

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

Roxana Arroyo Vargas*

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

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El principio de igualdad y su profunda vinculación con la justicia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ *Ibidem*, págs. 63-64.

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

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

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

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

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

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

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

²² En su 20o. período de sesiones (1999), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer decidió, en virtud del artículo 21 de la Convención, elaborar una recomendación general sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención CEDAW. Esta nueva recomendación general complementaría, entre otras cosas, recomendaciones generales previas, incluidas la Recomendación General No. 5 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre medidas especiales de carácter temporal, la No. 8 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención y la No. 23 (16o. período de sesiones, 1997) sobre la mujer y la vida pública, así como informes de los Estados parte en la Convención y las observaciones finales formuladas por el Comité en relación con esos informes.

²³ Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en: *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Serie Casandra. Editorial LOM/La Morada, Chile, 1999, págs. 75-99.

²⁴ Rivera Garretas, María Milagro, *Nombrar el mundo en femenino. Pensamiento de las mujeres y teoría feminista*. Editorial ICARIA, Barcelona, España, 1994, págs. 179-228.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 67-82. Azkarate-Askasua Albeniz, Ana Carmen, *Mujer y discriminación. Del tribunal de justicia de las comunidades al Tribunal Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.

³⁵ Véase en general, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Breks contra Holanda*, Com. No. 172/1984, párr. 13; *Zwaan de Vries contra Holanda*, Com. No. 182/1984, párr. 13.

³⁶ Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics*, sentencia de 23 de julio de 1968, Serie A No. 6; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Aumeeruddy-Cziffra y otros contra Mauritius*, Com. No. 35/1978, párrafo 9.2 (b) 2 (I) 8, que advierte en general, que una distinción negativa en el trato requiere una justificación suficiente.

Los derechos de las víctimas

a. Derechos de las víctimas

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

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

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

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

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

y al trato justo³⁹, para evitar las revictimizaciones secundarias⁴⁰ y el reconocimiento de las victimizaciones primarias y tercerías⁴¹, que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁹ Incisos c, d, e, f y g.

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

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

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

⁵⁰ Inciso g.

⁵¹ Incisos c, d, f y g.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A manera de epílogo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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