

# *Sistemas Judiciales*

Una perspectiva integral sobre la administración de justicia

## Género, diversidad sexual y justicia

**Agustina Iglesias Skulj** La trata de personas en el contexto latinoamericano • **Fátima Gamboa y Alejandra Padilla** Transparentar sentencias judiciales en México • **Astghik Hairapetian** Propiedad y Género • **Cristina García Lucero** Centro para varones que ejercen violencia • **Emiliano Litardo** La identidad de género en América • **Francesca Mata** El Salvador: entre la penalización del aborto y la criminalización del sexo y la pobreza • **Mariela Labozzetta** ¿Tenemos política criminal en materia de violencia de género? • **Rebeca Calzada Olvera, Tania Martínez Hernández y Karina Leyva** Una reforma a la política de drogas a partir de la inclusión • **Reflexiones** • **Debates** Género y justicia • **Reseñas**

# **Sistemas Judiciales**

## **Dirección**

*Leonel González*

*Gonzalo Rúa*

## **Directora del número 22**

*Ileana Arduino*

## **Comité Editorial**

*Jaime Arellano Quintana*

*Alberto Binder*

*Christina Biebesheimer*

*Rafael Blanco*

*Carlos Cordovez*

*Alfredo Fuentes*

*Linn Hammergren*

*Hernando París*

*Carlos Peña*

*Rogelio Pérez Perdomo*

*Silvina Ramírez*

*Juan Enrique Vargas*

➤ EDITORIAL. Género, diversidad sexual y justicia .....	4
➤ <b>TEMA CENTRAL Experiencias regionales</b>	
▶ <b>Agustina Iglesias Skulj</b> La trata de personas en el contexto latinoamericano .....	8
▶ <b>Fátima Gamboa y Alejandra Padilla</b> Transparentar sentencias judiciales en México .....	23
▶ <b>Astghik Hairapetian</b> Propiedad y Género.....	31
▶ <b>Cristina García Lucero</b> Centro para varones que ejercen violencia .....	37
▶ <b>Emiliano Litardo</b> La identidad de género en América.....	45
▶ <b>Franchesca Mata</b> El Salvador: entre la penalización del aborto y la criminalización del sexo y la pobreza .....	67
▶ <b>Mariela Labozzetta</b> ¿Tenemos política criminal en materia de violencia de género? .....	76
▶ <b>Rebeca Calzada Olvera, Tania Martínez Hernández y Karina Leyva</b> Una reforma a la política de drogas a partir de la inclusión .....	87
➤ <b>REFLEXIONES</b>	
▶ <b>Andrés Ignacio Rivera Duarte</b> Proyecto de Ley del Derecho a la Identidad de Género .....	98
▶ <b>Alice Bianchini</b> Reflexões acerca da Lei Maria da Penha: bem jurídico, punitivismo e suas implicações.....	102
▶ <b>Julieta Di Corleto y María Lina Carrera</b> Mujeres infractoras víctimas de violencia de género.....	112
▶ <b>Javier Teodoro Álvarez</b> Las disidencias sexuales y el acceso a la justicia .....	125
➤ <b>DEBATE. Género y justicia</b> .....	136
➤ <b>RESEÑAS</b>	
▶ El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva .....	148
▶ Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina.....	149
▶ Proyecto: “Mujeres en el proceso civil” .....	151
▶ Política de Igualdad de Género de CEJA.....	152

[ Las opiniones vertidas en la revista son de responsabilidad de sus autoras/es y no de las instituciones que la editan. ]

## Coordinación

Laura Cora Bogani  
Constanza Gigena

## Equipo Editorial

Inés Binder  
Francisco Godínez Galay  
Paula Mesa  
Laura Pérez Portela

## Diseño Gráfico

Patricia Peralta

## CEJA

Rodó 1950, Providencia  
Santiago de Chile, Chile  
Tel: +56 2 2889 3000

✉ [info@cejamericas.org](mailto:info@cejamericas.org)  
🌐 [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)  
🐦 @CEJAoficial  
📘 CEJAoficial  
📺 @cejaoficialok

## Redes Sistemas Judiciales

📘 sistemasjudiciales  
🌐 [www.sistemasjudiciales.org](http://www.sistemasjudiciales.org)

## INECIP

Talcahuano 256, 1º piso (C1013AAF)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires,  
Argentina

Tel: +54 11 4372 0570  
✉ [inecip@inecip.org](mailto:inecip@inecip.org)  
🌐 [www.inecip.org](http://www.inecip.org)  
🐦 @inecip  
📘 inecipargentina  
📺 inecip\_argentina

**H**a sido un desafío proponer un número enteramente dedicado a cuestiones de género y diversidad sexual en una publicación cuyo eje temático habitual es la reflexión en torno a los sistemas judiciales de la región.

Gran parte de las demandas sociales en nuestros países provienen hoy, indiscutiblemente, de los feminismos y movimientos reivindicativos de la diversidad sexual.

En muchos casos, se trata de luchas. Luchas para construir instancias de reconocimiento de derechos, para exigir justicia frente a abusos de poder que se gestan al amparo de las asimetrías cisheteropatriarcales, como también, para impulsar mecanismos de reparación por los daños sufridos tras violencias consentidas por siglos. En todos nuestros países se han avalado opresiones mortificantes en razón de los géneros y/o identidades sexuales, en base a legislaciones y otras prácticas institucionales cuya transformación lleva ya una larga historia. De algunas de ellas nos ocuparemos junto con los desafíos aún pendientes.

Es tan estructural el nivel histórico de desatención a la relación entre género y justicia que resulta complicado condensar, en un único número, la diversidad de niveles en que se viene abriendo la discusión. Sólo considerando la gravedad y escala de las violencias extremas que se reproducen a través de crímenes particularmente cruentos, como el femicidio, travesticidio y otros crímenes de odio homofóbico, lesbofóbico y/o transfóbico por mencionar las formas más acuciantes de violencias misóginas, podríamos agotar una

intervención dedicada a la relación género, diversidad sexual y justicia. Sin embargo, aún a sabiendas de la imposibilidad de cubrir todo el espectro de temas, optamos por un abordaje más heterogéneo.

Propusimos, en primer lugar, textos que permitieran revisar críticamente aquellas políticas que guardan relación con los temas que habitualmente se consideran relevantes en una agenda de género para la Justicia.

Por un lado, hay un artículo que analiza críticamente la política de lucha contra el delito de trata, en particular en México, Brasil y Argentina. El texto considera impactos en razón de género, que aporta elementos poco comunes en el debate tales como marcos teóricos específicos, a diferencia de lo que ocurre muchas veces cuando debatimos anclados en la difusión de cifras en abstracto, sin conexión con los impactos en las vidas de las personas involucradas.

También, dada la gravitación transversal a nivel regional que tiene la cuestión de la tutela judicial efectiva en casos de violencia de género, se ha incluido un artículo que plantea la pregunta acerca de la relación entre política criminal y violencia de género. Un abordaje específico que propone reflexionar al tiempo que despliega las ventajas y desventajas de una experiencia concreta de organización en el Ministerio Público Fiscal y de las prácticas investigativas.

Esa contribución puede leerse en conjunto con el trabajo más específico que reflexiona sobre el desarrollo institucional y legal que

tuvo lugar en Brasil con posterioridad a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolviera el caso “*Maria Da Penha*”, en torno a la atención de casos de violencia de género. Hay una preocupación específica en el texto por las implicancias punitivistas de dicha política.

Aunque poco frecuentemente abordado en los debates públicos, muchas veces jaqueados por demagogias punitivas cuyos resultados se dejan ver en nuestros países, constituye un desafío enorme el trabajo con varones agresores. La vacancia regional de reflexión y de políticas públicas es abrumadora pero aún así incluimos un artículo sobre una experiencia de trabajo con varones agresores en casos de violencia de género en la provincia de Córdoba, Argentina.

En otro orden, consideramos indispensable articular análisis y política institucional de género en el abordaje de las defensas de mujeres infractoras en los procesos penales. El tema es prioritario pues, a nivel regional, el encarcelamiento de mujeres aumenta cuantitativamente de manera exponencial.

Consecuencia de las políticas punitivas en materia de narcotráfico, hay que resaltar el hecho de que las mujeres privadas de la libertad que cometen delitos de ese tipo u otros, no cuentan con defensas técnicas que incorporen la dimensión de género en su actividad.

El año 2018 ha de ser recordado seguramente, entre otras cosas, por una nueva edición parlamentaria de debates por el aborto. Argentina tuvo una discusión de inédita profundidad pues, por primera vez, se llegó a obtener media

sanción del derecho al aborto. Actualmente en México y Chile, el debate se ha instalado también saltando las vallas del activismo y callando en los espacios institucionales, aunque con alcances diversos. Actualmente, hay países donde las mujeres cumplen largas condenas por llevar a cabo este tipo de prácticas. Por eso, escogimos incluir aquí un artículo que analiza en particular la acuciante situación de El Salvador, donde ninguna modalidad de interrupción del embarazo está amparada por la ley, ni siquiera los que resultan de violaciones o impliquen riesgos de vida para las personas gestantes.

Aunque en los discursos dominantes se instale una asociación casi automática entre violencias de género y habilitación de intervenciones predominantemente penales, las exigencias de transformación dirigidas a erradicar los niveles obscenos de desigualdad en materia de género exigen de políticas e intervenciones en todos los ámbitos.

Recabar experiencias novedosas en otros lugares ha sido también un objetivo de esta publicación. Allí dan cuenta los trabajos dedicados a propiedad y género en Nicaragua, incorporando además el análisis de una forma específica de administración de justicia comunal.

Es claro que las matrices de desigualdades y asimetría no se detienen en las puertas de los servicios de justicia, cuando no incluso las amplifican y agravan. Los sistemas de justicia, a la luz de las demandas sociales y de los señalamientos de impunidad estructural cuando se trata de violencias y/o desigualdades de género, tienen que asumir la relevancia de un

tema que ya no puede seguir confinado a los márgenes del debate, encapsulado en oficinas específicas sin incidencia en las decisiones o limitado a unos pocos procesos de trabajo.

Tampoco alcanza con la promoción de políticas *tokenistas* que se limitan a colocar una u otra persona no masculina en alguna posición bajo la lógica del “adorno” aunque, hay que decirlo, el monopolio masculino en sí mismo reclama intervenciones urgentes. Los órganos de conducción de los poderes judiciales, los órganos de administración, las direcciones y consejos de los organismos internacionales en manos siempre de varones hegemónicos sin la más mínima gestualidad de representación diversa, resulta insostenible.

Al mismo tiempo en muchos países se vienen desarrollando políticas para transversalizar políticas de género como parte de los procesos de modernización institucional y en las intervenciones propiamente jurisdiccionales. En relación con estos ejes, incorporamos un artículo que difunde la experiencia de responsabilidad y gestión transparente del sistema judicial con perspectiva de género.

También en línea con la necesidad de generar instituciones capaces de proveer respuestas satisfactorias y diversas a las demandas de justicia, se incluye un trabajo sobre la experiencia de formación y articulación territorial con miras a la remoción de obstáculos y promoción de mejores condiciones de acceso a la Justicia para el colectivo de disidencias sexuales. Se trata de un trabajo llevado adelante por el Ministerio Público Fiscal de la Nación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Reducir las cuestiones de género a la situación de las mujeres ya no se complace ni con las reinterpretaciones de los textos convencionales que se han producido en décadas pasadas y cuyos órganos de interpretación han ido actualizando, ni con las exigencias de reconocimiento a esas luchas que se inscriben en la agenda de obligaciones y cuestiones pendientes para todos nuestros Estados. En efecto, entre las más recientes de las relatorías del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se cuenta la abocada específicamente a la situación de población LGBTTI.

Incluimos un texto de análisis y reflexión crítica del proceso legislativo regional en torno a las leyes de identidad de género, junto con un trabajo específico sobre el proceso colectivo que llevó al debate de dicha legislación en Chile, desde 2011 en adelante.

Además, incorporamos un trabajo específico de México referido a la necesidad de articular en las políticas de drogas que abandonen con la misma intensidad el paradigma prohibicionista y la perspectiva heteronormada en relación con personas usuarias de drogas. Para ello, se enfoca el análisis en experiencias ya disponibles de lesbianas y bisexuales para a partir de allí proponer una reformulación integral de la política de drogas inclusiva.

Finalmente, en la sección Debates ordenamos la discusión en dos ejes. Por un lado, una consulta dirigida a identificar políticas específicas en cada país y el tipo de impacto que según los operadores ha generado. Por otro lado, un

debate central respecto de la relación entre el uso de salidas alternativas en procesos donde se abordan casos de violencias de género. No obstante, los posicionamientos institucionales, los debates académicos, la dinámica misma de los sistemas de justicia, las capacidades de intervención, así como las características específicas de este tipo de conflictos, señalan que por fuera del improductivo binarismo de salidas alternativas si o no, se mantiene el desafío de pensar respuestas eficaces al fenómeno de las violencias.

Es una alegría presentar este número, impensable sin el entusiasmo de los autores, la experiencia del equipo de CEJA que sostuvo el proceso de trabajo y la generosidad de INECIP que propuso asumir la gestión de este número a quienes venimos trabajando en un área específica de reflexión y propuesta sobre estas cuestiones.

La diversidad de temas y la pluralidad de debates que la interpelación de los feminismos y las disidencias sexuales vienen promoviendo, apenas han sido alcanzados por este primer paso. Procuramos hacerlo con perspectiva regional y articulación de visiones provenientes de la academia, las instituciones judiciales y los activismos.

Ojalá sea un número que aporte a los debates en distintos rincones, genere controversias y entusiasme con las transformaciones. Sobre todo es tiempo de que esa relación entre género y justicia con la que hoy nos toca insistir, sea definitivamente asumida como una cuestión clave y se vuelva una cuestión cotidiana en los sistemas de justicia. ■

**Ileana Arduino**

Directora de Revista *Sistemas Judiciales* N°22

## Agustina Iglesias Skulj

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Doctora en Derecho Penal (Universidad de Salamanca).  
Investigadora postdoctoral (Universidad da Coruña). Contacto: fermelita@gmail.com

# La trata de personas en el contexto latinoamericano:

La protección de los derechos humanos de las mujeres bajo un paradigma securitario.  
Especial referencia a México, Brasil y Argentina

## Resumen

La trata de personas ha ocupado un lugar preponderante en la agenda de derechos humanos a nivel global desde finales de la década del noventa del siglo pasado. Sin embargo, no ha sido un concepto pacífico ni exento de disputas. Estas características han producido consecuencias muy relevantes al momento de diseñar las políticas de protección de los derechos humanos de las víctimas. Desde una perspectiva feminista crítica, se analizarán las relaciones complejas entre los objetivos punitivos y de protección de los derechos humanos dispuestos por el Protocolo de Palermo contra la Trata y sus efectos concretos en ámbitos locales. Para ello se examinarán las medidas adoptadas en México, Brasil y Argentina y sus limitaciones para proteger los derechos humanos de las mujeres (cis y trans).

## 1. Introducción

La trata de personas ha ocupado un lugar preponderante en la agenda de derechos humanos a nivel global desde finales de la década del noventa del siglo pasado. Su consolidación en el ámbito internacional describe un proceso en el cual la participación del feminismo de la gobernanza (Halley, 2006, p. 340)<sup>1</sup> fue crucial a la hora de problematizar la trata de personas

<sup>1</sup> Halley acuñó el término de gobernanza feminista para hacer referencia a los procesos a través de los cuales las reivindicaciones feministas han logrado instalarse en las instituciones nacionales e internacionales. El artículo se presenta a modo de diálogo entre varias autoras que analizan diferentes campos de intervención, en los cuales la trata sexual ocupa un lugar muy relevante. Ese feminismo despliega una estrategia fragmentada y dispersa en el ámbito del derecho incidiendo no solo en las formas de legislar, de litigar o de diseñar políticas públicas, sino también en las campañas para la toma de conciencia respecto de problemáticas que atañen a las mujeres. Halley señala que estas estrategias van de la mano del feminismo legal estadounidense que desde los años noventa del siglo XX ha teorizado recurrentemente sobre la ley penal y las formas de control social, insertándose sin mayores dificultades en el “giro punitivo” denunciado por la literatura criminológica estadounidense y latinoamericana desde los años ochenta. Esta característica será analizada con mayor detalle en el próximo epígrafe.



no sólo a nivel internacional, sino por la capacidad de influencia que tuvo en los contextos locales. Para situar esos procesos, este texto comienza describiendo las estrategias implementadas por este feminismo para lograr la incorporación de las mujeres al ámbito de los derechos humanos.

A lo largo de la Década de las Mujeres<sup>2</sup>, la violencia fue ocupando un lugar crecientemente relevante dentro de las estrategias para demandar la protección internacional de los derechos humanos. En la Conferencia de Viena de 1993, la violencia contra la mujer se afianzó como una categoría de análisis y de reivindicación –simultáneamente– para abordar las violaciones de derechos humanos de las mujeres, que hasta ese momento eran analizadas como una cuestión de discriminación<sup>3</sup>.

Las prácticas feministas del testimonio en primera persona para nombrar la experiencia de las mujeres se convirtieron en la metodología organizadora de la reivindicación de los derechos de las mujeres bajo el lema “los derechos de las mujeres son derechos humanos”. En las Conferencias de Viena y de Beijing (1995), los testimonios sobre las violaciones de los derechos humanos de las mujeres durante los conflictos de Ruanda y la ex Yugoslavia se

focalizaron en la violencia sexual. El incipiente feminismo de la gobernanza apeló a que las experiencias particulares que iban describiendo los relatos de las mujeres pudieran encontrar una traducción al lenguaje de los derechos humanos. Con esa finalidad, la violencia sexual resultó una categoría muy eficaz en diversos sentidos. En el ámbito de la ley, esa violencia específica y originaria le permitió a este feminismo invocar una opresión común a todas las mujeres del mundo; y en el contexto de los conflictos armados, resultó fructífera para describir una forma específica de tortura. Junto a la responsabilización de los Estados, este reclamo tenía por finalidad también desplazar las consideraciones respecto de la honestidad de la mujer, a partir de la incorporación de elementos normativos genderizados que pudieran plasmarse en derecho positivo internacional (Miller, 2004, p. 21).

Las normas específicas debían reproducir las definiciones de violencia que se habían ido moldeando por el movimiento feminista de la segunda ola bajo el mandato de politizar las experiencias. La notoriedad que adquirió la violencia sexual como una forma genderizada de tortura facilitó la visibilización del fenómeno como propio del ámbito de los derechos humanos, dada su capacidad para describir una situación cuya crueldad nadie podía ignorar<sup>4</sup>. En Viena, las discusiones dieron por resultado una Declaración y un Programa de

2 En 1975 en la Ciudad de México, se llevó a cabo la Primera Conferencia de las Naciones Unidas de la Mujer, donde se llamó la atención de la comunidad internacional sobre la necesidad de atender a las problemáticas específicas de las mujeres. Se lanzó asimismo la Década de las Mujeres y se estableció la realización de una Conferencia Intermedia para Evaluación en Copenhague (1980) y una Conferencia Final en Nairobi (1985). A lo largo de esta década se crearon nuevos organismos internacionales específicos tales como UNIFEM, INSTRAW (Instituto Internacional para la Investigación y la Formación para el Adelanto de la Mujer), la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979, en vigor desde 1981) y mecanismos nacionales para promover la condición de la mujer orientada a la paz y el desarrollo.

3 En 1994, la ONU adopta la Declaración Universal sobre la Eliminación de la Violencia sobre la Mujer, como protocolo adjunto de la CEDAW. En su texto puede advertirse una nueva forma de encarar las violaciones a los derechos humanos de las mujeres a través de la visibilidad y desnaturalización de conductas que eran avaladas por consideraciones socioculturales como parte del matrimonio y prácticas culturales.

4 En Estados Unidos, como parte del feminismo radical, se produjo la emergencia de una teoría que describe la opresión de género como la dominación masculina sobre la sexualidad femenina y sus formas de expresión en diversos ámbitos de la vida. Esta definición logró cristalizar las demandas de politización de la experiencia femenina, así en singular, de la segunda ola del feminismo blanco. Este definió la opresión como la “naturaleza” de nuestra sexualidad instrumentalizada por el patriarcado, y lo llamó género. Estas definiciones comenzaban a operar a nivel social, pero también como la imagen que las mujeres construían de sí. Este feminismo concibe la sexualidad de la mujer como el espacio paradigmático de opresión y como constitutivo de la definición de género de la que parte, tal como expresa Ti-Grace Atkinson cuando afirma que no hay ninguna feminista digna de tal pertenencia que puesta a escoger entre la libertad y el sexo, se incline por este último (Abrams, 1995, p.310).

Acción que señalaban que la violencia contra la mujer y todas las formas de acoso sexual y explotación, incluida la trata internacional, constituyen una afrenta a la dignidad de la persona humana. La principal estrategia que constaba en el Programa de Acción para combatir la violencia y garantizar el ejercicio de los derechos humanos, era la de asegurar que a nivel nacional e internacional se legislase en ámbitos relativos a la seguridad, a la salud y el acceso a derechos en condiciones de igualdad para las mujeres.

La violencia sexual como forma distintiva de victimización de las mujeres coincidía con la imagen de mujeres del sur global como desposeídas y necesitadas de protección, que legitimó una vez más la vocación universalista de los derechos humanos (Kapur, 2003; Puwar, 2008). En el mismo sentido crítico, Miller (2004, p.19) señala que la centralidad que tuvo la sexualidad generó la desatención hacia otras formas de exclusión y que ello debería haber alertado al feminismo acerca de las similitudes que comparte con los discursos conservadores. Esta falta de consideración se vio reforzada por el carácter (neo)colonial de las definiciones propuestas, que no lograron ahuyentar los criterios morales de castidad para la protección de los derechos de las mujeres<sup>5</sup>.

5 Abonando a esta crítica postcolonial, Puwar (2008, p.239) critica la actitud voyerística que crea una visión panorámica del mundo por parte de un espectador superior, situado fuera de lo que se mira. En particular, la autora hace un llamamiento a lxs estudiosxs/académicxs para que analicen sus posicionalidades de formas más complejas que la “ya acostumbrada exposición del yo en el habitual mantra de la raza, clase y el género”, y cuestiona de qué modo las subjetividades de lxs académicxs están íntimamente mezcladas con la posición de sujetos que asignamos a otrxs. En este sentido, al analizar la posición de las mujeres de otros lugares –no occidentales–, señala que la imagen que se reproduce es la de mujeres sensuales, oprimidas que necesitan ser liberadas de prácticas patriarcales arcaicas. Retomando conceptos de Gayatri Spivak, señala Puwar que la mujer sudasiática está encerrada entre el voyerismo de lo exótico y un paradigma de rescate sustentado en motivos salvíficos, que se repiten y reformulan en una mirada de contextos, incluidos los del “turismo revolucionario” y la “glorificación del testimonio” de las mujeres racializadas, que es posible encontrar también en el feminismo.

En la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1994,<sup>6</sup> se incluyó a la trata y la prostitución forzada dentro de la definición de violencia. Dos años más tarde, Radhika Coomaraswamy, relatora Especial en Violencia contra la Mujer, encargó la realización de un estudio global sobre esa cuestión. En el informe final, se estableció la necesidad de distinguir entre los procesos de captación y transporte bajo formas coercitivas con la finalidad de explotación sexual, y la prostitución.

6 Según establece el art. 2: “Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”. En su recomendación general N° 19, adoptada en el 11vo. período de sesiones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer aclaró que la discriminación contra la mujer, tal como se define en el art. 1 de la CEDAW incluía la violencia por razón de género, que es: “La violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada constituyendo una violación de sus derechos humanos”. En 2017, al conmemorarse 25 años de la recomendación general recién comentada, se dictó la Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer por la que se actualiza la N° 19, y señala que el concepto de violencia contra la mujer, tal como se define en la recomendación general N° 19 y en otros instrumentos y documentos internacionales, hace hincapié en el hecho de que dicha violencia está basada en el género. En consecuencia, en la presente recomendación, la expresión “violencia por razón de género contra la mujer” se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes. En el ámbito de la Organización de Estados Americanos se sanciona, en 1994, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que establece en su primer artículo que 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”.

La relatoría recomendó a las Naciones Unidas que debía promover la descriminalización de la prostitución como un paso necesario para combatir el HIV y la violencia que sufren quienes se dedican a esta actividad debido a los procesos de estigmatización (Kempadoo, 2005, p.xii). A pesar de esas recomendaciones, la capacidad expansiva de la violencia sexual para colonizar las luchas por el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres terminó influyendo en las definiciones de trata cuando (re)apareció en el escenario internacional hacia finales de la década. En esa oportunidad, el feminismo abolicionista<sup>7</sup> recuperó los discursos de la experiencia en el consorcio internacional para luchar contra la trata de blancas (Iglesias Skulj, 2013, pp. 61 ss.)<sup>8</sup>. Esta perspectiva aludió directa y

exclusivamente a la explotación de tipo sexual, dejando por fuera otras situaciones específicas de opresión que pueden darse en los procesos migratorios encarados por mujeres.

Esta definición de explotación determinó también hacia el futuro una particular estrategia de responsabilización en el ámbito de la trata de personas. Como será objeto de desarrollo en el apartado siguiente, las discusiones que se sucedieron en el ámbito de la redacción del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante el Protocolo contra la Trata) mostraron dos visiones contrapuestas para definir a este delito. Para el feminismo de la gobernanza este fue un momento de especial importancia, dado que este ámbito le brindó la posibilidad de mantenerse como un interlocutor fundamental de la cuestión de los derechos humanos de las mujeres de cara al nuevo milenio.

## 2. El Protocolo de Palermo contra la Trata: la protección de los derechos humanos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada transnacional

En 1998, se dictaron dos Resoluciones referidas a la trata de mujeres y de niñas en el ámbito de la Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Penal de la ONU. Ese mismo año, la Asamblea General creó una comisión ad-hoc (Resolución 53/111, 9/12/1998) para plantear un borrador relativo a la sanción de una convención internacional y tres protocolos complementarios que buscaban combatir la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y el tráfico de drogas respectivamente. Durante dos años tuvieron lugar 11 sesiones de las que participaron representantes de los gobiernos,

7 Chantal Thomas analiza la influencia que tuvo -a través de organizaciones no gubernamentales- el feminismo abolicionista cuyas exponentes argumentan que la prostitución es una forma de trata dado que reproduce y refuerza la subordinación de las mujeres frente a la dominación sexual masculina. Entre ellas, Kathleen Barry, co-fundadora de la CATW (Coalition Against Trafficking of Women), que tuvo un lugar muy relevante en la redacción del delito de trata en el Protocolo de Palermo. Otra de las autoras y activistas relevantes fue Katherine MacKinnon, y su gran influencia en el ámbito internacional para luchar contra la pornografía y la prostitución (Halley 2006, p.349).

8 Estos presupuestos del discurso abolicionista de la prostitución de principios del siglo XX lograron internacionalizarse mediante la campaña contra la trata de blancas y fueron los pilares para la sanción del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949). Este instrumento, definía a la prostitución como incompatible con la dignidad humana, y atentaba contra el bienestar del individuo, de la familia y la comunidad. Este documento no puntualizaba acerca de las violaciones de derechos humanos durante el proceso de la trata, pero sí dedicó su preámbulo y articulado a combatir cualquier forma de reglamentación estatal del ejercicio de la prostitución (Art.6) y a criminalizar el entorno de la prostitución. Tal como se estableció en el art. 1, las partes en este convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o corrompiere con objeto de prostituirla, aún con el consentimiento de tal persona y 2) Explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona. La mujer que ejercía la prostitución, voluntaria o forzosamente, era considerada una víctima y su consentimiento no era relevante a los fines de determinar la existencia de explotación sexual. Varias autoras hacen referencia a que si bien el movimiento abolicionista fue exitoso a la hora de poner en agenda la trata de blancas, fueron pocos los Estados que suscribieron este convenio, dado que sus

postulados entraban en conflicto con las formas de gobierno de la prostitución nacionales.

