todo este proceso, es decir, quién es la mujer que desea, proyecta y busca concretar la maternidad²²⁸.

Pero la resolución judicial no termina aquí. Habiendo tomado conocimiento que, como consecuencia del procedimiento de la fecundación in vitro realizada resultaron sobrantes tres óvulos fecundados, los cuales quedaron congelados, la jueza ordena que estos sean “traídos a la vida, por sí o por una nueva maternidad subrogada” en el plazo perentorio de dos años desde la sentencia, bajo apercibimiento de que el Ministerio Público inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el “derecho a la vida” que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende sujetos de derechos y de protección específica, ordenando a la Defensoría del Pueblo controle la ejecución de esta sentencia.

²²⁸ Por otra parte, complejos problemas se presentan cuando quien ha gestado por encargo de un/a tercero, en la modalidad contractual, reclama conservar el infante que es hijo/a genético de otra pareja. Pero ello no corresponde a la situación en este caso, donde no hay un contrato o acuerdo entendido como un “servicio”, sino un pacto de solidaridad intergeneracional entre una madre y su hija.

Estas disposiciones son muy notables, particularmente cuando no se ve con claridad de qué manera, asumiendo que fuera fácticamente posible cumplir con ellas, no resultarían violatorias de derechos fundamentales. Y hacemos esta referencia porque debe recordarse que la Sra. X es una mujer joven, que padece una grave patología renal que le impide gestar, situación que no es en principio superable por el mero paso del tiempo. La jueza deja de lado de manera explícita esta dolorosa circunstancia. Aun asumiendo al óvulo fecundado como “concebido” y sujeto de derecho, entre ellos el derecho a la vida, sus derechos no son absolutos. El ordenamiento jurídico no reconoce derechos absolutos, todos tienen límites. En este caso, el *hacer efectivo el derecho a la vida* de los embriones colisiona con el derecho a la intimidad, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, entre otras expresiones de los derechos reproductivos de la pareja involucrada. Vale recordar que una de las principales manifestaciones de los derechos reproductivos es el derecho a elegir el número y espaciamiento de los hijos, así como el de elegir cuándo, cómo y con quien tenerlos.

Hasta aquí se ha planteado de manera reiterada, aunque no explícita, la problemática del derecho a la identidad y su relación con la verdad biológica. Veámoslo muy sintéticamente, para luego tocar el tema del estatuto ontológico del embrión.

10. Filiación, derecho a la identidad y verdad biológica

A sabiendas de que la cuestión del derecho a la identidad y la verdad biológica es uno de los puntos más complejos vinculados a la reproducción asistida heteróloga, mencionaremos muy brevemente la consulta evaluada por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia peruana relativa a la constitucionalidad de los artículos 402, inciso 6, segundo párrafo y 404 del Código Civil, en julio del año 2010²²⁹, la cual, si bien no trata sobre fecundación in vitro, tiene consecuencias respecto de las consideraciones que venimos abordando en este artículo.

En su resolución, la Sala entiende por unanimidad que la exigencia de requerir sentencia previa de impugnación de la paternidad e ignorar el resultado de un examen de ADN, si este involucra al hijo de una mujer casada, son disposiciones contrarias a la Constitución por afectar el derecho a la identidad del niño/a y negar la verdad biológica. En el caso,

²²⁹ Sala Constitucional y Social Permanente, Corte Suprema de Justicia de la República. Expediente Nro. 1388-2010, Arequipa, sentencia del 8 de julio de 2010.

hay un tercero que declara ser el padre del niño de una mujer casada, esta avala lo dicho y su esposo no lo desmiente, pero no inicia un proceso de impugnación de la paternidad. El examen de ADN confirma que el tercero –reclamante–, es el padre biológico de la criatura y solicita se lo inscriba como su hijo.

Del fallo se desprenden pocos datos que permitan contextualizar el debate en el caso puntual, lo que no hace posible evaluar el principio del “interés superior del niño/a”, estándar ineludible para la resolución de situaciones que involucren los intereses y derechos fundamentales de las personas menores de edad; si bien abonaría a favor de lo decidido el hecho de que el marido no conteste el reclamo filiatorio y haya un progenitor biológico que busca activamente inscribir al niño como propio. Compartimos el criterio de Aída Kemelmajer de Carlucci en cuanto entiende que la validez constitucional de las normas que regulan el Derecho de Familia debe ser juzgada no solo en abstracto, sino en concreto²³⁰.

El derecho a la identidad no está reconocido de manera expresa en la Convención Americana de Derechos Humanos. El Comité Jurídico Interamericano entendió que, pese a ello, es “consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y en consecuencia, es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana (...) e incluye el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia²³¹.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana su tratamiento es reciente y, si bien bastante acotado, deja la puerta abierta a mayores precisiones en el futuro sin perjuicio de la interpretación bajo el principio *pro homine* que permite la tutela del derecho bajo márgenes más inclusivos. La Corte Interamericana se expidió sobre el derecho a la identidad y

²³⁰ CSJ de Mendoza - sala I - 12/05/2005, causa 81859 - “L.C.F.” en j° 27.746/28.214, “L.C.F. por la menor A.M.G. c. A.C.A.G.P.A.C. p/Filiación s/Inc. Cas.” citado por MEDINA, Graciela; SENRA, María Laura; GUEVARA, Cynthia . “La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no siempre origina la obligación de reparar el daño moral. Relación entre un leading case argentino y el derecho comparado”. LLBA2005 (agosto), 766, versión electrónica disponible en < <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/La-falta-de-reconocimiento-del-hijo...pdf>>.

²³¹ Comité Jurídico Interamericano. Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010.

los derechos de los niños en el *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*²³²; *Gelman vs. Uruguay*²³³; *Contreras y otros vs. El Salvador*²³⁴; *Fornán e Hija vs. Argentina*²³⁵:

El derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención (...) es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso (Caso Gelman vs Uruguay).

La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez (Caso Fornán e Hija vs. Argentina).

El derecho a la identidad, en la medida en que es un derecho de relativamente reciente construcción y reconocimiento, presenta un mayor desarrollo y protección en el ámbito local. La Constitución peruana lo recoge en el inciso primero del artículo 2: “toda persona tiene derecho a la vida, su identidad, su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

Hemos definido el derecho a la identidad como aquella facultad o prerrogativa de ser quien uno es y ser reconocido plenamente de este modo; en otras palabras, un derecho al reconocimiento de la autoconstrucción

²³² CIDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005.

²³³ CIDH. Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011 (*Fondo y Reparaciones*).

²³⁴ CIDH. Caso Contreras y otros vs. El Salvador, sentencia de 31 de agosto de 2011 (*Fondo, Reparaciones y Costas*).

²³⁵ CIDH. Caso Fornán e Hija vs. Argentina sentencia del 27 de abril de 2012 (*Fondo, Reparaciones y Costas*).

personal²³⁶. Consideramos que el derecho a la identidad se nos presenta en dos etapas o facetas: una interna, que refiere los procesos de autoconstrucción y otra externa, que remite a los procesos sociales de heteroconstrucción; ello, aunado a un concepto de identificación como nexo social de la identidad a la par que como actividad estatal. Partiendo de allí se podría sostener entonces, que el acceso a la información sobre la verdad genética es un elemento esencial para la construcción de la propia identidad en cuanto al impacto en la historicidad del sujeto y que en determinados contextos, no en todos, ello puede además devenir en un emplazamiento filiatorio que impactará también en su entorno y en los otros sujetos involucrados.

La Sala menciona como dato central del caso la “irrefutable verdad biológica”²³⁷. Hay al menos tres situaciones, muy diferentes entre sí, en las que puede evaluarse la cuestión de la “verdad biológica” y su impacto en la historicidad del sujeto: el caso de los niños víctimas de delitos, quienes fueron sustraídos ilegalmente, se les suprimió su identidad y se alteraron sus datos identificatorios: distinguiendo el caso de los niños robados de manera sistemática bajo dictaduras militares; los niños secuestrados y entrenados como “niños soldado;” y los niños “entregados” de manera irregular (niños “vendidos” o producto de adopciones irregulares).

En un marco muy diferente de la discusión tenemos los problemas generados en torno al acceso a la identidad plena de los niños/as nacidos/as mediante fecundación heteróloga o embriodonación; y por último, el caso de niños/as nacidos/as de una relación extramatrimonial cuando su progenitora está casada al momento de su nacimiento, en aquellas legislaciones que prohíben la indagación judicial de la paternidad cuando no ha habido impugnación previa por parte del marido y padre legal. La brevedad del espacio nos obliga a mencionarlas solamente.

La Corte IDH se ha expedido sobre el derecho a la identidad y la verdad biológica en relación con el caso de una persona cuyos padres fueron detenidos-desaparecidos y, habiendo nacido en cautiverio, se adulteraron sus datos para suprimir su identidad; en ese contexto, cita un caso argentino de similares características y manifiesta:

²³⁶ Vale mencionar que la Corte IDH en *Artavia Murillo* dirá que el derecho a ser uno mismo y expresarse de tal modo está protegido por el derecho a la intimidad, lo cual nos parece bastante debatible.

²³⁷ Se inscribe en la línea de lo decidido por esta misma Sala en el caso *Horna Quevedo vs. Vilchez Villalobos* donde se discutió el derecho a la identidad y la constitucionalidad de la ley que regula el procedimiento de reconocimiento judicial de paternidad mediante el ADN, Sala de Derecho Constitucional y Social; Suprema Corte de la República, Perú. Exp. N° 1699-2007.

[e] reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños/as que biológicamente traen a la vida, se ciementa además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes” (...) la personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica (...) el derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace²³⁸.

En otro orden de ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kroon y otro vs. Países Bajos* ha sostenido que la norma interna que impide al padre biológico reconocer a su hijo/a mientras esa paternidad no sea impugnada por el marido de la madre violaba el derecho a la vida familiar previsto en el art. 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos, el “respeto a la vida familiar” requiere que la realidad social y biológica prevalezcan sobre la presunción legal²³⁹. La filiación es una de las primeras y primarias coordinadas en torno a las cuales se configura la identidad de un sujeto, sus lazos afectivos, espacios de pertenencia, referencias culturales y otra infinidad de aspectos; uno de estos marcos de referencia estará dado también por su genealogía e identidad genética. Hoy es posible acceder de modo relativamente sencillo a tecnologías que permiten esclarecer situaciones que generen dudas sobre el origen de un niño/a o adulto/a; requerirlas y valorarlas está al alcance de los/as magistrados/as. Pero pese a compartir lo expresado por la Sala Constitucional en esta ocasión, creo que es válido advertir que no deben tomarse decisiones ritualistas o automáticas basadas en los resultados de una tecnología, por precisa que esta fuera.

Se debe distinguir en cada caso el derecho del niño/a o adolescente a conocer su realidad biológica (y bien vale preguntarse si no existe, como en otros supuestos, un derecho a no saber). Esto no implica que se siga una atribución filiatoria como hijo o hija de alguien priorizando

²³⁸ Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 6 de la Capital Federal de Argentina, autos caratulados “ Zaffaroni Islas, Mariana s/ av. circunstancias de su desaparición - FURCI, Miguel Ángel-González de FURCI, Adriana”, causa No. 403, de 5 de agosto de 1994, voto del Juez Mansur en la posición mayoritaria. Citado por la CIDH en el caso *Gelman vs Uruguay*.

²³⁹ European Court of Human Rights. Case of *Kroon and others vs The Netherland* (Application no. 18535/91) 27/10/94, disponible en <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57904#\[“itemid”:“001-57904”\]”>](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57904#[“itemid”:“001-57904”]”>)>.

el criterio biológico por sobre otros elementos. Como hemos dicho, **la construcción legal de la parentalidad** requiere de un análisis mucho más detallado y complejo a la luz, entre otros, del principio de interés superior del niño/a, la voluntad procreativa, la posesión de estado, el derecho a formar una familia y acceder a los beneficios de la ciencia, etcétera. Claramente, no será igual la relevancia de un ADN en el caso de un reclamo “estándar” de paternidad extramatrimonial, que si estamos pretendiendo dirimir deberes y derechos en un caso que involucre una filiación originada en técnicas de fecundación heteróloga o embriodonación. Finalmente, es precisa la participación del niño/a en la medida de su desarrollo progresivo y competencia, por tratarse de un proceso que lo afecta de manera directa.

Pasemos entonces a ver el último de los temas que mencionaremos aquí y que permite de algún modo “cerrar” un esquema jurídico-conceptual sobre el abordaje ético-normativo de las TERAS: nos referimos al estatuto ontológico del embrión.

11. El tratamiento del estatuto ontológico del embrión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Ya comentamos que en el caso resuelto por el juzgado de familia a inicios del año 2009 se asumió, aunque sin mayor fundamentación, una posición sobre la consideración del estatuto ontológico del embrión al entender que desde el óvulo fecundado existe un sujeto de derecho equiparable a un “niño/a”. Pero la decisión más relevante al respecto será la del Tribunal Constitucional que, en octubre de ese mismo año, decide sobre la legalidad de la “píldora del día siguiente”, y lo hace de manera muy polémica al entender que no quedaba acreditado que la anticoncepción oral de emergencia no fuera abortiva –contradiendo lo decidido por él mismo en una sentencia de noviembre de 2006–²⁴⁰ prohibiendo su distribución gratuita mediante los efectores públicos del sistema de salud, pero permitiendo su venta en el mercado. Nos remitimos a lo ya señalado respecto de las irregularidades y contradicciones de esta sentencia²⁴¹ y mencionaremos simplemente lo referido al esta-

²⁴⁰ Tribunal Constitucional Peruano, sentencia del 13 de noviembre de 2006. EXP. N.º 7435-2006-PC/TC LIMA Susana Chávez Alvarado y otras.

²⁴¹ SIVERINO BAVIO, Paula. “El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular”. *Revista de Análisis especializado en jurisprudencia RAE Jurisprudencia*, Tomo 16, de 2009, año 2, ediciones Caballero Bustamante, Lima, Perú, pp.63-88.

tuto ontológico del embrión en cuanto reviste importancia al analizar las técnicas de reproducción asistida.

En el caso, las discusiones de fondo principales eran dos: una de orden técnico, la otra de orden jurídico. La de orden técnico se refería a establecer si la anticoncepción oral de emergencia era “abortiva” y el Tribunal Constitucional, ignorando los consensos de expertos respecto del estado de la cuestión al momento de la sentencia –que señalaban claramente que se trata de un método contraceptivo de uso posterior a la relación sexual y que no modifica las condiciones del endometrio–, entiende que no puede garantizarse que no impida la anidación del blastocito en el útero y, por ende, sería “abortiva” y no debe ser facilitada por el Estado.

Va de la mano la consideración de orden jurídico: en el óvulo fecundado habría ya un “sujeto de derecho”, cuyo derecho a la vida se vería afectado ante los supuestos efectos antianidatorios de la píldora del día siguiente. A esta conclusión llega el TC luego de buscar responder a la pregunta sobre quién sería el concebido reputado como sujeto de derecho por el ordenamiento jurídico. Entre las respuestas posibles, el óvulo fecundado antes o después de la singamia; el blastocito anidado; el embrión con rudimentos de sistema nervioso central; el feto con viabilidad extrauterina; el niño/a ya nacido/a; opta por entender que “concebido” es el óvulo fecundado.

Si bien esta sentencia trajo una áspera polémica, un enfrentamiento público entre el Arzobispo de Lima y el entonces Ministro de Salud e idas y venidas respecto de la distribución de la AOE por medio de efectores públicos de salud no hizo mella en la práctica de las técnicas de reproducción asistida, aun cuando podrían haber sido legalmente obstaculizadas luego de esta resolución. Este fue el caso de Costa Rica, donde una sentencia de la Corte Suprema prohibió en el año 2000 que se siguieran realizando las fecundaciones in vitro por entender que atentan contra la vida y la dignidad del ser humano e imponen una desproporcionada amenaza a la vida de los embriones extrauterinos, a los que consideran sujetos plenos de derecho²⁴². Esta decisión de la Corte le valió a Costa Rica una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁴³ y luego una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nos referimos al caso “Artavia

²⁴² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, sentencia del 15 de marzo de 2000. Exp. 95-001734-0007-C0.

²⁴³ Informe de Fondo 85/10, caso 12.361, Gretel Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, 14 de julio de 2010.

Murillo c. Costa Rica²⁴⁴, con sentencia del 28 de noviembre del año 2012, el cual cambia de modo radical la posición sobre el estatuto ontológico del embrión en la región.