ONGs y grupos feministas para arribar a una definición de trata de personas. En el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada, el Protocolo contra la Trata fue un ejercicio arduo de sistematización de criterios orientados por la finalidad de combatir ese tipo de delincuencia y sus fenómenos asociados: el lavado de dinero y la corrupción cuya complejidad requería un fuerte compromiso entre los Estados en materia judicial y policial. En este ámbito, las batallas por la definición de la trata brindaron una inestimable oportunidad para el desarrollo de elementos punitivos y represivos para la protección de los derechos humanos.

No es un dato menor, que las propuestas de redacción del Protocolo contra la Trata provinieron en un primer momento de Argentina y Estados Unidos (Doezema, 2010, pp. 119-113) dos países que compartían, con matices, una definición de trata sexual equivalente al ejercicio voluntario de la prostitución<sup>9</sup>.

En noviembre de 2000, se arribó una definición de trata que fue el resultado de arduas discusiones entre la Coalición contra la Trata de Mujeres (CATW por sus siglas en inglés) y por otro lado, el Grupo Caucus (HRC por sus siglas en inglés) respecto de la definición de este delito. El primer grupo orientó sus esfuerzos a que la trata permaneciera en el ámbito de la prostitución como una expresión privilegiada de la violencia contra las mujeres e imposible de ser consentida; por lo tanto, la CATW apeló a criminalizar todo el sexo comercial y no necesariamente aquellas manifestaciones que fueran el producto de la coerción, el engaño o la violencia.

9 Estos dos proyectos presentaban diferencias, si bien coincidían en sus tradiciones abolicionistas. El proyecto argentino definía la trata específicamente en relación a las mujeres y niños/as, mientras que el de EEUU hacía referencia a la trata de personas. Asimismo, la definición estadounidense no contenía la fórmula "aun con su consentimiento", que Argentina había rescatado del convenio de 1949.

El segundo grupo argumentó respecto de la necesidad de establecer una distinción entre la prostitución voluntaria y la forzada, a partir de un cuestionamiento que buscaba ampliar el concepto de explotación y los ámbitos en los cuales puede suceder. Al respecto, el Grupo Caucus señaló que era necesario arribar a una definición de explotación que pudiese comprender e incidir en las novedosas formas de precarización e informalización de los mercados de trabajo globales y su relación con los movimientos migratorios. Este grupo hizo hincapié en los efectos derivados de la concepción abolicionista de la finalidad de explotación de la trata, puntualizando en que esta perspectiva promovía la responsabilización de un individuo desviado (Kotiswaran, 2014; Bernstein, 2010) y como contrapartida, víctimas absolutas, cuerpos sufrientes. La trata, para el Grupo Caucus, no podía operar como una categoría que desplazara las consideraciones respecto de las relaciones de poder específicas que oprimen a las mujeres, niñas y varones (estatus migratorio, identidad de género, sexualidad, procesos de racialización, estigmatización, clase, edad, entre otras), dado que los tres objetivos del Protocolo contra la Trata se verían seriamente afectados (usualmente se califica a los objetivos de este instrumento como las 3 P -prevención, persecución y protección-).

Sin embargo, estas advertencias fueron perdiendo consistencia cuando el abolicionismo focalizó el debate en el consentimiento. Este fue un eje fundamental para la descripción normativa de la trata y para la jerarquización entre los distintos ámbitos en los cuales podía ocurrir. Frente a ello, el Grupo Caucus propuso que la coerción fuera un elemento central en esta figura<sup>10</sup>. Pero en un escenario

10 Asimismo, los elementos coercitivos en la trata también permitían que con independencia de los modelos de gobierno de la prostitución de cada país se pudiera suscribir el protocolo. Ver Doezeza (2010, p.146 ss.); Iglesias Skulj (2013, p. 93 ss.)

tan polarizado, los consensos nunca perdieron su carácter precario y volátil, lo que se demuestra en la satisfacción de ambos grupos con la redacción final. Al menos en la letra de la ley, el Protocolo contra la Trata se distanció de las definiciones anteriores de este delito en otros instrumentos internacionales que estuvieron enfocados exclusivamente en la explotación sexual<sup>11</sup>.

La solución de compromiso consistió en mantener indefinidos conceptos normativos centrales. En este sentido, la CATW terció en la discusión sobre el consentimiento y las virtudes de esta categoría para lograr condenas por este delito, dado que de esta forma se impediría que los traficantes alegaran a su favor la voluntariedad de la prostitución, y de esta manera se brindaría una mayor protección a las víctimas frente a las formas procedimentales de la justicia patriarcal en los delitos de violación (Doezema, 2010, p.166). Mediante esta estrategia lograron acercarse a la finalidad de sancionar internacionalmente a la criminalidad organizada, y posibilitaron que las medidas punitivas adoptadas en este ámbito adquiriesen mayor legitimidad.

11 En el art. 3 del protocolo se define a la trata como a) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años.

En estos discursos sobre la trata, el papel de la víctima fue central. Kempadoo (2005, p. xiii) señala que esta categoría tuvo fuertes implicancias en los debates sobre la conceptualización de la opresión de género. En el delito de trata se define a esta última como consecuencia de la dominación masculina, tal como lo definió el feminismo blanco norteamericano radical<sup>12</sup>.

De esta forma, las definiciones abolicionistas sobre la trata fueron fácilmente instrumentalizadas por un modelo legal que parte de una concepción esencialista de la violencia con graves efectos criminalizantes, e influyó en las agendas de seguridad y prácticas de control en la esfera local, afectando a diversos actores gubernamentales intervinientes, lxs delincuentes y, en particular, a las víctimas (Agustín, 2007, p. 64; Kotiswaran, 2014; Kempadoo y Doezema, 1998). A través de la legitimidad otorgada a la criminalización como respuesta al problema de la explotación sexual, la visión abolicionista de la trata favoreció la consolidación de un paradigma securitario. Bernstein (2010, p. 50) en línea con las críticas postcoloniales, explica que al haber situado la problemática de la trata en el discurso de derechos humanos de las mujeres se logró neutralizar la discusión respecto de cuestiones atinentes a los mercados de trabajo, la inmigración y la libertad sexual, y que ese escenario fue posible gracias a las alianzas del feminismo abolicionista con la agenda securitaria del nuevo milenio<sup>13</sup>. En su análisis, refiere específicamente al contexto

12 Smart (1998, p.113) crítica este feminismo, en particular a su mayor exponente en el ámbito del derecho Catherine MacKinnon porque parte de una premisa de que el sexo es un atributo natural que existe en un estado pre-cultural. De esta forma, la sexualidad de la mujer es su característica esencial que se ve subyugada bajo la hegemonía del género dominante, que conduce a la alienación y a la falsa conciencia. MacKinnon pregona una imagen de las mujeres como "completamente determinadas porque no han desarrollado otra conciencia que aquella que el poder masculino les permite". De aquí se desprende una visión esencialista de la mujer (pre-cultural) como un todo unitario.

13 Aradau (2004; 2008) analiza esos mismos procesos en el contexto europeo.



estadounidense en el cual las campañas anti-trata han sido el resultado de la convergencia de intereses de grupos católicos-evangélicos y el feminismo liberal.

Aradau (2004, p. 254) cuestiona la posibilidad de que los discursos sobre la seguridad y los derechos humanos protejan a las mujeres víctimas de trata. Su trabajo innova en cuanto a dejar de analizar estos dos discursos como algo incompatible, y por el contrario, advierte los puntos en los cuales se deshace esa aparente contradicción. En efecto, cuando se define la trata como la forma más amenazante de migración irregular que envuelve armas, drogas, prostitución, etc, se la inserta en un “continuo de seguridad” que privatiza los efectos de la economía global y de la criminalidad organizada. Gracias a la figura de la víctima -cuyos derechos a la libertad, a la dignidad y a no ser esclavizadas son violentados en el contexto de la trata- y a las intervenciones en su conducta, dejan de entrar en colisión la seguridad y los derechos humanos y pasan a complementarse. El discurso humanitario funciona a partir de lo que define la autora como “políticas de la compasión” donde las intervenciones son moldeadas a través de las emociones que despierta la víctima.

Por su parte, Varela (2015, p. 123) plantea la necesidad de distinguir entre la definición del tipo penal de la trata que castiga la captación violenta con finalidad de explotar a las personas en diversos ámbitos y, por otro lado, lo que la autora denomina como “trafiquismo”, es decir, “una narrativa social poderosa que observa el mercado del sexo comercial a partir del paradigma de la trata (...) se despliega a través de estereotipos que presentan las formas violentas de captación como los modos más habituales de inserción en el mercado, que son generalizadas a todos los casos”. Siguiendo a Soderlund, Varela explica que la imagen que se promueve de las mujeres que ofrecen servicios sexuales -con diferentes características

respecto de los arreglos económicos o su situación migratoria- se asocia con elementos recurrentes que sin mayores dificultades se esparcen globalmente, tales como el prostíbulo-prisión, víctimas pasivas e indefensas y como contrapartida, el heroico rescatista.

La lógica punitiva con la que fue planteada la necesidad de la protección de los derechos humanos describe un escenario simplista donde se establecen dos objetivos: el castigo a los tratantes y el rescate de las víctimas, ambxs con perfiles racializados (Kotiswaran, 2014). El “trafiquismo” es el resultado del lenguaje excepcional y homogéneo que convierte a la trata en una cuestión individual. De esta forma, se generan nuevas jerarquías y formas de exclusión respecto de quiénes serán las víctimas, y se ordenan selectivamente las amenazas a las que se pueden ver expuestas las mujeres (Aradau, 2008). En este contexto, no es extraño que un mayor número de conflictos relativos a la “seguridad” de las mujeres se traduzcan en una intervención excepcional, en el aumento de las penas y/o en la eficacia de las fuerzas de seguridad para combatir la emergencia (Bumiller, 2008; Scoular, 2004, p. 345). En lo que sigue se analizará la influencia que tuvo este enfoque en el contexto latinoamericano a la hora de moldear las políticas públicas relativas a la trata.

### 3. Reflexiones críticas para la región (especial referencia a los casos de Argentina, Brasil y México)

En este último apartado serán analizadas las políticas antitrata en el contexto latinoamericano, en particular, Brasil, México y Argentina. Si bien los tres países han desarrollado distintas políticas y con diferentes resultados, cada uno de ellos da cuenta de cómo se han (trans)nacionalizado la trata y el trafiquismo.

En el contexto de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la 4ta. Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de Trata de personas se diseñó el Segundo Plan de Trabajo para combatir la trata de personas que abarca el período 2015-2018<sup>14</sup>, y tal como fue el caso del Primer Plan, se parte de la definición de trata del Protocolo de Palermo. Su implementación en el ámbito americano consta como el objetivo principal en ambos planes.

Al analizar las discusiones en el contexto de la sanción del Protocolo contra la Trata se señaló la influencia en el ámbito político y el lugar predominante que ocupó Estados Unidos para arribar a la definición del delito de trata. Kotiswaran (2014, p. 357) afirma que la influencia se materializó en diversos aspectos de la política internacional humanitaria, tal como demuestra el esquema de la ley de Víctimas de Trata y la Protección contra la Violencia del año 2001 (*US Victims of Trafficking and Violence Protection Act*, VTVP). Esta ley explícitamente define a la prostitución voluntaria como una forma de trata sexual, sin embargo, establece una distinción ulterior al calificar como una forma grave de trata aquellos casos en los que el consentimiento ha sido desplazado en virtud de la victimización mediante el uso de la fuerza, el engaño y otras formas de coerción, o en el caso de personas menores de edad, acercándose a la definición del Protocolo contra la Trata. En 2003 y 2005, mediante las sucesivas reformas de esta ley, se ampliaron los supuestos para criminalizar el trabajo sexual y se aumentaron los recursos disponibles para que las agencias de control persiguieran la prostitución voluntaria y, al mismo tiempo, se estableció que el financiamiento contra la trata sólo puede estar dirigido a aquellas organizaciones que no promuevan la legalización de la prostitución<sup>15</sup>.

Un instrumento clave de la diseminación de estas políticas a escala global fue la Oficina de Monitoreo de la Lucha contra la Trata del Departamento de Estado, que se ha expresado en el contexto de los Trafficking In Persons Report (TIP, por sus siglas en inglés). A través de un sistema de premios y castigos, se promovió la adopción de una definición de trata a nivel internacional que mantuviera la asimilación de la prostitución con la explotación asociándola a una nueva forma de esclavitud<sup>16</sup>.

.....

en la agenda pública de la mano del feminismo de la gobernanza. Señala Varela (2015) que este “nuevo abolicionismo” demandaba intervenciones concretas que erradicaran el comercio sexual y denunciaba a los grupos que sostenían una perspectiva de defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales y los programas de reducción de daños como “la mafia pro-prostitución” o el “lobby de la prostitución”. Destaca, asimismo, que a pesar de que ese feminismo y los grupos religiosos tuvieran intereses opuestos en lo relativo de los derechos sexuales y reproductivos, convergían en el rechazo de toda forma de comercio sexual y articularon una alianza política en torno a ello. El presidente George W. Bush en la Asamblea General de la ONU de 2003 condenó la práctica de la esclavitud sexual de mujeres y niñas y llamó a tomar medidas que reestablecieran la claridad moral que requiere la “guerra contra el terror” (Miller, 2004, p.17). Ese mismo año, se promovió la reforma de la ley estadounidense (Reauthorization) donde se estableció un fondo de 200 millones de dólares para los próximos dos años destinados a la lucha contra la trata a escala global. Y algo que influirá de manera determinante en el impacto de estas leyes en el contexto transnacional es lo que se llamó el “compromiso antiprostitución” (Antiprostitution Pledge), que consiste en que cada organización beneficiaria de estos fondos declare explícitamente que no va a promover, respaldar o financiar ningún tipo de activismo que de alguna forma promueva la legalización de la prostitución.

<sup>16</sup> Estos informes anuales califican a los Estados en cuatro categorías de acuerdo con las políticas adoptadas para combatir la trata de personas en función de los estándares estadounidenses. El Tier 1 comprende a los Estados que cumplen satisfactoriamente los estándares de la VTVP, mientras que el Tier 2 para aquellos Estados que demuestran considerables esfuerzos para adecuarse en el futuro, esta categoría se complementa con una lista de vigilancia del nivel 2, donde se encuentran los Estados que presentan un aumento significativo de víctimas de trata severa. El Tier 3 está reservado para aquellos Estados que no cumplen siquiera con los mínimos estándares establecidos en la ley, y tampoco llevan a cabo esfuerzos en ese sentido. Esta clasificación puede ser instrumentalizada por el presidente de EE.UU. ante organismos multilaterales de crédito Fondo Monetario Internacional (FMI) y bancos de ayuda al desarrollo para suspender los préstamos a los Estados hasta tanto no alcancen los estándares mínimos.

<sup>14</sup> Recuperado el 16 de abril de 2017 de [scm.oas.org/doc\\_public/SPANISH/HIST\\_14/RA00224S04.doc](http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_14/RA00224S04.doc)

<sup>15</sup> Como se analizó en la introducción de este texto, la trata reaparece, a partir de la década del noventa del siglo XX,

De acuerdo con este análisis, a continuación, se analizarán cuáles han sido las consecuencias de la implementación de las políticas desplegadas en los contextos locales para luchar contra la trata en México, Brasil y Argentina.

Para el caso mexicano, el primer TIP Report lo colocó, en 2001, en la categoría 2 al ser un país de origen, tránsito y destino de trata de personas que no cumplía con los estándares mínimos para combatirla, pero que realizaba “esfuerzos significativos” para lograrlo a pesar de sus recursos limitados y de la corrupción. En los reportes siguientes se enfatizó que existía una amplia presencia de trata de mujeres y niñas/os con fines de prostitución o explotación sexual tanto a nivel interno como internacionalmente.

El uso indiscriminado que se le dio a los términos “prostitución” y “explotación sexual” en el TIP Report, sin especificar que debía tratarse de prostitución forzada, contribuyó a que desde un principio la trata sexual se definiera en México como un problema vinculado con la venta autónoma de servicios sexuales. En 2003 se produjo la ratificación del Protocolo contra la Trata<sup>17</sup>, y en los siguientes informes de monitoreo se caracterizó a México como un país de origen y tránsito de víctimas de trata de origen centroamericano que eran trasladadas a Estados Unidos con finalidad de explotación sexual. Jiménez (2017) señala la insuficiencia que tuvieron estas políticas para proteger los derechos humanos no sólo de las mujeres en la frontera sur de México, al no disponerse de herramientas capaces de incidir en las condiciones terribles en las cuáles se desarrollan los procesos migratorios en esa región<sup>18</sup>. En

2004, México entró a la lista de vigilancia de la categoría 2 dado que todavía no se había sancionado una legislación específica en esta materia. En ese mismo año, se presentó la iniciativa de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas en la que se incluyó la necesidad de crear un marco legal adecuado a las exigencias del derecho internacional.

En esta época se desarrollaron acciones gubernamentales orientadas a la capacitación y sensibilización del personal de las instituciones gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil, la academia y medios de comunicación. Asimismo, se elaboraron materiales de divulgación sobre el tema dirigidos a las poblaciones en riesgo y se llevaron a cabo investigaciones empíricas sobre la incidencia y los perfiles específicos que adoptaba este delito.

Recién en 2007, se sancionó la ley cuyo objetivo específico era el de perseguir, investigar y sancionar el delito de trata, tomando como modelo de partida el Protocolo contra la Trata. Ello produjo que desde un primer momento, la trata se inscriba en la lucha contra la criminalidad organizada y de seguridad fronteriza, y recién en 2010 este fenómeno fue encuadrado como una cuestión de derechos humanos, de igualdad entre hombres y mujeres. En 2008, se creó la Fiscalía Especializada para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA), que recibió formación de parte de la Coalición Regional contra la Trata de Mujeres y Niñas en América Latina y el Caribe (CATWLAC) cuya influencia en el contexto mexicano ha sido fundamental para la conformación del discurso sobre la trata<sup>19</sup>.

17 Decreto promulgatorio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Recuperado el 1 de marzo de 2019 de [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=697102&fecha=11/04/2003](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=697102&fecha=11/04/2003).

18 Como señala Jiménez, esta calificación ponía en riesgo el apoyo de EE.UU. para el desarrollo de las primeras acciones antitrata iniciadas en 2004 en la frontera sur, el proyecto financiado por USAID e impulsado por la Comisión Interamericana de Mujeres de la OEA, en colaboración con la

Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES) y el Instituto Nacional de Migración (INM).

19 La CATWLAC en sus intervenciones públicas confunde comercio sexual y trata y representa a todas las trabajadoras como víctimas que deben ser salvadas (Lamas, 2014)



En 2010, se presentó una nueva iniciativa para sustituir la ley vigente debido a su inoperabilidad para obtener sentencias condenatorias. Recién en 2012, se aprobó la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y la Protección y Asistencia las Víctimas de estos delitos<sup>20</sup>. Esta ley amplió la interpretación de las acciones típicas que se constituyen como formas de explotación. A partir de esta ley, el comercio sexual y cualquier actividad satelitaria fue considerada como una forma de explotación. En este contexto, se anuló el consentimiento de las personas adultas para dedicarse al trabajo sexual, y por tanto se eliminaron los medios comisivos –engaño, abuso de fuerza o de poder– en la creencia que de esta forma se lograrían resultados más eficaces en la persecución. Sin embargo, se presentó, en 2013, una nueva reforma basada en la inconsistencia que presentaba la legislación en vigor, respaldada por la nueva Comisión Especial de Lucha contra la Trata de Personas en el Senado de la República donde se llevaron a cabo foros con participación de organizaciones no gubernamentales, procuradurías y poderes judiciales. Si bien este proyecto de modificación no prosperó, por primera vez se habilitó la participación de la Brigada Callejera de Apoyo a la Mujer. Esta organización impulsa campañas de sensibilización y prevención de la trata en el mercado sexual, a través de la distribución de información acerca de qué es la trata de personas y de qué forma el reconocimiento de esta actividad en el marco de los derechos laborales contribuye notablemente a combatir la trata y la explotación en este ámbito (Lamas, 2014).

La ausencia, hasta hace muy poco de las voces de las trabajadoras del sexo ha provocado la adopción de políticas criminalizantes hacia

este sector. Si bien en México han sido documentados casos de traslados de mujeres de un lugar a otro dentro y fuera del territorio mexicano, así como las diferentes formas de coerción (drogas, retención de hijxs, amenazas) para forzarlas a brindar servicios sexuales, los medios de comunicación han magnificado de tal manera esta imagen que en el contexto mexicano ha sido prácticamente imposible discutir e investigar las condiciones laborales de las mujeres pobres. Sostiene Lamas (2014) que este discurso sirve, por un lado, a una política xenófoba de “seguridad nacional” contra las personas migrantes, y por otro, resulta útil a una política de “limpieza social”. La autora sostiene que este discurso también ha sido instrumentalizado por políticas neoliberales de gentrificación de ciertas zonas, que facilita el avance del capital privado sobre los espacios urbanos, donde las trabajadoras sexuales se vuelven un obstáculo y, por lo tanto, son objeto de persecuciones y desplazamientos mediante operativos policiales muy violentos, legitimados como combate contra la trata. Jiménez (2017) señala, al respecto, que haber excluido el marco laboral desde un inicio ha generado que las acciones contra la trata se enfoquen principalmente en la explotación sexual, desde una postura que privilegia el rescate, que ha tenido una gran influencia al momento de legislar, diseñar políticas públicas y en la protección de los derechos humanos de las mujeres hasta hoy.

Brasil ratificó el Protocolo contra la Trata en 2004<sup>21</sup>, sin embargo, la agenda contra la trata estuvo crecientemente marcada por la heterogeneidad de posiciones y nociones, si bien en un primer momento estuvo enfocada como una cuestión de explotación sexual. Tal como señala Piscitelli (2015) existen dos definiciones en instrumentos legales que difieren entre sí. Las campañas y los debates públicos están influenciados por el Protocolo contra la Trata,

.....  
 20 Diario Oficial de la Federación. 2012. Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. Recuperado el 1 de marzo de 2019 de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP.pdf>

.....  
 21 A través del Decreto 5017/2004.

mientras que la actividad jurisdiccional se despliega con base en el Código Penal, que define a la trata como la intermediación o facilitación de desplazamientos internacionales e internos con fines de prostitución u otras formas de explotación sexual (Arts. 231 y 231A), donde la coerción no forma parte del delito.

En 2006, se aprobó el Plan Nacional de Combate a la Trata de Personas orientado por el protocolo que sí exige los medios comisivos para la conformación de este delito. Ello puede explicarse porque en los primeros años de este siglo, el marco con el cual se interpretó la trata estaba fuertemente ligado a las migraciones brasileñas hacia los países ricos, en particular los desplazamientos de mujeres para trabajar en el mercado sexual europeo (Países Bajos). Con esta finalidad, se desarrollaron en el ámbito de las fuerzas de seguridad (principalmente en el control fronterizo) medidas que lograran interrumpir el desplazamiento de mujeres (cis y trans) consideradas pobres y, por tanto, con alta probabilidad de que fuesen a ejercer la prostitución. A nivel local, estas medidas policiales se concentraban en acciones represivas contra la prostitución. Esta aproximación fue cambiando debido a la crisis financiera que afectó a los países de destino a partir de 2008 y el crecimiento económico de Brasil, que lo convirtió en país de destino de la trata. Ello produjo una diversificación de las imágenes respecto de la idea de esclavitud que había funcionado hasta entonces. Así las cosas, la trata ha dejado de remitir exclusivamente a la explotación sexual y se incorporó a la migración masculina, fundamentalmente a través de la categoría de trabajo esclavo, en particular de ciudadanos bolivianos<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> La política nacional de lucha contra la trata (2006) prevé la protección y asistencia a las víctimas de trata con independencia de la situación migratoria irregular. A partir de 2011, se estableció la asistencia social y jurídica a las víctimas extranjeras y también la opción de permanecer en el país de forma regular. En 2010, a través de una Resolución Normativa del Consejo Nacional de Inmigración, se estableció que podría concederse un permiso de permanencia a lxs extranjers víctimas de trata con fines de

Afirma Piscitelli (2015, p. 12) que en el período 2012/2015 tanto los debates como las acciones antitrata se focalizaron en la gestión de los flujos migratorios en zonas fronterizas, particularmente en la región amazónica. En ese período, se renovó la inquietud acerca de las relaciones entre eventos deportivos (el Mundial de Fútbol 2014 y las Olimpiadas de Río de Janeiro de 2016), el turismo sexual y la trata.

La capacidad expansiva de la trata para anudarse de maneras complejas con realidades locales ha permitido amplificar las críticas frente a la inacción en la protección de derechos humanos por parte del Estado brasileño (apropiaciones de tierra, desplazamientos forzados de poblaciones por grandes obras de infraestructura, problemas ambientales, etc.). Asimismo, la trata, en esos contextos, fue instrumentalizada para describir delitos sexuales y para reforzar las jerarquías racializantes hacia el interior del país, lo que también puede advertirse en el control de las fronteras hacia los extranjeros de determinadas nacionalidades (haitianos y senegaleses).

Por su parte, Sprangel afirma que la trata ha funcionado como un concepto paraguas para abarcar realidades tan diversas como la prostitución, las migraciones y las formas precarizadas de trabajo. La autora se enfoca especialmente en las trayectorias sociales, culturales y legales que tuvo el trabajo esclavo en Brasil y sus articulaciones con la trata<sup>23</sup>, y concluye que el concepto de trata de personas excluye

explotación sexual o laboral. Hasta el momento, no se ha aplicado esta resolución, tal vez como consecuencia de que no existe una identificación formal de víctimas de trata extranjers.

<sup>23</sup> Ela Wiecko de Castilho, subprocuradora General de la República de Brasil, señaló que ha sido muy difícil la articulación entre movimientos sociales, ongs y organismos gubernamentales cuyas agendas eran más específicas -Plan Nacional de Lucha contra la Explotación Sexual de Niñxs y Adolescentes (2000), el Plan Nacional para la Erradicación del Trabajo Esclavo (2003) y el Plan Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (2004)-. La funcionaria demuestra cómo esa agenda entró en contradicción con otras políticas de género, de trabajo esclavo y de migraciones.

problemáticas del país específicas tales como el racismo, las situaciones de trabajo esclavo, las críticas hacia una deficiente política de protección de las víctimas, o de las dificultades de reconocimiento de las comunidades descendientes de esclavos. Por otro lado, tampoco se cumple con los objetivos tutelares establecidos por las diferentes políticas desarrolladas en los últimos años en el ámbito de la trata. De esta forma, si bien la retórica humanitaria ha garantizado la expansión de la trata en tanto dispositivo moral, político y mediático, por otro lado, también evidenció su ineficacia en cuanto categoría administrativa y penal. De acuerdo con Piscitelli y Lowenkron (2015) las falencias en Brasil pueden atribuirse a una noción de víctima de trata orientada hacia la criminalización que difícilmente garantiza el ejercicio de los derechos humanos.

A pesar de que Argentina había resultado un actor clave en el ámbito de la sanción del Protocolo contra la Trata, recién en 2004 aparece clasificado en el TIP en la categoría 2, enfocándose en la inexistencia de legislación penal específica para este delito y la necesidad de que el Congreso Nacional apruebe un proyecto de ley orientado a la asistencia y protección de las víctimas. Ante la falta de avances, fundamentalmente en el ámbito judicial, Argentina descendiendo, en 2006, a la categoría 2 “de vigilancia”<sup>24</sup>. Al año siguiente, se presentó un proyecto por parte del oficialismo que

.....

**24** Las deficiencias de la legislación argentina en ese momento consistían en la ausencia de una tipificación expresa que condenase la trata interna, y la impunidad de quienes acogieran o trasladaran a las víctimas. Asimismo, la ley no contemplaba los medios comisivos (violencia, rapto, fraude, abuso de una situación de vulnerabilidad) y el Departamento de Estado de EE.UU. demandaba la sanción de una ley específica sobre trata de personas. Hasta ese momento, en el art. 127 bis y 127 ter del Código Penal argentino se castigaban las conductas de quienes facilitaran o promovieran la entrada o salida del país para el ejercicio de la prostitución de menores de edad, mientras que para los casos de personas mayores se requería la existencia de medios comisivos que lograsen quebrar el consentimiento. Por tanto, hasta ese momento existía la distinción entre la prostitución forzada y voluntaria. Por su parte, los arts. 126 y 127 penalizaban la explotación de la prostitución ajena bajo los mismos supuestos.

buscaba adecuar el ordenamiento al Protocolo contra la Trata. Los debates en el ámbito legislativo se centraron en el consentimiento como una herramienta imprescindible para dotar de eficacia a la persecución y castigo de los tratantes<sup>25</sup>. En esa oportunidad, se sancionó la ley 26.432 que trasladó al ordenamiento argentino la definición del Protocolo contra la Trata<sup>26</sup>. Sin embargo, esta ley sufrió una modificación sustancial en 2012 a través de la sanción de la ley vigente 26.842 que consagra la indistinción entre trata y prostitución<sup>27</sup>. Esta orientación

.....

**25** De esta manera, el abolicionismo local propugnaba la incorporación a la tipificación de la fórmula “aun con el consentimiento de la víctima” para eliminar la distinción entre prostitución forzada y voluntaria.

**26** Esta ley introdujo en el Código Penal el art. 145 bis y ter que distinguía entre personas mayores y menores de edad, respectivamente. Para el caso de mayores de 18 años, se incluyeron los medios comisivos señalados por el Protocolo contra la Trata, y la pena establecida era de 3 a 6 años de prisión. También se establecieron agravantes de esa escala penal (4 a 10 años). El art. 145 ter, para el caso de personas menores de 18 años, establecía una pena de 4 a 10 años en el tipo básico, y se elevaba de 10 a 15 años de prisión con la existencia de medios comisivos (engaño, fraude, violencia, etc.).

**27** Esta ley, sancionada en diciembre de 2012, logra la modificación del delito de trata que seguía el modelo del Protocolo contra la Trata. Luego del fallo absolutorio en la causa de María de los Ángeles Verón, que hasta ese momento había sido uno de los casos con mayor relevancia para movilizar al público y a las instancias gubernamentales para comprometerse con la lucha contra la trata, el abolicionismo local encontró momentum para lograr que sus reivindicaciones respecto del consentimiento fueran recogidas en el texto legal. En este sentido, la nueva redacción del delito de trata ya no se incluye como elemento típico del delito a los medios comisivos y al final del artículo se hace especial hincapié en la invalidez del consentimiento prestado. El art. 145 bis quedó redactado como sigue: “Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países. A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos

determinó, aun antes de 2012, la sanción de legislaciones a nivel nacional y local que ampliaron el ámbito de criminalización del trabajo sexual autónomo<sup>28</sup>, alcanzando la reforma de los delitos de proxenetismo. La consagración del paradigma abolicionista generó la criminalización de formas de organización del trabajo sexual con ratios inéditas de condenas a mujeres, que era en principio el sujeto privilegiado de protección<sup>29</sup>. En el ámbito de la Procuraduría de Trata y Explotación sexual (PROTEX), de un total de 286 sentencias 249 resultaron condenatorias. Tal como se reseña en 2016, con relación al tipo de explotación, prevalecen las sentencias condenatorias por trata de personas con fines de explotación sexual (85 por ciento) por sobre aquellas de carácter laboral (15 por ciento).

Los procesos judiciales se agotan en la existencia de la prostitución como sinónimo de explotación, dado que a pesar de que la letra de la ley penal no castiga directamente a quien ejerce esta actividad, es decir, permanece atípica la conducta de pactar un precio por

o tejidos humanos.

El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores”.

**28** En esta línea, se sancionó el Decreto 936/2011 que promueve la erradicación de la difusión de mensajes e imágenes que estimulen o fomenten la explotación sexual a nivel nacional y en lo que respecta a ordenamientos locales se prohibió el establecimiento de cabarets, whiskerías y demás locales donde se ofertaban servicios sexuales, reforzando las previsiones de la ley 12.331 de 1936.

**29** En este sentido, los sucesivos informes de la RedTraSex ponen de manifiesto los graves efectos criminalizantes de las políticas antitrata en América Latina y el Caribe. Se denunciaron reiteradamente los abusos policiales y la violencia institucional hacia este colectivo, que sufren con mayor intensidad en el caso de mujeres cis y trans migrantes que ofrecen servicios sexuales en el espacio público o en departamentos privados. Asimismo, la RedTraSex presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el informe *Derechos Humanos de las Trabajadoras Sexuales en 15 Países de las Américas*, donde se expusieron cómo las legislaciones nacionales que no distinguen entre la prestación voluntaria de servicios sexuales y la trata con fines de explotación sexual producen la constante violación de derechos humanos por parte de los Estados. Recuperado el 1 de marzo de 2019 de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/036.asp>

brindar un servicio sexual, sí se criminaliza a quien interviene en el desarrollo de la misma y se castigan las múltiples formas de resistencia a la criminalización de sus formas de vida -intercambio de información a través de redes sociales, la formación de maneras de trabajo colectivas, la afiliación al Sindicato de Trabajadoras Sexuales (AMMAR)- o directamente el aumento de la criminalización de mujeres cis y trans en el espacio público<sup>30</sup>.

El Plan Nacional de Rescate y Acompañamiento a Personas Damnificadas por el Delito de Trata de Personas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos informa que se rescataron en el período comprendido entre 2008 y 2018 un total de 12.000 víctimas<sup>31</sup>. Si bien hasta 2015 se rescataron 10.000 víctimas, se ha observado una significativa disminución en las cifras con el cambio de gobierno. Aun y con estos resultados presentados por la República Argentina, se alcanzó, en 2018, la categoría 1 del TIP, con una sugerencia muy interesante: la necesidad de reformular los tipos penales para que vuelvan a ser acordes con la definición del Protocolo contra la Trata.

Si bien cada uno de los países analizados han afianzado sus propias trayectorias en la incorporación de la normativa internacional que busca combatir el delito de trata de personas, se puede concluir que en estos casos la influencia que ha tenido el paradigma abolicionista de la

**30** Ver Informes AMMAR/RedTraSex (2015/2016) y Amnistía Internacional (2016).

**31** En una entrevista Zaida Gatti, funcionaria encargada del desarrollo del plan, brindó detalles acerca de su funcionamiento: afirmó que del total entre un 60 y 70 por ciento son víctimas de trata sexual y que 9 de cada 10 procedimientos corresponde a la explotación sexual, pero que sólo el 2 por ciento se reconoce como víctima. Entiende esta funcionaria que la negativa a considerarse una víctima es un mecanismo de defensa en el cual necesitan de alguna manera no identificarse con esa persona que sufrió violaciones diarias (...) porque cada cliente es un violador (...) y si la víctima se va, no tiene a dónde ir y luego vuelve al prostíbulo. Entonces ella cree falsamente que es libre”. Recuperado el 11 de febrero de 2019 de <https://www.tiempoar.com.ar/articulo/view/64584/zaida-gatti-sa-lo-el-2-por-ciento-de-las-explotadas-sexualmente-se-reconoce-como-va-ctima>



prostitución ha resultado fundamental. Ello puede comprobarse en los resultados insatisfactorios que hasta el presente han mostrado las políticas de protección de los derechos humanos de las mujeres (cis y trans) frente a las múltiples formas de explotación propias de la distribución inequitativa de la riqueza, la informalización y feminización de los mercados de trabajo y la criminalización de las migraciones.

## Bibliografía

- Abrams, K. (1995). Sex Wars Redux: Agency and Coercion in Feminist Legal Theory. *Columbia Law Review*, 304, 304-376.
- Agustín, L. (2007). *Sex at the Margins: Migrations, Labour markets and the Rescue Industrie*. London: Zed Books.
- Aradau, C. (2004). The Perverse Politics of Four-Letter Words: Risk and Pity in the Securitization of Human Trafficking. *Millenium Journal of International Studies*, 22 (2), 251-277.
- Aradau, C. (2008). *Rethinking Trafficking in Women. Politics of Security*. London: Palgrave.
- Bernstein, E. (2010). Militarized humanitarianism meets carceral feminism: the politics of sex, rights, and freedom in contemporary antitrafficking campaigns. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 36(1) 45-71.
- Blanchette, T. G, Silva, A.P y Bento, A.R. (2013). The Myth of Maria and the imagining of sexual trafficking in Brazil. *Dialectical Anthropology*, 37(2), 195-227. Recuperado el 12 de julio de 2018 de <https://doi.org/10.1007/S10624-013-9296-Z>
- Bumiller, K. (2008). *In an abusive state*. Durham: Duke University Press.
- Doezema, J. (2010) *Sex Slaves and Discourse Masters. The construction of trafficking*. New York-London: Zed Books.
- Halley, J., Kotiswaran, P, Shamir, H. y Thomas, Ch. (2006). From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, And Sex Trafficking: Four Studies In Contemporary Governance Feminism. *Harvard Journal of Law & Gender*, 29, 335-423.
- Iglesias Skulj, A. (2013). *La trata de mujeres con fines de explotación sexual. Una aproximación político-criminal y de género*. Buenos Aires: Didot.
- Jiménez Portilla, L. (2017). Una aproximación genealógica del discurso de la trata sexual de mujeres en México.
- Kapur, R. (2003). The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the “Native” Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics. *Harvard Human Rights Journal*, (15), 1-37.
- Kempadoo, K. y Doezema, J. (1998). *Global Sex Workers: Rights, Resistance, and Redefinition*. New York: Routledge.
- Kempadoo, K., Sanghera, J. y Pattanaik, B. (2005) *Trafficking and Prostitution Reconsidered. New Perspectives on Migration, Sex Work, and Human Rights*. Boulder-London: Paradigm Publishers.
- Kotiswaran, P. (2014). Beyond Sexual Humanitarianism: A Postcolonial Approach to Anti-Trafficking Law. *Uc Irvine Law Review*, 4, 353-406.
- Lamas, M. (2014). ¿Prostitución, trabajo o trata? Por un debate sin prejuicios. *Debate feminista*, 50, 160-186.
- Miller, A.M. (2004). Sexuality, Violence Against Women, and Human Rights: Women Make Demands and Ladies Get Protection. *Health and Human Rights*, 7(2), 16-47.
- Piscitelli, A. (2015) Riesgos: la capilarización del enfrentamiento a la trata de personas en las tensiones entre planos supranacionales, nacionales y locales. Texto preparado para el IV Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de Personas. Recuperado el 22 de julio de 2018 de [https://www.academia.edu/24995943/Riesgos\\_la\\_capilarización\\_del\\_enfrentamiento\\_a\\_la\\_trata\\_de\\_personas\\_en\\_las\\_tensiones\\_entre\\_planos\\_supranacionales\\_nacionales\\_y\\_locales](https://www.academia.edu/24995943/Riesgos_la_capilarización_del_enfrentamiento_a_la_trata_de_personas_en_las_tensiones_entre_planos_supranacionales_nacionales_y_locales)
- Piscitelli, A. y Lowenkron, L. (2015). Categorías em movimento: a gestão de vítimas do tráfico de pessoas na Espanha e no Brasil. *Ciência e Cultura*, 67(2), 35-39. Recuperado el 22 de julio de 2018 de <https://doi.org/10.21800/2317-6660201500020001222/7/2018>
- Puwar, N. (2008). Poses y construcciones melodramáticas. En Mezzadra, S. (Ed.) *Estudios Postcoloniales. Ensayos fundamentales*. (pp. 237-259). Madrid: Traficantes de Sueños.
- Scoular, J. (2004). The Subject of Prostitution: Interpreting the Discursive, Symbolic, and Material Position of Sex Work in Feminist Theory. *Feminist Theory*, 5(3), 343-355.
- Smart, C. (1998). La búsqueda de una teoría feminista del derecho. *Delito y Sociedad*, 1(11-12), 105-124.
- Sprandel, M.A. (2016). “Vou pra rua e bebo a tempestade”: observações sobre os dissabores do guarda-chuva do tráfico de pessoas no Brasil. *Cadernos Pagu* (47) Recuperado el 17 de julio de 2018 de <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201600470009>
- Varela, C. (2015). La campaña antitrata en la Argentina y la agenda supranacional. En Daich, D. y Sirimarco, M. (Coords), Género y violencia en el mercado del sexo. Política, policía y Prostitución (pp. 109-149). Buenos Aires: Biblos.

Varela, C. (2013). De la “letra de la ley” a la labor interpretante: la “vulnerabilidad” femenina en los procesos de judicialización de la ley de trata de personas (2008-2011). *Cadernos Pagu (online)*, 41, 265-302. Recuperado el 12 de noviembre de 2016 de <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n41/15.pdf>

## Informes

AMMAR y RedTraSex. Daich, D. y Varela, C. (2014). *Políticas antitrata y vulneración de derechos de las Trabajadoras Sexuales*. Recuperado el 1 de marzo de 2019 el de <http://www.ammар.org.ar/IMG/pdf/informe-ammар.pdf>

AMMAR y RedTraSex. Daich, D. y Varela, C. (2016) *Trabajo Sexual Y Violencia Institucional: Vulneración De Derechos Y Abuso De Poder Hacia Mujeres Trabajadoras Sexuales*. Recuperado el 1 de marzo de 2019 el de [http://www.redtrасex.org/IMG/pdf/informe\\_nacional\\_argentina.pdf](http://www.redtrасex.org/IMG/pdf/informe_nacional_argentina.pdf)

Amnesty International. (2016). *Lo que hago no es un delito” El coste humano de penalizar el trabajo sexual en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina*. Recuperado el 1 de marzo de 2019 de <https://www.amnesty.org/es/documents/amr13/4042/2016/es/>

OEA. Segundo Plan de Trabajo para combatir la trata de personas que abarca el período 2015-2018. Recuperado el 1 de marzo de 2019 de <http://www.oas.org/csh/spanish/plandetrabajo.asp>

Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX). (2016). Recuperado el 1 de marzo de 2019 de <https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2015/02/Informe-100-sentencias-final-v-7.pdf>

RedTraSex. (2016). *Trabajo sexual y condiciones laborales*. Recuperado de [http://redtrасex.org/IMG/pdf/informe\\_regional\\_esp.pdf](http://redtrасex.org/IMG/pdf/informe_regional_esp.pdf)

RedTraSex. (2016). *Trabajo sexual y violencia institucional. Vulneración de Derechos y Abuso de poder hacia mujeres trabajadoras sexuales*. Recuperado el 11 de enero de 2017 de [http://redtrасex.org/IMG/pdf/informe\\_regional\\_esp-2.pdf](http://redtrасex.org/IMG/pdf/informe_regional_esp-2.pdf)

**Fátima Gamboa y Alejandra Padilla**Coordinadora del Área Legal de EQUIS. Contacto: fgamboa@equis.org.mx //  
Asistente Ejecutiva de la Directora de EQUIS. Contacto: apadilla@equis.org.mx

# Transparentar sentencias judiciales en México:

## El camino recorrido de una organización feminista para mejorar la rendición de cuentas del Poder Judicial

### Resumen

En 2012, ante la iniciativa de crear un observatorio nacional de sentencias para documentar la incorporación de la perspectiva de género, EQUIS Justicia para las Mujeres se percató que no había sentencias que analizar dado el acceso restringido. ¿Cómo saber si el Poder Judicial estaba garantizando los derechos humanos si no se podían conocer las sentencias? Esto llevó a replantear el trabajo de EQUIS, dando inicio a un esfuerzo por denunciar la falta de transparencia en el Poder Judicial y a una estrategia integral para crear sinergias, fomentar el uso de herramientas del derecho a la información y fortalecer las habilidades técnicas de la sociedad civil para exigir mayor rendición de cuentas y analizar sentencias desde una perspectiva de género.

### Introducción

En los últimos años, EQUIS Justicia para las Mujeres (EQUIS), organización feminista de la sociedad civil, ha centrado gran parte de su trabajo en monitorear al Poder Judicial mexicano, particularmente, en lo que concierne a la impartición de justicia. Dicho Poder, que durante años ha operado en la opacidad, ha mantenido las sentencias que se emiten en la oscuridad, razón por la cual la ciudadanía no puede conocer bajo qué criterios se imparte justicia en México. Este texto muestra el recorrido no lineal que ha atravesado EQUIS en su esfuerzo por visibilizar la importancia de transparentar las sentencias y monitorear el trabajo de jueces y juezas, con el objetivo final de mejorar el acceso a la Justicia de todas las mujeres.

## El surgimiento de EQUIS Justicia para la Mujeres y la coyuntura en México

En 2010, un grupo de jóvenes activistas feministas identificó que, hasta ese momento, en México no existía organización alguna enfocada en analizar y monitorear la situación en torno al acceso a la Justicia de las mujeres. Por lo que, en respuesta a los desafíos en relación con la protección de los derechos humanos de las mujeres, y con el objetivo de aportar nuevas perspectivas y estrategias para mejorar el acceso de las mujeres a la Justicia en México, decidieron fundar EQUIS Justicia para las Mujeres.

Un año después de la fundación de EQUIS, y una vez que el trabajo estaba arrancando, una reforma constitucional estableció un nuevo paradigma en México: la incorporación de los derechos humanos en la Constitución. Con dicha reforma se estableció que es función del Estado mexicano defender, garantizar y promover los derechos humanos, teniendo como eje transversal la no discriminación. Esto significaba que, a partir de entonces, las y los jueces tendrían que velar por la defensa y protección de los derechos humanos. Este nuevo paradigma representó una gran oportunidad para el trabajo de EQUIS, ya que permitió hacer exigible ante el Poder Judicial que la impartición de justicia estuviera permeada por un criterio de derechos humanos, donde no hubiera lugar a la discriminación por razones de género.

Otra gran oportunidad surgió cuando, derivado de la reforma constitucional del 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) dedicó una importante cantidad de recursos a la elaboración de un Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género<sup>1</sup> cuyo objetivo

era el de convertirse en un instrumento para que quienes imparten justicia pudieran identificar y evaluar en los casos sometidos a su consideración:

- Los impactos diferenciados de las normas;
- La interpretación y aplicación del derecho de acuerdo a roles estereotipados sobre el comportamiento de hombres y mujeres;
- Las exclusiones jurídicas producidas por la construcción binaria de la identidad de sexo y/o género;
- La distribución inequitativa de recursos y poder que deriva de estas asignaciones, y
- La legitimidad del establecimiento de tratos diferenciados en las normas, resoluciones y sentencias.

De esta manera, en el plano discursivo, los derechos humanos y la perspectiva de género comenzaron a ser temáticas frecuentes y, sin duda, muchas personas dentro del Poder Judicial comenzaron a mostrar un claro compromiso con este nuevo paradigma constitucional. Sin embargo, aún se desconocía cómo dicho compromiso estaba impactando en la impartición de justicia (esto es, cómo -y si es que era así- la perspectiva de género y los derechos humanos estaban siendo plasmados en la toma de decisiones de jueces y juezas y sus sentencias). Es así cómo surgieron las preguntas guías del trabajo de EQUIS: ¿cómo se imparte justicia en México? ¿cómo saber si los jueces y juezas están juzgando con perspectiva de género y de derechos humanos?

EQUIS ya era parte de la Articulación Regional Feminista (ARF)<sup>2</sup>, la cual estaba concentrando sus esfuerzos en analizar sentencias judiciales de varios países desde una perspectiva

1 Se puede revisar en el siguiente link: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero-haciendo-realidad-el-derecho-la-igualdad>. Recuperado el 3 de marzo de 2019.

2 Es una articulación compuesta por diversas organizaciones feministas de la región: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) de Ecuador, DEMUS-Estudios para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (DEMUS) de Perú, Coordinadora de la Mujer de Bolivia, Corporación Humanas Chile, Corporación Humanas Colombia y EQUIS Justicia para las Mujeres.



de género. Sin embargo, a falta de una metodología sólida que permitiera analizar a profundidad las sentencias judiciales, el criterio para determinar si una sentencia incluía o no perspectiva de género, en ese momento, era si éstas hacían referencia a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Dicho criterio resultaba ser una mera descripción, no un análisis profundo de las sentencias, ya que cualquier juez o jueza puede mencionar instrumentos internacionales en sus sentencias sin que esto se traduzca en una interpretación profunda del caso que tome en cuenta la complejidad de las relaciones de género en la sociedad. Otro reto que se presentó durante el trabajo con la ARF fue que el contexto diferenciado entre los países, así como las diferencias presentes entre los sistemas jurídicos, impidió que se pudiera consolidar un observatorio regional.

Debido a lo anterior, EQUIS consideró la necesidad de implementar un observatorio de sentencias a nivel nacional en 2014, el cual permitiera analizar si las sentencias emitidas estaban siendo permeadas por la reforma constitucional y por el protocolo emitido por la SCJN sobre perspectiva de género, detectar patrones sobre la impartición de justicia e identificar buenas y malas prácticas. Para lograr esto se necesitaban dos elementos esenciales: elaborar una metodología sólida para analizar las sentencias desde una perspectiva de género, y contar con sentencias para el trabajo de análisis. En un primer momento se pensó que lo más complicado sería elaborar la metodología. Nadie se imaginó que el reto más grande sería la obtención de las propias sentencias. Precisamente, la falta de acceso a éstas sería un punto de quiebre que replantearía todo el trabajo de la organización.

## El poder judicial y la falta de acceso a las sentencias

Tras un intenso trabajo, EQUIS elaboró una metodología para analizar si las sentencias estaban siendo emitidas con perspectiva de género, la cual tomó en cuenta el protocolo de la SCJN así como jurisprudencia de la Corte Interamericana y diversos criterios internacionales. También, se colaboró con mujeres expertas en la materia y su retroalimentación fue integrada para garantizar la solidez del documento. No obstante, dicha metodología resultaba poco útil sin sentencias accesibles.

El equipo de EQUIS concluyó que, si las sentencias no estaban publicadas y no eran de fácil acceso, lo primero que se tenía que hacer era mapear quiénes podrían compartir sentencias. El mapeo incluyó a organizaciones de la sociedad civil que habían acompañando o litigado casos y que, por tanto, tenían algunas sentencias en sus manos, y a una red de juezas que mostró interés en colaborar, así como a instancias gubernamentales y personas dentro del ámbito académico que contaban con acceso a sentencias. Tras realizar una serie de alianzas, se lograron obtener 60 sentencias. Sin duda, se trataba de un buen número, pero surgieron varios desafíos. Primero, obtener las sentencias de esta forma no resolvía el problema estructural de que las sentencias no estaban publicadas<sup>3</sup> y, por lo tanto, si la ciudadanía quería conocer el trabajo judicial, no podía hacerlo. Segundo, EQUIS no tenía la capacidad de mantener un monitoreo constante de las sentencias emitidas, ya que la revisión de cada sentencia puede llevar varios días e incluso semanas, razón por la cual era importante sumar a más organizaciones de la sociedad civil.

<sup>3</sup> Las versiones que se obtuvieron no estaban en versión pública, por lo que no cumplían con lineamientos específicos, como proteger datos personales, por ejemplo.

## Incidencia en aras de la transparencia

En México, las exigencias por parte de la sociedad civil respecto a transparencia gubernamental llevan siendo implementadas por poco más de 15 años, sin embargo, estos esfuerzos se han centrado exclusivamente a las ramas ejecutiva y legislativa. Es decir, el Poder Judicial ha pasado prácticamente desapercibido. Esto se explica debido a que éste está compuesto por elementos que lo hacen distinto a los otros poderes: sus miembros no son electos por vía electoral; el lenguaje que utilizan es especializado y en muchos casos difícil de comprender; existe un desconocimiento generalizado sobre el trabajo que realizan, y por lo mismo, se desconoce de qué forma las decisiones que ahí se toman impactan en la sociedad. Asimismo, y tal como se mencionó con anterioridad, históricamente el Poder Judicial ha mantenido sus procesos y toma de decisiones poco públicas. Tomando esto en consideración, EQUIS optó por implementar también una estrategia de incidencia que permitiera presionar al Poder Judicial a cumplir con sus obligaciones de transparencia.

La estrategia que se pensó incluyó los siguientes elementos: realizar un análisis de la transparencia de sentencias en cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia, así como del Poder Judicial Federal para conocer con precisión la situación; implementar una campaña de comunicación transversal que permitiera visibilizar ante la ciudadanía la importancia de conocer las sentencias; capacitar a organizaciones de la sociedad civil en todo el país en el uso de herramientas de transparencia y en el monitoreo del Poder Judicial –incluyendo el uso de la metodología para analizar las sentencias desde una perspectiva de género–; y finalmente, capacitar a jueces y juezas en cómo juzgar con perspectiva de género. Esta estrategia integral, que incluía profesionalización tanto de jueces como de organizaciones de la sociedad civil, comenzó en 2015 y, a la fecha,

continúa siendo un eje fundamental de trabajo de EQUIS. El camino ha sido largo, pero poco a poco, sus efectos positivos comienzan a ser tangibles.

## Investigando el estado del arte de la transparencia judicial

En 2015, EQUIS realizó una investigación exhaustiva del cumplimiento de los Poderes Judiciales de los 32 estados sobre la obligación de publicar sentencias, a través de la evaluación de sus páginas web. Los resultados de dicha investigación fueron interpretados con base en los cuatro principios que caracterizan la información en manos del Estado: pública, completa, oportuna/permanente y accesible. Los resultados fueron diversos y preocupantes: ningún tribunal recibió una evaluación completamente satisfactoria, **pues en ningún caso se cumplió cabalmente con los principios analizados**. La situación era crítica, pues únicamente 17 estados publicaban algunas sentencias de forma íntegra. Sin embargo, ningún poder judicial publicaba la totalidad de las sentencias que habían causado estado<sup>4</sup>. Adicionalmente, se encontró que la mayoría de la información que se publicaba sobre sentencias estaba incompleta y no se encontraba actualizada; el diseño de los portales dificultaba, o incluso impedía, el estudio de expedientes y sentencias.

## La entrada en vigor de una nueva ley

A los pocos meses de que se publicó la investigación de EQUIS, se creó una gran expectativa debido a que iba a entrar en vigor una nueva ley de transparencia. Se pensó que esta ley tendría como objetivo terminar con la heterogeneidad y arbitrariedad con la que publicaban

<sup>4</sup> Esto significa que ya son sentencias definitivas, en donde no hay lugar a apelaciones.

las sentencias los tribunales, y que se homogeneizaran los procedimientos para garantizar el acceso de la ciudadanía a la información en general. Sin embargo, esto no sucedió en materia de sentencias.

La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), que entró en vigor en 2015, obligó a todos los poderes judiciales a dar a conocer las versiones públicas de las sentencias que fueran de **interés público**. Lo que podría parecer un avance, no lo fue, ya que el concepto de interés público no está definido en la ley, por lo que cada tribunal lo interpretó como quiso, lo que derivó en mayor opacidad judicial. En 2017, EQUIS realizó una segunda investigación para demostrar el impacto negativo de esta ley en los procesos de armonización legislativa de las normas de transparencia locales. Los resultados fueron los siguientes:

- La mayoría de los tribunales no estaba publicando ninguna sentencia bajo el argumento de que no eran de interés público.
- Tomando como referencia el diagnóstico realizado por Equis en 2015, y derivado del proceso de armonización de las leyes locales de transparencia con la ley general, se pudo observar que de 29 poderes judiciales que tenían la obligación de publicar todas sus sentencias, ahora únicamente 4 legislaciones mantuvieron este criterio.