12. El caso Artavia Murillo y algunas pautas frente al control de convencionalidad

En *Artavia Murillo vs. Costa Rica* se presenta por primera vez ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el debate sobre la compatibilidad de la prohibición de las técnicas de reproducción con la Convención Americana, originada en una sentencia de la Corte Suprema de ese país que ratifica la inconstitucionalidad del decreto —que de manera bastante restrictiva— regulaba las TERAS en Costa Rica²⁴⁵. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que la misma importaba una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar, a formar una familia y al derecho a la igualdad, considerando que tendría además un impacto desproporcionado en las mujeres, lo cual será reafirmado por la Corte. Asimismo, entre las posibilidades de considerar la infertilidad una condición, una enfermedad o una discapacidad la Corte entenderá que se trata de una enfermedad²⁴⁶, si bien en alguna parte de la sentencia se referirá a la misma como una discapacidad²⁴⁷. La Corte Interamericana analizará el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los progresos científicos y tecnológicos y el principio de no discriminación, analizando luego la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el contexto.

Siguiendo su línea jurisprudencial, el Tribunal considera que la vida privada incluye la forma en la que el individuo se ve a sí mismo y decide proyectarse hacia los demás y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad, formando la maternidad parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Y por ende “la decisión o no de ser padre o madre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser padre o ma-

²⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) sentencia del 28 de noviembre de 2012.

²⁴⁵ El caso en más detalle es desarrollado en SIVERINO BAVIO, Paula. “Fecundación heteróloga...”

²⁴⁶ Corte IDH. *Artavia Murillo*, numeral 293.

²⁴⁷ *Ibíd.*, numeral 297.

dre en el sentido genético o biológico”²⁴⁸. La Corte considera que en el caso hay una combinación particular “de distintos aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, a la integridad física y mental y particularmente los derechos reproductivos de las personas”.

Al analizar si la prohibición de la fecundación in vitro es una injerencia desproporcionada, entra en el análisis de la cuestión del “derecho a la vida” del embrión y su estatuto ontológico:

Si bien al ser fecundado el óvulo da lugar a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de una mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión no lograra nunca implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en el ambiente adecuado para su desarrollo²⁴⁹.

El término “concepción” no puede ser entendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna capacidad de supervivencia si la implantación no sucede²⁵⁰.

El Tribunal entiende el término de “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de ese evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones²⁵¹.

Más contundente aún respecto del estatus de “persona” del embrión:

La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos esos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido de que la concepción tiene lugar en el cuerpo de la

²⁴⁸ *Ibidem*, numeral 143.

²⁴⁹ *Ibidem*, número 186.

²⁵⁰ *Ibidem*, numeral 187.

²⁵¹ *Ibidem*, numeral 189.

mujer, se puede concluir respecto del artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es, fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza especialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3 del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto y en el artículo VII de la Declaración, que consagra el derecho de la mujer en estado de gravidez a protección, ayuda y cuidados especiales²⁵².

La Corte concluye así que “la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el sistema interamericano confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”²⁵³. En igual sentido, entiende que la referencia a “ser humano” de la Declaración Universal de Derechos Humanos no incluye al no nacido²⁵⁴ y que mientras que del Pacto de Derechos Civiles y Políticos no se desprende una protección absoluta de la vida prenatal²⁵⁵, el Comité de los Derechos del Niño no solo no se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido, sino que ha manifestado en numerosos informes que se viola la vida de la mujer cuando las leyes restringen el acceso al aborto obligándolas a recurrir al aborto inseguro, exponiéndolas a morir.

A su vez, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es posible concluir que el embrión sea tratado de igual manera que un ser humano o tenga derecho a la vida²⁵⁶; a similar conclusión llega luego de analizar la normativa vinculada a las técnicas de reproducción asistida de la región, que dicha práctica “está asociado al principio de protección gradual e incremental –no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona”²⁵⁷; entendiendo que el objeto y fin de la cláusula “en general” del artículo 4.1 de la Convención implica que “no puede alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.”²⁵⁸. En síntesis, la Corte dirá sobre el artículo 4.1:

²⁵² *Ibíd*em, numeral 222.

²⁵³ *Ibíd*em, numeral 223.

²⁵⁴ *Ibíd*em, numeral 224.

²⁵⁵ *Ibíd*em, numeral 226.

²⁵⁶ *Ibíd*em, numeral 253.

²⁵⁷ *Ibíd*em, numeral 256.

²⁵⁸ *Ibíd*em, numeral 263.

El embrión no puede ser entendido como persona a los efectos del artículo 4.1.

a) “Concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, por lo cual antes no cabe la aplicación del artículo 4 de la Convención.

b) Las palabras “en general” refieren que la protección del derecho a la vida no es absoluta sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general²⁵⁹.

Volviendo al caso peruano, queda en evidencia que la interpretación del Tribunal Constitucional Peruano del “concebido” como equivalente a “óvulo fecundado” ha quedado desplazada por la doctrina de la Corte Interamericana en *Artavia Murillo*, merced a las exigencias del control de convencionalidad. Recordemos que, de modo complementario al control de constitucionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en numerosas ocasiones²⁶⁰ la necesidad de someter las normas a un control de convencionalidad, el cual ha sido definido como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria ex officio por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte²⁶¹.

Con una extensa y sostenida jurisprudencia a favor del control de convencionalidad²⁶², la comprensión del mismo por parte de la Corte Interamericana ha ido evolucionando hasta desarrollar de modo más detallado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México* la noción de “control difuso de convencionalidad”: los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el “control difuso de convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el corpus juris interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma

²⁵⁹ *Ibídem*, numeral 264.

²⁶⁰ CIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158; entre otros.

²⁶¹ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disponible en <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>>

²⁶² *Ibídem*.

nacional con el parámetro convencional, debe inaplicarse para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate²⁶³.

Si bien el control difuso de convencionalidad puede ver disminuida su intensidad en aquellos sistemas donde no se permita el control difuso de constitucionalidad, ello no implica que los jueces no puedan realizarlo en el marco de sus relativas competencias²⁶⁴, no cabiendo en cambio dudas respecto de la vincularidad en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, ejercicio que realiza el Tribunal Constitucional, el cual verá delimitada la sucesiva interpretación de las normas que comentamos.

13. Algunas categorías en juego en las sentencias revisadas y preguntas pendientes

Muchas son las preguntas que podemos hacernos a raíz de la jurisprudencia comentada; la primera, impuesta por la perspectiva de género es ¿dónde están las mujeres?

Nos hacemos esta pregunta frente a una resolución como la Casación 5003-2007 donde los jueces no dudan de calificar de “ilegal” la maternidad de una mujer con una limitación reproductiva, pero nada dicen de la negativa de ese varón de reconocer una niña gestada mediante actos voluntarios irrefutables. La mujer, soltera, que da a luz y prohija a su niña es perseguida civil y penalmente por haber gestado con un óvulo donado, pero la mujer casada que busca quitarle a su hija –en uno de los mayores actos de violencia institucional y uso desnaturalizado del sistema legal que me haya tocado ver en mi vida profesional– no es siquiera amonestada por los jueces cuando finalmente pierde el pleito.

Luego, al analizar los casos de maternidad subrogada no podemos dejar de analizar ¿qué peso corresponde atribuir a la gestación? Hay quienes sostienen que cuando la mujer que gesta no aporta su óvulo, funge en realidad como una mera “incubadora”; como se sostenía en la antigüedad, “porta pero no aporta”. Rechazamos esta observación en la medida en que la mujer gestante es, más allá del papel que puede

²⁶³ CIDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. pff. 67 del voto razonado del juez Ferrer Mac Gregor.

²⁶⁴ Ob. Cit., voto de Ferrer Mac Gregor, pff.37.

desempeñar en este escenario, un sujeto moral autónomo y como tal sus actos están dotados de contenido y humanidad y no puede ser considerada como un mero “medio”. Por su parte resulta difícil negar que si bien no hay lazos genéticos sí se establecen lazos fisiológicos y, más importante, emocionales, relacionales, propios de un embarazo, entre la gestante y el feto. No obstante ello, en términos de referencia histórica, identitaria, la única relación entre el nacido/a y la gestante será la del tiempo de gestación; la gestación no “imprime” el carácter de historicidad (en el nacido/a, aunque sí en la mujer gestante) que sí contiene el patrimonio genético. Tiene no obstante, una condición “relacional”, ética, de alteridad de la cual, en principio, el genoma pareciera carecer.

Sin embargo, como ya comentamos, el dato genético por sí solo tampoco es suficiente para establecer la maternidad, tal como lo acredita la situación de la fecundación heteróloga cuando se recurre a óvulos donados, escenario en el cual la donante anónima no desea ser madre cuando accede a la donación, ignorando incluso si sus óvulos fueron finalmente utilizados, si resultaron útiles para ser fecundados y si ello devino en una gestación y posterior nacimiento. Aunado el hecho de la gestación a la voluntad de ser madre utilizando para ello técnicas de reproducción asistida heterólogas, el dato genético pierde relevancia a efectos de establecer la maternidad legal²⁶⁵. La atribución legal de la maternidad debiera entonces corresponder más a una visión cultural antes que biológica, particularmente si consideramos que la lectura de lo biológico se hará desde un contexto, unos valores predominantes, una visión de los roles de varones y mujeres y de la consideración social de la maternidad²⁶⁶.

Es interesante la fórmula que se escoge, el caso resuelto por la jueza de Familia de Lima²⁶⁷ para obligar a la pareja a gestar, les señala su “deber” de hacer efectivo el derecho a la vida [de los embriones]. Quizás hubiera sido más preciso, siguiendo su propia línea de razonamiento, indicar que “se le de la chance de continuar el desarrollo embrionario”,

²⁶⁵ Al referirnos a “maternidad legal” o “madre legal” no lo hacemos en el sentido en que se expresa la casación que comentábamos en el apartado dos, sino como manera abreviada de decir “maternidad atribuida legalmente”.

²⁶⁶ En ese sentido, por citar un ejemplo, el contar con un heredero legítimo a quien transmitir el patrimonio era tan importante en la Roma antigua que, relata Mc Laren, “se conocen varios casos de hombres famosos que hacían alianzas y casaban a sus mujeres embarazadas con amigos; San Agustín informó también de casos de “madres sustitutas” en el imperio cuando una mujer estéril daba permiso a su marido para tener un hijo con otra mujer que luego criaba como propio”. Mc LAREN, ANGUS. Historia de los anticonceptivos. Madrid, Minerva Ediciones, 1993, p-62.

²⁶⁷ “C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad”. Décimo quinto juzgado especializado de Familia, sentencia del 6 de enero de 2009.

ya que el hecho de transferir los óvulos fecundados no garantiza que los mismos finalmente vivan y se logre un embarazo a término, lo que dependerá de una cantidad de variables, tal como sucede en el proceso fecundación - anidación in vivo, entre ellas, la edad y condiciones de salud de la gestante, como se señaló oportunamente.

¿Se puede decir, sin caer en una falacia que, considerando las características del derecho a la vida (que protege tanto la biología –mera existencia– como la biografía de un sujeto)²⁶⁸, el óvulo fecundado es un sujeto que tiene un derecho a la vida y, a continuación, establecer la obligación de hacerlo “efectivo”? ¿Reconocer el valor del ser humano en sus etapas tempranas de desarrollo, el cual está representado exclusivamente por su código genético (el cual, como señalamos en su oportunidad, compartirá con la placenta, el cordón umbilical, etcétera, si se produce la anidación y posterior desarrollo intra útero, o bien, caso contrario, devendrá en un proceso embriológico fallido que se abortará espontáneamente) equivale a dotarlo de la individualidad propia de un sujeto? ¿Es el óvulo fecundado ex útero, un niño/a? En nuestra opinión, refrendada ahora por la Corte Interamericana, de ninguna manera.

Y en este orden de ideas, ¿puede decirse que habrá “padres” antes que haya un embarazo? ¿O sería más preciso hablar de una expectativa de paternidad/maternidad²⁶⁹? Y el fijar un plazo de dos años, frente a una mujer que enfrenta la posibilidad de un trasplante renal, para “hacer efectivo” el derecho a la vida de estos embriones y, en el mejor de los casos, lograr un embarazo múltiple, ¿respeta acaso el derecho de esta pareja a decidir cómo y cuándo tener hijos/as? ¿Y qué hay de la angustia de saber que existe la posibilidad de que uno/a, o dos o tres de sus hijos/as genéticos sean criados por extraños?

Debe señalarse que aun desde la posición –que no encuentra ya asidero en el ordenamiento jurídico latinoamericano– que reconoce al óvulo fecundado la calidad de “concebido” y, por ende, sujeto, ello no hubiera impedido un análisis en el que se consideraran la interacción de los derechos de todos los sujetos involucrados (progenitores y gestante) y no solo de aquellos reconocidos a los tres óvulos fecundados crioconservados.

²⁶⁸ En coautoría con Jaris Mujica hemos desarrollado el tema del derecho a la vida y la vida para el derecho en “Morir y vivir según la ley: reflexiones teóricas interdisciplinarias sobre el derecho a la vida y la-vida-del-viviente”, *Revista Derecho PUCP*, Nro.69, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

²⁶⁹ Discutimos más extensamente esta posibilidad a raíz de un caso argentino en SIVERINO BAVIO, Paula “Fecundación heteróloga ... Ob. cit.

Por otra parte, ¿qué visión de la mujer se desprende del mandato de gestar? ¿Está dentro de las atribuciones constitucionales de un/a juez/a expedir una orden cuyo contenido sea obligar a una mujer a gestar por sí (a costa de su vida) o por medio de otra (a costa de su salud psicosomática)? ¿De qué manera se respeta su dignidad al convertirla a ella a riesgo de su vida, o bien a una tercera mujer, con el coste físico y emocional que una maternidad subrogada conlleva, en un medio para gestar?

Hubiera sido interesante que al menos algunas de estas preguntas se plantearan en las sentencias que comentamos.

14. A modo de cierre

Hemos intentado, del modo más sintético posible, ofrecer un panorama de la recepción jurisprudencial de las técnicas de reproducción asistida en el Perú y su interpretación a la luz de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien no ha sido materia a tratar y amerita un análisis en sus especificidades, vale aclarar que después de la sentencia *Atala Roffo vs. Chile*²⁷⁰ lo sostenido para parejas heterosexuales (*Artavia Murillo*) es perfectamente trasladable a parejas del mismo sexo.

Tres elementos necesarios al evaluar casos como los analizados:

- a) es imprescindible seguir la línea trazada por el Tribunal Constitucional en relación con la constitucionalización del derecho de familia en los casos “*Álvarez Rojas*”²⁷¹, “*Schols Pérez*”²⁷² y “*Rosas Domínguez*”²⁷³ y evitar ritualismos y legalismos vacíos
- b) recurrir a las categorías desarrolladas por la Bioética de los Derechos Humanos para el abordaje de estos temas²⁷⁴

²⁷⁰ Corte IDH. Caso Atala Roffo e Hijas v. Chile; fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 12 de febrero de 2012.

²⁷¹ TC Exp. N° 2868-2004-AA/TC Ancash. José Antonio Álvarez Rojas.

²⁷² TC Exp. N° 09332-2006-PA/TC Lima. Reynaldo Armando Shols Pérez.

²⁷³ TC Exp. N° 06572-2006-PA/TC Piura Janet Rosas Domínguez.

²⁷⁴ Remitimos aquí a lo dicho en SIVERINO BAVIO, Paula. Cfr. SIVERINO BAVIO, Paula “La Bioética Jurídica en el escenario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En *Bioética y Diritto Internazionale* AAVV a cura di Giuseppe Gioffredi, Università di Salento, Italia, 2014; “Bioética y Derecho: la importancia de promover la formación en Bioética Jurídica”, en las Memorias del VIII Congreso Latinoamericano y del Caribe “Bioética y Sociedad en Latinoamérica” 20 años de Felalibe. Viña del Mar, Chile, 23-25 de julio 2011; “Comentarios a los “Lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos” *Revista de Derecho de la Familia y de las Personas*, Año 3, número 1º, noviembre de 2011, La Ley, Buenos Aires, pp.303-305; “¿Necesita el Perú una Comisión Nacional de Bioética? *Revista Enfoque*, Themis, Lima, 9 de agosto de 2011, disponible en <<http://enfoquederecho.com/%C2%BFnecesita-el-peru-una-comision-nacional-de-bioetica/>>. “Bioética Jurídica: una importante herramienta para la solución de

- c) tener siempre presente la perspectiva de género como coordenada de lectura

Esto deja en evidencia la necesidad imperiosa de ofrecer una sólida formación a abogados/as y magistrados/as en temas tan complejos como específicos ya que, en muchos casos, no han recibido recursos que les permitan actualizar una visión extremadamente enfocada en la legalidad y tributaria a veces de una “estrechez normativa”, para dar cabida a un modo de análisis y resolución de conflictos que integre la constitucionalización del derecho privado y los marcos internacionales de protección de derechos.

casos complejos” en *Revista del Colegio de Abogados del Perú*, Boletín del Abogado, Año. 7 septiembre de 2010, Lima, pp.213-217; “Bioética jurídica y derechos fundamentales: breve propuesta en relación al estudio del derecho de las personas” en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, Nro. 0 octubre de 2010, Buenos Aires, pp. 239-250; “La Bioética jurídica como clave de lectura” en *Derecho y Sociedad*, año 21, Nro. 34 (julio 2010), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú; “Una Bioética en clave latinoamericana: Aportes de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO” en *Derecho PUCP* Nro. 63, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, noviembre de 2009, pp.403-414.