Ahora bien, no todo fue negativo con la entrada en vigor de la LGTAIP. Esta ley estableció que se deben implementar medidas de accesibilidad para que cualquier persona que así lo requiera pueda solicitar una sentencia o acceder a ella. La ley señala que las sentencias deben ser accesibles para personas analfabetas, hablantes de una lengua indígena o personas con discapacidad, lo cual representa una oportunidad para abrir una discusión en torno a la importancia de que la información pública sea accesible para todas las personas,

y dar la posibilidad de que se planteen estrategias innovadoras para que sea una realidad.

Otro asunto importante es que la nueva ley estableció que la ciudadanía puede participar en las definiciones respecto a qué información se debe transparentar, por lo tanto, todo aquello que la ciudadanía considere de interés público debe ser transparentado de forma obligatoria. Esta propuesta es innovadora, pero lamentablemente, sólo en el papel. Hasta el momento, se desconoce la implementación de estos mecanismos. A pesar de esto se considera que esta podría ser una vía para democratizar o abrir el Poder Judicial a que colabore con la sociedad civil y la ciudadanía.

Además de la investigación, EQUIS emprendió un litigio estratégico junto con otras organizaciones de la sociedad civil<sup>5</sup>, por medio del cual se demandó al estado de Zacatecas por violar su obligación de publicar sentencias. El Poder Judicial de Zacatecas es un caso paradigmático porque durante dos años no ha publicado una sola sentencia bajo el argumento de que no han tenido ninguna sentencia que sea de interés público.

Actualmente, EQUIS también tiene un proceso abierto de investigación por medio del cual se está analizando cómo el concepto de interés público está provocando mayor opacidad en la práctica judicial. Asimismo, se está documentando la ausencia de mecanismos de participación ciudadana en los poderes judiciales y los problemas estructurales en las unidades de transparencia, tales como: la falta de presupuesto para cumplir con la obligación de transparentar, problemas con la generación de datos, entre otros.

5 Además de EQUIS, las organizaciones que participaron en este litigio fueron: Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad (MCCI), México Evalúa, Borde Político, Artículo 19, Participando por México, Controla tu Gobierno y Fundar

Las investigaciones realizadas por EQUIS muestran que el Poder Judicial mexicano enfrenta varios desafíos en cuanto a garantizar una verdadera transparencia judicial en términos de las sentencias. En primer lugar, el hecho de que sólo una mínima parte de las sentencias que se emiten en el país estén publicadas, deja ver que los Poderes Judiciales no han sido objeto de escrutinio público. En segundo lugar, la falta de accesibilidad, que va desde motores de búsqueda poco ágiles hasta el uso de un lenguaje complicado, deriva en que la ciudadanía se encuentre con obstáculos a la hora de intentar acceder a la información.

También sería relevante que atendiendo al principio de interés público, se establezcan lineamientos y procedimientos para desarrollar catálogos de sentencias que contengan información de interés público, es decir, sentencias que dada la coyuntura política o el contexto social es necesario difundir ampliamente entre la sociedad a través de la televisión, la radio, los medios impresos y digitales -incluso mediante la realización de actividades de divulgación académica, como foros, conferencias, mesas de debate, etc.-, de tal forma que la información judicial procesada sea accesible y útil para la toma de decisiones, la rendición de cuentas y la participación ciudadana.

### Incidencia mediática

A la par de las investigaciones de gabinete, EQUIS ha implementado una campaña mediática -cuyo canal principal han sido las redes sociales- con el objetivo de presentar ante la ciudadanía casos emblemáticos en los que jueces y juezas han emitido sentencias basadas en estereotipos de género que reproducen discriminación y exclusión. Esto con el interés de visibilizar la importancia de conocer cómo se está impartiendo la justicia en nuestro país, para poder monitorear al Poder Judicial y desencadenar procesos de exigencia ciudadana.

A lo largo de estos años, se ha utilizado, como parte de la campaña, el hashtag #LoJustoEsQueSepas como columna vertebral para movilizar mensajes y se han realizado diversos videos que incluyen las voces de personas que han sido víctimas de jueces y juezas que tomaron decisiones basadas en estereotipos y que utilizaron argumentos como “ir en contra de lo tradicional”, ser “malas madres”, “no acatar los roles tradicionales de género”, entre otros. Los testimonios han permitido acercar la problemática a la sociedad y socializar con un lenguaje ciudadano -que dista mucho del utilizado en el Poder Judicial- las sentencias judiciales, y gracias a alianzas con más de 18 organizaciones de la sociedad civil en todo el país, se ha logrado crear eco en torno a la importancia de conocer la labor de jueces y juezas.

### Fortalecimiento de la sociedad civil

En 2016, en el Censo Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales Federal (INEGI-INA) se observó que solo 1.9 por ciento de las solicitudes que se ingresan a la Plataforma Nacional de Transparencia son dirigidas al Poder Judicial, mientras que el 65 por ciento fueron dirigidas al Poder Ejecutivo. Esto evidencia que el monitoreo ciudadano hacia este poder es muy bajo. Tal como se ha venido señalando, mientras esto prevalezca como una tendencia, el Poder Judicial continuará siendo un poder que opera en la sombra. EQUIS también trabajó con un grupo focal de organizaciones de la sociedad civil que realizan litigio estratégico en casos de defensa de víctimas, y lo que se observó es que solo dos -de las 10 organizaciones que participaron- habían ingresado solicitudes de acceso a la información, y ninguna de ellas, lo había hecho para solicitar información al Poder Judicial.

Con esta información se planeó una estrategia para sensibilizar a diversas organizaciones de

la sociedad civil en la importancia del uso de las herramientas de transparencia y en su utilidad para realizar incidencia política. El objetivo era facilitar el proceso de creación de una masa crítica que permitiera tener un contrapeso al Poder Judicial a través del monitoreo ciudadano. Varias organizaciones han fortalecido estas habilidades y actualmente se encuentran haciendo uso de la metodología para analizar sentencias con perspectiva de género, aplicándola en el análisis de sentencias de tribunales locales<sup>6</sup>. El interés de que las organizaciones de la sociedad civil encontraran en las herramientas de transparencia una utilidad, no solo era para profesionalizarlas en esta materia, sino para que tuvieran los elementos que les permitieran exigirle al Poder Judicial una justicia con perspectiva de género y de derechos humanos. Como se mencionó con anterioridad, analizar sentencias es una tarea que requiere de mucho tiempo por lo que mientras más organizaciones conozcan cómo hacerlo y estén interesadas en ello, más fácil será crear una red de monitoreo del Poder Judicial.

## Capacitación de jueces y juezas

Las capacitaciones sobre perspectiva de género y temas relacionados con derechos humanos se han vuelto una práctica común dentro de las instancias gubernamentales y judiciales en México. Cada año se anuncia como un gran logro, el número de personas servidoras públicas que fueron capacitadas en la materia. Idealmente, las capacitaciones permitirían a las y los servidores públicos y a las personas juzgadoras aprender nuevos temas, sensibilizarles y, por lo tanto, aplicar dichos conocimientos en su labor. La realidad es que no se ha podido comprobar que exista una correlación positiva

entre el número de capacitaciones impartidas y la mejora de la impartición de justicia, esto debido a que, sin el acceso a las sentencias, es imposible saber cómo se imparte justicia.

Actualmente, EQUIS se encuentra realizando una investigación sobre este asunto, y lo que se ha encontrado hasta este momento es que no hay ningún tipo de rigor metodológico/pedagógico en muchas de las capacitaciones que se imparten y peor aún, no hay mecanismos establecidos de evaluación que permitan saber con precisión si el trabajo cotidiano de jueces y juezas está mejorando. La única forma para tener certeza respecto al impacto de las capacitaciones es, precisamente, a través del análisis de las sentencias.

En 2017, EQUIS firmó convenios de colaboración con los tribunales de tres estados: Oaxaca, Tlaxcala y la Ciudad de México, con el objetivo de impartir una capacitación de amplio alcance a juezas y jueces de cada tribunal. Dicha capacitación tiene como objetivo ofrecer no solo conocimientos básicos sobre perspectiva de género, sino que busca que éstos cuenten con herramientas para aplicar lo aprendido en su trabajo. Para poder analizar si la capacitación que EQUIS está impartiendo es útil, se realizaron convenios con organizaciones de la sociedad civil, quienes tras formarse en monitoreo ciudadano y en el uso de la metodología para analizar sentencias desde una perspectiva de género, estarán investigando, a través de las sentencias, el impacto de las capacitaciones.

Como estrategia adicional, cabe resaltar que EQUIS envió un informe sombra al Comité de la CEDAW en el que abordó la falta de transparencia en los poderes judiciales. Como resultado, por primera vez en la historia de nuestro país, dichos poderes fueron llamados ante el Comité de Expertas de la CEDAW para brindar información y dicho comité realizó recomendaciones al Estado mexicano entre

6 Las sentencias se han obtenido a través de acuerdos de colaboración con los tribunales en los que establece que los resultados del análisis solo serán utilizados para mejorar los procesos de impartición de justicia, y que dicha información no se hará pública.



las que se encuentran: realizar reformas legislativas para modificar la LGTAIP –reconociendo que ha resultado en mayor opacidad judicial-. El comité también visibilizó la importancia de la transparencia judicial como mecanismo para favorecer el acceso a la Justicia de las mujeres.

Actualmente, EQUIS contempla que un paso pendiente es acercarse directamente con legisladores y legisladoras para discutir los retos que existen en cuanto a la transparencia de las sentencias y abrir la posibilidad de que la LGTAIP sea modificada para que elimine la ambigüedad del concepto de interés público.

## Comentarios finales

Lo que comenzó con la intención de crear un observatorio de sentencias judiciales, ha derivado en un proceso no lineal en el que EQUIS ha aprendido a fortalecer sus habilidades en incidencia política y se ha convertido en una de las organizaciones precursoras en la materia, contando con el mayor número de recursos, trabajo y estudios en el tema de la transparencia judicial desde una perspectiva de género en México. En este texto, decidimos contar nuestra experiencia porque estamos convencidas que nuestro aprendizaje, a lo largo de los años, puede ser de utilidad a organizaciones feministas en la región. El trabajo que hemos realizado ha presentado retos constantes, marcado por múltiples decisiones imprevistas y aprendizajes. Este texto ha sido una buena oportunidad para narrarnos a nosotras mismas el proceso por el que hemos pasado y, al mismo tiempo, dejar constancia de lo que hemos realizado en nuestra misión de mejorar la impartición de justicia para las mujeres en México.

Si algo hemos aprendido durante todo este proceso es que la transparencia del Poder Judicial es esencial, entre otras cosas, para: mejorar la impartición de justicia, aumentar la confianza de la ciudadanía en las instituciones impartidoras de justicia, estimular una gestión pública más eficiente, favorecer el empleo racional de los recursos, poner frenos a la corrupción, fortalecer su independencia del poder político e incrementar la participación de la sociedad civil en sus procesos.

Desde una perspectiva de género y de derechos humanos, la transparencia-particularmente en lo que se refiere a la publicación de sentencias judiciales-, permite conocer los criterios con los que se está juzgando, lo cual abre la puerta a la creación de criterios interpretativos protectores de derechos humanos y abre la posibilidad de que las personas se movilicen exigiendo un mejor sistema de justicia.

En suma, no solo la ciudadanía se beneficia de la transparencia y la rendición de cuentas, sino que litigantes y juzgadoras/es se pueden favorecer de mantener actualizado el sistema jurídico a través de la aplicación, interpretación e integración de las normas. Estamos convencidas que, sin transparencia en las sentencias, difícilmente sabremos si se imparte justicia para todas las personas, particularmente para todas aquellas personas que se enfrentan continuamente a discriminación por su identidad o condiciones particulares.

## Astghik Hairapetian

Estudiante de derecho en la University of California, Los Angeles School of Law. Recibió su licenciatura en Relaciones Internacionales y Filología Hispánica de la University of British Columbia en 2017. Fue pasante en el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en 2018.

# Propiedad y Género: Un análisis del sistema de jueces y juezas comunales de Nicaragua

## Resumen

Los y las juezas comunales (*wihtas*) que se desempeñan en el pueblo Misquito de la Región Autónoma de la Costa Caribe Norte de Nicaragua representan una alternativa local a la justicia estatal. Sin embargo, son una solución superficial a las deficiencias de una configuración estatal. Aunque el sistema de *Wihtas* reivindica el poder legal de las Región Autónoma, no aborda –y posiblemente ofusca– la raíz de esas deficiencias. El artículo que se presenta aquí delinea la historia compleja del pueblo Misquito y las limitaciones de un sistema de jueces y juezas comunales que no contempla esa complejidad. Se tomarán como ejemplos los temas de propiedad y género. El artículo concluye que, a pesar de las ventajas del sistema comunal, al ignorar el marco estatal tradicional en que desempeñan los y las *Wihtas*, no llega a abordar de forma satisfactoria esos temas fundamentales.

Palabras clave: *Wihtas*, jueces y juezas comunales, capitalismo, Región Autónoma de la Costa Caribe Norte, Nicaragua

## 1. Historia

La delimitación histórica del pueblo Misquito ha sufrido cierta esencialización<sup>1</sup>. Sin embargo, algunos datos básicos ayudan a armar, a grandes rasgos, los antecedentes de este pueblo, y a su vez, generar el contexto dentro del cual actúan los y las *wihtas*, o jueces y juezas comunales.

El pueblo Misquito de la costa atlántica de Nicaragua nunca se conquistó por el Imperio Español<sup>2</sup>. Tuvo relaciones estrechas con los ingleses: hacia 1687 aparecieron los primeros reyes misquitos coronados por los ingleses<sup>3</sup>. Ellos reemplazaron a los caciques que anteriormente se encargaban de administrar la ley<sup>4</sup>. Gran Bretaña también encomendó oficiales conocidos como *kuatmas* (del inglés,

<sup>1</sup> Arraiza, J.M. (2012). Squaring Indigenous Circles: The Making of Nicaragua's Indigenous Communal Property Regime, *International Journal on Minority and Group Rights*, 19, 14.

<sup>2</sup> Bataillon, G. y Galindo Juárez, V. (2007). Protestantismo moravo y establecimiento de nuevos habitus entre los misquitos nicaragüenses (1848-2000). *Estudios Sociológicos*, 25, 41.

<sup>3</sup> Id., 45.

<sup>4</sup> Moreno Blanco, E. (2013). El *Wihta* en la legislación nicaragüense: su función jurisdiccional y competencial, en la aplicación del artículo 20 del Código Penal de la República de Nicaragua. Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua –León, 16.

*quartermasters*) para ejecutar las órdenes del gobierno<sup>5</sup>. La llamada “Mosquitia” era un protectorado de Gran Bretaña hasta 1860, cuando éste tuvo que reconocer la soberanía de Nicaragua sobre la costa atlántica<sup>6</sup>. La región se convirtió en una reserva hasta incorporarse a Nicaragua por fuerza en 1894<sup>7</sup>.

Una presencia importante en la historia de la región era la iglesia protestante morava a partir de 1847<sup>8</sup>. Esa institución permitió que los y las misquitas se permanecieran alejados y alejadas del mundo hispanohablante nicaragüense, aún después del retiro de Gran Bretaña<sup>9</sup>.

En el siglo XX, la presencia de los y las moravas generó cambios sociales, económicos y políticos. En primer lugar, se dio una campaña de alfabetización<sup>10</sup>, aunque hoy en día alrededor de 43 por ciento de la población de las regiones autónomas es analfabeta<sup>11</sup>. Económicamente, hubo un movimiento hacia un sistema capitalista. Por ejemplo, anteriormente los misquitos “tenían necesidades limitadas que satisfacían con pocos gastos”<sup>12</sup>, posterior a la introducción de la iglesia protestante morava, se enfatizó la necesidad de ganar dinero para comprar ropa, muebles, etc.<sup>13</sup> Políticamente, los oficiales religiosos desempeñaron un papel político también, ya que muchas veces, la comunidad prefería acudir al pastor y a los ancianos de la iglesia en vez de los jefes políticos nombrados por el gobierno central<sup>14</sup>.

Para algunos, estos cambios llevaron a una transformación fundamental en la cosmovisión misquita. Por ejemplo, plantea Bataillon

que: “El ideal del *kupia kumi* que remite a la idea de que las buenas decisiones son las que se toman conjuntamente (*asla bapanka*) y son resultado de una idea federalista (*asla lukanka*), no corresponde, aunque así lo diga la tradición oral misquita, a normas tradicionales, sino que con seguridad se desarrolló a través del contacto con los moravos.”<sup>15</sup>. De este contexto surge la figura de la *wihta*.

## 2. Jueces y juezas Comunitarias: los y las *wihtas*

La palabra *wihta* está compuesta de la palabra *wih*, que quiere decir “ir” y *ta*, que quiere decir “cabecilla.”<sup>16</sup> Entonces, el o la *wihta* va en primero en impartir la justicia<sup>17</sup>. La antropóloga indígena Edda Moreno Blanco, a base de entrevistas con *wihtas*, quienes trabajan en comunidades de la etnia misquita mayormente, pero también de la etnia mayagna, plantea que la figura de la *wihta* comenzó a tener presencia a partir de 1935<sup>18</sup>. Afirma que las acciones de esta figura aumentaron, en 1960, para incluir no sólo la aplicación de la justicia, sino también el manejo del registro civil<sup>19</sup>. La base legal de la *wihta* vino más tarde y está en la Constitución Política de 1995<sup>20</sup>, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003<sup>21</sup> y el Estatuto de Autonomía de las Regiones de 2016<sup>22</sup>.

.....  
15 Id., 63.

16 Moreno, supra note 4 at 21.

17 Id.

18 Id., 17.

19 Id.

20 Id. at 19. “El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales.” Artículo 5°. 3er párrafo. 1 Febrero 1995.

21 Id. “El Poder Judicial respeta, promueve y garantiza el Régimen de Autonomía de las Regiones donde habitan los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua.” Artículo 61.

22 El texto de ley N°28: “Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Caribe de Nicaragua” con sus Reformas Incorporadas (La Asamblea Nacional de la República de Nicaragua (2016). “La Administración de Justicia en las Regiones Autónomas se regirá por regulaciones especiales

.....  
5 Id., 17.

6 Bataillon, supra note 2.

7 Id.

8 Id., 46.

9 Id., 49.

10 Id., 61.

11 Finley-Brook, M.(2007). Indigenous land tenure insecurity fosters illegal logging in Nicaragua, *The International Forestry Review*, 9, 13.

12 Bataillon, supra note 2 at 57.

13 Id., 58.

14 Id., 56.



Según el Poder Judicial de Nicaragua, los requisitos son: saber leer y escribir, hablar la lengua predominante de la comunidad, no tener condena plena purgada por comisión de un delito, ser mayor de edad, ser líder reconocido o reconocida en su comunidad, ser nativo o nativa de una de las comunidades del territorio y no ser militar en servicio activo o siéndolo, renunciar por lo menos 12 meses antes de nombramiento<sup>23</sup>. Los y las *wihtas* se proponen por otros *wihtas* del territorio al que pertenecen<sup>24</sup>. Los y las *wihtas* se acreditan por la Corte Suprema<sup>25</sup>. Los casos que pueden resolver son: robos, injurias, calumnias, amenazas, daños leves a la propiedad, riñas o peleas, irrespeto a las autoridades comunales y otras faltas leves<sup>26</sup>. Los delitos mayores como asesinatos y tráfico de estupefacientes son remitidos a la Justicia ordinaria<sup>27</sup>.

Algunas particularidades del sistema de *wihtas*, son que 1) “el cobro va de acuerdo a la capacidad objetiva del victimario,”<sup>28</sup>, 2) por ser un sistema de justicia restaurativa, no se contempla la prisión ni el aislamiento social en la cosmovisión misquita<sup>29</sup> y 3) muchas veces un caso de violación se resuelva por un *Tala Mana* (pago por la sangre) un pago compensatorio por parte del agresor a la familia de su víctima<sup>30</sup>; entre otras. En general, el trabajo

de los y las *wihtas* se considera exitoso: por ejemplo, resolvieron en el primer semestre de 2017, 130 casos y se han llevado a cabo varias capacitaciones e intercambios<sup>31</sup>.

### 3. Limitaciones

A pesar de los éxitos, hay todavía una brecha entre los problemas fundamentales del pueblo Misquito, y el poder de los y las *wihtas*. Como se desarrollará con los ejemplos de propiedad y género a continuación, esa tensión se trata de la introducción de un sistema judicial comunitario, y tal vez esencializado, dentro de un sistema de instituciones tradicionales. Esa yuxtaposición no rellena los huecos que deja un sistema estatal, y a veces incluso magnifica esos problemas. Teniendo en cuenta que pertenecer a y prosperar en un sistema estatal moderno implica una necesidad de controlar la tierra<sup>32</sup> y muchas veces generar y explotar jerarquías sociales<sup>33</sup>, los temas de propiedad y violencia de género son puntos de partida útiles para observar las deficiencias de un sistema comunal que pretende abordar los huecos que deja un marco estatal tradicional, viéndose restringida por esa misma delimitación entre los dos sistemas.

#### A. Propiedad

Dentro del tema de la propiedad, la delimitación entre lo estatal y lo comunitario restringe una búsqueda adecuada de justicia<sup>34</sup>.

que reflejarán las particularidades culturales propias de las Comunidades de la Costa Caribe, de conformidad con la Constitución Política de Nicaragua.” Artículo 18.

<sup>23</sup> Los *Wihatas* o Jueces Comunitarios, Poder Judicial de Nicaragua. Recuperado el 4 de marzo de 2019 de <https://www.poderjudicial.gob.ni/facilitadores/whitas.asp>.

<sup>24</sup> Id.

<sup>25</sup> Elvin González, B. (2017). Poder judicial otorga reconocimiento a jueces de barrios, *TN8 Noticias de Nicaragua y El Mundo*. Recuperado el 4 de marzo de 2019 de <https://www.tn8.tv/departamentos/438098-bilwi-poder-judicial-otorga-reconocimiento-jueces-barrios/>.

<sup>26</sup> Los *wihtas*, supra note 22.

<sup>27</sup> Id.

<sup>28</sup> Moreno, supra note 4 at 55.

<sup>29</sup> Id. Sin embargo, actualmente varios miembros de la comunidad sí manifiestan un anhelo por centros correccionales. Ibarra Rivera, C. I. (2005). El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa Caribe nicaragüense: ¿utopía o realidad?, *Revista IIDH*, 41, 19.

<sup>30</sup> Detener la violencia sexual en Nicaragua. (2015). Recuperado el 4 de marzo de 2019 <https://plan-international.es/blog/2015/09/detener-la-violencia-sexual-en-nicaragua>.

<sup>31</sup> Ibarra, supra note 29. ;Ubieta, J. (2017). *Wihatas* indígenas miskitus de Bilwi reciben capacitación. *Nicaragua al Día*. Recuperado el 4 de marzo de 2019 <https://www.nicaraguaaldia.com/2017/08/03/wihtas-indigenas-miskitus-bilwi-reciben-capacitacion/>.

<sup>32</sup> Bhandar, B. (2018). Colonial lives of property: law, land, and racial regimes of ownership.

<sup>33</sup> Lindio-McGovern, L. y Wallimann, I. (2009). Globalization and third world women: exploitation, coping and resistance.

<sup>34</sup> “Like their colonial predecessors, contemporary advocates seeking to protect indigenous people do not attempt to reverse the dispossessory effects of capitalism overall. Rather, they seek to erect a wall... guarded by the insistence that indigenous peoples’ landholding is collective and

La población de la Región Autónoma señala que una de las principales barreras al desarrollo económico es la inseguridad en el uso y tenencia de la tierra<sup>35</sup>. Por ejemplo, la explotación forestal pone en duda la capacidad de un sistema de administración local de resolver los problemas de la comunidad. Una falta de información sobre el sistema de licencias para la explotación forestal por parte de la comunidad Misquita lleva a una dependencia en firmas ajenas a la comunidad<sup>36</sup>. Sin embargo, el apoyo legal a las comunidades indígenas es poco, debido al aislamiento geográfico y la pobreza<sup>37</sup>. Las comunidades misquitas, entonces, no existen fuera del sistema estatal moderno, sino que dependen de él.

Hoy en día, el problema de la propiedad se ha magnificado con la venta ilegal de tierras indígenas a mestizos<sup>38</sup>. La tierra indígena es comunal y no se vende; sólo se puede vender un permiso de uso<sup>39</sup>. Aunque el gobierno, ante el público, ha manifestado una postura pro-indígena, tanto las comunidades indígenas como las comunidades mestizas ven que, en secreto, el gobierno promueve esa nueva colonización de las Regiones Autónomas<sup>40</sup>. Eso se

debe a la idea de que la comunidad misquita no valora el desarrollo económico, mientras los mestizos contribuirían al PIB nacional con la ganadería<sup>41</sup>. Sin embargo, esa postura corresponde a una visión esencializada de la comunidad indígena. Esa misma visión, que prescribe un sistema desfasado de jueces comunales que no responde a las necesidades del pueblo, también ignora sus matices culturales. Los y las integrantes del pueblo Misquito sí ven sus recursos comunales en términos económicos<sup>42</sup>.

En ese contexto, los dos lados también coinciden en que no se han investigado los asesinatos cometidos en el marco de la lucha por la propiedad entre los y las colonas mestizas y la comunidad indígena<sup>43</sup>. Para muchos del Poder Judicial, mandarse a trabajar en la costa caribe se considera un castigo, por lo que quienes trabajan en las Regiones Autónomas no son los y las mejores funcionarias<sup>44</sup>. Otro problema es que el Poder Judicial en sí no cuenta con representación étnica<sup>45</sup>.

Para concluir, entonces, las comunidades indígenas de las Regiones Autónomas no se quedan fuera del sistema estatal, sino que sus problemas tienen raíces en las carencias de ese mismo sistema. Sin embargo, el sistema estatal de justicia no lo resuelve<sup>46</sup>, y tampoco el sistema alternativo, al que se otorga poco poder, aunque ostensiblemente tiene como fin compensar las faltas del primero. Frente a ese problema grave, el poder de los y las *wihtas* de resolver casos de daños leves a la propiedad parece irrisorio.

inalienable. Such a wall leaves the world beyond its boundaries unchanged and confines those inside the wall to a set of constraints many of them reject, as they have shown by their actions over more than a century." Murray Li, T. (2010). Indigeneity, Capitalism, and the Management of Dispossession. *Current Anthropology*, 51, 385.

35 Rodríguez Peralta, M. (2011). La Región Autónoma del Atlántico Norte de Nicaragua: lo que no queremos ver. *Historia Actual Online*, 25, 86. Se señala como solución "promover el desarrollo de actividades productivas que permitan a los pueblos indígenas, afrocaribeños y comunidades étnicas beneficiarse de la renta que produce el acceso al mercado nacional e internacional con productos más elaborados, considerando las necesidades diferenciadas de género, étnicas y generacionales".

36 Finley, supra note 10 at 9.

37 Id. at 12.; Se debe notar también que la inseguridad de la tenencia de la tierra lleva no sólo a problemas entre comunidades indígenas y mestizos, sino también entre las comunidades indígenas. Id. at 11.

38 Robles, F. (2016, octubre). Una disputa por tierras indígenas provoca una ola de homicidios en Nicaragua. *The New York Times*, 4, 17.

39 Galanova, M. (2017, 1 de marzo). Lush heartlands of Nicaragua's Miskito people spark deadly land disputes. *The Guardian*.