**GÉNERO Y DERECHO DE FAMILIA: ENRIQUECIENDO LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Beatriz Ramírez Huaroto*

BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO

Magistra en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y abogada por la misma universidad. Diplomada en Estudios de Género por la PUCP y Diplomada en Género y Derecho por el Colegio de Abogados de Lima. Ha sido docente del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, de la Academia de la Magistratura y del Colegio de Abogados de Lima, y ha participado como ponente en diversos espacios de formación jurídica. Durante varios años se desempeñó como profesora adjunta y asistente de docencia del curso de Derecho Familia en la Facultad de Derecho de la PUCP.

Integrante del capítulo Perú del Comité de América Latina y El Caribe para la defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), ha desarrollado su carrera profesional en organizaciones feministas y se ha desempeñado como consultora en temas de género y derechos humanos para organismos de sociedad civil y el Estado. Actualmente forma parte del equipo técnico del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

El trabajo analiza la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la formación de las/los operadoras/es del sistema de justicia. A propósito de varios casos relativos al Derecho de Familia resueltos por diversas instancias nacionales, la autora señala que la aplicación del enfoque de género debería haber provisto de argumentos adicionales para las resoluciones judiciales.

1. Perspectiva de género: ¿qué y para qué?

“Con lentes de género, se ve otro Derecho” es la expresión acuñada por la abogada costarricense Alda Facio para enunciar el aporte de este enfoque en el campo jurídico (2003b). Y la expresión alude a la relevancia de esta mirada para el análisis jurídico.

El concepto de género tuvo como objetivo fundamental “evidenciar la fragilidad y falsedad de las explicaciones biologicistas de la subordinación de la mujer”; por lo tanto, es un concepto que muestra que las diferencias entre mujeres y varones son construidas social y culturalmente, y que en este nivel se jerarquizan y se hacen dicotómicas (Ruiz Bravo 1999: 134). Si la categoría *sexo* alude a lo real y corpóreo, integrado por los aspectos o características biológicas, hormonales, fisiológicas y genéticas que diferencian a hombres y mujeres, la categoría de *género* nos remite a las características que, social y culturalmente, se adscriben a hombres y mujeres a partir de las diferencias corpóreas (Ruiz Bravo 1999: 135). La distinción entre sexo y género es muy importante, pues permite entender que no hay nada de natural en los roles y características que socialmente se atribuyen a hombres y mujeres (Yáñez y Dador 2000: 23-24). El concepto de género permite entender que no es la anatomía lo que posiciona a las mujeres y hombres en ámbitos y jerarquías distintas, sino la simbolización que las sociedades hacen de ella.

Las construcciones culturales construidas por razón del género se plasman en tres ámbitos. El primer ámbito es el de los roles, de modo que se asocia lo femenino a la reproducción y lo masculino a producción; el segundo es el ámbito de los espacios en el que lo público se identifica con lo masculino y lo privado con lo femenino; y el último es el ámbito de los atributos y características de la personalidad que se asocian respectivamente: lo femenino con la dulzura, la debilidad, la emoción, el sacrificio y la renuncia, mientras que lo masculino con la agresividad, la fuerza, la competencia y la razón (Ruiz Bravo 1999: 137-139).

* Las reflexiones expresadas en este documento corresponden a la autora y no comprometen a ninguna entidad.

La perspectiva de género critica la concepción y el análisis de la realidad que deja de lado a una parte de la humanidad: las mujeres (Lagarde 1996: 13). La teoría de género señala que no puede comprenderse ningún fenómeno social sin analizarlo desde la perspectiva que da la categoría género (Facio 2003a: 143). El Derecho es un elemento de la sociedad que está hecho para la sociedad: regula la vida en común vinculando a los individuos, enmarcando su conducta. En tanto componente de la realidad, el Derecho es susceptible de un análisis de género, pues su proceso de configuración difícilmente ha escapado de las características discriminatorias con las que se ha configurado el orden social. Al estudio de esta premisa se han encaminado las teorías jurídicas feministas. El derecho no es neutral, ahistórico o independiente de las relaciones de poder que subyacen a la sociedad. Detrás del discurso jurídico se han mantenido jerarquías en términos de género, pero también de raza, etnia, clase y otras formas de exclusión (Obando 1999: 169).

Desde la perspectiva de género se cuestiona “la visión formal y clásica de interpretación y aplicación del Derecho” y su uso se inscribe en “la tendencia actual del constitucionalismo, que afirma el carácter normativo de la Constitución y la ubicación central del ser humano en los sistemas jurídicos constitucionales” (Alvites 2011: 143). Las corrientes jurídicas feministas tienen críticas variadas al plano sustantivo del Derecho²⁷⁵, pero a ellas se suma una propuesta metodológica para el análisis legal. En general existe una conexión de las perspectivas críticas feministas con la corriente de teorías críticas sobre el Derecho denominada *Critical Legal Studies* (Pérez 1996: 198-208).

En el plano de la metodología, desde la perspectiva de género se plantea que para deconstruir los aspectos materiales del Derecho, hay que innovar en la metodología utilizada en los procesos de adjudicación basados en principios amplios y abstractos. En su lugar, se propone apostar por una metodología en la que los principios se evalúen a la luz de las realidades particulares de las/los “afectadas/os” por el Derecho en los casos concretos. En este campo de crítica es referente el texto *Feminist Legal Methods* de Katharine Bartlett.

Bartlett señala que las abogadas y abogados feministas hacen lo mismo que otras/os abogadas/os no feministas: en los casos concretos analizan los hechos del problema, identifican los principios legales que deben guiar la resolución del conflicto y luego los aplican al caso concreto. Reconociendo que para ello abogadas y abogados feministas usan la amplia gama de métodos del razonamiento legal, la autora pone de relieve que

²⁷⁵ Marisol Fernández Revoredo (2006) presenta de forma sucinta las diferentes corrientes feministas críticas del Derecho.

existen métodos particulares que muestran aspectos de los problemas legales que los métodos tradicionales tienden a suprimir o pasar por alto. El primero de esos métodos es la pregunta por la mujer; el segundo es el *razonamiento práctico feminista*, y el tercero es el *aumento de conciencia* (2011: 30-31); nos detendremos en el análisis de los dos primeros por su especial relevancia para los propósitos del trabajo.

La pregunta por la mujer es una metodología que ayuda a exponer cierto tipo de prejuicios existentes en las reglas sustantivas. El formular la pregunta por la mujer no exige decisiones a favor de las mujeres, sino que se evalúen prejuicios de género para alcanzar una decisión que sea defendible en contraste con ellos. Exige, en otras palabras, especial atención a los intereses y preocupaciones de las mujeres que de otra manera podrían ser pasados por alto como ha ocurrido históricamente. La sustancia de formular la pregunta por la mujer reside en lo que busca descubrir: la desventaja basada en el género (Bartlett 2011: 47).

El razonamiento práctico feminista, por su parte, reconcilia las reglas abstractas, jurídicas, generales con las contingencias y cuestiones prácticas presentadas por los hechos del caso concreto (Bartlett 2011: 57-58). Este método presupone abstracción y contextualización: abstracción en tanto separa lo importante de lo insignificante y con eso, en conjunto con la pregunta por la mujer, puede tornar en relevantes para la resolución de un caso concreto hechos que en un análisis no feminista podrían haber sido dejados de lado (Bartlett 2011:64-65). Asimismo, supone contextualización porque la racionalidad feminista reconoce mayor diversidad en las experiencias humanas y toma en consideración todas las variables en pugna en un caso (Bartlett 2011: 66-67).

Los métodos feministas aportan –como lo demuestra la experiencia norteamericana de la que Bartlett da cuenta– al hacer efectivos los derechos de todas las personas, pues incluyen el punto de vista de las mujeres y de otros sectores excluidos que tradicionalmente se invisibilizan, y sitúan así, de forma integral, a las/los seres humanos como criterio central de la interpretación jurídica.

En el marco de la corriente neoconstitucionalista actual que pone en el centro de la aplicación de todo el Derecho la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, la aplicación de la perspectiva de género ofrece un aporte relevante para este fin. La pretensión de corrección que es inmanente al Derecho, la pretensión de justicia que Robert Alexy plantea desde su filosofía de esta rama del conocimiento. Y en ese propósito, el marco de los métodos legales feministas tiene algo que ofrecer.

2. Una nueva mirada del Derecho de Familia

En el marco de proceso de constitucionalización del Derecho iniciado el siglo pasado y que se expresa en la vigencia de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida de las/los seres humanos y, por consiguiente, en todo el espectro de las disciplinas jurídicas, se impone un nuevo enfoque del Derecho de Familia que supere la tradicional visión civilista en esta rama del Derecho.

La familia es una institución cuya finalidad esencial es facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales. Las familias, en una mirada que reconoce su diversidad y deja atrás un modelo ideal basado en una concepción naturalista de las mismas, son una esfera importante de desarrollo de la afectividad, de la socialización y del desarrollo humano y por ello los Estados promueven normas y políticas en torno a ellas²⁷⁶. No obstante, hoy “[e]l centro de la protección estatal ha dejado de ser la institución identificada como modelo ideal [...] y han pasado a ser los miembros del grupo familiar, en tanto sujetos de derechos fundamentales, los beneficiarios de esta defensa” (Fernández 2013: 21).

En esta visión, el ámbito de las relaciones familiares no debe ser considerado como adscrito al Derecho Privado y como exclusivamente integrado por derechos de origen legal; está llamado más bien a ser permeado por el discurso de los derechos fundamentales. La estricta división privado/público -que puede reflejarse en la dicotomía derecho legal/constitucional- debe ser dejada de lado para no restar eficacia a los derechos entre las/los integrantes de las familias y la posible reivindicación de los mismos al interior de estas (Roca 1999: 62-75; Olsen 1999: 416-442). En esa medida, “el actual derecho de familia, englobado en el sistema constitucional, debe ser concebido como un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar. El derecho de familia no es nada en sí mismo si no tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales” (Roca 1999:150).

Un primer avance en esta línea se produjo al promulgarse en nuestro Código Civil de 1984, que abrió parcialmente el Derecho de Familia a la regulación de los derechos fundamentales reconocidos de forma universal en la Carta Constitucional de 1979. Y dentro del catálogo de derechos, el de mayor impacto fue el derecho-principio de igualdad con el consiguiente mandato de no discriminación que transformó la regulación de las relaciones familiares: la de varones y mujeres en sus relacio-

²⁷⁶ Sobre las diferencias entre una concepción tradicional y crítica sobre las familias puede consultarse Fernández (2013: 21).

nes de pareja, y la igualdad entre hijas e hijos independientemente de su origen (Fernández 2013: 44-45).

Como producto de este replanteamiento, en las normas de Derecho de Familia vigentes casi no existen normas expresamente discriminatorias, por lo que puede argumentarse que ha sido erradicada casi totalmente la *discriminación directa*, entendida como un tratamiento jurídico diferenciado, injustificado y desfavorable a una persona por alguno de los motivos prohibidos (Villanueva 1999: 20). No obstante, ese tipo de discriminación no es el único existente: antes de emitir un juicio sobre igualdad debe atenderse a la *discriminación indirecta*. Este concepto hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos de las personas en razón de los motivos prohibidos de discriminación (Villanueva 1999: 21). Esto implica prestar atención no solo al texto de normas, sino a sus efectos, a su aplicación, a si en la práctica no generan impactos diferenciados que no estén justificados.

Una mirada aguda de la igualdad en el campo de Derecho de Familia requiere conciencia acerca de las relaciones de poder que generan desigualdades en el interior de los grupos familiares. Y al mirar las relaciones intrafamiliares es evidente que existen personas en posiciones vulnerables. El primer grupo evidente es el de las niñas, niños y adolescentes cuyo reconocimiento de derechos ha requerido la adopción de un tratado internacional con un cambio de enfoque en el Derecho de la Infancia: de la *doctrina de la situación irregular* que les consideraba objetos de tutela a la *doctrina de la protección integral* que les reconoce el estatus de sujeto de derechos²⁷⁷. Un segundo grupo en posición vulnerable es el de las mujeres cuya fuente de discriminación no se ancla en la naturaleza de las diferencias biológicas, sino en el peso cultural y las construcciones armadas a partir de las diferencias sexuales; también se ha requerido un tratado internacional que reinterpreté los clásicos derechos iusfundamentales desde la perspectiva de las mujeres para evitar la discriminación en todo aspecto de la vida²⁷⁸. Un tercer grupo es el de las personas adultas mayores, quienes por el declive de sus capacidades corporales y/o mentales sufren postergación y situaciones de

²⁷⁷ El paso entre ambas visiones está marcado por la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990; este tratado tiene vigencia desde septiembre de 1990 en el mundo y en el Perú. Sobre el tema puede consultarse IIDH 2008: 13-19.

²⁷⁸ La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) es denominada la Carta Magna de los Derechos Humanos de las Mujeres por su relevancia; entró en vigencia en 1981 y en el Perú tiene vigor desde septiembre de 1982. Para mayor información puede consultarse Facio 2003a.

violencia, lo mismo que las personas de toda edad con alguna discapacidad, que son un cuarto grupo en posición vulnerable en las relaciones familiares²⁷⁹.

Como puede verse entonces, las familias en su diversidad son un conjunto de individuos/os entre quienes culturalmente se han construido relaciones que no han estado históricamente marcadas por la igualdad y por ello se requieren análisis particulares para hacer efectivo este principio-derecho. El enfoque de género ofrece elementos para considerar particularmente la situación de las mujeres.

La igualdad entre hombres y mujeres incluye el plano de las relaciones familiares sobre lo que el Perú tiene estándares internacionales específicos que cumplir, estándares plasmados en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)²⁸⁰, tratado del Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas que forma parte de nuestro ordenamiento desde 1982, y cuyos derechos son de rango constitucional conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional²⁸¹.

La CEDAW prescribe en su artículo 16 que el Estado peruano debe adoptar “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”. Complementariamente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), instancia de seguimiento de este tratado y que provee la interpretación “auténtica” del mismo, ha emitido parámetros sobre el particular²⁸². En la Observación General N° 21 dedicada a la igualdad en el matrimo-

²⁷⁹ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad presenta los derechos del catálogo general de derechos humanos desde las necesidades y la situación particular de las personas con discapacidad; marcó un cambio de modelo de objeto de protección a titularidad de derechos. Entró en vigencia en el mundo y en el Perú en 2008.

²⁸⁰ Acerca de la historia de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) puede consultarse Facio (2003a).

²⁸¹ Los tratados internacionales de derechos humanos detentan rango constitucional en el ordenamiento jurídico peruano por lo que los derechos que consagran en ellos son a su vez derechos de naturaleza constitucional con fuerza tanto activa como pasiva. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en los Expedientes N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, de fecha 25 de abril de 2006, numerales 25 al 34. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.html>>

²⁸² Los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano y eso incluye una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales encargados de su seguimiento, lo que comprende a las Observaciones Generales. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 0217-2002-HC/TC, de fecha 17 de abril de 2002, numeral 2. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00217-2002-HC.html>>.

nio y en las relaciones familiares²⁸³, se precisa que “[e]l Comité desea aprovechar la oportunidad para subrayar la importancia del ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer en el seno de la familia[...]” (numeral 4), y que para ello se analizan y desarrollan “tres artículos en la Convención que revisten especial importancia para la situación de la mujer en la familia”(numeral 5): el artículo 9 sobre nacionalidad, el artículo 15 sobre capacidad jurídica y el artículo 16 sobre discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.

3. El género en el Derecho de Familia I: el control de constitucionalidad en materia de filiación

Las normas sobre filiación originales del Código Civil de 1984 tienen un desfase con la realidad y generan situaciones que colisionan con los derechos fundamentales²⁸⁴. Por ello, se ha recurrido desde hace varios años a la aplicación del control difuso de constitucionalidad para contrarrestar los efectos adversos de su vigencia.

La pionera en este campo fue la Consulta N° 2858-2002. En este caso se elevó a la Corte Suprema la resolución dictada por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que inaplicó por control difuso el artículo 400 del Código Civil referido al plazo para impugnación del reconocimiento de la paternidad. A esta decisión le siguieron muchas otras y, a la fecha, existen numerosos pronunciamientos judiciales que han inaplicado diversas disposiciones legales de filiación²⁸⁵.

La inaplicación de normas en casos concretos en virtud del control difuso es una buena nueva, porque da cuenta de una acción judicial en resguardo de los derechos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, en los análisis de constitucionalidad para la aplicación del control difuso en materia de filiación, la reflexión ha estado centrada en lo más evidente: la relación entre los derechos del/la hijo/a, cuya filiación está en discusión, y los

²⁸³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General N° 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994. Disponible en <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom21>>.

²⁸⁴ Una presentación crítica del estado actual del sistema de filiación peruano y los desafíos que se plantean en el mismo se encuentra en el trabajo de Marisol Fernández Revoredo (2013: 60-99).

²⁸⁵ Al respecto, Beatriz Ramírez (2013a).

Disposición inaplicada	Texto de la disposición inaplicada Filiación matrimonial	Casos en los que se ha inaplicado
Art. 361 Código Civil	Presunción de paternidad Artículo 361.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.	Consulta N° 000110-2012, 000393-2012, 003254-2010,
Art. 362 Código Civil	Presunción de hijo matrimonial Artículo 362.- El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.	Consulta N° 000110-2012
Art. 364 Código Civil	Plazo de acción contestatoria Artículo 364.- La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.	Consulta N° 004666-2011, 003079-2012, 002802-2012, 001870-2012, 001598-2011, 004164-2011, 003038-2011, 003019-2011, 001072-2011, 004366-2010, 000942-2011, 004076-2010, 003688-2010, 002861-2010, 002561-2010, 002253-2011, 001975-2010, 001505-2010, 001794-2010, 001712-2010, 00670-2010, 003143-2009, 002777-2009, 002932-2008
Art. 366.2 Código Civil	Improcedencia de la acción contestatoria Artículo 366.- El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3: [...]2.- Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.	Consulta N° 001712-2010
Art. 367 Código Civil	Titularidad de la acción contestatoria Artículo 367.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.	Consulta N° 004895-2012, 002520-2012, 003313-2011, 001706-2011

Art. 376 Código Civil	Impugnabilidad de la filiación matrimonial Artículo 376.- Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.	Consulta N° 004895-2012
Art. 382 Código Civil	Filiación por adopción Prohibición de pluralidad de adoptantes Artículo 382.- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges.	Consulta N° 000518-2010
Art. 395 Código Civil	Filiación extramatrimonial Irrevocabilidad del reconocimiento Artículo 395.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.	Consulta N° 000132-2010
Art. 396 Código Civil	Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada Artículo 396.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.	Consulta N° 001415-2012, 003313-2011, 001706-2011, 002293-2010, 00788-2010 Casación N° 2726-2012 Del Santa
Art. 399 Código Civil	Impugnación del reconocimiento Artículo 399.- El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395	Consulta N° 005034-2012, 002427-2012, 000342-2012, 000201-2012
Art. 400 Código Civil	Plazo para negar el reconocimiento Artículo 400.- El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.	Consulta N° 0065-70-2012, 006201-2012, 005214-2012, 004833-2012, 003195-2012, 003113-2011, 002848-2012, 002844-2012, 002566-2012, 002427-2012, 001897-2012, 001684-2012, 004940-2011, 004873-2011, 004452-2011, 004229-2011, 004127-2011, 002409-2011, 002164-2011, 002056-2011, 002047-2011, 001841-2011, 001822-2011, 001261-2011, 000572-2011, 000293-2011, 004364-2011,

		003875-2010, 002685-2010, 002036-2010, 000832-2010, 00700-2010, 001285-2010, 000608-2010, 000229-2010, 004645-2009, 003814-2009, 003698-2009, 002669-2008
Art. 401 Código Civil	Negación del reconocimiento al cesar la incapacidad Artículo 401.- El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.	Consulta N° 000656-2010, 000655-2010
Art. 402.6 Código Civil	Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: [...] 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.	Consulta N° 000393-2012, 003254-2010, 001388-2010
Art. 404 Código Civil	Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada Artículo 404.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.	Consulta N° 005028-2012, 001415-2012, 000393-2012, 003313-2011, 001706-2011, 001388-2010, 00788-2010 Casación N° 2726-2012 Del Santa
Art. 407 Código Civil	Titulares de la acción Artículo 407.- La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador,	Consulta N° 003073-2010

	<p>en su caso, requieren autorización del consejo de familia.</p> <p>La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.</p>	
Art. 1 Ley N° 28457	<p>Artículo 1.- Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. [...] Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad [...] ²⁸⁶.</p>	Consulta N° 005187-2012, 000654-2010
Art. 2 Ley N° 28457	<p>Artículo 2.- Oposición La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil. El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad ²⁸⁷.</p>	Consulta N° 000654-2010
<p>Fuente: Página web del Poder Judicial <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_consultas_sobre_control_difuso/as_Derechoalaidentidad/> y búsqueda propia. Elaboración propia.</p>		

²⁸⁶ Párrafos pertinentes de la norma vigentes en 2010 y en 2012, años en que se emitieron las resoluciones judiciales sistematizadas.

²⁸⁷ Texto vigente en 2010, año en el que se emitió la resolución judicial sistematizada.

derechos del padre declarado o presunto. En consonancia con ello, el centro de la argumentación para la inaplicación de las normas ha sido el derecho fundamental a la identidad, específicamente el acceso a la verdad biológica en los vínculos filiales. En ninguno de los casos se dijo algo de la dicotomía entre los derechos del demandado y los derechos de las mujeres posiblemente afectados por las normas sobre filiación. Frente a ello, la idea que se plantea es la siguiente: en la determinación de la filiación no hay dos, sino tres intereses en juego: los del padre, los de la madre y los de hijo o hija, y, por tanto, todos deben ser evaluados al realizar el análisis de constitucionalidad.

Por ejemplo, en la filiación matrimonial existe rigidez en la presunción *pater est*, pues esta opera *iure et de iure* aunque las mujeres declaren que su cónyuge no es el padre de sus hijas/os. Esto se complementa con que no se reconozca a las mujeres legitimidad para plantear la acción de impugnación de la paternidad, la que está reservada exclusivamente al marido. En consecuencia, no está permitido el emplazamiento de paternidad de hijas e hijos considerados matrimoniales hasta que el esposo hubiera ganado en una acción de impugnación demandando a su esposa y al/la hijo/a cuya filiación está en discusión. Estas restricciones normativas son una violación directa del mandato de no discriminación por sexo: *discriminación directa* en tanto suponen un tratamiento legal diferenciado, desfavorable e injustificado por uno de los motivos prohibidos en el Derecho Constitucional (Villanueva 1999: 20). A la aplicación inflexible de la presunción *pater est* se suman otras normas que están orientadas a dar estabilidad a la paternidad matrimonial fijada por ley: las causales cerradas para la impugnación, las personas consideradas como legitimadas y los plazos.

En la filiación extramatrimonial se han hecho importantes reformas normativas en los últimos años: se levantó la prohibición para inscribir a un/a hijo/a extramatrimonial con el apellido del/la progenitor/a no presente en el reconocimiento (Ley N° 28720 de 2006) y se han ampliado los supuestos que habilitan una declaración judicial, creando para ello un procedimiento especial (Ley N° 28457 de 2005, Ley N° 29715 de 20014 y Ley N° 29821 de 2011)²⁸⁸. No obstante, la omisión de las mujeres dentro del análisis desconoce que si se obstaculiza la declaración judicial de este estado de familia, se refuerza el rol de la mujer como cuidadora y proveedora exclusiva de las necesidades de los hijos e hijas. Si no hay paternidad establecida, la única filiación emplazada es la materna y con eso se con-

²⁸⁸ Sobre la reforma normativa aprobada por la Ley N° 28457 se presenta un análisis detallado en Ramírez 2007 y 2009; respecto de los cambios instaurados por la Ley N° 29715 puede consultarse Ramírez 2011.

centra en las mujeres el cumplimiento de las responsabilidades familiares de la crianza con la carga patrimonial y emocional que ello implica. Eso configuraría una violación indirecta del mandato de no discriminación por sexo: *discriminación indirecta* porque hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos de las mujeres en razón de uno de los motivos prohibidos de discriminación: sus efectos tienen una carga diferenciada y no justificada en razón del sexo (Villanueva 1999: 21).

¿Qué implicancias tienen las normas vigentes sobre filiación para las mujeres?, ¿cómo las asume el Derecho?, ¿qué posición les asigna? La rigidez de la presunción pater est a pesar de la declaración de las mujeres en contrario muestra cómo no se les reconoce la misma capacidad legal pues su palabra, su dicho no vincula, no es creíble, no tiene valor. Adicionalmente, la consecuente prohibición de que las mujeres casadas impugnen la paternidad matrimonial evidencia un doble estándar de evaluación de la infidelidad: si los hombres tienen hijos e hijas fuera de sus matrimonios no tendrán problema alguno para establecer la filiación, pero si las mujeres tienen hijas o hijos fuera de sus matrimonios no podrán reclamar la verdadera filiación paterna, están a merced de la voluntad de sus esposos para ello. Existe sanción solo para la infidelidad femenina, pues no es lo mismo procrear por fuera del matrimonio para mujeres y para hombres. Se expone además a las mujeres a una posible situación de vulnerabilidad, de desventaja en las negociaciones –si estas son posibles– frente a sus esposos para que soliciten la impugnación: un grupo de mujeres estará principalmente interesado en cautelar los derechos a la identidad de sus hijas e hijos y puede realizar una amplia cadena de sacrificios personales para conseguirlo, algo que los estereotipos de género refuerzan. En el caso de las normas de filiación extramatrimonial, una lectura desde la perspectiva de género valora las modificaciones aprobadas a la luz de sus consecuencias no solo en el derecho a la identidad de hijas e hijos, sino considerando la situación de las mujeres; asimismo, una mirada desde la igualdad de género ampliaría la legitimidad para accionar, así como los plazos que en la actualidad siguen una lógica formalista, propia de la redacción inicial del Código Civil de 1984.

Una vez reconocido que el marco vigente tiene repercusiones de género que corresponde atender, integrar esta perspectiva a la argumentación jurídica constitucional para sustentar el control difuso de constitucionalidad de las normas de filiación parece una consecuencia lógica. Y aun cuando las normas citadas se reformen, la tesis central de estas líneas es que un análisis jurídico complementario desde la perspectiva de género respecto de las normas de filiación pone de relieve que en esta

materia no solo están en juego los derechos de las hijas o hijos, y de sus padres, sino también que las normas tienen efectos directos o indirectos en las mujeres que son discriminatorios, pues no tienen una justificación imperiosa y, así, vulneran el derecho a la igualdad.

4. El género en el Derecho de Familia II: el cálculo de las pensiones alimentarias²⁸⁹

El establecimiento de las pensiones alimentarias es otro de los aspectos en lo que se torna relevante el análisis de los casos concretos con un enfoque de género. Nuestra normativa hace expresa referencia a que son criterios para la determinación de las obligaciones alimentarias por un lado, el estado de necesidad de quien debe recibir los alimentos y, por otro, las posibilidades de quien debe prestarlos: el artículo 481 del Código Civil señala expresamente que debe prestarse atención especial a las obligaciones a las que se halle sujeto el que presta los alimentos. Esto va unido a la previsión de que solo puede embargarse el 60% de remuneraciones y pensiones para garantizar obligaciones alimentarias²⁹⁰, lo que remite a la consideración de que las personas deben contar con un monto para su subsistencia.

No obstante, cuando se conocen los casos particulares, se hace evidente que entre ambos criterios surge comúnmente un conflicto. ¿Qué sucede si las posibilidades del demandado “no son suficientes” para atender a las necesidades del/la alimentista? Esta situación nos remite, en primer lugar, a las responsabilidades familiares compartidas entre padres y madres respecto de sus hijas e hijos que será abordada de forma diferenciada a la regulación de alimentos en las relaciones de pareja.

Una reflexión previa acerca de la forma como se regula la documentación de las posibilidades de la parte demandada: el artículo 481 señala expresamente que “[n]o es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos”, norma que en muchas ocasiones juega en contra de los intereses de quien pretende que se establezca la obligación alimentaria como sucedió en el Expediente N° 404-09 resuelto en abril de 2010 por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Jesús María (Fernández 2013: 135-137).

²⁸⁹ Esta sección retoma en su mayor parte consideraciones expuestas en Marisol Fernández y Beatriz Ramírez (2008).

²⁹⁰ Así lo establece el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

En general, en las normas que rigen el acceso a los procesos de alimentos debe aplicarse una lectura género-sensitiva, pues si las mujeres están más expuestas, en general, a contar con menores índices de riqueza por las condiciones de desigualdad en que desempeñan sus trabajos, ya sea porque estos son domésticos no remunerados, informales o formales con diferenciación salarial y de condiciones respecto de las de los varones, entonces es lógico que formen gran parte de la masa poblacional que acciona por pensiones alimenticias en favor de sus hijas, hijos y por ellas mismas.

¿Qué sustenta a la institución de los alimentos? Un fundamento ético: el deber de asistencia y de solidaridad entre las/los integrantes de una familia para su desarrollo integral (Plácido 2002: 349). La institución de los alimentos cubre, tanto en nuestra legislación como en el Derecho Comparado, lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica, la educación y, en el caso de los menores de edad, la recreación (Plácido 2002: 350). Así, los alimentos pueden ser definidos como una garantía legal del derecho a contar con una cobertura mínima vital: tiene sentido entender a los alimentos como una garantía legal de este derecho fundamental de índole social, la que se satisface en el marco de las relaciones familiares como expresión del fundamento de solidaridad en el que se funda una familia y ante planos de desigualdad material que se plasman en cuadros de vulnerabilidad que merecen ser atendidos.

Desde esa perspectiva, por ejemplo, la regulación diferenciada del acceso a las medidas cautelares de asignación anticipada²⁹¹, el entendimiento de lo que se entiende por estudios exitosos para las pensiones alimenticias de hijas e hijos mayores de edad²⁹², los plazos de prescripción para el cobro efectivo recientemente modificados²⁹³, y otros aspectos materiales y sustantivos vinculados con el acceso a una pensión de alimentos deben ser leídos desde la perspectiva de derechos fundamentales de las personas, y de las mujeres en particular.

Alimentos respecto de hijas e hijos

Si tanto padres y madres están obligados a prestar alimentos a sus hijas e hijos, conforme a lo señalado en el artículo 93 del Código de Niños y

²⁹¹ Artículo 675 del Código Procesal Civil.

²⁹² Artículos 424 y 483 del Código Civil.

²⁹³ Por Ley N° 30179 se ha ampliado el plazo de prescripción contemplado en el artículo 2001 del Código Civil para el cobro de pensiones alimentarias a 15 años.

Adolescentes, la evaluación debería centrarse en las necesidades de los alimentistas y a que haya una igualdad de aportes entre padres y madres. Esto, no obstante, no sucede en casi la totalidad de casos de alimentos que se resuelven a diario.

Un ejemplo puede ser útil para aclarar el panorama. María y José tienen una hija y un hijo en común, la mayor estudia en un instituto superior y el hijo en un colegio particular. José trabaja como vigilante dependiente en una empresa de seguridad y su sueldo mensual es de S/.800.00 con beneficios laborales. María desempeña un trabajo familiar no remunerado como “ama de casa” y vende frituras en la puerta de su casa todos los días por las noches, por lo que percibe un ingreso mensual de S/.500.00 como trabajadora informal. Las necesidades mensuales de ambos hijos suman S/.800.00 aproximadamente. Desde que la pareja se separó José no cumple regularmente sus obligaciones alimentarias, por ello María ha iniciado un proceso judicial. Los gastos de José ahora que vive fuera de hogar suman S/.450.00. ¿Cuál es el monto de la pensión alimenticia que debe destinar José a favor de sus dos hijos? Si la jueza o juez se concentra únicamente en los gastos de José la pensión para la hija y el hijo sería de S/. 350. ¿Si a José se le fija una pensión como esta ambos padres cumplirán en igualdad con sus obligaciones?

La respuesta es no por varias razones. La primera es que S/.350.00 representan el 44% de los ingresos de José; si María cumpliera con un aporte igual, este representaría el 70% de sus ingresos. Si ambos destinaran el 60% de sus ingresos a las pensiones alimenticias, lo que a primera vista es la solución igualitaria, no se cubren las necesidades identificadas de los hijos: S/.480 soles de él y S/.300 soles de ella no suman los S/.800 soles de los gastos de su hija e hijo. Pero hay una segunda razón: respecto de los aportes de María no se ha considerado el valor económico que conlleva su trabajo en el hogar; por eso ella ya aporta más. Un aspecto más debe ser tomado en cuenta: cuando con la suma de los aportes equivalentes de ambos padres no se completa lo necesario para los gastos de las hijas e hijos, alguien asume ese vacío, y es usualmente quien queda al cuidado de los mismos: las mujeres.