40 Id.

41 Id.

42 Finley, supra note 10 at 11; Arraiza, supra note 1 at 35.

43 Galanova, supra note 39.

44 Chávez, J. y Moreno Blanco, E. (2011). Costeñas no desisten, *El Nuevo Diario*, 3. Recuperado el 4 de marzo de 2019 de <https://www.elnuevodiario.com.ni/especiales/237298-costenas-no-desisten/>.

45 Ibarra, supra note 29 at 19.

46 Ver por ejemplo, Galanova, supra note 39.

## B. Género

Para enfatizar este punto, se puede observar también la disonancia entre las capacidades de resolución de los y las *wihtas*, y la violencia de género. Ni el sistema estatal ni el sistema comunitario responden adecuadamente a casos de violencia de género. A veces, los y las *wihtas* no aceptan casos sobre la violencia de género, lo que lleva a los y las demandantes a buscar justicia en el sistema estatal<sup>47</sup>. El sistema estatal suele ser lento y menos sensible a la situación de mujeres de comunidades autónomas<sup>48</sup>. Además, el sistema estatal no responde adecuadamente a casos de violencia de género, ya que los casos de narcotráfico, que abundan en esa región, son la prioridad<sup>49</sup>. Al mismo tiempo, el poder de los narcos en la región crea cierta impunidad para quienes cometen agresiones<sup>50</sup>. Sobre todo, una situación de plurilegalidad produce huecos: no hay un proceso oficial para la transferencia de casos del sistema comunitario al sistema estatal, lo que genera una realidad en donde varios casos no llegan a resolverse bajo ningún sistema.<sup>51</sup>

Cuando los y las *wihtas* sí aceptan los casos de violencia de género, muchas veces no pueden abordar el problema de forma satisfactoria, ya que la resolución suele ser el *Tala Mana*<sup>52</sup>. Cuenta una mujer sobreviviente de la violencia de género: “El *whista* (*wihta*) me dijo que debía alegrarme de estar viva y que aceptara un *Tala Mana* por la violación. A mi familia le ofrecieron 50.000 córdobas (unos 1.682 euros) para cerrar el caso. Al final recibimos 5.000 córdobas (168 euros), pero yo nunca vi el dinero”<sup>53</sup>. Moreno Blanco también cuenta

de un caso de violencia de género en que ese pago no se realizó; sin embargo, afirma, confundidamente, que al reducir el pago según la capacidad económica del agresor para que éste pudiera realizarlo, “se acabó el problema”<sup>54</sup>. Efectivamente, ni el sistema estatal ni los y las *wihtas* se ven habilitados a abordar problemas de violencia de género, ni por separado, ni en conjunto. El sistema comunitario, entonces, actúa dentro de un marco estatal y no llega a satisfacer las deficiencias que el mismo genera<sup>55</sup>.

No obstante, hay esperanza de avanzar en ese tema. En 2017, de 38 *wihtas* en el casco urbano de Bilwi, 28 eran mujeres<sup>56</sup>. Según una *wihta* del barrio Waulalaya, “para nosotras las *wihtas* mujeres es sumamente importante el tema de género, porque algunas no sabemos de nuestros derechos y entonces cómo vamos a impartir justicia así. De igual manera es bueno para que los compañeros *wihtas* sepan que existe la igualdad de derechos”<sup>57</sup>. Además, de esa concientización, la estructura judicial de los y las *wihta* también permite alcanzar justicia en esa materia de una forma más eficaz que en el sistema estatal. Una integrante del Movimiento de Mujeres Nidia White de Bilwi explica que: “Al *wihta* le basta y sobra la palabra de la niña o la mujer que vive violencia. En la ciudad, una va a la policía y a la fiscalía y le exigen testigos, pruebas y otros papeles para iniciar una acusación” (requiere más recursos y tiempo)<sup>58</sup>. El sistema de jueces y juezas comunales, entonces, sí tiene la potencial de responder a necesidades de las comunidades en materia de violencia de género, aún si no aborda la raíz del problema.

47 Figueroa Romera Ciesas, D. y Barbeyto Rodríguez Uraccan, A. (2016). Restoring Damage or Pursuing Justice? The Dilemma of Communitarian Miskitu Women Seeking a Life Free of Violence, *Bulletin Latin AM*, 35, RES. 370.

48 Id., 376.

49 Chavez, supra note 44.

50 Id.

51 Romera, supra note 47.

52 Chávez, supra note 44.

53 Id.

54 Moreno, supra note 4 at 57.

55 Es interesante mencionar también que según Moreno Blanco, la violación no existía antes de la colonización: “Como buenos alumnos, creyendo que lo que hacían los de afuera, los colonizadores españoles e ingleses, era lo correcto, lo bueno, lo moderno,” afirma la antropóloga. Chávez, supra note 44.

56 Ubieta, supra note 31.

57 Id.

58 Chávez, supra note 44.

## 4. Conclusión

Para concluir, los y las *wihtas* surgen de un contexto histórico muy complejo, en que se ha dado cierto sincretismo entre las costumbres ancestrales de los y las misquitas, y los colonizadores ingleses, españoles, los moravos y finalmente, el estado de Nicaragua. Conceptualizar el pueblo Misquito como fuera del sistema estatal moderno de Nicaragua no es simplemente incorrecto,

sino hace daño a los intereses del pueblo. Este artículo tiene limitaciones claras: un análisis completo exigiría una investigación más profunda y global sobre las necesidades legales del pueblo Misquito y las respuestas estatales. Sin embargo, lo que queda claro es que un sistema de justicia alternativa no funcionará si no existe dentro de una narrativa más completa que contemple los matices de la relación estrecha entre el pueblo Misquito y el resto del mundo.

**Cristina García Lucero**

Abogada. Se ha desempeñado como investigadora permanente en el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Actualmente cursa la especialización en Análisis y producción de datos para políticas públicas del Centro de Estudios Avanzados de Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (CEA-UNC). Es empleada del Ministerio Público Fiscal de Córdoba. Contacto: crisgalu@gmail.com

# Centro para varones que ejercen violencia: La experiencia en Córdoba

## Resumen

El objetivo de este artículo es dar una vista panorámica del Centro Integral para Varones de la provincia de Córdoba, Argentina. Se compara esta experiencia con estándares de calidad fijados para programas similares en Europa y con criterios que hacen a buenas prácticas con perspectiva de género. Para ello, se analizó literatura especializada, informes oficiales, legislación, conferencias de los y las profesionales vertidas en registros audiovisuales; toda información publicada.

## Violencia contra mujeres y niñas. Políticas públicas e instituciones del Estado

La reflexión sobre las múltiples causas y formas de reproducción de la violencia como fenómeno social, ha permitido identificar la influencia que tienen la constitución de las identidades y las desigualdades de género en la devaluación de lo femenino (Otero, 2009).

En la actualidad, al menos en las democracias liberales, no hay duda de que las diversas

manifestaciones de violencia contra las mujeres y las niñas son un problema de vulneración de derechos humanos y de salud pública. En este consenso influyeron de forma decisiva los movimientos de mujeres y feministas, a través de la conquista de derechos.

Los marcos normativos y los mecanismos institucionales de género de carácter internacional, influyeron a su vez en el desarrollo a nivel local de políticas públicas, proyectos y programas que, con distintos alcances y enfoques, pretenden abordar este flagelo. Sin embargo, el desarrollo es dispar ya que la sola inclusión de las mujeres como beneficiarias de las políticas públicas no es suficiente para alcanzar la igualdad real en el ejercicio de los derechos y mucho menos para desarrollar políticas y ámbitos organizacionales con enfoque de género.

Para la vigencia fáctica de los derechos de las mujeres y las niñas se requiere de productos institucionales y legislativos de carácter transversal con capacidad de influir sobre las desigualdades estructurales que condicionan el acceso a bienes materiales y simbólicos en función de la identidad o expresiones

de género de los sujetos (Bergallo y Moreno, 2017). Además, esos productos no deben producir ni reproducir la violencia que sufren las mujeres y niñas en el ámbito institucional, cultural y económico (2017).

## Centros para varones que ejercen violencia contra mujeres y niñas en el ámbito doméstico y familiar<sup>1</sup>

Una de las principales –o al menos la más documentada– manifestación de violencia contra mujeres y niñas, es la ejercida en el ámbito doméstico por sus parejas y ex parejas masculinas. Según información del Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres (RUCVM) elaborado por el Instituto Nacional de Censos y Estadísticas (INDEC) en base al análisis de 260.156 casos a nivel nacional, el 97 por ciento de la violencia contra las mujeres es doméstica; en el 82,7 por ciento de estos casos el agresor es la pareja (45,8 por ciento) o ex pareja (36,9 por ciento) de la mujer agredida (2018).

Las intervenciones dirigidas a varones como forma de prevenir y erradicar la violencia contra mujeres y niñas son recientes. En un primer momento, la legislación, las instituciones y las políticas estaban enfocadas primordialmente en la protección de las víctimas y en la sanción a los agresores (Aguayo et al.,

2016). Buena parte de los movimientos feministas se opusieron en un principio a la implementación de este tipo de programas destinados a rehabilitar a varones que ejercieron violencia contra sus parejas mujeres. Esta oposición se sustentó en argumentos de ineficacia, individualización de un problema social y en la desviación de fondos que podrían ser destinados a las víctimas, entre otros.

Sin embargo, la discusión parece haber mutado, desde hace un tiempo, del rechazo absoluto al debate en torno a cómo estos programas evitan agravar el problema de violencia que sufren las mujeres y niñas y más concretamente, a cómo logran “que los hombres asuman su responsabilidad y se garantice la seguridad de las mujeres” (Larrauri, 2004).

Al respecto Rita Segato, señala:

*“Un sujeto responsable es aquél que se hace cargo de sus acciones pasadas, asume su capacidad transformadora y acepta las consecuencias de la historicidad de su existencia, inevitablemente hilvanada por la fluencia continua del tiempo (...)”.*  
(Segato, 2003).

Si bien este tipo de programas están aumentando en número en todo el mundo, algunos carecen de recursos, planificación, experticia y capacitación, lo que en nuestra región es aún más problemático por la falta de evaluaciones rigurosas (Aguayo et al., 2016).

## La situación en Córdoba

La sanción de la ley provincial 9.283 de 2006 permitió la publicación de una problemática que tradicionalmente se consideró reducida al ámbito de la intimidad de las personas: *la violencia familiar* (Laje y Cristini, 2010). En consecuencia, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba

<sup>1</sup> La violencia doméstica ejercida contra las mujeres se define como las conductas abusivas perpetradas por el agresor para causar daño, adquirir más poder y mantener el control sobre su pareja o ex pareja u otras mujeres con las que tiene vínculos originados en el parentesco por consanguinidad o afinidad. Se caracteriza por una conducta violenta en varias formas de abuso físico, psicológico, sexual y verbal. En otros contextos, se utiliza el concepto más amplio de violencia intrafamiliar ya que aunque se considera que las mujeres son normalmente las víctimas de la violencia en el hogar, también pueden sufrirlo otros miembros de la misma e incluso actuar las mujeres como agresoras (López Méndez, 2009); éste último es el caso de Córdoba, conforme a la Ley Provincial de Violencia Familiar 9.283 del 2006.



desarrolló varios programas y organismos para hacerla efectiva, entre ellos, la Secretaría de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas. La redacción original de la ley establecía que su objetivo era la prevención, detección temprana, atención y erradicación de la violencia familiar; y definió el marco preventivo y los procedimientos judiciales para lograrlo (Ley 9.283, 2006).

Esta ley implicó un avance, pero no fue una respuesta adecuada al problema de la violencia basada en el género, ya que el foco de la intervención no estuvo puesto en abordar las causas y los efectos de la violencia ejercida contra mujeres y niñas dentro del ámbito doméstico.

En junio de 2015, se realizó en Argentina la primera manifestación pública del movimiento Ni Una Menos, que marcó un hito en la lucha contra la violencia machista y el femicidio a nivel nacional. El reclamo fue dirigido principalmente al Estado para que adopte políticas públicas que permitan terminar con la violencia machista que genera el asesinato de una mujer cada 30 horas sólo por ser mujer, según estimación de La Casa del Encuentro<sup>2</sup>.

A pesar de la masiva convocatoria a nivel nacional y en Córdoba en particular, la legislatura provincial adhirió, recién en junio de 2016, mediante la ley 10.352 a la Ley Nacional de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollan sus Relaciones Interpersonales (ley 26.485), sancionada en marzo de 2009. También en 2016 se sancionó en Córdoba la ley 10.401 que establece aspectos jurisdiccionales y procesales a nivel local, vinculados a la aplicación de la mencionada ley nacional, en relación a hechos de violencia hacia las mujeres por cuestiones de género en todos sus tipos y modalidades, salvo la modalidad doméstica, donde resulta

de aplicación la ley 9.283, modificada por ley provincial 10.400 de noviembre de 2016.

La nueva redacción del artículo 1 de la Ley 9.283 de Violencia Familiar incorpora entre sus objetivos la atención y erradicación de la violencia hacia las mujeres por cuestiones de género en la modalidad doméstica lo que implicó un avance en términos legislativos. Ese mismo año, el Poder Ejecutivo provincial creó, mediante el decreto 174/16, el Polo Integral de la Mujer en Situación de Violencia, un espacio donde convergen oficinas del Poder Ejecutivo y del Judicial. Su objetivo es brindar a las mujeres, sus hijos e hijas, servicios integrales que comprenden: la denuncia de hechos de violencia familiar y de género en el ámbito doméstico<sup>3</sup>, de delitos contra la integridad sexual y trata de personas; protección a las víctimas y servicios de asistencia, entre los que se encuentra el Centro Integral de Varones (Gobierno de Córdoba, 2017).

En Córdoba, según información publicada por el Poder Judicial provincial, durante el período comprendido entre septiembre de 2015 y agosto de 2016 se formularon en toda la provincia 39.226 denuncias por violencia familiar conforme a la ley provincial 9283. Del total de las denuncias formuladas, en el 76,55 por ciento de los casos los agresores son hombres. De éstos el 49,27 por ciento tenía al momento de la denuncia entre 26 y 40 años, seguido por un 18,91 por ciento de entre 41 y 50 años, un 19,93 por ciento menores de 25 años y el 11,8 por ciento restante tenía más de 50 años. Por otra parte, el 75 por ciento de las damnificadas son mujeres. El 38 por ciento de éstas tiene entre 26 y 40 años, el 16,24 por ciento tienen entre 41 y 50 años, el 15,91 por ciento entre 19 y 25, el 14,81 por ciento entre 1 y 18 años y el 14,23 por ciento más de 50 años.

2 Más información en <http://www.lacasadelencuentro.org/>

3 Desde hace un tiempo también se reciben en el espacio denuncias de violencia familiar formuladas por varones.

## El Centro Integral para Varones de la provincia de Córdoba

El Centro Integral para Varones es una institución que inició su actividad en 2016 y asiste y evalúa a los varones que ejercen o han ejercido violencia contra la (ex) pareja y se pretende su rehabilitación y/o reeducación en tanto que agresor. Recientemente, se comenzó a trabajar con varones que denunciaron haber sufrido hechos de violencia familiar o doméstica, conforme a la ley 9.283. El centro coordina sus actividades con el Polo Integral de la Mujer y su modelo de gestión se estructura en torno a áreas de asistencia, capacitación, docencia e investigación, trabajo interdisciplinario y extensión. En cuanto al tipo de programa, es de acceso voluntario y también dispuesto judicialmente como medida cautelar en el marco de la ley de violencia familiar.

De acuerdo a estimaciones oficiales, el centro atendió, desde su creación, a aproximadamente 5.500 varones, 99 por ciento concurrió por orden judicial y el 1 por ciento restante lo hizo de forma voluntaria (Ibañez, 2018).

## Caracterización del Centro Integral para Varones de Córdoba a partir de estándares de calidad para programas de intervención con hombres que ejercen violencia de género

Heinrich Geldschläger<sup>4</sup> recopiló una serie de estándares para evaluar la calidad de programas de intervención con hombres que ejercen violencia de género en España y Europa (2011). Se trata de criterios mínimos que deben cumplir este tipo de acciones para el sistema europeo y que fueron considerados para caracterizar la experiencia bajo análisis.

<sup>4</sup> Psicólogo y psicoterapeuta alemán, especializado en violencia de género e intervención con varones.

Uno de dichos estándares se refiere a la **finalidad del programa en relación a aumentar la seguridad de las víctimas de la violencia (mujeres y niños/as) y poner fin a la violencia**. Al respecto, el Centro para Varones de Córdoba tiene como objetivo que quienes pasan por el programa “puedan revisar sus creencias y prácticas sobre la manera de ejercer su masculinidad, que es dañina para sí mismos, su pareja, sus hijos e hijas y entorno” (Gobierno de Córdoba, 2017).

Otro criterio tiene relación con considerar a la **violencia ejercida como una acción intencionada y volitiva**. A través de la intervención realizada en el centro se pretende que el sujeto asuma la responsabilidad por sus actos y tome conciencia sobre el daño que supone el uso de la violencia en la (ex) pareja, hijos e hijas y en su entorno.

También en la experiencia analizada se pretende garantizar la seguridad de la víctima a través de **valorar el riesgo** que aquel representa para la mujer, sus hijas e hijos. Esta instancia no es de naturaleza forense, sino que se trata de una evaluación de la situación al momento en que el varón llega al centro. Toda la información sobre la eventual situación de riesgo en que se encuentre la mujer, sus hijas e hijos, es remitida a los tribunales y fiscalías para que adopten las medidas pertinentes según el caso.

Otro criterio es la **evaluación del agresor previo al ingreso en el programa**. En el caso del Centro para Varones de Córdoba, se realiza una primera entrevista donde se recaban datos sobre la persona, sus redes y soportes, su situación judicial, entre otros. Se trata de una práctica en la que intervienen aspectos subjetivos de los y las profesionales que realizan el abordaje, por lo que desde el centro se hace hincapié en el trabajo con los prejuicios y la generación de empatía, entendida como la participación afectiva en una realidad ajena, respecto de la cual el o la evaluadora puede



estar en contra, pero que es necesario conocer para devolver una respuesta cognitiva acorde (Ibáñez, 2018). La evaluación tiene además que ver con la utilización de elementos objetivados vinculados a instrumentos internacionales y otros propios desarrollados por el Centro para Varones de Córdoba. La importancia de esta primera evaluación<sup>5</sup>, además de relevar los posibles riesgos para la mujer, está en la obtención de información sobre el nivel de conciencia respecto del problema, la motivación, las competencias lingüísticas e idiomática, las capacidades cognitivas, entre otros (Geldschlager, 2011) del varón que llega al Centro. De dicha valoración dependerá la inclusi3n en el programa y el formato de intervenci3n adecuado a la situaci3n del sujeto. Los estándares analizados proponen que la intervenci3n grupal es la más adecuada e id3nea a esta problemática, pero no descartan la intervenci3n individual en los casos en que sea necesaria. En el caso bajo análisis se utilizan ambas.

En el caso de C3rdoba, el equipo de intervenci3n del centro est conformado por psiquiatras, psic3logos/as, abogados/as. La **formaci3n de los y las profesionales** vinculada a la capacitaci3n, docencia e investigaci3n y revisi3n constante de las prácticas es uno de los ejes del programa del Centro para Varones, donde a nivel interno se generan espacios de reflexi3n y formaci3n permanente.

En cuanto a la conceptualizaci3n y **explicaci3n del fen3meno de la violencia, y a la necesidad de modelos espec3ficos que aborden la problemática de la violencia**, el modelo de intervenci3n que se utiliza en C3rdoba es el

ecol3gico. Este modelo parte del supuesto de que “cada persona está inmersa en una multiplicidad de niveles relacionales –individual, familiar, comunitario y social–donde pueden producirse distintas expresiones y dinamicas de violencia” (Incháustegui y Olivares, p. 20, 2011). Además, asume la perspectiva de g3nero como marco te3rico, es decir, que en el análisis de las relaciones interpersonales y comunitarias que dan lugar a la violencia se consideran relevantes las formas en que se entienden y practican las relaciones y jerarquías de g3nero entre mujeres y hombres construidas desde el sistema patriarcal y que incorporan o legitiman el uso de diversas modalidades de violencia hacia las mujeres, como entre varones (2011).

En relaci3n al **contacto con la (ex) pareja**, no se obtuvo informaci3n sobre *advertencias de los alcances y límites de la intervenci3n* dirigidos especialmente a las mujeres que sufrieron violencia.

Respecto al **funcionamiento coordinado e integral**, uno de los ejes del centro es el carácter interdisciplinario, de extensi3n y priorizaci3n del trabajo en redes y en el territorio. El trabajo se realiza en articulaci3n con el Polo de la Mujer y con otras instituciones p3blicas como el Instituto Provincial de Alcoholismo y Drogadicci3n (IPAD), las universidades y el Poder Judicial de C3rdoba, sin embargo, la articulaci3n con espacios feministas y de mujeres no es un eje institucional<sup>6</sup>. La importancia de la articulaci3n con dichos espacios radica en que el movimiento feminista y de mujeres puede aportar informaci3n sobre aspectos no percibidos por los y las especialistas del centro: la calidad del servicio que se brinda a las parejas o ex parejas

5 Al respecto el director del Centro para Varones de C3rdoba, el Dr. Jorge Ibáñez, señala que en la valoraci3n inicial del sujeto se busca identificar patologías asociada a la violencia, no porque exista una relaci3n causal entre ambos fen3menos, ya que de ninguna manera considera a la violencia como una patología. Sino que hay instancias evaluadas en lo diagn3stico, pero s3lo a los efectos de hacer una correcta derivaci3n a los centros de salud p3blicas y privados. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=8wGly7M1lvs>.

6 Se cont3 con la presencia de Rita Segato, reconocida antrop3loga feminista, en el marco de la Diplomatura en Formaci3n para Acompañantes Comunitarios contra la Violencia de G3nero, organizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de C3rdoba, en el panel sobre masculinidades del que participaron los y las profesionales del Centro para Varones. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DmBBoOQ1h0w&t=5723>.

de los varones que asisten a las sesiones, la calidad de información y condiciones de seguridad para esas mujeres y la distribución del presupuesto, entre otros aspectos (Larrauri, 2004).

## El Centro Integral para Varones de Córdoba conforme a criterios para buenas prácticas de género

El análisis del Centro para Varones de Córdoba como una buena práctica de género no pretende agotar el tema sino más bien presentarlo y brindar una aproximación a aspectos concretos alcanzados hasta el momento en base a las declaraciones vertidas por los y las profesionales que lo conforman en el marco de la diplomatura en formación de acompañantes comunitarios contra la violencia de género<sup>7</sup>.

Las buenas prácticas de género son aquellas iniciativas, experiencias, acciones, metodologías, procedimientos o conductas que pretenden erradicar la desigualdad entre hombres y mujeres a través de medios innovadores que hagan visibles los problemas ocultos e incorporen en la agenda pública el problema de género movilizándolo las políticas de todas las áreas de gobierno para lograrlo (López Méndez, 2009).

En términos de **impacto de la experiencia**, es decir de su eficacia, no fue posible acceder a información oficial disponible (más allá de algunas entrevistas documentadas)<sup>8</sup> que permita afirmar de manera concluyente que la intervención produjo cambios en las actitudes de género que producen violencia en los varones que hacen parte del grupo de intervención del centro. Sin embargo, la eficacia también

depende de la flexibilidad y actualización permanente y en la experiencia bajo análisis esto se evidencia en el desarrollo de estrategias de intervención más adecuadas llevadas adelante por los y las efectoras del centro. Por ejemplo, a partir de la identificación de cómo la actitud con la que llega el varón al centro influye en los grupos de intervención, el equipo recurrió al método desarrollado por la Universidad de Rhode Island-URICA, con el propósito de evaluar el grado de intención, disposición o actitud del sujeto en relación al cambio para definir la conformación de los grupos de trabajo.

Respecto a la **replicabilidad y transferibilidad**, no se obtuvo evidencia que permita afirmar que se trata de una práctica documentada y evaluada o en proceso de evaluación. Por otra parte, según fuentes oficiales, desde otras provincias argentinas se han acercado al Centro manifestando su interés en replicar la práctica.

En general, la experiencia del Centro para Varones es novedosa a nivel local. Además, algunas de sus actividades pueden ser entendidas como **prácticas innovadoras**: a partir de la detección de que muchos de los varones que llegan al centro por orden judicial también son derivados al Instituto Provincial de Alcoholismo y Drogadicción (casi el 40 por ciento según estimaciones oficiales), se generaron estrategias de intervención conjunta entre ambos organismos *para achicar las ventanas*, realizando las valoraciones en el mismo Centro de Varones por parte de los profesionales del IPAD. También se inició una experiencia concreta de trabajo en grupos específicos para el abordaje de varones violentos y con adicciones, *sin que esto implique considerar que existe una relación causal entre ambos hechos sociales*. Además, a partir de la demanda espontánea del servicio se generaron espacios para varones que denunciaron haber sufrido violencia en contexto doméstico o familiar y se generaron abordajes específicos para estos casos (Ibañez, 2018).

7 Más información en: <http://www.cba.gov.ar/diplomatura-en-formacion-de-acompanantes-comunitarios-contra-la-violencia-de-genero/>

8 Más información en <https://www.youtube.com/watch?v=8wGly7M1Ivs> y <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos-mi-pareja-me-denuncio-y-fue-lo-mejor-que-pudo-hacer>

En lo que hace a la **sostenibilidad y cambios políticos para la igualdad de género**, el Centro para Varones de Córdoba forma parte del conjunto de políticas públicas impulsadas a nivel provincial que conllevan acciones integradoras, transversales y con un enfoque multidisciplinario, que articula el trabajo en red, con especial énfasis en la perspectiva de género y derechos humanos (Gobierno de Córdoba, 2017). Esta política se evidencia tanto en la legislación provincial como en la multiplicidad de nuevas instituciones de género a nivel de los poderes ejecutivo y judicial — fiscalías especializadas en violencia familiar, en delitos contra la integridad sexual, juzgados de niñez, adolescencia, violencia familiar y género, Oficina de la Mujer, etc.— todo lo cual merece un análisis aparte.

En el caso particular del Centro para Varones, se inauguró, en 2017, un nuevo espacio que consta de cinco salas para grupos, se dispone de una cámara Gesell, una sala de reunión y otras seis oficinas donde se reciben las primeras entrevistas. Desde el punto de vista presupuestario, el 5,6 por ciento asignado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba para el 2018, estuvo dirigido a financiar el Programa de Prevención, Detección y Erradicación de la Violencia Familiar, de Género y Trata de Personas y el Fondo para la Prevención de la Violencia Familiar creado por la ley 9.505, ambos dependientes de la Secretaría de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas<sup>9</sup>.

A través del trabajo de extensión se pretende lograr un **proceso de carácter participativo** que articule con los y las referentes sociales,

sindicales, territoriales, con las fuerzas de seguridad y en las cárceles en la construcción colectiva de nuevas masculinidades. Sin embargo, no existe información publicada que permita conocer los alcances y modalidades de esa participación.

La **interinstitucionalidad** es otro de los ejes de trabajo del centro que se visibiliza a través de la articulación con la Facultad de Antropología y de Comunicación Social de la Universidad Nacional de Córdoba; también a través del programa de Residencias Interdisciplinarias en Salud Mental (especialmente en psicología), con el Instituto Provincial de Alcoholismo y Drogadicción (IPAD), con el Polo integral de la Mujer y con el Poder Judicial.

## Para seguir actuando

La pregunta respecto a si la intervención con hombres que ejercieron violencia contra sus parejas mujeres funciona no es fácil de responder. Esto se debe principalmente a que los criterios para medir el éxito de estos programas son dispares.

Al respecto, Elena Larrauri sostiene que la evaluación empírica de estos programas debe ser contestada principalmente por las mujeres. Si éstas se sienten seguras, si la violencia ha cesado, si notan un cambio de actitud del agresor. No basta sólo con cotejar los registros de reincidencia, sino que se requiere además que, al menos, el 60 por ciento de los participantes iniciales del programa respondan a esa evaluación, tener grupos de control y realizar un seguimiento superior al año (Larrauri, 2004).