El ejemplo planteado –bastante común en nuestro país– pone de relieve que para la fijación de la pensión alimenticia debe prestarse atención tanto a las necesidades de los/las alimentistas como a las posibilidades no solo del demandado, sino de ambos padres. Con estos tres parámetros debe establecerse una pensión que satisfaga las necesidades vitales de quien solicita los alimentos y también el deber de responsabilidades familiares compartidas que ambos padres tienen respecto de sus hijas e hijos.

Alimentos en las relaciones de pareja

Los cónyuges se deben recíprocamente asistencia (artículos 288 y 474 inciso 1 del C.C.). A los cónyuges no les es aplicable la regla que señala que deben encontrarse en estado de incapacidad física y/o para ser sujetos de derecho alimentario: los cónyuges tienen derecho alimentario como regla general y el derecho tiene su fundamento en el deber de solidaridad y asistencia recíproca. La obligación alimentaria entre cónyuges cesa en los siguientes casos: Respecto del cónyuge que abandona el hogar conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella (artículo 291 del C.C.) y en caso de divorcio salvo: a) respecto para el cónyuge inocente que carezca de bienes propios, gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de cubrir sus necesidades, y b) respecto del cónyuge culpable que esté en estado de indigencia. La obligación cesa si el cónyuge alimentista contrae nuevo matrimonio o si el estado de necesidad desaparece (artículo 350 de C.C.).

No obstante lo previsto, existe jurisprudencia en la que se señala, por ejemplo, que no corresponde alimentos para una cónyuge joven que no está incapacitada para trabajar²⁹⁴: se aplica entonces el criterio de necesidad antes comentado y no el de asistencia que rige para el caso de los cónyuges. En este panorama deben tomarse en cuenta para la determinación de obligaciones alimentarias en una pareja las reflexiones de la sección subsiguiente acerca de lo que sucede con las mujeres en el marco de la división sexual del trabajo, situación que se agrava cuando hay una separación en la pareja.

Un comentario sobre el peso que tiene el trabajo doméstico en la vida de las mujeres, pues existe evidencia oficial en el Perú. El Instituto Nacional de Estadística e Informática y el Ministerio de la Mujer publicaron en 2010 la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT). Sus datos ofrecen evidencia verificable acerca de la mayor carga de trabajo que tiene la mujer en el Perú, en comparación con el hombre, tanto si se habla del trabajo global, es decir trabajo remunerado y doméstico, como si se considera solamente el trabajo doméstico. Mientras los hombres dedican al trabajo doméstico 15 horas, las mujeres laboran en este ámbito más de 36 horas, y en el cálculo del trabajo doméstico más trabajo remunerado las mujeres exceden en 8.42 horas el tiempo de trabajo total de los hombres, lo que equivale a que cada semana las mujeres trabajan una jornada más que los hombres (INEI, MIMP 2010).

²⁹⁴ Decisión comentada en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 166 de julio de 2012.

Asimismo, se ha documentado para el caso peruano que en mujeres y hombres de clases altas se presenta una conservadora división sexual del trabajo en la que las mujeres mantienen un alto estatus de vida, pero totalmente dependiente de sus parejas. Este hecho se agrava en la separación, momento en el que las mujeres deben negociar términos en los que usualmente se da un empobrecimiento respecto de la vida que tenían cuando convivían con sus parejas (Liuba Kogan, citado por Fernández 2013: 144-145).

Por otro lado, nuestro ordenamiento solo concede alimentos en el caso de abandono unilateral de un conviviente respecto del otro. El artículo 326 del Código Civil señala que en caso de que la unión de hecho termine por decisión unilateral, el juez o jueza puede conceder, a elección del conviviente abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Numerosas decisiones judiciales respaldan esta opción legislativa²⁹⁵ y conforme a lo establecido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se requiere obtener el reconocimiento de la unión de hecho para hacer efectivo el derecho a alimentos de los exconvivientes²⁹⁶, lo que dificulta el acceso a las prestaciones alimentarias por su costo. Además, se requiere acreditar la condición de abandono de manera fehaciente²⁹⁷, lo que plantea desafíos: por ejemplo, si una mujer deja a su pareja por violencia familiar será la que abandona el hogar, pero debería recibir una pensión de alimentos en caso de requerirlo por lo que el entendimiento de la categoría abandono a efectos de los alimentos debiera revisarse.

El limitado reconocimiento de alimentos a las parejas convivenciales refleja nociones de familia que quieren legitimarse por medio del Derecho. No obstante, ello, visto desde una perspectiva crítica como la del género, debe evaluarse desde el impacto que tal decisión tiene en los derechos de las personas, mujeres y varones convivientes que reciben un tratamiento diferenciado de las relaciones de pareja matrimoniales,

²⁹⁵ Como muestra, la Casación N° 1637-2002-Junín señala que los exconvivientes tienen derecho a demandar alimentos y que la pensión de alimentos está vigente hasta que subsista inexistencia de impedimento matrimonial; producido el matrimonio de cualquiera de los concubinos con otra persona tal obligación cesa.

²⁹⁶ Así lo señala la Casación N° 1685-2004-Junín: "Para que se reconozca el derecho del concubino abandonado a que el otro lo indemnice o le pase alimentos debe previamente declararse fundada la demanda de reconocimiento de unión de hecho". El reconocimiento judicial de la unión de hecho siempre se ha requerido para hacer efectivos los derechos patrimoniales emanados de la convivencia; en este sentido se pronuncia la Casación N° 1620-98-Tacna publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 23 de abril de 1999.

²⁹⁷ La Casación N° 2228-2003-Ucayali señala: "en el decurso procesal habida cuenta que la relación convivencial ha concluido correspondía realizar la valoración referente a la condición de abandonado, ya sea de la demandante o del recurrente, actividad que no se ha realizado, toda vez que las instancias de mérito no han amparado su pretensión."

que difícilmente puede ser sustentado en términos de proporcionalidad. Este hecho se agrava en el caso de las mujeres en la que este vacío legal tiene un impacto mayor, pues ellas, como se ha mencionado, tienen una carga diferenciada de trabajo, fuertemente influenciada por una división sexual. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional ha perdido una valiosa oportunidad para pronunciarse sobre este extremo en su sentencia en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC de 2010 (Ramírez 2010).

5. El género en el Derecho de Familia III: las consecuencias patrimoniales de una separación²⁹⁸

La sociedad de gananciales contiene normas para una participación formalmente igualitaria de las mujeres a partir de una revalorización del trabajo doméstico basada en una división sexual: “[e]n ninguna época se ha valorado tanto como ahora, ni con sólidas razones, el trabajo productivo, esto es, la aplicación del esfuerzo humano a la producción de bienes y servicios [...] El ser humano, sin embargo, no se agota en su dimensión económica. [...] la madre, puede no producir bienes tangibles o prestar servicios de valor cuantificable, pero su empeño es también liberador. Con frecuencia, al formar hombres que produzcan, su esfuerzo también resulta económicamente productivo” (Cornejo 1985: 411-412). La sociedad de gananciales fue concebida como una apuesta por la igualdad en las relaciones patrimoniales de las parejas. En este escenario de igualdad formal ¿existe desigualdad?

Con las reformas a nuestro sistema divorcista y de separación de cuerpos se introdujo una variación para la causal de separación de hecho de los cónyuges que señala que jueces y juezas deben velar “por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos” y, en consecuencia, “[d]eberá[n] señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder” (artículo 345-A del Código Civil). La mención a un/a cónyuge perjudicado/a remite a la idea de que aun la división formalmente igualitaria del patrimonio que se propone en la sociedad de gananciales es insuficiente cuando se pone fin al régimen por separación de cuerpos o

²⁹⁸ Esta sección retoma las consideraciones expuestas en Ramírez (2013b). En sentido semejante se orientan las reflexiones de Fernández (2013: 143-147, 290-293).

divorcio. Aunque no es materia de este análisis, las reflexiones que se presentan son pertinentes aun en el marco de relaciones con separación de patrimonios; en este caso, el escenario es más complejo pues no existe un patrimonio común generado que dividir²⁹⁹.

Un ejemplo para evidencia la situación diferenciada de mujeres y hombres ante una separación. Una pareja que estuvo unida por 20 años en los cuales la mujer desempeñó el rol de ama de casa durante los últimos 16 años; en el proceso de separación ambos se benefician en parte igual de los bienes y la mujer no cuenta –en principio– con posibilidades legales de pedir una pensión alimentaria, ya que la obligación de asistencia mutua termina con la culminación del matrimonio, salvo circunstancias de excepción. ¿Qué sucede con la mujer después del divorcio?, ¿cuáles son sus posibilidades para insertarse en el mercado del trabajo remunerado?, ¿cuál es su experiencia acumulada?, ¿cuáles serán sus condiciones laborales? Y respecto del excompañero, ¿cuál es su situación frente al mercado de trabajo?, ¿es equivalente a la de su excompañera?, ¿tiene ventajas comparativas como su experiencia acumulada, una red de contactos, capacitación? (Huaita 1999: 493-494).

Desde hace un tiempo, ha sido parte de la investigación jurídica desde la perspectiva de género el seguimiento de la etapa del divorcio y el posdivorcio. Marcela Huaita da cuenta de que se ha generado evidencia que reconoce que, en cifras generales, existe una feminización de la pobreza en la etapa posdivorcio (1999: 494). Ante esa realidad entonces, desde la perspectiva crítica que el enfoque de género aporta, se ha planteado la pregunta de si a pesar de que la regulación patrimonial del divorcio y la separación es neutral, en la práctica no se producen resultados que perjudican a las mujeres “especialmente a aquellas que han pasado muchos años como amas de casa y a otras que tienen a su cargo a niños de corta edad” (1999: 507). Si la respuesta a este cuestionamiento es positiva entonces estamos ante lo que en los apartados precedentes se denomina discriminación indirecta, discriminación por resultado.

Las investigaciones desarrolladas en el ámbito norteamericano han criticado un tratamiento de la igualdad como *mismidad – homologación* en el divorcio: tratamiento igual a hombres y mujeres sin un análisis de las diferencias reales. Se plantea entonces una búsqueda de la igualdad real; es lo que en su esquema Ferrajoli denominaría como paradigma de la valoración jurídica de las diferencias (2005: 10-11) y que puede impli-

²⁹⁹ En tanto las reflexiones se enfocan en el análisis de la sociedad de gananciales, estas son aplicables a los casos de divorcio y separación de cuerpos, como a la sustitución del régimen patrimonial y a la disolución de las uniones de hecho.

car un mandato de trato diferenciado (2005: 27-30). Este es el estándar internacional de igualdad: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define como discriminación toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por *objeto o por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres en cualquier esfera (artículo 1).

Al reseñar los hallazgos de las investigaciones en EE.UU., Marcela Huaita destaca que existe un aspecto central a valorar: en el momento de la separación se cambia de un régimen familiar que en muchísimas parejas presupone roles interdependientes a un esquema legal que presupone la autosuficiencia de cada cónyuge, lo que en muchos casos no es una realidad. Es en este punto que se hace imperativo una correcta aplicación de la igualdad: si los cónyuges están posicionados diferentemente, por consiguiente el tratamiento igualitario como mismidad es insuficiente y producirá efectos diferenciados y discriminatorios (1999: 508).

Comentando las desigualdades en materia de propiedad y acceso a recursos, Eichler destaca que la mayoría de personas tienen solo dos tipos principales de propiedad: “su capacidad de ganar dinero (lo que está en función directa del tipo de empleo que tengan) y su casa”. En ese contexto, ante una división formalmente igualitaria del patrimonio conyugal, las mujeres tienen en general cuatro factores de desigualdad que deberían considerarse:

- a) si la propiedad más importante son los beneficios relacionados con el trabajo, por lo tanto una división igualitaria solo les reembolsa parcialmente por el pasado familiar, pero las deja en desventaja para el futuro. Si su posición en el mercado de trabajo está afectada por su edad, su discontinuidad laboral, dificultades para el acceso o incluso la menor remuneración de su forma de trabajo en el mercado, hay, por consiguiente, una desigualdad evidente,
- b) el que las mujeres comúnmente obtengan la custodia de las hijas e hijos hace que afronten el futuro con un patrimonio de respaldo similar al de sus parejas que no tienen de forma inmediata la carga familiar: aunque haya prestaciones alimentarias para la prole, el patrimonio dividido en un caso es de beneficio inmediato individual (el esposo que queda solo), mientras que en el otro respalda a la mujer y la/s hijas/os,
- c) de forma complementaria a lo anterior, y como se ha señalado previamente, se tiene que las pensiones alimentarias para hijas e

hijos son usualmente inadecuadas, en buena parte en montos que no se ajustan a la inflación y no en poca medida incumplidas, con lo que las mujeres afrontan en la práctica la mayor parte de la carga familiar no solo en términos afectivos, sino también económicos,

- d) aunque el valor de la casa conyugal se reparte equitativamente en el divorcio, dadas las probabilidades de que las mujeres ganen menos luego de la separación, existirán menos posibilidades de que puedan adquirir la mitad del marido en la propiedad o puedan conseguir solas un hogar de características semejantes al de la pareja (1999: 465-466).

A la luz de estas consideraciones, se desprende que el enfoque vigente en nuestro país, y en otros países de nuestra tradición jurídica, es bastante restringido. Aunque la división equivalente de los gananciales para cada cónyuge puede valorarse como un primer paso de igualdad, es una medida insuficiente si no se toman en cuenta otros factores como:

- la posibilidad de cada uno/a de generar ingresos,
- la duración del matrimonio o la unión,
- la edad y salud de las partes al momento de la separación,
- el costo de las oportunidades perdidas cuando una de las partes sale del mercado laboral,
- el valor de bienes no tradicionales como: 1) las pensiones y beneficios de jubilación, 2) los estudios y el valor en el mercado de las habilidades asociadas a ellos, 3) los seguros de salud, 4) la reputación de los negocios,
- la carga de trabajo doméstico asumida en la relación y la que se tendrá que asumir con posterioridad.

Todos estos aspectos contribuirían a que en la práctica se innoven soluciones que dejen en una situación económica más balanceada a los excónyuges (Huaita 1999: 512, 514-519, 539).

En marzo de 2011, los jueces y jueza supremos de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Superior de Justicia de la República emitieron una sentencia³⁰⁰ en el marco del Tercer Pleno Casatorio Civil, en el que declararon como precedente judicial vinculante reglas entre las que, por los fines de este trabajo, se destacan las siguientes:

³⁰⁰ Casación N° 4664-2010-Puno. Disponible en la Página Web del Poder Judicial <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444>>.

- En los supuestos de divorcio y separación de cuerpos por separación de hecho jueces y juezas deben velar por la estabilidad del cónyuge que resulte más perjudicado así como por la estabilidad de los/las hijos/as. Ya sea a pedido de parte o de oficio, se señalará una indemnización por daños, que incluye el daño a la persona, o se ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal; el daño moral es indemnizable y se haya comprendido dentro del daño a la persona. Para que se proceda de oficio la parte interesada debe haber alegado o expresado de alguna forma hechos concretos sobre los perjuicios resultantes de la separación o del divorcio en sí, lo que deberá probarse.
- En las decisiones sobre la indemnización o adjudicación de bienes debe apreciarse: a) el grado de afectación emocional o psicológica, b) la tenencia y custodia de hecho de hijas/os menores de edad y la dedicación al hogar, c) si el/la cónyuge perjudicado tuvo que demandar alimentos ante el incumplimiento, d) si ha quedado en manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge, e) la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.
- La indemnización o adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona resultante de la separación o del divorcio en sí; por tanto, su fundamento no es la responsabilidad civil, sino la equidad y la solidaridad familiar.

Con estas reglas jurisprudenciales se evidencia que, en el supuesto de separación de hecho, se ha previsto un análisis sensible a las consecuencias de género que en los casos concretos puede tener el divorcio: se ha previsto un marco para la igualdad real. Un ejemplo de cómo este marco se presta para un análisis género-sensible es la sentencia de la Sala Especializada Civil de Huancavelica de noviembre de 2011 en el Expediente N° 00005-2011-0-0-1101-SP-FC-01, en la que el Colegiado usó el término de “justicia de género” para denotar la necesidad de no incurrir en discriminación por sexo, lo que –se anotó– sería producto de no tomar en cuenta las condiciones de vida concretas de una mujer en el momento del divorcio. En este caso, la Sala analizó los derechos de una mujer de 57 años, con solo educación primaria completa, que realizó durante su vida trabajo doméstico no remunerado para su familia y que afrontó las implicancias del cuidado de sus hijos luego del

abandono del demandado a los 10 años de casados. Además, la mujer bajo mención tenía un precario estado de salud, por lo que requería tratamiento médico, hecho que también fue valorado³⁰¹. El punto débil de este pronunciamiento es la motivación de la cuantía de la indemnización: no se fundamentó cómo S/. 3,500 era un valor justificado por las repercusiones desiguales en las que el divorcio dejó a la demandada. Con una aproximación crítica sobre la delimitación de la cuantía, Leysser L. León (2007) comenta la Casación N° 3973-2006-Lima de diciembre de 2006 por la que se fijó en 30,000 dólares americanos la indemnización en un caso de divorcio por separación de hecho.