El Centro Integral para Varones de Córdoba es una experiencia novedosa a nivel local que interviene en un área focal de la violencia ejercida contra mujeres y niñas, la violencia familiar y doméstica. Desde el punto de vista formal cumple con parámetros internacionales para experiencias de ese tipo y desde

<sup>9</sup> El total asignado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de acuerdo al presupuesto aprobado para el año 2018 fue de \$4.521.452.000 de pesos; \$843.000 fueron para la cuenta especial creada por ley 9505 y \$236.911.000 de pesos para el programa de Prevención, Detección y Erradicación de la Violencia Familiar, de Género y Trata de Personas. Más información en <http://www.cba.gov.ar>.

el punto de vista de las buenas prácticas de género también parece cumplir en alguna medida con criterios como la sostenibilidad, el impacto en el marco político, la participación, la interdisciplinariedad, las prácticas innovadoras. Sin embargo, no fue posible acceder a información que permita afirmar que se trata de una práctica evaluada o en proceso de evaluación.

Si bien la iniciativa cordobesa pretende reforzar la capacidad de respuesta del Estado ante la violencia familiar y de género en el ámbito doméstico a la vez que ampliar su enfoque hacia medidas preventivas y de incidencia sobre los comportamientos masculinos, todavía no se conocen los resultados de la intervención y su influencia en desarmar y erradicar los mecanismos a través de los cuales los hombres ejercen violencia contra sus (ex) parejas, hijos e hijas a nivel local.

Por otra parte, la experiencia del Centro para Varones deja abierta la posibilidad de reflexionar en al menos dos aspectos fundamentales vinculados al sistema de justicia –especialmente el penal– de Córdoba, esto es, la capacidad de reacción ante el incumplimiento de la ley y el respeto de la autonomía de la mujer (Larrauri, 2004).

## Referencias

- Aguayo, F., Kimelman, E., Saavedra, P., Kato-Wallace, J. (2016), *Hacia la incorporación de los hombres en las políticas públicas de prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas*. Santiago: EME/CulturaSalud. Washington, D.C.: Promundo-US. Ciudad de Panamá: ONU Mujeres y UNFPA.
- Bergallo P. y Moreno A. (2017), *Hacia políticas judiciales de género*, Buenos Aires: Editorial Jusbaire.
- Geldschlager, H. . *Programa de intervenci3n con hombres que ejercen violencia de g3nero : panorama de la situaci3n en España y Europa*. Asociaci3n CONEXUS. Disponible en: [http://conexus.cat/admin/files/documents/15\\_CongresoMasculinidades\\_ProgramasHombres%20Violencia\\_HeinrichGeldschlager.pdf](http://conexus.cat/admin/files/documents/15_CongresoMasculinidades_ProgramasHombres%20Violencia_HeinrichGeldschlager.pdf). Consultado el 25 de agosto de 2018.
- Gobierno de la Provincia de C3rdoba. (2017). *Red Municipalista de Lucha contra la Violencia a las Mujeres, Protocolo de funcionamiento*, C3rdoba.
- Ibañez, J. *Jorge Ibañez en la Diplomatura en Formaci3n de Acompañantes Comunitarios*, Comunicaci3n UPC. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=8wGly7M1Ivs>. Consultado el 1 de agosto de 2018.
- Incháustegui Romero T., Olivares Ferreto, E. (2011), *Modelo ecol3gico para una vida libre de violencia de g3nero*, M3xico: Comisi3n Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.
- Otero, I. (2009), *Mujeres y violencia. El g3nero como herramienta para la intervenci3n*, Mexico, Departamento de Pol3tica y Cultura, Universidad Aut3noma Metropolitana, Unidad Xochimilco.
- Laje M. y Cristini, M. (2011), La violencia de g3nero; nucleo de las pol3ticas de familia? En La Serna, C., *La cuesti3n de g3nero las pol3ticas p3blicas*, (pp 17-71). Buenos Aires: Editorial Ciccus.
- Larrauri E. (2004), Es posible el tratamiento de los agresores de violencia dom3stica? En L3pez Baraja de Quiroga, J. y Zugald3a Espinar, J. M., *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 1, Ley de Violencia Familiar, N 9.283, 2006.
- Ley de adhesi3n a la Ley Nacional N 26.485 de Protecci3n Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, N 10.352, 2016.
- Ley de Protecci3n Integral a las V3ctimas de Violencia, a la Mujer por Cuesti3n de G3nero, en el marco procesal, administrativo y jurisdiccional. N 10.400, 2016.
- L3pez M3ndez I. (2009). *G3nero y pol3ticas de cohesi3n social II. Buenas prácticas seleccionadas*. Fundaci3n Internacional y para Iberoam3rica de Administraci3n y Pol3ticas P3blicas (FIIAPP), Buenos Aires.
- Poder Judicial de C3rdoba, *Violencia familiar en C3rdoba*, C3rdoba, 2017. Disponible en: <https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/files/violencia/Informe%20Violencia%20Set%202015%202016.pdf>
- Segato, R. (2003). *El sistema penal como pedagog3a de la irresponsabilidad y el proyecto "Habla preso, el derecho humano a la palabra en la cárcel"*. Disponible en: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/cpa/spring03/culturaypaz/segato.pdf>
- Reinauguraci3n del Centro Integral para Varones*. Portal de noticias del gobierno de C3rdoba. Disponible en: <http://prensa.cba.gov.ar/justicia-y-ddhh/reinauguracion-del-centro-integral-para-varones/>. Consultado el 28 de noviembre de 2017.
- Instituto Nacional de Estad3stica y Censos, INDEC, (2018). *Registro nico de Casos de Violencia contra las Mujeres (RUCVM) Resultados estad3sticos 2013-2017*. Disponible en: [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm\\_03\\_18.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm_03_18.pdf)

**Emiliano Litardo**

Activista legal en derechos sexuales, miembro de Abogadxs por los Derechos Sexuales (ABOSEX) y docente. Ha sido co-redactor de la ley de identidad de género de Argentina. Contacto: [litardo.emiliano@gmail.com](mailto:litardo.emiliano@gmail.com)<sup>1</sup>

# La identidad de género en América:

## Aproximaciones para una teoría democrática del género

*A la memoria de Lohana Berkins*

### Resumen

El artículo analiza las leyes de identidad de género que existen en la región de América Latina y el Caribe. Observa los distintos modelos legales utilizados para gestionar el reconocimiento legal de la identidad y profundiza en la relación entre género, identidad, poder y discurso jurídico. El sentido no es sólo informar sino demostrar que, detrás de cada modo de producción jurídica hay ideologías de género que son el sustento de las condiciones de esa producción. Circunstancia que nos habla de cuán atravesada está la narrativa legal por las disputas de lo político del género.

### Introducción

En este artículo abordamos las legislaciones que existen en materia de reconocimiento del

derecho a la identidad de género en la región de América Latina y el Caribe. Sólo se estudian aquellas leyes que específicamente gestionan el acceso a este derecho. Ubicamos el planteo en los debates sobre el género, el poder y la identidad con perspectiva en derechos humanos para luego arrimar las tensiones que se suscitan con los modelos de democracia.

Las problemáticas en torno al género y las políticas de identidad desde la diferencia no pueden prescindir de las discusiones globales de lo político. Ya no basta pregonar la igualdad o la libertad política sin discutir los esquemas de redistribución y reconocimiento de la Justicia. Los discursos jurídicos encuentran el límite en los consensos, pero los movimientos de la disidencia sexual los denuncian como obturadores de la autonomía individual y colectiva en contextos que, cada vez, se tornan más precarizados en términos económicos, culturales y sociales.

A nivel interamericano (América Latina y el Caribe), encontramos que hay al menos tres

<sup>1</sup> Agradezco la lectura paciente y comprometida de mi colega y amiga Virginia Gimenez.



modelos de gestión legal para el reconocimiento del derecho a la identidad de género: 1) patologizador; 2) de derechos humanos e 3) intermedio o mixto. Los tres están atravesados por la discusión sobre el discurso de género. Estos esquemas son los que se verán en este artículo.

## Identidad, poder y género

Las sociedades occidentales modernas han estructurado vínculos de pertenencia institucionales, políticos, jurídicos y culturales a través de la formulación y conceptualización de ciertas categorías. La condición de posibilidad de esa inclusión proviene de los términos en que se dispone, al interior de tales categorías, el qué, el cómo y el quiénes. Así, la razón, la naturaleza, la raza, la clase, y el género, entre otras, han sido categorizaciones sociales cuyo fin fue trazar líneas abismales entre un mundo de pertenencia legítima frente a otro de subordinación y expulsión. Tales categorías han tenido su propia disputa epistemológica en el relato de las historias de las ideas y han fundado muchos de los problemas sociopolíticos, como la pobreza, el racismo, la guerra, la matanza indiscriminada, la esclavitud, el sexismo, etc.

El género *tiene* un lugar fundante en las sociedades a la vez que *es* el lugar por el que los cuerpos se vuelven legítimos o ilegítimos según la estratificación jerarquizada y subordinada que establecen sus normas de identidad.

La identidad no está aislada en el análisis del género porque está en juego el reconocimiento que se hace de sí mismo, hacia otros y el de otros hacia nosotros. La identidad de género es una expresión relacional que actúa a través de la diferencia y de la exclusión. No da lo mismo tener que no tener un determinado género para conseguir un trabajo, para recibir atención médica o acceder a un crédito hipotecario.

La identidad está en constante negociación con la otredad y en modalidades históricamente situadas de discursos y prácticas. Stuart Hall (2003, pp. 13-39) señala que la identidad es “el punto de encuentro, el punto de sutura entre, por un lado, los discursos y prácticas que intentan ‘interpelarnos’, hablarnos o ponernos en nuestro lugar como sujetos sociales de discursos particulares y, por otro, los procesos que producen subjetividades, que nos construyen como sujetos susceptibles de ‘decirse’”. Cuanto más restrictiva sea la categoría género y las posibilidades que habilita para encarnar la experiencia de sí en relación con otros, más limitadas serán las políticas del reconocimiento y el acceso a derechos. Circunstancia que, como veremos, determinan la calidad de nuestras vidas (recursos para conseguir un trabajo, para alimentarse, obtener protección social, acceso a la salud, resguardo en la privacidad y dignidad, o reconocimiento legal) y los términos en que se concibe la democracia.

Kate Bornstein (2013) plantea una serie de interrogantes, tales como 1) si el género o la falta de género es parte de tu imagen; 2) si el género o la falta de género determina cómo te presentas en sociedad; 3) si has crecido en un lugar donde la mayor cantidad de personas cree que todos, incluidos especialmente tú, eres o deberías ser heterosexual o 4) si el género o la falta de género determina el salario que reciben las personas por su trabajo, para evidenciar que el género es un factor que juega con nuestras vidas y constituye nuestra identidad.

La autora sostiene que el género categoriza a las personas, sea a través de la apariencia, el manerismo, la biología, la psicología, las hormonas, los roles, etc. y las divide según lógicas binarias y opuestas. De allí la pragmática distinción de los componentes del género: 1) género asignado (responde a la pregunta ¿qué dicen las autoridades – médicas, legales, psiquiátricas– sobre quién soy? Usualmente se corresponde con la designación sexual fundada en la genitalidad externa), 2) rol de género (responde a la pregunta ¿qué piensa



la cultura sobre lo que yo debería hacer con mi vida? Son las expectativas sociales que se imponen sobre las individualidades), 3) identidad de género (responde a la pregunta ¿soy un varón, una mujer u otra identidad? Es aquello que se siente como género propio, que puede estar o no asociado con los genitales), 4) expresión de género (se trata de cómo nos mostramos ante el mundo con el género sentido) y 5) atribución de género (es lo que todas las personas hacen cuando se encuentran con otras: decidimos a través de ciertos símbolos qué género tiene).

Los alcances conceptuales de qué es el género responden a distintos modelos de explicación en la historia. Sucintamente, género se desarrolló a partir de componentes biológicos, cromosómicos, genitales o capacidad reproductiva: el género era el mismo sexo. Luego, el modelo médico (1950) separó la noción de sexo (los aspectos biológicos del cuerpo) del género (los elementos psicológicos), consolidando el factor patológico y binario de la diferencia. Con posterioridad, el modelo constructivista determinó que el género es los efectos sociológicos de cómo una sociedad interpreta y fija roles entre lo masculino y lo femenino, pero con anclaje en la condición biológica (atributos culturales asociados al sexo)<sup>2</sup>.

2 La identidad de género nuclear integra el paradigma heterocisnormativo mediante el cual la diferencia sexual dual (varón-mujer) se instaura como dato natural irreductible; la relación sexo/género se asienta en el modelo naturaleza/cultura y vuelve tácita la idea de que hay dos sexos para dos géneros opuestos. Así, el paradigma instituye la idea según la cual el género es los atributos culturales asociados al sexo. El cuerpo sexuado se funda en la diferencia sexual naturalizada. Por lo tanto, se arraiga socialmente el sentido de que el sexo es la base material sobre la cual se apoya el género y el deseo; las características genitales otorgan inteligibilidad a las identidades binarias de género (varones-mujeres) solo si tales genitalidades se corresponden con los protocolos contemporáneos de asignación de sexo, allí donde el diagnóstico médico constata que un pene considerado normal, según el paradigma falocéntrico, da como resultado a un hombre; si no lo tiene será una mujer y si presenta una atipicidad será intervenido correctivamente con técnicas quirúrgicas que otorgarán a ese cuerpo un sexo determinado y por ende un género viable. Todo este mecanismo epistémico es violento y se funda en un criterio excluyente de la diferencia.

La crítica transfeminista contemporánea a tales modelos, en sus variantes, se dirige a sospechar de la natural asunción de la diferencia sexual binaria y a evidenciar los mecanismos de opresión que los discursos activan cuando hay resistencia al orden instaurado, especialmente la psicopatología. Se mostró que mujer, varón, homosexualismo, transexualismo o travestimiento, eran formas discursivas y categorías políticas, fundadas en ideas eugenésicas, esencializantes y patologizadoras. Por ejemplo, Thomas Laqueur (1990) planteó el modo que la cultura occidental moderna modeló la naturaleza y el sexo: la transición del modelo unisexo al de dos sexos para regular las relaciones de género. El sexo que antes era convencional se volvió a partir del siglo XVIII en una diferencia física ontológica para distinguir a varones de mujeres, sin basamento científico que fundara la decisión, que era básicamente política.

Bornstein (2013) enfatiza la idea según la cual el género es un tipo de identidad que se presenta como estable desde el nacimiento y se forja activamente como si fuera una armadura. Con la metáfora de la pirámide alimentaria, que veremos más adelante, plantea que cuanto más generizado el cuerpo se encuentre conforme los patrones normativos de coherencia entre sexo-género-deseo, más poder tiene esa persona. En efecto, señala que es seguro tener una identidad y, por lo tanto, un género porque permite el ejercicio del poder, que está ligado al acceso a recursos para una mejor calidad de vida (el poder en Bornstein es tener chance de conseguir recursos sociales como trabajo, salud, bienestar psicofísico, educación, cultura). Pero advierte que hay un precio que se paga por esa seguridad y protección dentro de una armadura que es dura: la identidad nos congela en esa armadura. La exploración hacia otros modos de conectar con la identidad de género, es una experiencia personal basada en las necesidades y deseos sentidos.

La autora traza la conexión entre identidad, poder, deseo conceptualizando el género

como una clave que determina quién puede ser, a quién puede amar y a qué recursos puede acceder para hacer que valga la pena vivir la vida propia y social. A su vez, en su análisis, no olvida la perspectiva interseccional, mediante la cual el género no es el único factor por el que se cruzan aquellas variables; en efecto hay otros que complejizan la lectura social de nuestros cuerpos y que entran en relación interseccional, como lo son la raza, la clase, la edad, la salud mental, la ideología, o el lenguaje. Las estructuras de opresión, pues, son múltiples y simultáneas”<sup>3</sup>.

Otro aspecto que resalta Bornstein es el binarismo mediante el cual el género se representa a sí mismo: masculino y femenino son el par mediante el cual se estructura la sexualización de los cuerpos en una suerte de estratificación jerarquizada y oponible de ambos pares, y esa representación -que responde a un modelo de dominación cultural- se presenta como verdadera y única forma de estar en el mundo. El pensamiento moderno dual (varón/mujer, razón/cuerpo, naturaleza/cultura, blanco/negro, pobre/rico, sano/enfermo) condiciona, en efecto, los límites de lo humano y trajo lógicas de identidad por exclusión.

La imposición racional de una única manera de habitar el género, sucede dentro de esa lógica de opresión y dominación toda vez que es el discurso dominante el que fija los criterios de identidad y diferencia como articuladores para hacer política. En palabras de Young (2000, p. 212), “(...) el discurso científico y filosófico moderno explícitamente propone y legitima teorías formales sobre la superioridad racial, sexual y nacional, así como sobre la superioridad de la razón de la edad. La cultura

científica, estética y moral del siglo XIX y principios del XX construyó explícitamente a ciertos grupos como cuerpos feos o degenerados, en contraste con la pureza y respetabilidad de los sujetos neutrales y racionales”. Las personas que afirman un género que no es el que fue inscripto al nacer o que definen su identidad por fuera del dualismo masculino-femenino experimentan la opresión de género como grupo social que ha sido marcado con la diferencia como subordinación.

La organización internacional Global Action for Trans Equality (GATE)<sup>4</sup> señala determinadas violencias, clasificadas en cinco ámbitos: 1) familiar (violencia doméstica, amenazas, acoso, exclusión); 2) educación, empleo y vivienda (abandono de la escuela y expulsión, estigmatización y discriminación, pérdida de empleo cuando se da a conocer la identidad de género, negación de uso de los sanitarios separados por género); 3) institucionales (estipulaciones en contra del travestismo, contravenciones, persecución y detención arbitrarias); 4) salud (acceso limitado o nulo a los servicios generales de salud, alto riesgo de contraer VIH/SIDA, acceso limitado o nulo a los procedimientos de afirmación de género) y 5) reconocimiento legal (en muchos países los pasaportes y las actas de nacimiento no pueden modificarse, existencia de requisitos de esterilización, diagnósticos psiquiátricos o procedimientos compulsivos para reconocer el género legal escogido). Estas violencias tienen su origen en la estructura racional moderna y en el tratamiento opresivo de la diferencia de género como política de identidad.

Bornstein se pregunta por qué y para qué existe el género. Para responder recurre a la metáfora de la pirámide alimentaria dado que es la mejor manera de simbolizar al género como un espacio que, por un lado, contiene

3 Señala Crenshaw (2012, pp. 87- 122): “El problema con las políticas identitarias no es que no vayan más allá de la diferencia... sino lo contrario -que frecuentemente reducimos o ignoramos las diferencias intragrupalas... la omisión de la diferencia es problemática, fundamentalmente porque la violencia... a menudo se conforma por otras dimensiones de sus identidades, como son la raza o la clase”.

4 Transactivists (26 de agosto de 2018). Disponible en: <http://transactivists.org/wp-content/uploads/2012/03/gender-identity-and-hr-backgrounder-with-logo-spanish.pdf>

infinidad de binarios, y por otro, regula el trípode identidad, deseo y poder.

El género funciona distribuyendo -tal como lo hace la pirámide con los alimentos y su consumo según composición- cuerpos e identidades desde la punta hasta la base de la figura. La altura representa el poder y el ancho la cantidad de personas que pueden ejercer ese poder<sup>5</sup>. La punta concentra el poder y la base la cantidad de personas; hay gradientes que muestran la cantidad de poder (privilegios-acceso a recursos) que circula en ese esquema piramidal. Bornstein llama al punto en el que convergen las dos líneas de la figura, género perfecto. Una identidad que pueda encarnarlo tendrá más privilegios y recursos suficientes -poder- para vivir plenamente. Ese ideal regulador -al que pocos llegan- se compone según determinadas características que hacen al cuerpo del privilegio: blanco, ciudadano, católico-protestante, joven, clase alta, heterosexual, monogámico, fiel, con capacidades plenas, delgado, atractivo, ilustrado, profesional, conservador, etc. De modo tal que la dinámica empuja a 1) ser como ese género perfecto; 2) parecerse a ese género perfecto o 3) gustarle a ese género perfecto.

La identidad de género perfecta habilita preguntas destinadas a investigar quiénes son y cómo se aplica al género perfecto. Habría, así, “hombres de verdad” y “mujeres de verdad” de acuerdo a la especulación del poder que se ejerce al acercarse a ese género perfecto. La diferencia será a condición del poder y no del rasgo mismo de sujeto o a condición de su humanidad. Por lo tanto, la fuerza opresiva de la identidad de género perfecta radica en la interconexión de varios atributos con el que se consolida su estatus de privilegio.

.....  
5 Recordemos que para Bornstein, desde la perspectiva de la justicia social, el género confiere o no poder según privilegios de la cultura dominante, aunque no se trata solo del género, toda vez que existen otros vectores de opresión.

A medida que nos alejamos del género perfecto, las identidades se desplazan hacia la base o fondo de la pirámide, en la que hay más personas con cada vez menos poder. En otras palabras, las identidades de género que no respondan al modelo normativo, se tornan menos reales: pierden lo político como sujetos. Circunstancia que impacta en su reconocimiento jurídico-político, dado que genera las condiciones institucionales que impiden o dificultan a las personas intervenir en todo aquello que hace a su afirmación de género y priva de los bienes materiales.

Los movimientos sociales han resistido las prácticas de la dominación y han desafiado la veracidad de los discursos y prácticas dominantes. La resignificación política de la diferencia, la reformulación epistemológica del género desde una perspectiva transfeminista y la resistencia a la imposición de formas de saber/poder contribuyeron a repensar los términos de la democracia y los derechos fundamentales. Expresión de esto último es la defensa y articulación política en torno a los derechos humanos y los sistemas internacionales de protección y reconocimiento. Hay desarrollos teóricos que sostienen las bases de un modelo despatologizador para el reconocimiento del derecho a la identidad de género, sustentado a la vez, en el desarrollo personal y autónomo del sujeto. Hay demandas que encomiendan la desaparición de la categoría sexo o género en los documentos de identificación como marcadores esenciales o permitir la existencia de tantas identidades como personas las expresen.

En perspectiva legal, el planteo piramidal que ofrece Bornstein nos sirve para pensar qué tipo de modelo de justicia es preferible a la hora de reconocer el derecho a la identidad de género y erradicar formas de opresión y dominación sobre los cuerpos y sus libertades de acción. Especialmente, ver contra qué adversarios nos enfrentamos para desafiar el orden político del género normativo puesto que el género no es

un atributo innato de las personas de carácter descriptivo sino un orden normativo, clasista y racializante.

## La patologización como violencia estructural de las políticas de identidad

La psicopatologización es la estrategia biopolítica que adopta el régimen respecto de las experiencias asociadas a la orientación sexual o identidad de género no normativa. Este mecanismo normalizador, diagnostica como trastornos determinadas identidades de género, ciertas identidades sexuales o determinadas expresiones corporales. El diagnóstico señala el déficit, la insalubridad o la enfermedad que debe ser erradicada, curada o rehabilitada y en muchas regiones, la patología sigue siendo la condición del acceso a derechos. En el campo de los derechos sexuales, el diagnóstico de trastorno está ligado a la experiencia personal del individuo respecto de su género, sexualidad o expresión corporal diversa y no en función de la necesidad, por ejemplo, de recibir asistencia médica<sup>6</sup> cuando el sujeto la requiere en su carácter de usuario/a del sistema médico.

La Red Internacional por la Despatologización Trans denuncia la violencia que implica el paradigma de la psiquiatrización de las identidades de género que no se corresponden con el género binario normativo. Así, sostiene que “con ‘psiquiatrización’ nombramos la práctica de definir y tratar la transexualidad bajo el estatuto de trastorno mental. Nos referimos, también, a la confusión de identidades y cuerpos no normativos (situados fuera del orden cultural dominante) con identidades y cuerpos patológicos. La psiquiatrización

relega a las instituciones médico-psiquiátricas el control sobre las identidades de género”<sup>7</sup>.

La patologización, forma de violencia tutelada, asume tres dimensiones dentro de los modelos para el reconocimiento del derecho a la identidad: 1) denegatoria; 2) rehabilitadora y 3) coacción vulneratoria<sup>8</sup>. Un régimen de derechos fundado en la patologización, cualquiera sea su modalidad, es incompatible con el actual sistema internacional de derechos humanos, sustancialmente, porque se anula el predicamento que informa a todo el sistema: respetar los atributos de todo ser humano en condiciones de su personalidad jurídica y capacidad legal, dignidad y libertad. En otras palabras, los niveles que asume la patologización en los sistemas legales no hacen más que extraer subjetividad y restar autonomía individual. El entramado de estos esquemas

7 Manifiesto. Stop Trans Pathologization. Disponible en: <http://stp2012.info/old/es/manifiesto>

8 En la **concepción denegatoria**, el régimen legal niega el derecho en función de asumir que el sexo es la base material que informa al cuerpo sexuado, por ende, es imposible su modificación, alteración o rectificación médico legal. El trastorno no llega a ser aval suficiente para sustentar el derecho al libre desarrollo de la personalidad jurídica. Ejemplo son los sistemas legales que explícitamente prohíben las alteraciones registrales e intervenciones corporales para la afirmación de género e impiden un trato digno en cuanto a llamar a las personas según su identidad de género declarada. En cuanto a la **segunda noción**, se admiten derechos a través de un régimen de autorizaciones judiciales o administrativas con el propósito de rehabilitar a la persona que padece del trastorno de identidad. Se activan una serie de patrones clasificatorios por medio de evaluaciones biomédicas que diagnostican a la transexualidad o travestismo como anomalías de la personalidad. Hay una pérdida de la subjetividad y del cuerpo en su autonomía. Ejemplo de ello, son los modelos jurisprudenciales o legislativos que permiten rectificaciones registrales o intervenciones quirúrgicas siempre que 1) se judicialice el procedimiento, 2) se los sustente mediante informes psicodiagnósticos y 3) prevean exigencias destinadas a brindar coherencia sexo genérica al cuerpo (adecuación corporal compulsiva previo al cambio de identificación registral). Finalmente, la **noción de coacción vulneratoria** se ilustra con las prácticas que si bien des-judicializan el acceso a derechos, lo hacen restringiendo otros, tales como los reproductivos o civiles. La coacción tiene injerencia sobre la persona para neutralizar la expansión de otros derechos constitutivos de la identidad de género a costa del admitido. El ejercicio de poder busca controlar mediante la imposición de límites o condiciones coactivas. Por ejemplo, esterilizaciones “compulsivas” o impedimentos para contraer nupcias con personas del mismo género.

6 Respecto de la patologización de la diversidad de géneros, léase la nota de Mauro Cabral (1 de septiembre de 2018). Leyendo entre líneas. *Página 12*. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-3667-2014-10-17.html>

impacta de lleno en las condiciones de existencia material de las personas, ocasionando mayores índices de pobreza o construyendo vulnerabilidad estructural difícil de erradicar cuando las instituciones legitiman prácticas de este tipo en cualquiera de sus formas o intensidades.

## El sistema interamericano de los derechos humanos y el procesamiento de la identidad de género

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado, en varias oportunidades, sobre el derecho a la identidad de género y ha establecido estándares de protección especial frente a situaciones de discriminación y violencia en ocasión a la identidad de género.

El SIDH sostiene que no basta con la retórica formal del derecho a la igualdad y no discriminación. Es preciso un compromiso de los Estados en adoptar diligentemente todas las medidas que garanticen el derecho en cuestión. El sistema regional ha descrito el alcance de las obligaciones estatales, derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos, para el amplio campo de la sexualidad y del género.