Conforme al marco teórico expuesto, corresponde tener una mirada género sensitiva no solo en la causal de separación de hecho en la que se han reportado los avances jurisprudenciales precitados que desarrollan el marco legal señalado, sino en todos los casos de separación. Estos ejemplos jurisprudenciales incitan a la reflexión sobre la necesidad de que se analice en los casos concretos qué sucede con las mujeres en esa situación. Si bien no existe un marco legal expreso de respaldo para extender las consideraciones anotadas a otros supuestos diferentes de la separación de hecho, no menos cierto es que la igualdad es derecho y principio estructurador de nuestro sistema jurídico, que debe permear todas las resoluciones en el campo de las relaciones familiares, y que jueces y juezas en primera línea deben garantizar el respeto del ordenamiento en su conjunto brindando soluciones integradoras.

6. Reflexión final

El Derecho de Familia es uno de los campos jurídicos en los que en la vigencia del principio-derecho de igualdad requiere un análisis particularmente agudo para contrarrestar concepciones sociales que causan injusticias. En esta tarea, la perspectiva de género juega un rol vital. Los temas abordados son una muestra de ello, pero no son los únicos; la determinación de la custodia y las formas de cuidado y contacto personal con hijos e hijas son, por ejemplo, otro campo para el análisis y así todos los casos de las materias propias de esta rama del Derecho.

³⁰¹ El texto íntegro de la sentencia con un comentario de la misma se encuentra en el N° 176 de *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 18, mayo de 2013, pp. 73-80.

³⁰² Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, numeral 540. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>.

Una evaluación desde la perspectiva de género implica la capacidad de “para reconocer la discriminación que sufren las mujeres”³⁰², y preguntarse por su situación en los contextos a analizar es el primer paso del camino (Bartlett 2011: 32-51). Una mirada convencional tiende a asumir que con las reformas legales realizadas en el Código Civil de 1984, a la luz de la igualdad reconocida en la Carta Constitucional de 1979, se zanjaron las posibilidades de discriminación y que esta, en general, se ha erradicado de la normativa del campo del Derecho de Familia. Pero esa afirmación se valorará solo como parcial si se analiza desde el lente de la igualdad sustantiva: mujeres y varones no están en las mismas posiciones en las relaciones familiares, y en un marco de desigualdad la aplicación de una normativa, aunque neutra, tiene resultados discriminatorios.

La riqueza que plantean los métodos feministas es que facilitan el que se pueda analizar estos aspectos de forma integral en cada caso concreto y así evaluar posibles sesgos discriminatorios que requieren ser neutralizados para alcanzar la pretendida corrección del Derecho, la justicia en su aplicación. El enfoque de género enriquece la argumentación, enriquece el ejercicio del Derecho.

7. Bibliografía

- ALVITES, Elena
2011 “Derecho constitucional y métodos feministas. La interpretación del derecho a la igualdad y a la no discriminación para la protección de los derechos de las mujeres”. En FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol y Félix MORALES LUNA (coordinadores). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra.
- BARTLETT, Katharine
2011 “Métodos Jurídicos Feministas”. En: FERNANDEZ REVOREDO, Marisol y Félix MORALES LUNA (coordinadores). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra, pp. 19-116.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor
1985 “Exposición de motivos y comentarios del proyecto del Libro de Derecho de Familia de la Comisión Reformadora”. En REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil. IV. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: Artes Gráficas de la Industria Avanzada, pp. 337-452.
- EICHLER, Margrit
1999 “Cambios familiares: familias, políticas e igualdad de género”. En FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho*. Santiago: American University, LOM Ediciones y la Morada, pp. 443-485.
- FACIO MONTEJO, Alda
2003a *La Carta Magna de todas las mujeres*.
<<http://centreantigona.uab.es/docs/articulos/La%20carta%20magna%20de%20todas%20las%20mujeres.pdf>>
- 2003b “Con los lentes del género se ve otro derecho”. En AA.VV. *Reducción de la pobreza, gobernabilidad democrática y equidad de género*. Tomo II. Managua: GTZ, pp. 143-156.
- FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol
2013 *Manual de derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2006 “Usando el género para criticar al Derecho”. En *Derecho PUC*, Pontificia Universidad Católica del Perú, No.59, pp. 357-369.

<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3073/2919>>

FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol y Beatriz RAMÍREZ HUAROTO.
2008 “¿Cómo se garantizan los derechos fundamentales de los miembros de una familia a través de los alimentos?”. *Foro Jurídico*, Año IV, número 8, pp. 7588.

FERRAJOLI, Luigi
2005 “Igualdad y Diferencia”. En FERRAJOLI, Luigi y Miguel CARBONELL. *Igualdad y diferencia de género*. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, pp. 7-33.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1952/3.pdf>>

HUAITA ALEGRE, Marcela
1999 “Desigualdad de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio”. En FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho*. Santiago: American University, LOM Ediciones y la Morada, pp. 487-539.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.
2008 *Manual Autoformativo en Acceso a la Justicia y Derechos de la Niñez y Adolescencia en Centroamérica*. San José: IIDH.
<http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Manual_autoform_acceso_justicia.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA y MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES
2010 *Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2010*. Lima: INEI.
<<http://www.inei.gov.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0960/libro.pdf>>

LAGARDE, Marcela.
1996 *Desarrollo humano y democracia*. Madrid: Horas y HORAS.

LEÓN, Leysser L.
2007 “¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el “daño al proyecto de vida” continúa inflando peligrosamente los resarcimientos”. *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 104, Año 12, pp. 77-87.
<http://works.bepress.com/leysser_leon/10/>

OBANDO, Ana Elena
1999 “Las interpretaciones del derecho”. En FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho*. Santiago: American University, LOM Ediciones y la Morada, pp. 163-186.

- OLSEN, Frances
1999 "El mito de la intervención del Estado en la familia". En FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho*. Santiago: LOM Editores y La Morada, pp. 413-442.
- PEREZ LLEDÓ, Juan A.
1996 *El movimiento "Critical Legal Studies"*. Madrid: Tecnos.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, ALEX
2002 *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica, segunda edición.
- RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz
2013a "Mujeres invisibles, progresos incompletos: reflexiones sobre el control difuso de constitucionalidad de normas de filiación". *Gaceta Civil & Procesal Civil*, número 4, 55-64. <<http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/19>>
2013b "Amores rotos, impactos diferentes: reflexiones sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio desde la perspectiva de género". TORRES CARRASCO, Manuel Alberto (editor). *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, 265-287. <<http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/20>>
2011 "DEMAGOGIA E INACCIÓN ESTATAL. Derechos fundamentales y la carga de la prueba en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial." *Gaceta Constitucional*, número 43, 339-351. <<http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/5>>
2010 "Hacia un enfoque de derechos fundamentales en el Derecho de Familia: reflexiones sobre la regulación de los alimentos a propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional." *Gaceta Constitucional*, número 35, 65-71. <<http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/9>>
2007 "¿Qué puedo hacer si el padre de mi hija o hijo no quiere reconocerlo? Análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28457 desde la perspectiva de género". *Derecho Virtual*. Año II, número 4, marzo-junio 2007. <<http://derechovirtual.com/index.php?id=60>>.
- ROCA, Encarna
1999 *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Madrid: Civitas Ediciones.
- RUIZ BRAVO LÓPEZ, Patricia.
1999 "Una aproximación al concepto de género". En *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: Defensoría del Pueblo, pp. 131-149.

VILLANUEVA, Rocío

1999

“Análisis del derecho y perspectiva de género”. En *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: Defensoría del Pueblo, pp. 11-48.

YÁÑEZ DE LA BORDA, Gina y María Jennie DADOR TOZZINI

2000

“La discriminación de género en la aplicación de la legislación civil sobre violencia familiar”. En *Discriminación sexual y aplicación de la ley*. Volumen I. Lima: Defensoría del Pueblo.

**EL AUTO 92 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE
COLOMBIA: ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA
IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS DE GÉNERO EN LAS
SENTENCIAS**

Julissa Mantilla Falcón

JULISSA MANTILLA FALCÓN

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con un Diploma de Estudios de Género por la misma universidad, programa del cual es docente. Es Master of Laws (LLM) en Derechos Humanos por The London School and Economics and Political Science de la Universidad de Londres.

En la actualidad es docente de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Washington School of Law de American University en Washington, D.C. Además es Asesora Especializada Internacional en Justicia Transicional con Perspectiva de Género para la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres).

Fue abogada de la Defensoría del Pueblo del Perú, además de haber sido la Encargada de la Línea de Género de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú y de la investigación de los casos de violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado peruano. Integró la Comisión de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Colombia.

En el año 2008, la Corte Constitucional de Colombia emitió el Auto 92, en seguimiento a la sentencia T-025 sobre desplazamiento forzado del 2004, marcando un hito para el análisis de la situación de las mujeres desplazadas y el reconocimiento de la violencia sexual como causa del desplazamiento forzado de las mujeres en Colombia. En el presente artículo, se da cuenta de los principales aportes de este Auto y de su importancia para la defensa de los derechos de las mujeres, considerando –además– las obligaciones reforzadas de los Estados en este tema y que la violencia sexual fue una práctica generalizada en el conflicto armado peruano.

1. Algunos antecedentes del Auto 92

Debido a la grave situación de desplazamiento forzado existente en Colombia como consecuencia del conflicto armado interno que ese país viene sufriendo por más de 50 años³⁰³, la Corte Constitucional emitió en el año 2004 la sentencia de tutela T-025, en la cual analiza una serie de elementos que confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la realidad por la que atraviesa la población internamente desplazada.

Entre esos elementos, la Corte destacó la gravedad de la situación de vulneración de sus derechos; el elevado volumen de acciones de tutela presentado por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas; la falta de correspondencia entre los preceptos establecidos en las normas y los medios para cumplirlas, aspectos que adquieren una especial dimensión cuando se analiza la insuficiencia de recursos y la falta de capacidad institucional frente a la evolución del problema de desplazamiento³⁰⁴.

Posteriormente, la Corte organizó audiencias públicas a consecuencia de las cuales emitió Autos de seguimiento a la sentencia T-025, en los que se pronuncia sobre los avances logrados y los retos y obstáculos que persisten en el cumplimiento de las órdenes impuestas en la sentencia. En este sentido, en el 2008 la Corte dictó el Auto 092, mediante

³⁰³ Según ACNUR, Colombia es el país con el más alto número de personas desplazadas internamente en el mundo, con 3.943.500 desplazados internos registrados por las autoridades gubernamentales competentes desde el año 1997. ACNUR, 2012. Ginebra. Ver la referencia disponible en <<http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/un-nuevo-informe-de-acnur-destaca-que-el-desplazamiento-forzado-es-el-mayor-de-los-ultimos-18-anos/>>.

³⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2004. Sentencia T – 025, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>.

el cual adopta una serie de medidas para la protección a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado³⁰⁵.

La tutela que dio origen al Auto 92 surge por una petición de varias mujeres víctimas del conflicto y algunas ONG –como la Iniciativa de Mujeres por la Paz– que solicitaron medidas de protección “debido a las constantes amenazas y atentados sufridos por estas mujeres y a la precariedad de las respuestas dadas por el gobierno colombiano frente a esta situación”³⁰⁶.

Es importante señalar que este Auto se encuadra en un marco jurisprudencial constitucional bastante favorable a los derechos de las mujeres y la igualdad, desarrollado sobre todo a partir del año 2001 cuando la Corte Constitucional emitió una serie de decisiones importantes relativas a los derechos de las víctimas y la investigación y sanción de la violencia sexual, que dan muestra del reconocimiento de la importancia de la perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional³⁰⁷.

2. Principales aspectos del Auto 92

A continuación se destacan y analizan los principales aportes del Auto 92, que constituyen un avance muy importante para los derechos de las mujeres y que pueden servir de lineamientos para otras sentencias en la región³⁰⁸.

a) Las obligaciones internacionales del Estado:

Uno de los aspectos importantes del Auto es el reconocimiento por parte de la Corte Constitucional de las obligaciones internacionales del Estado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Efectivamente, la Corte recuerda las obligaciones estatales derivadas del derecho de las mujeres

³⁰⁵ FONDO PARA EL LOGRO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO y COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Justicia constitucional, mujeres y género, p. 25, noviembre, 2011.

³⁰⁶ UPRIMNY, Rodrigo y Julissa Mantilla. Violencia de género y justicia constitucional en Colombia, en 2009. *¿Justicia Desigual? Género y Derecho de las Víctimas en Colombia*. Bogotá.

³⁰⁷ Entre ellas, la Sentencia C-578 en la cual la Corte señala que los actos de violencia sexual constituyen una grave afectación a los derechos a la vida, la igualdad y la dignidad humana, atentando además contra la prohibición de la tortura, la esclavitud y las desapariciones y la Sentencia T-453 de 2005 en la que la Corte concluyó que las pruebas destinadas a establecer la conducta sexual previa de la víctima eran inconstitucionales, por desconocer la intimidad de la víctima. Información obtenida de Uprimny y Mantilla (2009).

³⁰⁸ Información obtenida de CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 92, 2008.

a vivir dignamente, libres de toda forma de discriminación y de violencia y hace referencia a las declaraciones y pactos en que se plasman estas obligaciones, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En el campo del DIH, la Corte sostiene que el Estado colombiano debe cumplir con los deberes frente a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado causado por el conflicto armado, los que se encuentran en los “Principios Rectores de los Desplazamientos Internos”³⁰⁹.

En este punto, resulta de suma importancia esta referencia que hace la Corte al ordenamiento internacional, no solo por la relevancia que la Constitución de Colombia le da a los tratados de derechos humanos, sino porque, a partir de este llamado, la Corte hace un análisis normativo integrado que puede servir de modelo a otros aportes jurisprudenciales tanto en el ámbito de Colombia como de la región y en entidades internacionales. La referencia expresa a las obligaciones internacionales en las sentencias y fallos nacionales constituye un refuerzo de la importancia y vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, además, pone al mismo nivel a los tratados generales y aquellos específicos sobre los derechos humanos de las mujeres. Efectivamente, las obligaciones a que hacen referencia estos tratados, son también criterios para imputar responsabilidad a los Estados en los sistemas jurídicos nacionales³¹⁰. En esta línea, es fundamental que, para el caso del Perú, el respeto a los estándares internacionales se refleje en las sentencias nacionales, considerando que nuestro país ha ratificado pactos como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención Belem do Para (1994).

b) Los presupuestos del Auto 92

La Corte identifica dos presupuestos básicos en su análisis: Un **presupuesto fáctico** referido al impacto desproporcionado, en términos cuantitativos y cualitativos, del conflicto armado interno y del desplazamiento forzado sobre las mujeres colombianas. En esta línea, la Corte destaca los riesgos específicos y cargas extraordinarias que –por razones de

³⁰⁹ NACIONES UNIDAS, 1998. Principios rectores de los desplazamientos internos, disponible en <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmhb.htm>>.

género— les impone la violencia armada a las mujeres. Por ello, la Corte señala que el conflicto armado interno colombiano victimiza de manera diferencial y agudizada a las mujeres, porque:

- (a) las mujeres están expuestas a riesgos particulares y vulnerabilidades específicas dentro del conflicto armado, que a su vez son causas de desplazamiento, y por lo mismo explican en su conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres,
- (b) como víctimas sobrevivientes de actos violentos que se ven forzadas a asumir roles familiares, económicos y sociales distintos a los acostumbrados, las mujeres deben sobrellevar cargas materiales y psicológicas de naturaleza extrema y abrupta, que no afectan de igual manera a los hombres.

Este es uno de los puntos más importantes del Auto ya que —a nivel constitucional— se consagra el análisis de género del conflicto armado, entendiéndose que ni por sus causas ni por su impacto es el mismo para los hombres y para las mujeres.

Al destacar las particularidades específicas de las mujeres frente al conflicto, la Corte deja de lado una aproximación neutral del análisis del conflicto armado, sea a nivel estatal o de la sociedad civil. Asimismo, la Corte se enmarca en los desarrollos del Sistema Interamericano que, desde el caso *Castro Castro* contra el Perú del 2006, había destacado la importancia del enfoque de género en el análisis de los conflictos armados. Efectivamente, en dicha sentencia la Corte Interamericana tomó en cuenta que “las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres”³¹⁰. Es muy importante tomar en cuenta estos avances considerando, por ejemplo, que la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR) incluyó un análisis de género del conflicto armado peruano, concluyendo que la violencia desatada en nuestro país afectó de manera diferente a hombres y mujeres, considerando que “las distintas posiciones sociales y roles de género ocupados

³¹⁰ ABRAMOVICH, Víctor, 2010. “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, p. 182.

³¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006. *Caso Castro Castro v. Perú*.

por varones y mujeres condicionan su participación en el conflicto armado y producen efectos específicos en cada uno de ellos³¹².

Adicionalmente, la Corte Constitucional afirmó que el problema había sido tradicionalmente invisibilizado, lo cual se había traducido en la inexistencia de una política pública específica para responder de manera efectiva a “las distintas facetas de género del desplazamiento interno, así como al impacto diferencial y agudizado del conflicto armado sobre la mujer”. En el mismo sentido se había pronunciado la CVR, cuando en su Informe Final habla de la invisibilidad de la experiencia femenina en la guerra, en la cual la violación sexual aparece como un evento colateral al conflicto armado, como si no fuera un delito³¹³. Por tanto, los criterios del Auto 92 son de utilidad para el análisis del caso peruano, sin duda.

Fundamental, además, es que la Corte resalta que –al no tenerse en cuenta las particularidades del impacto del conflicto armado colombiano para las mujeres– no existen los mecanismos ni metodologías para detectar los distintos tipos de violencias que deben afrontar las mujeres ni para darles una respuesta adecuada.

Este es un punto importante: al reconocer el impacto diferenciado del conflicto armado, la consecuencia lógica –que la Corte enfatiza– es que no pueden plantearse políticas de atención ni de respuesta que no contemplen esta realidad. Ahora bien, este análisis diferenciado que la Corte propone para el desplazamiento forzado puede extenderse a otros ámbitos referidos al ejercicio de los derechos humanos, ya que –como la Corte lo reconoce en el Auto– existe una continuidad entre la situación de discriminación que viven las mujeres cotidianamente, que precede al conflicto armado y que prosigue durante la situación de violencia. Esta afirmación, por tanto, constituye una herramienta fundamental para la defensa de los derechos humanos de las mujeres y para dar lineamientos a las políticas públicas en la materia. Adicionalmente, un planteamiento de este tipo justificaría que, para el caso peruano, se desarrollen metodologías, criterios de investigación, protocolos y formas de respuesta ante la violencia sexual ocurrida en el conflicto armado que distinga el impacto específico que esta forma de violencia tiene para las mujeres, tanto a nivel de políticas públicas como en el ámbito de la respuesta judicial.

³¹² COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACION. Informe Final, Tomo II, Segunda Parte: Los factores que hicieron posible la violencia, Capítulo 2: El impacto diferenciado de la violencia, p. 46.

³¹³ COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACION. Informe Final, Tomo II, Segunda Parte: Los factores que hicieron posible la violencia, Capítulo 2: El impacto diferenciado de la violencia, p. 81.

Por otro lado, la Corte identifica un *presupuesto jurídico* relativo al carácter de sujetos de protección constitucional reforzada que tienen las mujeres desplazadas por mandato de la Constitución y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Este carácter justifica, dice la Corte, que respecto de las mujeres desplazadas se adopten medidas diferenciales que atiendan a sus condiciones de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión, a fin de materializar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Como se ve, un aporte importante del Auto 92 es el de dar herramientas y fundamentos constitucionales para el trato diferenciado en políticas públicas y medidas de análisis del conflicto armado y, por tanto, para las políticas de acción afirmativa en este sentido, en el marco de los deberes constitucionales inmediatos del Estado frente a la situación de las mujeres desplazadas por la violencia. Por otro lado, es importante hacer el vínculo entre esta afirmación de la Corte con documentos internacionales como la Recomendación 25 de la CEDAW, la cual señala que los Estados deben adoptar las medidas especiales de carácter temporal que consideren más adecuadas para acelerar el logro de la igualdad sustantiva o de facto de la mujer, analizando el contexto de la situación de la mujer en todos los ámbitos de su vida, así como en el ámbito específico al que vayan dirigidas esas medidas, en este caso, el desplazamiento forzado³¹⁴. Este es un ejemplo de cómo una sentencia interna refuerza un alcance internacional para la protección de los derechos de las mujeres y que no es privativo del caso colombiano, sino que se puede extender al análisis del caso del conflicto armado peruano.

Finalmente, al haber asumido estos presupuestos fáctico y jurídico, la Corte da línea para que medidas, políticas, estrategias y demás aspectos relativos al desplazamiento forzado deban tomar en consideración la situación particular de las mujeres desplazadas.

Así por ejemplo, cuando en el 2011 el Estado promulgó la Ley 1448, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, esta norma señaló expresamente que el Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de derechos humanos y víctimas de desplazamiento forza-

³¹⁴ CEDAW, 2004. Recomendación 25, Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

do³¹⁵. Es decir, los aportes de la Corte en el 2008 fueron reconocidos y recogidos en la Ley de Víctimas y su implementación.

Sería interesante utilizar estos mismos aportes para el caso del Perú, aportes que no necesariamente deben limitarse al caso del desplazamiento, ya que, como se ha establecido en los estándares internacionales, el análisis diferenciado por género de las violaciones de derechos humanos se sustenta en el respeto al principio de no discriminación³¹⁶ y, por tanto, debe guiar el desarrollo de normas y políticas públicas relacionadas con los derechos humanos de las mujeres. Adicionalmente, el caso de las mujeres víctimas de violencia sexual en el conflicto armado peruano justifica el desarrollo de medidas específicas de protección y atención, como sucede en el caso colombiano.

c) Los ámbitos de análisis de la Corte

Para su análisis, la Corte distingue dos ámbitos. Por un lado, un ámbito de **prevención** del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres y, por otro, el ámbito de **atención** a las mujeres que son víctimas del desplazamiento forzado y la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.

Al analizar el ámbito de **prevención** del conflicto armado, la Corte identifica diez riesgos de género en el marco del conflicto armado colombiano. En este sentido, la corte define el riesgo de género como un factor de vulnerabilidad específico al que están expuestas las mujeres por causa de su condición femenina en el marco de la confrontación armada interna colombiana, que no son compartidos por los hombres, y que explican en su conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres. Entre dichos riesgos, la Corte identifica:

- 1) Violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual
- 2) Explotación o esclavización
- 3) Reclutamiento forzado de hijos e hijas
- 4) Por sus vínculos con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales o con miembros de la Fuerza Pública

³¹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2011. Ley 1448. *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*, 10 de junio, Artículo 13.

³¹⁶ MANTILLA, Julissa. "La importancia de la aplicación del enfoque de género al Derecho: Asumiendo nuevos retos", en *Revista Themis* 63, Lima, 2013.

- 5) Por su pertenencia a organizaciones sociales o por su liderazgo y promoción de los derechos humanos
- 6) Por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas
- 7) Desprotección por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus familias y redes
- 8) Riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio
- 9) Riesgos derivados de discriminación y vulnerabilidad de mujeres indígenas y afrodescendientes
- 10) Riesgo de desprotección por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento

Como se ve, la Corte trató de abarcar un número amplio de aspectos que constituyen un riesgo de género para las mujeres desplazadas, identificando tanto violaciones de derechos humanos como la violencia sexual, como también los riesgos derivados de las actividades sociales, relaciones de parentesco o afinidad, o aquellos que afectaran directamente a sus hijos e hijas. En esta línea, la Corte reconoció los roles tradicionales que las mujeres asumen —como la crianza de los niños y niñas, el cuidado de la familia—, pero también tuvo presente que los actores armados desarrollan estrategias de control con impacto de género.

Al respecto, es importante tomar en cuenta el trabajo del Grupo de Memoria Histórica de Colombia, el cual ha señalado que, para el caso de Montes de María, los paramilitares construyeron un orden social específico a través de una constante injerencia en la vida cotidiana de las comunidades en la que sus representaciones sobre la feminidad y la masculinidad cumplieron un papel central. En este sentido, los paramilitares del Bloque Héroes de Montes de María de las Autodefensas Unidas de Colombia lograron consolidarse y establecer un dominio en la zona, transformando el significado de lugares; usando un lenguaje sexista y racista para construir jerarquías sociales; reorientando o desmontando prácticas del día a día, conmemoraciones y rituales e imponiendo castigos físicos diferenciados por sexo que incluían estigmatización pública, esclavitud laboral, trabajos forzados domésticos y violencia sexual. Como era de esperarse, este control de la vida cotidiana tuvo un impacto diferenciado y terrible sobre las mujeres³¹⁷.

³¹⁷ Al respecto, se recomienda revisar: GRUPO DE MEMORIA HISTORICA, 2011, *Informe Mujeres y Guerra. Víctimas y resistentes en el Caribe colombiano*, Bogotá.

También es muy importante que la Corte haga referencia al riesgo que las mujeres asumen de ser despojadas de sus tierras, considerando las dimensiones de este problema en Colombia. En esta línea, en el 2011, la Ley de Víctimas estableció expresamente que las mujeres, víctimas de despojo o abandono forzado, gozarán de especial protección del Estado en los trámites administrativos y judiciales relativos al proceso de restitución de tierras. Para ello, se dispuso el establecimiento de ventanillas de atención preferencial, personal capacitado en temas de género, medidas para favorecer el acceso de las organizaciones o redes de mujeres a procesos de reparación, áreas de atención a los niños, niñas y adolescentes y discapacitados que conformen su grupo familiar, así como la prelación en el trámite de las solicitudes de estas mujeres, entre otras medidas³¹⁸. Estos avances normativos se enmarcan en el ámbito de protección de este Auto de la Corte.

Por otro lado, es primordial que la Corte resalte los riesgos derivados de discriminación y vulnerabilidad de mujeres indígenas y afrodescendientes, entendiendo que enfrentan mayores condiciones de discriminación, especialmente en cuanto a la violencia relacionada con el conflicto. Precisamente por esta situación de discriminación, dichas afectaciones tienden a ser invisibilizadas o poco reconocidas³¹⁹.

Sin duda, todos estos aportes pueden ser utilizados para el caso del Perú. Por ejemplo, la identificación de riesgos de género también se verifica en el caso peruano. La CVR dedicó un apartado específico de su Informe Final para el análisis del conflicto desde un enfoque de género.

Al analizar el ámbito de **atención** del desplazamiento forzado, la Corte Constitucional *identificó 18 facetas* de género, concepto que debe entenderse como aquellos aspectos del desplazamiento que impactan de manera diferencial, específica y agudizada a las mujeres, por causa de su condición femenina en el marco del conflicto armado colombiano.

Estas dieciocho facetas de género del desplazamiento incluyen tanto:

(1) patrones de violencia y discriminación de género de índole estructural en la sociedad colombiana, preexistentes al desplazamiento pero

³¹⁸ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, 2011, Artículos 114 a 118.

³¹⁹ ONU MUJERES, 2012, *Verdad, justicia y reparación para las víctimas del conflicto en Colombia. Una aproximación a los alcances y retos desde la perspectiva de los derechos de las mujeres*, Colombia, p. 98

que se ven potenciados y degenerados por el mismo, impactando en forma más aguda a las mujeres desplazadas, como (2) problemas específicos de las mujeres desplazadas, producto de la conjunción de los factores de vulnerabilidad que soportan, y que no afectan ni a las mujeres no desplazadas, ni a los hombres desplazados.

En la categoría (1) se cuentan los riesgos acentuados de las mujeres desplazadas de ser víctimas de patrones estructurales de violencia y discriminación de género tales como:

- (i) la violencia y el abuso sexuales, incluida la prostitución forzada, la esclavitud sexual o la trata de personas con fines de explotación sexual;
- (ii) la violencia intrafamiliar y la violencia comunitaria por motivos de género;
- (iii) el desconocimiento y vulneración de su derecho a la salud y especialmente de sus derechos sexuales y reproductivos a todo nivel, con particular gravedad en el caso de las niñas y adolescentes, pero también de las mujeres gestantes y lactantes;
- (iv) la asunción del rol de jefatura de hogar femenina sin las condiciones de subsistencia material mínimas requeridas por el principio de dignidad humana, con especiales complicaciones en casos de mujeres con niños pequeños, mujeres con problemas de salud, mujeres con discapacidad o adultas mayores;
- (v) obstáculos agravados en el acceso al sistema educativo;
- (vi) obstáculos agravados en la inserción al sistema económico y en el acceso a oportunidades laborales y productivas;
- (vii) la explotación doméstica y laboral, incluida la trata de personas con fines de explotación económica;
- (viii) obstáculos agravados en el acceso a la propiedad de la tierra y en la protección de su patrimonio hacia el futuro, especialmente en los planes de retorno y reubicación;
- (ix) los cuadros de discriminación social aguda de las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas;

- (x) la violencia contra las mujeres líderes o que adquieren visibilidad pública por sus labores de promoción social, cívica o de los derechos humanos;
- (xi) la discriminación en su inserción a espacios públicos y políticos, con impacto especial sobre su derecho a la participación;
- (xii) el desconocimiento frontal de sus derechos como víctimas del conflicto armado a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición.

La categoría (2), por otra parte, incluye:

- (xiii) los especiales requerimientos de atención y acompañamiento psicosocial de las mujeres desplazadas, que se han visto gravemente insatisfechos;
- (xiv) problemas específicos de las mujeres ante el sistema oficial de registro de la población desplazada, así como ante el proceso de caracterización;
- (xv) problemas de accesibilidad de las mujeres al sistema de atención a la población desplazada;
- (xvi) una alta frecuencia de funcionarios no capacitados para atender a las mujeres desplazadas, o abiertamente hostiles e insensibles a su situación;
- (xvii) el enfoque a menudo “familiarista” del sistema de atención a la población desplazada, que descuida la atención de un altísimo número de mujeres desplazadas que no son cabezas de familia; y
- (xviii) la reticencia estructural del sistema de atención a otorgar la prórroga de la Atención Humanitaria de Emergencia a las mujeres que llenan las condiciones para recibirla.

Como se ve, la Corte hace nuevamente un análisis detallado de género al contemplar la situación de continuidad de la discriminación que padecen las mujeres colombianas y los aspectos específicos que afrontan como mujeres desplazadas. En este punto, es importante que la Corte reconozca que la situación de violencia y discriminación de género estructural preexiste al desplazamiento, sobre todo para el tema de la

reparación transformadora para las víctimas. Efectivamente, el enfoque transformador permite que la reparación “se oriente a modificar las condiciones de desigualdad, discriminación y exclusión que dieron origen a la violencia de género”³²⁰, es decir, que no se deje de lado un enfoque restitutivo que busque volver las cosas al estado anterior, sino que se oriente a transformar las condiciones previas de discriminación que, precisamente, facilitaron la violencia y la impunidad. Resulta fundamental que, para el caso del Perú, el Programa Integral de Reparaciones recoja este enfoque que, como ya se ha dicho, contribuye a resolver el problema que subyace a la violencia, es decir, los patrones de discriminación contra las mujeres.

Por otro lado, al incluir la violencia y el abuso sexuales así como la violencia intrafamiliar y la violencia comunitaria por motivos de género en este contexto, la Corte está haciendo un reconocimiento expreso al llamado continuum de la violencia de género, la cual preexiste al conflicto, continúa durante el mismo y se presenta en el posconflicto, situación que no es exclusiva del conflicto colombiano, sino que también se verificó en el caso del Perú.

Este reconocimiento puede ser muy importante en otros ámbitos como, por ejemplo, los procesos penales por violencia sexual donde uno de los elementos fundamentales es la prueba de la falta de consentimiento de la víctima. Una argumentación posible tiene que ver con la prueba de la coerción en que viven las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado como elemento que anula el consentimiento. Asimismo, estos aportes serán de utilidad para la judicialización de los casos de violencia sexual en el conflicto armado peruano.

El tema del continuum de la violencia de género deberá ser un elemento a considerar para el desarrollo de la posible etapa de posconflicto en Colombia, si es que —como se espera— las negociaciones de paz llegan a buen término, sobre todo para el tema del desarme, desmovilización y reintegración.

También resulta fundamental que la Corte haya hecho referencia al tema de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, considerando que generalmente no se los toma en cuenta en el análisis de las situaciones de conflicto armado, lo cual refuerza la necesidad de un alcance amplio en la protección de los derechos humanos de las personas y la atención que requieren las mujeres.

³²⁰ GUZMÁN, Diana. *¿Cómo reparar a las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano? Propuestas con perspectiva de género*, p. 38, Bogotá, 2012.

Asimismo, lleva a considerar la situación de la maternidad que se produce luego de una violación sexual y la necesidad de que el Estado dé pronta y efectiva respuesta a estas situaciones, incluyendo medidas de reparación para los niños y niñas nacidos a consecuencia de estos hechos.