El deber de diligencia y las obligaciones de protección, de garantía y de no regresión han sido aspectos que, progresivamente, el SIDH reformuló para aquellas situaciones en que se comprometían los derechos humanos de las personas por su identidad o expresión de género y sexualidades diversas. Los movimientos de mujeres, feministas y de diversidad sexo-genérica fueron los que influyeron en esta revisión o reactualización de la retórica

de los derechos humanos con perspectiva de género y sexualidad diversas.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americano (OEA) mantiene sucesivos pronunciamientos, desde el año 2008, en contra de los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos a causa de la orientación sexual e identidad o expresión de género<sup>9</sup>. Así, en el cuadragésimo octavo período ordinario de sesiones, del 4 al 5 de junio de 2018, la Asamblea General de la OEA<sup>10</sup> condena la discriminación y actos de violencia por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género e insta a los Estados miembros a fortalecer las instituciones y las políticas públicas para prevenir, investigar y sancionar tales actos. El documento, a diferencia de la primera declaración, agrega la necesidad de que los Estados aseguren protección adecuada a las personas intersex, en especial en los ámbitos de la salud<sup>11</sup>. Además, y en lo que aquí importa, la Asamblea General se pronuncia por el derecho a la identidad consignando que: “El reconocimiento de la identidad de las personas facilita el ejercicio de los derechos al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, a la personalidad jurídica, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y entendiendo que el ejercicio de estos derechos es esencial para la consolidación de toda sociedad democrática”<sup>12</sup>. Por ello, exhorta a los Estados miembros a que promuevan el

<sup>9</sup> La primera declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género fue emitida por resolución AG/RES. 2435 - XXXVIII-O/08. Luego le sucedieron las resoluciones AG/RES. 2504 - XXXIX-O/09, AG/RES. 2600 - XL-O/10, AG/RES. 2653 - XLI-O/11, AG/RES. 2721 - XLII-O/12, AG/RES. 2807 - XLIII-O/13, AG/RES. 2863 - XLIV-O/14, AG/RES. 2887 - XLVI-O/16, AG/RES. 2908 - XLVII-O/17, AG/RES. 2928 - XLVIII-O/18. Se aclara que no hubo pronunciamiento en el año 2015.

<sup>10</sup> AG/DOC.5641/18.

<sup>11</sup> AG/RES.2928 (XLVIII-0/18).

<sup>12</sup> Resolución AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18) p. 169.



acceso a documentos de identidad a través de procedimientos simplificados, gratuitos, no discriminatorios, respetando la diversidad cultural y aplicando un enfoque de género, derechos y diversidad. Estas dos últimas características son elementales para fundar una política de reconocimiento antidiscriminatorio y despatologizante del derecho a la identidad de género.

La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI)<sup>13</sup>, destinada a monitorear la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en la región, entiende por identidad de género a “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”<sup>14</sup>.

La CIDH tiene varios comunicados de prensa a través de los cuales transmite líneas de interpretación y acción en materia de respeto y protección de derechos. Es el caso de la comunicación del 15 de mayo de 2014 en que aclara que las leyes discriminatorias que criminalizan las identidades y expresiones de género “violán las normas internacionales de derechos humanos, promueven la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI, contribuyen a una cultura de impunidad y perpetúan los entornos hostiles. Estas leyes deberían ser derogadas”<sup>15</sup>. También resal-

tamos la comunicación del 21 de noviembre de 2014 mediante la cual el organismo provee de información sobre tasas de asesinatos a personas trans y determina como uno de los factores de la violencia que sufren las personas trans, la falta de reconocimiento de la identidad de género<sup>16</sup>.

El 1 de julio de 2015, la CIDH saludó a los Estados de México y Colombia por la adopción de decretos que permiten la rectificación del sexo en el documento de identidad a través de simples trámites administrativos. En dicha ocasión, el órgano aprovechó para plantear que la mejor manera de elaborar medidas garantistas, legislativas o políticas públicas para la rectificación registral de la identidad es un modelo despatologizador –no requerir diagnósticos psiquiátricos o exámenes médicos– y a través de un procedimiento gratuito, simple y no judicial<sup>17</sup>. En la comunicación del 20 de noviembre de 2015, reitera que la falta de reconocimiento legal de la identidad conlleva a situaciones de pobreza, exclusión social y altas tasas de inaccesibilidad a derechos sociales, y agrega que “la exclusión dificulta el acceso al sistema de salud y a transformaciones corporales de calidad y médicamente supervisadas

13 OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2014/015.asp>

14 OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>

15 OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/057.asp>

16 “La Comisión continúa preocupada por la información recibida sobre los niveles alarmantes de violencia y serios ataques perpetrados contra las personas trans. Por ejemplo, en un período de 15 meses, entre enero de 2013 y marzo de 2014, la Comisión recibió información de al menos 282 asesinatos de personas trans en la región y al menos 67 actos graves de violencia presuntamente relacionadas con su identidad y/o expresión de género. Asimismo, la CIDH está particularmente preocupada por la corta edad de las víctimas trans: el 80% de los asesinatos registrados fueron de personas trans de hasta 35 años de edad. La CIDH ha recibido información de que la expectativa de vida de las mujeres trans en América oscila entre 30 y 35 años de edad. La violencia contra personas trans, en especial las mujeres trans, es el resultado de una combinación de factores: la exclusión, la discriminación y la violencia dentro de la familia, las escuelas y la sociedad en general; la falta de reconocimiento de su identidad de género; la alta criminalización de las mujeres trans y la vinculación a condiciones de trabajo riesgosas que las hacen más vulnerables a la violencia”. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/138.asp>

17 OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/075.asp>



-necesarias para algunas personas trans en el proceso de construcción de sus identidades-, generando complicaciones de salud e incluso la muerte. Es así que el ciclo de pobreza y exclusión en el cual están inmersas las mujeres trans las hace más vulnerables a la muerte y a la violencia de parte de agentes estatales y no estatales”<sup>18</sup>.

En cuanto a las clasificaciones patologizantes de las identidades trans, la CIDH sostiene que son maneras que violan el derecho a no ser sometido a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta comunicación del 12 de mayo de 2012 es importante porque sintetiza la lucha política contra el modelo médico dominante que continúa patologizando las identidades de género no normativas.

La CIDH elaboró, en 2015, un extenso informe sobre violencias contra las personas por motivos de prejuicio y estigma basados en la orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal que escapan a las normas tradicionales de configuración de identidades y corporalidades<sup>19</sup>.

En lo que aquí importa, el documento consigna la perspectiva social del sexo y de la identidad de género como categorías de análisis. Respecto del primero indica que: “Bajo esta teoría, la asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, a las personas se les asigna socialmente un sexo al nacer con base en la percepción que otras personas tienen sobre sus genitales. Aunque en la mayoría de los casos las personas son fácilmente clasificadas como niño o niña, algunas presentaciones del cuerpo son percibidas como ‘ambiguas’, y el proceso de asignación sexual no

es inmediato”<sup>20</sup>. Plantea que la designación de los sexos binarios masculino-femenino es una decisión social antes que científica. Se explica la violencia según: la heteronormatividad<sup>21</sup>, la cisnormatividad<sup>22</sup> y el sistema binario sexo-género<sup>23</sup>. Tenerlos en cuenta es útil para el abordaje de medidas legislativas para el reconocimiento del derecho a la identidad desde una perspectiva de derechos humanos y con un enfoque interseccional de las violencias que suscita encarnar un cuerpo por fuera del discurso dominante del género. Si los estereotipos, las violaciones a los cuerpos e identidades, las criminalizaciones sustentadas en leyes o decretos, o los estigmas culturales permanentes tienen como presupuesto aquellos marcos, entonces, es posible deconstruir modelos vigentes de acceso a derecho que no sean funcionales a estos. En otras palabras, no sólo los conceptos sirven para explicar, sino muy especialmente para transformar realidades excluyentes de la diferencia.

El documento insta a los Estados a sancionar leyes de identidad de género sin patologizar las identidades y experiencias trans porque es una obligación proveniente del deber estatal de adoptar un marco jurídico que específicamente proteja a las personas contra la discriminación basada en la orientación sexual,

.....  
20 OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> p. 30.

21 Sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, conforme al cual dichas relaciones son consideradas “normales, naturales e ideales” y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. La heteronormatividad se compone de reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes.

22 Ha sido usado para describir “la expectativa de que todas las personas son cissexuales [o cisgénero], que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres”.

23 Modelos sociales dominantes en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan sólo dos categorías rígidas, a saber, los sistemas binarios de masculino/hombre y femenino/mujer, excluyen a aquellas personas que pueden no identificarse dentro de estas dos categorías, como por ejemplo, algunas personas trans o algunas personas intersex.

.....  
18 OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/137.asp>

19 Comisión IDH. Violencia contra personas LGBTI en América, OAS/Ser.L/V/II.rev.2.Doc. 36.

la identidad de género o diversidad corporal. En esta línea, la Comisión reconoce que la ley argentina es “la mejor práctica en la región, en tanto no requiere ningún tipo de intervención o procedimiento médico, procedimiento judicial o certificación psiquiátrica o médica, para el reconocimiento del género de las personas”<sup>24</sup>. Esto es fundante porque la conexión entre violencia y discriminación concurre en el exacto punto en que los Estados omiten en lo particular expedirse protectoriamente sobre los derechos de las personas trans<sup>25</sup>. En esa omisión se juegan las vidas de quienes requieren de la intervención estatal para llevar adelante una vida digna en condiciones simbólicas y materiales. Es por ello que, como parte del deber de diligencia, los Estados deben convocar sistemáticamente a las organizaciones sociales para la toma de decisiones en todos los procedimientos de elaboración de legislaciones o políticas públicas.

El Informe Pobreza y Derechos Humanos,<sup>26</sup> publicado el 7 de septiembre de 2017, plantea la relación entre las violencias sufridas por las personas por su identidad y expresión de género no normativas y las situaciones de pobreza estructural; la CIDH afirma que las prácticas discriminatorias hacia el colectivo integrado por personas trans contribuye a generar condiciones de pobreza, lo que, a su vez, las somete a mayor vulnerabilidad social.

En cuanto a las leyes de identidad, el informe expresa que su sanción contribuye positivamente a cambiar la vida de las personas, y admite que para combatir los ciclos de

pobreza deben articularse con otras medidas de protección como asistencia social o acciones afirmativas; “Siempre en consulta con las organizaciones de la sociedad civil y personas afectadas, los Estados deben adoptar medidas garantistas, incluyendo cambios legislativos, que aseguren la protección social de las personas trans, lesbianas, gay, bisexuales e intersex, con especial énfasis en temas como el acceso a la educación, vivienda, trabajo, salud, seguridad social y vulnerabilidad a la violencia”<sup>27</sup>.

Por su parte, la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas versus Chile<sup>28</sup> dejó claro que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos bajo el término “otra condición social” conforme lo previsto en el artículo 1.1<sup>29</sup>.

En 2017, la Corte IDH emitió una opinión consultiva trascendente para pensar los alcances convencionales del derecho a la identidad de género<sup>30</sup> y en particular, las obligaciones a cargo del Estado para su pleno y efectivo reconocimiento. Las conclusiones allí vertidas son la síntesis de la jurisprudencia internacional para un abordaje integral en materia de no discriminación y libertad individual. A continuación, transcribimos los pasajes más elocuentes de la jurisprudencia indicando sucintamente el tema sobre el cual se pronuncia y que tiene vinculación con el planteo de este artículo:

### **1. La regla de la autonomía como eje sobre el cual diseñar una política de reconocimiento del derecho a la identidad de**

24 Op. cit. p. 242.

25 Entre las recomendaciones al poder legislativo, la Comisión IDH indica: “Adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas trans a rectificar su nombre y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad y demás documentos legales, a través de procesos expeditos y sencillos, y sin que sea necesario que presenten evaluaciones o certificados médicos o psicológicos/psiquiátricos”.

26 OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>

27 Op. cit. p. 194.

28 Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. (24 de febrero de 2012). (Fondo, Reparaciones y Costas).

29 De acuerdo con los puntos 85 y siguientes.

30 Opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la república de Costa Rica sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

**género:** “88. Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona (...)”.

**2. La identidad de género como construcción cultural:** “94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (supra párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad”.

**3. El derecho a la identidad como derecho humano y los alcances de las obligaciones estatales de acuerdo con la CADH:** “115. (...) el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo

18). Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional”.

**4. El consentimiento como medio para expresar la autonomía en los procesos de reconocimiento del derecho a la identidad de género:** “127. La regulación y la implementación de esos procesos deben estar basadas únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante. Lo anterior resulta consistente con el hecho de que los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género encuentran su fundamento en la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, así como en el derecho a la dignidad y a la vida privada del solicitante (supra párr. 88).

**5. La perspectiva des-patologizadora como regla para garantizar el reconocimiento del derecho a la identidad de género:** “130. Por otro lado, en lo que respecta a los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que se suelen requerir en este tipo de procedimientos, la Corte entiende que además de tener un carácter invasivo y poner en tela

de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología. Es así como ese tipo de requisitos o certificados médicos contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino”.

“135. En concordancia con lo anterior, la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y a la postre puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos (supra párr. 134). En ese sentido, tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad”.

**6. De la prohibición de requisitos que afectan la voluntad personal en el marco del derecho a la identidad de género:** “146.

En concordancia con lo anterior, el procedimiento de solicitud de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y documentos de identidad, no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. En efecto, someter el reconocimiento de la identidad de género de una persona trans a una operación quirúrgica o a un tratamiento de esterilización que no desea, implicaría condicionar el pleno ejercicio de varios derechos,

entre ellos, a la vida privada (artículo 11.2 de la Convención), a escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia (artículo 7 de la Convención), y conllevaría a la renuncia del goce pleno y efectivo de su derecho a la integridad personal”.

**7. Identidad de género e infancia:** “154. De conformidad con lo anterior, esta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida. Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención (...)”.

**8. El mejor procedimiento para el reconocimiento legal de la identidad de género es el administrativo o notarial:** “159. Por lo expuesto, se puede sostener que si bien los Estados tienen en principio una posibilidad para determinar, de acuerdo a la realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos para un procedimiento de rectificación del nombre, y de ser el caso, de la referencia al sexo/género y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes, también es cierto que el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza”.

Como puede observarse, el SIDH tiene varios documentos mediante los cuales los órganos se han pronunciado respecto de orientaciones y pautas convencionales a seguir para erradicar las violencias cometidas contra los

derechos humanos de las personas con motivo de su identidad y expresión de género.

## Leyes de identidad de género en la región interamericana

Son pocos los países de América Latina y el Caribe que cuentan con una ley especial de identidad de género. A su vez, entre esos países, el tratamiento legal varía según la jurisdicción de que se trate puesto que no todos admiten el derecho a la identidad de género con un abordaje despsicopatologizador e integral en materia de salud transespecífica.

Uruguay (2009), Argentina (2012), Colombia (2015) y Bolivia (2016) tienen una legislación específica, mientras que Ecuador (2016) y el Distrito Federal de México (2018) incluyen el reconocimiento legal en sus respectivos ordenamientos civiles sobre el estado civil de las personas.

La Ley N° 18.620 de Uruguay, primera en la región, consagra que: “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona (...)” (art. 1). De esta manera, la norma admite el derecho acotado a su reconocimiento identificatorio, sin perjuicio de valorar el ejercicio que supone para la personalidad, el libre desarrollo de la “propia identidad de género”. A la vez que escinde género del sexo y considera a este último en sus diferentes dimensiones (biológica, anatómica, hormonal, o de asignación).

El universo de personas con legitimación para requerir la adecuación registral no distingue,

según lo previsto por el art. 2, entre franjas etarias. Por lo cual, incluye a niños, niñas y adolescentes (NNyA).

En cuanto a los requisitos, la norma uruguaya exige en su art. 3 acreditar 1) discordancia entre la identidad de género y los marcadores nombre o sexo consignados en el acta de nacimiento y 2) la estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años, salvo que la persona haya procedido a una cirugía de reasignación sexual previa. Agrega que no se exigirá “cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral (...)”. Pero estos no son los únicos requisitos; el art. 4 párrafo 4 requiere un “informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad” y testimonios de las personas que “conocen la forma de vida cotidiana del solicitante y la de los profesionales que lo han atendido desde el punto de vista social, mental y físico” (art. 4 párrafo 5). Estas condiciones deben acreditarse en un proceso judicial (juzgados letrados de familia).

Colombia legisla el derecho de acuerdo con el Decreto N° 1.227, suscripto el 4 de junio de 2015 y por el cual se adiciona una sección al reglamento del sector justicia y derecho relacionado con el trámite para “corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil”.

El decreto refiere, al derecho a la identidad de género en una óptica meramente registral destinada a “corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil” (art. 2.2.6.12.4.1) mediante la inscripción del sexo masculino o femenino sin alterar el número único de identificación personal.

Para la corrección del componente sexo se precisa 1) completar una solicitud por escrito que contenga la designación del notario a quien se dirija y el nombre y cédula de ciudadanía de la persona solicitante, 2) copias simples del acta de nacimiento y de la cédula de ciudadanía y 3) una declaración jurada que



indique la voluntad de realizar la corrección de la casilla del componente sexo en el Registro Civil de Nacimiento (cf. arts. 2.2.6.12.4.4. y 2.2.6.12.4.5).

El decreto interpreta que la declaración hace a la “construcción sociocultural” de la identidad sexual de la persona. A la par que elimina cualquier pedido de documentación o prueba adicional a las enunciadas en los artículos citados. De esta manera, la norma adopta un enfoque despatologizador y notarializa el procedimiento, pues se debe acudir a una notaría dentro o fuera del Registro Civil para que expida la escritura pública correspondiente (art. 2.2.6.12.4.7).

El Estado Plurinacional de Bolivia, mediante la Ley N° 807 del 21 de mayo de 2016, establece el procedimiento para “el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas transexuales y transgénero en toda documentación pública y privada vinculada a su identidad, permitiéndoles ejercer de forma plena el derecho a la identidad de género” (art. 1). Como se advierte, la dimensión registral es el objeto de esta normativa.

La ley boliviana inserta el derecho a la identidad de género en el marco amplio de su constitución política y más precisamente en la consagración del principio de no discriminación<sup>31</sup>.

A diferencia de las anteriores normas, aquí se definen categorías específicas -ver art. 3- tales como género (construcción social de roles, comportamientos, usos, ideas, vestimentas,

prácticas y otras costumbres para el hombre y mujer), identidad de género (vivencia individual del género tal como cada persona la siente, la vive y la ejerce ante la sociedad, la cual puede corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento), sexo (condición biológica, orgánica y genética que distingue a mujeres de hombres), dato de sexo (diferencia entre mujer u hombre inscrita como femenino o masculino en los documentos de registro de identidad públicos o privados), transexual (personas que se sienten como pertenecientes al género opuesto al se les asignó al nacer y que optan por una intervención médica para adecuar su apariencia física) y transgénero (hombre o mujer cuya identidad de género no corresponde con su sexo asignado al nacer sin que esto implique intervención médica de modificación corporal).

La norma delimita el universo a las personas bolivianas transexuales y transgénero mayores de 18 años de edad (art. 4 párrafo 1). Como garantías prevé el trato de acuerdo con la identidad de género escogida, el ejercicio de su autonomía física para modificar o no su imagen corporal, y el libre desarrollo de su persona de acuerdo con su género (art. 5).

Como se advierte, la ley contempla la posibilidad, aunque de manera un poco laxa, de autonomía corporal para acceder a intervenciones trans-específicas admitiendo la libertad y la capacidad jurídica de cada persona. En relación a los principios, la ley subraya la celeridad en el ejercicio sin dilaciones en la administración del proceso para el cambio de nombre, sexo e imagen registral, el trato digno, la confidencialidad del procedimiento, la igualdad y la protección de las personas transexuales y transgénero contra actos discriminatorios.

El procedimiento es administrativo y se realiza ante el servicio de registro cívico. La norma estipula como elementos para acreditar 1) una solicitud de cambio de nombre propio, 2) un exámen técnico psicológico que acredite que

31 “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona” (párraf. II del art. 14 de la Constitución Política del Estado).



la persona “conoce y asume voluntariamente las implicaciones de su decisión”, 3) certificados varios (de nacimiento, libertad de estado civil, descendencia y antecedentes penales).

El artículo 9 punto VIII indica que: “Ninguna institución o autoridad podrá exigir resolución judicial, ni otro requisito para el reconocimiento y registro del cambio de identidad de género”.

Ecuador, por su parte, contiene disposiciones relativas al derecho a la identidad de género, en su Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles del año 2015.

En efecto, el art. 94 habilita que: “voluntariamente, al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por autodeterminación podrá sustituir el campo sexo por el de género que puede ser: masculino o femenino. El acto se realizará en presencia de dos testigos que acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por al menos dos años (...) este cambio no afectará los datos del registro personal único de la persona relativos al sexo. De darse esta situación, el peticionario podrá solicitar el cambio en los nombres a causa de la sustitución del campo sexo por el de género.”

La ley civil contempla esta posibilidad en lo que hace a la cédula de identidad que es el documento que tiene por objeto identificar a las personas ecuatorianas y las extranjeras que se encuentren en el Ecuador (cf. art. 85). El mecanismo de cambio se realiza ante las autoridades civiles y consiste en agregar el componente género en sus documentos. Los requisitos, al igual que su par oriental, remiten a la estabilidad identitaria y a testimonios que acrediten “la autodeterminación”.

Ese cambio de sexo a género se debe a que la ley ecuatoriana considera que el sexo es la condición biológica de la persona recién nacida como hombre o mujer de conformidad a lo determinado por la medicina (cf. art. 30 de la

ley citada). El sustrato del sexo es biológico y el del género es autodeterminado por la persona dentro del espectro mujer-hombre.

Por fin, el Código Civil para el Distrito Federal de México garantiza la igualdad de la capacidad jurídica para el hombre y la mujer y prohíbe actos discriminatorios motivados por la orientación sexual, la identidad de género, expresión del rol de género, entre otros (cf. art. 2). En esta línea, en el Capítulo XI *De la rectificación, modificación y aclaración de las actas del Registro Civil* se agrega el art. 135 bis que dice: “Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de la identidad de género, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género. El reconocimiento respectivo se llevará a cabo ante las instancias y las autoridades correspondientes del Registro Civil del Distrito Federal (...). Se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna, tal como cada persona se percibe así misma, la cual puede corresponder o no, al sexo asignado en el acta primigenia. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica alguna, terapias u otro diagnóstico y/o procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género”. La ley civil asume un enfoque despatologizador de la dimensión registral del derecho en cuestión y administrativiza el mecanismo para todas las personas mayores de 18 años de edad.

Los requisitos legales consisten en presentar 1) solicitud requisitada, 2) copias del acta de nacimiento e identificación oficial, 3) comprobante de domicilio, 4) ser de nacionalidad mexicana, 5) acreditar al menos los 18 años de edad cumplidos y 6) manifestar el nombre completo y los datos registrales asentados en el acta primigenia y el nombre elegido junto al género solicitado (cf. arts. 135 ter y 135 quáter).

Las normas regionales mencionadas responden a los contextos socio políticos e

institucionales propios de cada país y de las posibilidades de intervención activa que tienen los movimientos sociales de la disidencia socio sexual en la toma de decisión de los procesos que las involucran, en particular de las organizaciones de personas trans.

Sin perjuicio de ello, y a consideración de los estándares internacionales vistos, es posible observar que los modelos de justicia sobre los cuales se asientan, el derecho a la identidad de género no cumple acabadamente con éstos. Si bien el Distrito Federal de México, la ley boliviana, o el decreto colombiano asumen un enfoque despatologizador para el reconocimiento legal de la identidad de género, limitan el derecho a la órbita registral y omiten cualquier referencia al trato digno o el acceso público a los tratamientos de salud trans específicos a elección de la persona. E incluso, impiden el ejercicio del derecho registral a personas menores de edad.

Por su parte, las legislaciones uruguaya y ecuatoriana, si bien plantean la autopercepción o la autodeterminación de género, agravan los requerimientos con juicios de identidad toda vez que exigen -arbitrariamente- permanencia y estabilidad en la identidad escogida de dos años y pruebas de tal vivencia. Esto no hace más que desalentar la autonomía de la persona en la toma de sus decisiones libremente y sin acotaciones de tiempos. Además, la ley de Uruguay tiene un sesgo potencialmente patologizador en la medida en que impone la judicialización del procedimiento y si bien el diagnóstico médico no es requerido explícitamente, se decide la intervención de un equipo multidisciplinario especializado en identidad de género. Es decir, no admite la declaración propia de la persona como sujeto titular del derecho ya que mantiene una supervisión institucional de intervención.

Es interesante señalar que casi todos los sistemas legales coinciden en adoptar una definición de identidad de género que es lo suficientemente

amplia en cuanto a de-construir un sentido de identidad estanco e inmodificable, pero paradójicamente sostienen el sexo como dato irreductible por su carácter biológico. Todo lo cual explica las razones por las que el binario varón-mujer sigue operando normativamente.

Otra cuestión es que adoptan un concepto de identidad autónomo sin ligarlo a su dimensión corporal. Todas refieren a las “correcciones” o “modificaciones” del componente sexo o género de las actas de inscripción como si el derecho se acabara allí, sin perjuicio de avalar el libre desarrollo de la personalidad jurídica.

Las experiencias coinciden en los estándares de confidencialidad del procedimiento, del criterio personal de solicitud e intervención, y de la prohibición de exigencias asociadas con intervenciones quirúrgicas de reasignación genital o tratamientos hormonales no deseados para acceder al reconocimiento legal del derecho a la identidad de género. En estos aspectos, casi todas las legislaciones enmarcan la petición desde un enfoque no discriminatorio. La ley boliviana es la más enfática en sostener el carácter constitucional del derecho a la identidad de género.

Por fin, las solicitudes de consentimiento son admitidas, por casi todas las legislaciones como una cabal manera de expresar la autonomía decisional para la afirmación del género sentido. Se trata de hacer real los alcances de admitir plena capacidad jurídica en los actos y hechos de la vida jurídica. Así Argentina, Bolivia, DF de México y Colombia permiten la rectificación registral del nombre y sexo basada en la simple declaración de la persona, sin intervención de organismos judiciales y eliminando exigencias no queridas como diagnósticos médicos, esterilizaciones, intervenciones quirúrgicas previas, tratamientos hormonales constatados.

## El caso argentino

La ley argentina merece un apartado propio porque fue pionera en imprimirle al abordaje legal del derecho un enfoque de derechos humanos. La ley traduce las disputas en torno al dualismo naturaleza/cultura sobre la cual se asienta la distinción tensionante entre sexo/género. A la vez que sincroniza las distintas dimensiones que adopta la identidad de género en relación al cuerpo, la identidad y los recursos. En otras palabras, nuestro país construyó un nuevo paradigma internacional para el reconocimiento del derecho a la identidad de género.

Antes de la entrada en vigencia, era necesario judicializar el reconocimiento de la identidad de género afirmada, como era habitual en muchos países de la región. Las Leyes N° 18.248 y N° 17.132 obligaban al uso del recurso judicial para modificar el nombre y sexo registral de acuerdo con el género expresado por la persona, así como también para aspirar a intervenciones quirúrgicas y hormonales transespecíficas.