Lo mismo puede decirse sobre las referencias a la baja inserción de las mujeres en el ámbito educativo, el sistema económico y los espacios políticos y públicos que son mencionados por la Corte y que son ámbitos donde la desigualdad de las mujeres se hace evidente.

Con estas referencias a la discriminación estructural por género, la Corte da el siguiente paso luego al ocuparse de las situaciones particulares de las mujeres desplazadas, las cuales deben ser analizadas teniendo en cuenta que, si bien se producen en el conflicto armado, llevan una carga adicional por la discriminación previa en que han vivido las mujeres. De esta manera, las medidas de atención y respuesta deberán considerar esa situación y no diseñarse como si a partir del conflicto empezara la realidad de discriminación de las mujeres.

d) El énfasis en la violencia sexual

Uno de los aspectos más importantes del Auto 92 es el análisis que la Corte hace de la violencia sexual, ya que constata la *gravedad y generalización* de la violencia sexual en el conflicto armado –ya sea derivada de las acciones de los actores armados como impacto del desplazamiento forzado–, la cual define como una “práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano”.

Como se ve, al establecer este elemento de gravedad y generalidad, la Corte está contribuyendo a, por una parte, visibilizar el tema a nivel general y, además, a la construcción del patrón de hechos de violencia sexual que es clave en la investigación judicial de los mismos.

Efectivamente, en el 2012 se creó en Colombia la Unidad Nacional de Análisis de Contexto (UNAC) en la Fiscalía General de la Nación, como una entidad enfocada a enfrentar los fenómenos de delincuencia organizada mediante el uso de herramientas de análisis criminal y creación de contextos con el objetivo de articular la información aislada que existían en las distintas unidades de la Fiscalía.

Entre los temas que la UNAC debe analizar se encuentran, entre otros, el desplazamiento forzoso, las violaciones de derechos humanos con posible participación de agentes estatales, el reclutamiento de menores, los falsos positivos, la violencia contra sindicalistas y la violencia

sexual en el marco del conflicto³²¹. En este sentido, la construcción del contexto para el caso de la violencia sexual que haga esta entidad deberá tomar en consideración las conclusiones de la Corte en este tema.

Al detallar el tema, la Corte señala que la violencia sexual se produce:

- (a) Como parte de operaciones violentas de mayor envergadura tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de poblados.
- (b) Individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados, como parte de estrategias bélicas, retaliación contra el bando enemigo, retaliación contra las mujeres acusadas de ser colaboradoras o informantes de alguno de los grupos armados enfrentados, avance en el control territorial y de recursos, coacción para diversos propósitos, obtención de información mediante el secuestro y sometimiento sexual de las víctimas, simple ferocidad.
- (c) Contra mujeres señaladas de tener vínculo familiar o afectivo con los actores armados legales e ilegales.
- (d) Contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley.
- (e) El sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados con el propósito de obtener estos su propio placer sexual.
- (f) Contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los grupos armados al margen de la ley.
- (g) Contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados.

³²¹ Disponible en <<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-384774-tribunal-de-yugoslavia-va-asesorarnos>>, revisado en diciembre de 2012.

- (h) Casos de prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles, perpetrados por miembros de los grupos armados al margen de la ley.
- (i) Amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados, o atrocidades semejantes.

Como se ve, la Corte abunda en los detalles de las circunstancias en las que se puede verificar la violencia sexual en el conflicto armado, incluyendo no solo la violación sexual –como suele hacerse–, sino también otras formas de violencia como la prostitución forzada, la esclavización sexual e, incluso, las amenazas de cometer estos hechos.

Asimismo, la Corte vincula la violencia sexual con otras violaciones de derechos humanos –como el reclutamiento forzado– y también comprende aquellos casos en que la violencia sexual se utiliza como represalia contra las mujeres. Adicionalmente, la Corte destaca que las mujeres son violentadas sexualmente no solo por su participación directa en el conflicto armado, sino además por sus vínculos familiares o afectivos con los actores armados, lo cual contribuye a ampliar el ámbito de reconocimiento para las víctimas y su acceso a la justicia y la reparación.

Por otro lado, es importante que la Corte no se refiera solo a los casos en que la violencia sexual se produce en contextos de represalia o “sanción” a las mujeres vinculadas con los grupos armados, sino que también incluya aquellos casos en que los miembros de los grupos armados tienen el propósito de obtener su propio placer sexual. De esta manera, la Corte deja de lado el requisito del vínculo estricto con las acciones del conflicto armado, permite que se investigue y sancione a aquellos actores armados que cometan estos hechos de manera cotidiana, por ejemplo.

Adicionalmente, la Corte avanza y reconoce que los grupos armados establecieron códigos sociales de conducta para las mujeres, cuyo quebrantamiento llevaba como consecuencia la violencia sexual, introduciendo una arista muy importante en cuanto a las dimensiones de género de las estrategias de control y el accionar de los grupos armados. También es primordial que la Corte destaque que no solo debe considerarse como violencia sexual los hechos cometidos, sino también las amenazas de realizarlos, ya que esto implica una mayor protección hacia las víctimas y mayores posibilidades en la investigación judicial.

Al momento de describir el contexto de violencia sexual en el conflicto armado, la Corte dio elementos conceptuales y herramientas para las organizaciones que litigan estos casos, las cuales pueden utilizar estos

fundamentos para su accionar, el desarrollo de los procesos y los pedidos de reparación correspondientes, como ya se ha señalado.

Estos aportes resultan de especial relevancia para el caso peruano, porque la violencia sexual fue considerada en el Informe Final de la CVR como una práctica generalizada perpetrada por agentes del Estado en determinados contextos, tales como las masacres y ejecuciones arbitrarias, los operativos militares o policiales en medios rurales andinos y amazónicos, así como en medios urbanos, contra personas consideradas sospechosas de tener vínculos con los grupos subversivos, de detenciones arbitrarias fuera del control formal o de hecho del Ministerio Público, y de la desaparición forzada de personas. En el caso específico de la violación sexual, la CVR consideró que se trató de una práctica reiterada y persistente que se produjo en el contexto de la violencia sexual³²². Por lo que, tanto la descripción de contexto que el Auto brinda como las herramientas y conceptos que presenta son elementos muy importantes que deben servir de referencia tanto para las organizaciones que litigan estos casos en el Perú como para las y los magistrados que tienen a cargo procesos de este tipo.

e) Las órdenes de la Corte

Por un lado, la Corte le ordena al Estado colombiano la implementación de trece programas para dar respuesta a la situación de las mujeres colombianas desplazadas. Estos programas eran:

- a. Programa de Prevención del Impacto de Género Desproporcionado del Desplazamiento, mediante la Prevención de los Riesgos Extraordinarios de Género en el marco del Conflicto Armado.
- b. Programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas.
- c. Programa de Prevención de la Violencia Intrafamiliar y Comunitaria contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas.
- d. Programa de Promoción de la Salud de las Mujeres Desplazadas.

³²² COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACION. Informe Final, Tomo VI, Sección cuarta: los crímenes y violaciones de los derechos humanos, Capítulo 1: Patrones en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos II, Segunda Parte: Violencia sexual contra la mujer, p. 374.

- e. Programa de Apoyo a las Mujeres Desplazadas que son Jefes de Hogar, de Facilitación del Acceso a Oportunidades Laborales y Productivas y de Prevención de la Explotación Doméstica y Laboral de la Mujer Desplazada.
- f. Programa de Apoyo Educativo para las Mujeres Desplazadas Mayores de 15 Años.
- g. Programa de Facilitación del Acceso a la Propiedad de la Tierra por las Mujeres Desplazadas.
- h. Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Indígenas Desplazadas.
- i. Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Afrodescendientes Desplazadas.
- j. Programa de Promoción de la Participación de la Mujer Desplazada y de Prevención de la Violencia contra las Mujeres Desplazadas Líderes o que adquieren Visibilidad Pública por sus Labores de Promoción Social, Cívica o de los Derechos Humanos.
- k. Programa de Garantía de los Derechos de las Mujeres Desplazadas como Víctimas del Conflicto Armado a la Justicia, la Verdad, la Reparación y la No Repetición.
- l. Programa de Acompañamiento Psicosocial para Mujeres Desplazadas.
- m. Programa de Eliminación de las Barreras de Acceso al Sistema de Protección por las Mujeres Desplazadas.

Por otro lado, la Corte le ordena a la Fiscalía General de la Nación que adopte las medidas correspondientes para la investigación de 183 casos de violencia sexual, los cuales le remite en un anexo reservado, a fin de asegurar que las investigaciones existentes avancen aceleradamente, y que se inicien los procedimientos investigativos pendientes. Asimismo, se ordena la adopción de órdenes individuales de protección concreta para seiscientas mujeres desplazadas en el país.

La Corte establece dos presunciones constitucionales que amparan a las mujeres desplazadas: a) la presunción constitucional de vulnerabilidad acentuada de las mujeres desplazadas, para facilitar su acceso a los programas estatales de protección y b) la presunción de prórroga automática de la ayuda humanitaria de emergencia a favor de las mujeres desplazadas, hasta que se compruebe la autosuficiencia integral y en condiciones de dignidad de cada mujer en particular.

El seguimiento del Auto 92: el anexo reservado

Luego de la emisión del Auto, se constituyeron dos Mesas de Seguimiento para la sentencia conformada por organizaciones de la sociedad civil, con énfasis sea en los casos del anexo reservado o en los 13 programas que la Corte ordenó diseñar e implementar. Para efectos de este texto, se hace referencia a la Mesa de Seguimiento al Anexo reservado³²³, la cual desde la emisión del Auto hasta la fecha ha presentado cinco informes, que han sido remitidos a la Corte Constitucional, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación.

En el último informe, la Mesa del Auto 92³²⁴ concluye que la situación de impunidad para los casos de violencia sexual persiste casi en su totalidad, considerando que la respuesta estatal en su mayoría ha sido de carácter normativo y sin que tenga un efecto directo en el goce efectivo de los derechos de las mujeres víctimas de estos delitos.

Fundamentalmente, el Informe considera que no se ha cumplido con la orden de la Corte Constitucional referida al diseño e implementación inmediata de una política pública diseñada para la prevención de estos crímenes, la protección de las víctimas y la sanción a los perpetradores.

Para llegar a esta conclusión, el Informe da cuenta de los obstáculos institucionales que dificultan las respuestas articuladas y estratégicas e inciden negativamente en la garantía de justicia de las mujeres víctimas. Entre estos obstáculos, la Mesa destaca la respuesta normativa parcial y no articulada, la ausencia de un registro adecuado y confiable, la existencia de problemas de coordinación entre las entidades competentes, la inexistencia de políticas claras frente a la interseccionalidad de enfoques, entre otros.

El Informe estudia también los obstáculos en la garantía de acceso a la justicia, entre los que se encuentran la ausencia de garantías para la denuncia y de respeto por las víctimas, la persistencia de la impunidad, la falta de claridad en la ruta de atención para la denuncia e investigación, la persistencia de una visión restringida de la violencia sexual en

³²³ Esta Mesa está integrada por la Alianza Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo; la Comisión Colombiana de Juristas; la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento; la Corporación Casa de la Mujer; la Corporación Sisma Mujer; la Liga de Mujeres Desplazadas; la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado; el Observatorio Género Democracia y Derechos Humanos; la Organización Nacional Indígena de Colombia y la Ruta Pacífica de las Mujeres.

el conflicto armado, la existencia de normas que ponen en riesgo la garantía de justicia, la persistencia de patrones discriminatorios y de revictimización, los problemas en los sistemas de capacitación, la ausencia de medidas que garanticen el acompañamiento jurídico, la ausencia de interseccionalidad de enfoques y la ausencia de medidas de reparación en el marco de los procesos penales.

Por otro lado, la Mesa presenta las barreras referidas a la protección y, aunque reconoce avances importantes, considera que las falencias en las garantías de denuncia y la ausencia de un sistema de protección siguen constituyendo uno de los principales obstáculos para la denuncia de la violencia sexual y para la participación de las mujeres dentro de los procesos penales.

Finalmente, el informe plantea los obstáculos en materia de atención en salud, tomando en cuenta que los avances en la protección de los derechos asociados a la salud de las mujeres son escasos y no han logrado impacto en la garantía de justicia, ya que no se han diseñado políticas para atender las necesidades de las víctimas del conflicto armado, sobre todo las relativas a la recuperación de los impactos psicosociales.

Si bien aún queda mucho por trabajar para la implementación real y efectiva del Auto 92, es evidente que su emisión fue un avance muy importante en la defensa y protección de los derechos humanos de las mujeres. Por otro lado, los informes de seguimiento del mismo también constituyen insumos para análisis similares para el Perú, donde también se pueden identificar los mismos obstáculos y barreras para el acceso real a la justicia, lo cual permite hacer uso de sus recomendaciones y conclusiones como puntos de partida.

3. Conclusiones

Como se ha visto, el Auto 92 constituye un hito en la defensa de los derechos de las mujeres desplazadas en Colombia, pero, además, es un elemento importante para la incorporación del análisis de género en una sentencia judicial y tiene un impacto fundamental en el reconocimiento de los derechos de las mujeres. A partir de este documento, ya no se deberían discutir las dimensiones generalizadas de la violencia sexual ni la necesidad de la perspectiva de género en el análisis del conflicto armado y de las medidas de respuesta hacia las víctimas para el caso de Colombia. Asimismo, los aportes y el análisis que desarrolla son lineamientos muy importantes para el caso del Perú, en el cual se han identificado patrones generalizados de violencia sexual en el conflicto armado peruano.

Adicionalmente, es innegable que ha habido un impacto en las respuestas institucionales –tanto a nivel normativo como institucional– en seguimiento al Auto 92, lo cual debe redundar en mejores niveles de protección para las víctimas, aun cuando quedan temas pendientes.

Desde otro ángulo, la sociedad civil se ha organizado para la vigilancia y el cumplimiento de las disposiciones del Auto 92; así, la Mesa del Auto 92 para los casos del anexo reservado se ha constituido en un interlocutor válido e importante para la discusión, el análisis y las propuestas en materia de violencia sexual. No solo elabora los informes de seguimiento, sino que también se reúne con entidades como la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación. Es primordial reconocer que las organizaciones de mujeres tenían un trabajo fundamental previamente a la emisión del Auto 92, y es precisamente esa labor de incidencia la que logró dicha sentencia. Sin embargo, la Mesa del Auto 92 es una nueva dimensión de ese trabajo anterior y constituye también una oportunidad de trabajo coordinado entre organizaciones de mujeres y de derechos humanos para la visibilización de la violencia sexual, lo cual puede dar línea para otras experiencias en la región, específicamente para el caso del Perú. Por tanto, sería necesario explorar la utilidad de crear mesas de seguimiento a las diversas sentencias relativas a los derechos de las mujeres, de forma que la labor se verifique de manera coordinada y estructurada. Es innegable que la presencia de un consolidado de organizaciones en la vigilancia del cumplimiento de las órdenes judiciales marca una diferencia y esa estrategia podría ser de suma utilidad para el caso peruano.

El solo hecho de que la Corte haya reconocido las dimensiones de género del desplazamiento forzado y los riesgos y facetas de género que se producen en el conflicto armado, resulta un argumento esencial para la participación activa de las mujeres en las negociaciones de paz que actualmente desarrollan los representantes del gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC. Si bien se incorporaron a dos mujeres entre los representantes del gobierno, esta incorporación se dio varios meses después de que empezaran las negociaciones. Por otro lado, tampoco se trata solo del número de mujeres que participan, sino si los temas que se discuten están siendo analizados desde la perspectiva de género, más aún si se consideran los niveles altos de impunidad que las mujeres vienen sufriendo, por ejemplo, en los casos de violencia sexual.

Finalmente, no puede desconocerse que los problemas de impunidad permanecen y que el trabajo por el reconocimiento de los derechos de las mujeres víctimas no puede cesar. Sin embargo, es importante entender el proceso y las valiosas implicancias que tiene la jurisprudencia nacional cuando en su desarrollo incluyen el análisis de género y una perspectiva desde los derechos de las mujeres. Como se ha dicho, la situación de violencia y discriminación contra las mujeres es generalizada en América Latina y es fundamental conocer las herramientas juris-

prudenciales que van marcando hitos trascendentales en la materia. Si bien los contextos no son idénticos, es innegable que existen similitudes entre el caso de Colombia y del Perú; por ejemplo, en cuanto a los problemas de judicialización y, en ese sentido, el uso de la jurisprudencia comparada resulta de vital relevancia.

Impresión:

Urbana Edición y Diseño SAC
Av. César Canevaro 846, Dpto. 201, Lince
Telf. 4719481 - Cel. 944 247 352
urbana.gerente@gmail.com
Lima, Perú