La judicialización respondía al esquema del modelo biomédico patologizador de la transexualidad. La perspectiva patologizadora no veía en la identidad de género un derecho cuyo sujeto titular era una persona humana con capacidad suficiente para ejercerlo, sino un trastorno, un déficit o una enfermedad que recaía sobre un cuerpo-paciente y debía ser curada o tratada, según la mirada médica (para algunas corrientes la solución era la psicología porque era un problema de salud mental y para otras, la intervención compulsiva del cuerpo para ajustarlo a la mente). Sea cual fuera el criterio, era fundamental la elaboración de un diagnóstico clínico que condujera a tener certeza sobre un estado de disforia de género o de transexualismo genuino o síndrome de Harry Benjamin<sup>32</sup>. Estas clasificaciones psicodiag-

nósticas, elaboradas en contextos políticos e históricos distintos por los discursos médicos, coincidían en que si una persona expresaba un género distinto al asignado al nacer o inscripto como tal, era una persona enferma y esa identidad de género era una afección clínica individual.

El modelo médico objetualizaba a la persona le quitaba cualquier posibilidad de decisión sobre su cuerpo, identidad y deseo. La disforia de género (malestar acerca de la propia identidad como varón o mujer que se percibe opuesta al sexo genital externo) era un diagnóstico que, propio del campo de la medicina, señalaba el malestar como un problema personal e individual. Era ésta el problema y por eso mismo su responsabilidad era rehabilitarse.

Las prácticas judiciales se caracterizaban por asumir lógicas retóricas, burocráticas y violentas porque los marcos judiciales seguían los efectos colonizadores del género normativo, que prescribía que el sexo materializaba el género binario varón-mujer como la forma exclusiva de ser-estar en sociedad<sup>33</sup>.

.....  
genética, hormonal y neurológica; la cual produce que el cerebro se desarrolle con un sexo opuesto al físico genital del individuo que lo padece". (en <https://sindromedeharry-benjamin.es.tl/>)

33 1) La retórica estaba presente en las lecturas judiciales de ,las corporalidades trans: la idea de comprender al sujeto transexual como una persona encerrada en un cuerpo equivocado, implicaba mantener incólume el criterio de femineidad y masculinidad hegemónica, como únicas alternativas dentro del campo de los géneros. La alegoría del encierro presuponía un cuerpo discapacitante y anormal. La identidad y el cuerpo pasaban a ser situados en lugares de o estados de tránsito que iba de algo falso hacia algo verdadero; 2) La burocracia se evidenciaba a través del trayecto que debía recorrer la persona en busca de su reconocimiento legal asociada a las imposiciones autoritarias determinadas por el/la sentenciante de la causa: cuanto más clausurada estaba la opción por la autonomía del sujeto, mayores requisitos se imponía para certificar la veracidad de su palabra. Los niveles altos de burocratización llevaban a que los juicios durasen más de cinco años, salvo contadas excepciones. A ello se sumaban las pericias invasivas y patologizantes que los juzgados ordenaban; y 3) Respecto a la violencia, se encontraba en todos los intersticios del proceso, en tanto la violencia de género operaba desde el mismo momento en que la persona solicitante debía acreditar su "trastorno de identidad" y su palabra estaba en constante cuestionamiento o directamente desacreditada.

32 Nota de edición: "El síndrome de Benjamin es una condición congénita intersexual causa de una variación

El trato que durante muchos años dispensó la medicina y el derecho a la gestión político-legal del reconocimiento de la identidad de género no normativa des-humanizó a las personas, lesionó sistemáticamente sus derechos fundamentales, produjo exclusión de participación y desacreditó sus experiencias vitales en pos de aquella deshumanización. Por ello, la gestión jurídico político, antes de la sanción de la Ley N° 26.743<sup>34</sup>(LIDG), era parte integral del manejo o tratamiento de la diferencia de género; una forma particular de considerar el género condujo a las formas de injusticia. Por eso proliferaban los juicios de identidad de género que sirven para ese propósito; la clasificación del cuerpo correcto de la masculinidad o femeneidad frente al incorrecto de las políticas de asignación de género.

La ley N° 26.743 adopta un modelo con enfoque de derecho que, a comparación de los modelos sustentados en una perspectiva patologizadora, el conflicto se re-direcciona hacia el impacto de las barreras sociales, económicas, culturales y políticas que impiden estructuralmente el ejercicio autónomo del derecho.

El modelo argentino critica las bases del paradigma biomédico de asignación de sexo y defiende la toma de decisiones individuales respecto del género afirmado. Este régimen desdramatiza la asunción del género a partir de un sexo y permite expresar una identidad de género estratégica y no esencialista, con

potencial para desafiar lo implícito del binarismo del marcador sexo. El reconocimiento que propicia el art. 1 y los mecanismos destinados a garantizarlos invocan derechos humanos tradicionales tales como el derecho a la identidad, al nombre, a la personalidad jurídica, a la no discriminación e igualdad, a ser oído, o a la salud. Todos ellos se articulan de manera tal que se garanticen y respeten los criterios de la despatologización y de la desjudicialización en el ámbito de la expresión de las identidades de género diversas y no binarias. La identidad de género se define en el art. 2<sup>35</sup>, que tiene como fuente directa los principios de Yogyakarta<sup>36</sup>, y se establece un modo de interpretarla (art. 13)<sup>37</sup> que es inédito y determina

.....

35 Artículo 2° – Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

36 Los principios fueron elaborados y adoptados por un grupo de personas especialistas en derechos humanos y derechos sexuales de distintas disciplinas en 2006, en Yogyakarta, Indonesia. Se conformó una comisión técnica y tal como lo exponen Sonia Onufer Correa y Vitit Muntarbhorn en la introducción al documento: “Los Principios de Yogyakarta se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género (...) afirman la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Cada principio se acompaña de recomendaciones detalladas dirigidas a los Estados. Sin embargo, las y los especialistas también ponen énfasis en que todos los actores tienen responsabilidades en cuanto a promover y proteger los derechos humanos”. En noviembre de 2017 se adicionaron, a los veintinueve Principios originales, otros nueve y una serie de obligaciones estatales que cubren un rango de derechos emergentes. En este nuevo preámbulo se toma nota de que la violencia, la discriminación y cualquier otro modo de producir daño basado en la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales se manifiestan en un continuum de múltiples, interrelacionadas y recurrentes formas, en distintos rangos, desde lo privado a lo público, incluyendo formas de tecnología y en un mundo globalizado trasciende los límites nacionales. A su vez, se admite que tales violencias poseen una dimensión individual y colectiva.

37 Artículo 13. — Aplicación. Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir,

.....

Los mecanismos de violencia, no sólo eran simbólicos sino materiales. Así, el sometimiento a peritajes biomédicos implicaban la realización de un escrutinio corporal invasivo y violatorio a los estándares en derechos humanos, además significaba legitimar al cuerpo médico en el rol tutelar del género de ciertos grupos sociales. Existía, a su vez, una violencia testimonial y hermenéutica en la medida en que el poder judicial desacreditaba la palabra de la persona por los prejuicios existentes alrededor de la identidad de género y una falta de recursos interpretativos que revictimizaba a la persona.

34 (9 de mayo de 2012). Ley de Identidad de Género (N° 26.743). Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/info-legalInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

obligaciones específicas que deben cumplirse, tal como la obligación de garantizar el reconocimiento del género afirmado, el acceso a la salud trans-específica o la obligación de asegurar administrativamente la rectificación del nombre y del sexo a partir de la declaración de la persona respecto de su género. El sexo, en la trama de la inscripción, es una cuestión declarativa. Ello se desprende del art. 2.

El derecho a la identidad se compone de tres aspectos (art. 1): a) el reconocimiento de la identidad de género de la persona; b) el libre desarrollo y c) el ser identificado en los instrumentos que acrediten identidad<sup>38</sup>.

La identidad de género es una declaración personal –adaptada legalmente a una declaración jurada o consentimiento informado–, que se ejerce según potestades que toda persona tiene

como sujeto político. Circunstancia que abre un horizonte hacia la abolición del marcador sexo en los documentos de identidad. En el ordenamiento registral vigente, el sexo es una categoría que se inscribe en los documentos públicos, y expresa el género que cada persona asume en su vida cotidiana. No existe norma que defina que el sexo es binario en su constitución (sólo varón o mujer). Tampoco norma que defina el sexo. Es la práctica socio-cultural la que ha instalado la idea según la cual el sexo constituye un espectro binario y que su consignación deriva, fatalmente, de la práctica médica o registral que se hace de la persona al momento de su nacimiento, según sean leídos clínicamente los atributos físicos. No obstante, la ley de identidad de género alteró esta mirada restrictiva del género propiciando que el sexo es una variable social que, ligada al género, en realidad se confunde con esta<sup>39</sup>.

Así como se declara la identidad puede no declararse y lo que se declara puede ser un sexo del espectro mujer-varón como otra identificación que se condiga con el género afirmado. Ninguna de estas posibilidades restringe derechos de otras personas ni pone en vilo a la seguridad jurídica de ningún instituto. El vector de la inclusión es respetar la voluntad de la persona y su afirmación de género. A los efectos identificatorios lo relevante es el número que se asigna al documento nacional de identidad y las huellas dactilares.

La ley ha demostrado ser exitosa como reparación para determinados derechos humanos (asociados al reconocimiento de la personalidad jurídica y acceso a la salud integral)

.....  
excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

**38 El reconocimiento de la identidad** de género implica el deber de respetar y valorar la identidad de género tal como cada persona la exprese o sienta. El reconocimiento impone la obligación de no discriminar, desvalorizar, humillar, o sojuzgar a ninguna manifestación o expresión de identidad de género que no se corresponda con los marcos de referencia que socialmente se instalan como normales. Es la expresión del derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica, que comprende el máximo disfrute de tal capacidad en todos los aspectos de la vida en la diversidad de identidades de género.

El **libre desarrollo personal** se corresponde con los mecanismos que la ley N° 26.743 y sus normas complementarias disponen para garantizar el acceso libre, no patologizante, permanente, integral, idóneo, suficiente y actual a las prestaciones que por motivos de salud se precisen de acuerdo con el requerimiento personal para afirmar o expresar un género sentido. El desarrollo personal se basa en un modelo de atención sanitaria anti-patologizador (no se requiere acreditar ningún diagnóstico por trastorno de la identidad sexual, disforia de género o incongruencia de género, para acceder a las prestaciones hormonales o intervenciones de afirmación de género totales o parciales) y de autonomía de la voluntad. Las prácticas médicas están cubiertas por el seguro social.

El derecho de toda persona a **ser tratada de acuerdo** con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten identidad, se desdobra en dos partes. Primero, asociado con el buen trato que es una extensión del reconocimiento sin identificación registral o corporal del género. En segundo lugar, remite al régimen identificatorio de la identidad de género a partir de la inscripción registral.

.....  
**39** Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (art. 62 y siguientes), una persona -sin judicializar ni patologizar- puede 1) declarar una identidad de género distinta a la consignada en su certificado de nacimiento dentro del espectro binario del sexo mujer-varón; 2) mantener la identidad de género que se condice con el sexo que figura en dicho certificado; 3) solicitar la consignación de otra variable de identidad dentro del marcador sexo (como por ejemplo travesti, transgénero, varón trans o mujer trans) o 4) no declarar ningún sexo y pedir que se le consigne “no declara”.



aunque no suficiente, dado que por sí sola no alcanza para combatir otras dimensiones de la exclusión social y política a la que están expuestas las personas por su identidad de género no hegemónica (vivienda, educación, pensión por vejez o acceso a un trabajo digno).

En el informe *La Revolución de las Mariposas*<sup>40</sup> quedó registrado, por ejemplo, que uno de los impactos positivos posterior a la sanción de la ley 26.743 fue para las personas travestis y mujeres trans el crecimiento de la confianza en sí mismas (75 por ciento) y mayor conocimiento de tener derechos (71.9 por ciento). Para los varones trans se trató en igual proporción la confianza en uno mismo y el conocimiento de derechos (ambos 84 por ciento). El documento arrojó en una de sus conclusiones que: “Con relación a la salud, luego de la sanción de la Ley de Identidad de Género se sentaron las bases para un efectivo acceso a la salud. Aun cuando este acceso sigue siendo limitado, sobre todo en materia de prevención y atención de salud general y para mujeres trans/travestis, ha mejorado respecto de 2005 (...). Los hombres trans controlan su salud en menor porcentaje que las mujeres trans/travestis y, además, a diferencia de ellas acuden al sistema de salud por razones de tratamiento hormonal”.

## A modo de cierre: los modelos de justicia para el reconocimiento del derecho a la identidad

Las estructuras de saber/poder que Bornstein explica con la metáfora de la pirámide alimentaria operan construyendo subjetividades en esquemas de relatos de exclusión y jerarquización de cuerpos e identidades. Los discursos de la ciencia y del derecho han contribuido a la objetivización de la diferencia imponiendo clasificaciones que explican la otredad.

La injusticia epistémica (que desconoce el conocimiento de los grupos sociales dominados, en este caso la producción epistémica de los movimientos trans) y la injusticia testimonial (que subalterniza la palabra de aquellos grupos sociales) son efectos de lo conservador que pueden ser ciertas administraciones legales del derecho. Pero hay otros modos de hacer justicia; hay que aspirar a planteos que redistribuyan y reconozcan la palabra y la acción de los grupos sociales históricamente silenciados.

Reflexiones no esencialistas del tratamiento de la diferencia sexual son posibles en la medida en que se resignifiquen los términos de la democracia en relación con el género y el poder. En este sentido, es útil la dimensión radical y plural de la democracia ilustrada por Mouffe (2000) toda vez que hace un llamado a reconocer la existencia de relaciones de poder y la necesidad de transformarlas; el modelo agonístico de la autora proviene de asumir lo político como antagonismo inherente a las relaciones humanas.

Como explica Paula Vitorro (2013, p. 58) “La política es, entonces, ese momento conflictivo respecto del hecho mismo de saber quién está dotado de la capacidad política de la palabra. Por ello la política adviene como exceso en relación al orden policial, entendido este último como la estructuración del espacio común que hace que una situación dada de dominación aparezca fundada en evidencias sensibles. Dominación que (...) se fundamenta en la creencia de que hay personas que no hablan verdaderamente, que sólo expresan hambre, cólera, rabia, escándalo”.

Si el género es una cuestión de lo político -en términos de Bornstein-, el tratamiento de los esquemas legales en la política nos hará pensar de qué manera y con qué recursos combatir las hostilidades provenientes de los órdenes que intentan imponer formas subalternizadas/jerarquizadas de la diferencia. Volviendo a Mouffe, la democracia agonística

<sup>40</sup> Ministerio de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2 de septiembre de 2018).



implica considerar a quienes sostienen esos discursos excluyentes y opresivos, como adversarios políticos -legítimos oponentes- y no como enemigos a destruir.

Confrontar con un adversario es la condición de existencia de la democracia porque no evita el conflicto ni busca suprimirlo mediante la imposición de un orden autoritario. Por ejemplo, en la experiencia argentina los movimientos trans lucharon políticamente contra los discursos adversos de la dogmática civil y de los saberes médicos especializados.

Argentina, DF de México y Colombia reconocen que la identidad de género es una cuestión personal disociada del sexo asignado al nacer y declarativa. De modo tal que la identidad es definida por cada persona independientemente del sexo asentado en los registros de nacimiento. Estos países admiten que el género y el sexo son construcciones sociales antes que determinaciones biológicas o que la materia sobre la cual el género se sustenta culturalmente. El efecto de esta lectura es habilitar sistemas legales que habilitan que las personas puedan afirmar su género en condiciones libres de violencia de género -patologización- y sin exigencias judiciales ni imposiciones sobre diagnósticos, esterilizaciones, cirugías no deseadas, limitaciones jurídicas, etc. Pero Argentina, a diferencia de los otros países, abre las dimensiones del derecho a la identidad e impone al Estado obligaciones de respetar y garantizar el acceso a la salud general transespecífica porque no hay identidad por fuera de los cuerpos ni corporalidades por fuera de las tecnologías de intervención.

Los esquemas legales que acuerdan requisitos patologizantes (diagnósticos o intervenciones quirúrgicas previas) o juicios de identidad son aquellos que sostienen la idea de que el sexo y el género son categorías distintas, consignando el sexo como condición biológica de la diferencia sexual entre varón-mujer. Así, Ecuador define legalmente la sustitución del

campo sexo por el de género para aquellas personas que voluntariamente quieren afirmar su género sentido en los documentos identificatorios. El sexo en Ecuador es la genitalidad suscripta médicamente, en cambio, el género es lo autopercebido, por ello, el marcador se sustituye si se trata de personas que expresan un género distinto del sexo que informa la partida de nacimiento.

Otro modelo es aquel que conecta en una mixtura sexo, género, identidad de género y dato de sexo. El caso emblemático es Bolivia; la composición del sexo es biológica pero el dato de sexo es la inscripción de lo masculino o femenino que puede o no coincidir con el sexo al momento de nacer. Es por ello, que la ley boliviana admite el cambio de nombre sin requerir diagnósticos previos, pero burocráticamente exige documentación que avale conocer las implicancias de la decisión de cambiar el nombre y dato de sexo. La situación de Uruguay encuentra similitudes con Bolivia y acercamientos con Ecuador.

En efecto, la ley oriental no exige cirugía de reasignación sexual para conceder la adecuación registral, por lo cual considera que el sexo y el género son componentes culturales o al menos están ligados a un acto administrativo identificatorio. De hecho, define como parte del sexo, el de asignación. Pero, al igual que su par ecuatoriana, la ley obliga a que se acredite estabilidad y persistencia de la disonancia entre el género asumido socialmente y el sexo consignado en el acta de nacimiento. Además, como vimos, enjuicia la identidad a partir de exigir el aporte de testimonios de personas o profesionales que se hayan relacionado con la persona. La burocratización de la ley oriental y ecuatoriana las vuelven opacas y con sesgos fuertemente patologizadores en la medida en que no hay declaración propia del género, sino que es fiscalizada o mediada por otros; un esquema de injusticia testimonial o de subordinación de la propia subjetividad.

Las leyes regionales nos muestran, en términos políticos, cómo el Estado administra la diferencia de género y en qué términos plantea el sentido de democracia (verdaderamente plural y radical o todo lo contrario).

## Bibliografía:

Bornstein, K. (2013). *My new gender workbook*. NYC: Routledge.

Crenshaw, K. W. (2012). Cartografiando los márgenes. *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada* (pp. 87-122). Barcelona: Ediciones Bellaterra.

Hall, S. (2003). "¿Quién necesita 'identidad'?" En Hall, S. y Du Gay, P., *Cuestiones de identidad cultural* (pp. 13-39). Buenos Aires: Amarrortu.

Laqueur, T. (1990). *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Ley N° 26743, de 9 de mayo, de identidad de género. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

Mouffe, C. (2000). *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Vituro, P. (2013). La revolución de lxs "nada": una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación. *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 43-59. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27032>

Young, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra.

**Franchesca Mata**

Abogada. Especialista en Políticas Sociales. Ni Una Menos, El Salvador

# El Salvador: entre la penalización del aborto y la criminalización del sexo y la pobreza

## Resumen

En 1998, el Estado salvadoreño retrocedió en materia de derechos humanos al condenar de forma absoluta la interrupción voluntaria del embarazo. La legislación penal y constitucional ha dado lugar a la criminalización de los cuerpos de las mujeres pobres, lo que se traduce en una clara violación al principio de presunción de inocencia. Personal médico y mujeres con complicaciones obstétricas extra hospitalarias son enfrentados mano a mano por un cuerpo normativo que exige la denuncia, castiga el secreto profesional y profundiza el riesgo de muertes a raíz de abortos clandestinos. Las estrategias legales dan cuenta de casos exitosos y de la urgencia de una reforma legal que priorice la vida y la salud de las personas con capacidad de gestar.

Hoy día hablar de feminismos es abrir un abanico de definiciones, puesto que se trata de un concepto en movimiento, en constante (de) construcción amparado en un movimiento de mujeres que desean cambiarlo todo. Entre las múltiples definiciones, se encuentra a

quienes adhieren y entienden al feminismo como “mucho más que una doctrina social; es un movimiento social y político, es también una ideología y una teoría, que parte de la toma de conciencia de las mujeres como colectivo humano subordinado, discriminado y oprimido por el colectivo de hombres en el patriarcado, para luchar por la liberación de nuestro sexo y nuestro género. El feminismo no se circunscribe a luchar por los derechos de las mujeres sino a cuestionar profundamente y desde una perspectiva nueva, todas las estructuras de poder, incluyendo, pero no reducidas a las de género” (Faccio y Fries, 2015). Lo anterior pone al feminismo como ese movimiento que se construye y sostiene día a día, en todos los espacios, en todos los rubros, todo el tiempo.

En ese sentido, la confrontación, la autocrítica, la reflexión y sobre todo la politización de lo que interpela, es decir, la materialización de la tan usada consigna “lo personal es político”, lleva a poner al centro de la mesa cuestiones y hechos que atraviesan a las sujetas de esta definición, ese decir a las mujeres, trans, travas

y la diversidad en su amplitud, para discutir, analizar, reflexionar y problematizar/politizar todo, identificando si es un problema y buscando colectivamente una solución.

En la historia del movimiento de mujeres en El Salvador, se ha visto como una de las máximas expresiones del texto de “The Personal is Political” que brindó la referida consigna, en el movimiento Mujeres 94. Este colectivo surgido, entre otras cosas, para instalar en la agenda electoral “los temas de las mujeres” (Luciak, 1998), decidió armar su propia plataforma política y lanzarla en una histórica marcha de 5.000 mujeres tan grande que sobre ello se ha señalado que “nunca se había hablado tanto de las mujeres como durante esa campaña electoral del 94” (Falquet, 2002).

## La penalización del aborto en El Salvador

### Antecedentes

En El Salvador, el aborto está penalizado de forma absoluta a partir de una reforma al Código Penal en 1997. El contexto detrás de la decisión política sobre los cuerpos de las mujeres, es un país que adolecía los estragos de una cruenta guerra civil.

El Salvador tuvo un conflicto bélico interno desde 1980 hasta el 16 de enero de 1992, fecha en la que se firmó los Acuerdos de Paz entre el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) (la guerrilla) y el Estado salvadoreño al mando de Alfredo Cristiani, quien había llegado a ser jefe de Estado en unas elecciones en las que como candidato de la Alianza Republicana Nacionalista ARENA compitió de forma cercana con Fidel Chávez Mena, candidato a la presidencia por el Partido Demócrata Cristiano (PDC).

Para ARENA, uno de los elementos fundamentales para regir la conducta de los

nacionalistas salvadoreños, es “Dios, patria y libertad”. En ese orden de ideas, el partido reconoce la igualdad de los hombres en primer lugar ante Dios y después ante las leyes. No obstante, lo anterior deja en claro que los partidos políticos no deben inmiscuirse en cuestiones religiosas y la improcedencia de la “intromisión de sectores religiosos en la política partidista. Se reconoce la libertad de los salvadoreños para elegir su fe y creencias religiosas” (ARENA, 1981).

En 1993, diputados oficialistas, apoyados por la jerarquía de la iglesia católica, la Fundación Sí a la Vida y el Patronato Pro-Integración de la Mujer al Desarrollo (PIMUDE), solicitaron y lograron la declaración por parte de la Asamblea Legislativa de la designación del 28 de diciembre como el día del “Niño por Nacer” (Decreto Legislativo 738: art. 1: 1997). Para ese momento, El Salvador incluía en su legislación penal, la prohibición del aborto excepto por tres causales.

Evidentemente, la declaración del día del No Nacido, aró el camino para generar elementos que permitieran cuestionar las causales de excepción que regulaban la interrupción legal del embarazo (acabando con la gestación del “no nacido”).

Por otro lado, el FMLN se insertó a la vida política partidaria del país en 1994 en las que se conocieron como las “elecciones del siglo”, compitiendo por diputados y alcaldes. En las elecciones legislativas de ese año, el FMLN obtuvo 21 escaños versus 39 de la ARENA y 18 del Partido Demócrata Cristiano. Sobre el resultado anterior, el Centro de Información, Documentación y Apoyo a la Investigación (CIDAI, 1997) opinó que: “El recuerdo de la guerra, pesaron en un electorado que prefirió apostar por la imagen de estabilidad, orden y eficiencia empresarial ofrecida por ARENA”.

En 1994, el gobierno de El Salvador participó en la Conferencia Internacional sobre

Población y Desarrollo (CIPD) celebrada en El Cairo más conocida como El Cairo 1994. En esa plataforma internacional, el gobierno de El Salvador manifestó los primeros signos de la reforma que vendría: afirmó el Programa de Acción de la conferencia, pero haciendo **reservas a los capítulos VII y VIII relativos a los derechos reproductivos y de salud, morbilidad y mortalidad** respectivamente.

Con ese antecedente, para 1997 la propuesta de reformas para penalizar el aborto de forma absoluta llegó al Poder Legislativo de la mano de Walter Araujo, diputado del partido ARENA. En suma, la discusión en torno a la referida propuesta duró unas horas (Feusier, 2015), la misiva fue aprobada por 49 votos a favor, todos votos de partidos de derecha (Universidad Centroamericana José Simeón Cañas Nicaragua, 2013) y únicamente dos diputados se manifestaron abiertamente a favor de mantener el artículo 169 del Código Penal, relativo al **aborto no punible** (Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 2000).

Previo al plenario donde se discutiría la derogación de las excepciones a la penalización del aborto, a nivel nacional, la iglesia católica, organizaciones católicas de derecha, diputados de partidos políticos de derecha, iniciaron de la mano del gobierno acciones y campañas mediáticas a favor de dicha reforma legal y promoviendo la aprobación del proyecto de ley para penalizar el aborto de forma absoluta (Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 2000).

Bajo ese escenario, el rol de los medios de comunicación fue sumamente activo con publicaciones que en su mayoría favorecían la penalización absoluta del aborto con una tendencia a estigmatizar a quienes estuvieran en contra de dicho absolutismo (Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 2000). Sobre dichas informaciones, Feusier señala que: “(...) la mayoría favorecía la posición

de la Iglesia Católica, atacando los supuestos términos permisivos del proyecto original del Código Penal”. El mismo autor establece que: “Sólo entre enero y junio de 1997 (los meses en que surge y concluye la polémica), este diario realizó un aproximado de 27 publicaciones relacionadas al delito de aborto, entre noticias y opiniones y editoriales (Feusier, 2012).

Sobre ello, destaca la opinión vertida en el Semanario Proceso, en donde se cuestionaba a la iglesia católica y a los medios de comunicación: “(...) la iglesia católica, con una estructura jerárquica eminentemente masculina, ¿tendrá el pleno conocimiento y la autoridad suficiente como para opinar sobre un tema como la maternidad? ¿Existiría mayor flexibilidad si fuesen mujeres las que dirigiesen la iglesia? (...). Los medios de comunicación también han dado espacio al problema del aborto. Empero, no ha faltado cierta parcialidad, subjetividad y amarillismo, mismos que lejos de encauzar a la realización de análisis objetivos sobre el aborto, parecen estar encaminados a formar lectores predispuestos a condenar a priori algo que desconocen en profundidad” (Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1997).

El 30 de abril de 1997 - a cuatro días de la **reforma al Código Penal** que criminalizaba el aborto de forma absoluta-, la Asamblea Legislativa votó a favor de una **reforma al artículo primero de la Constitución**. Faltando unas horas para que finalizara su mandato, el parlamento decidió añadir un inciso, otorgando el estatus de persona humana al nasciturus quedando el artículo de la siguiente manera:

*“Art.1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.*

***Asimismo, reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. (12)***



*En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.”*

La seguidilla de acciones religiosas, machistas y patriarcales de los legisladores salvadoreños culminó, el 3 de febrero de 1999, cuando los parlamentarios salientes del periodo 1997-2000 **ratificaron la reforma constitucional promulgada el 30 de abril de 1997**, quedando dicha reforma firme y vigente hasta hoy.

Para esta votación la arena política prácticamente fue una copia de lo ocurrido con la derogación de la legislación que permitía el aborto no punible. La iglesia católica, a través de los medios de comunicación, desplegó su postura en contra del aborto de forma absoluta, el gobierno y los diputados oficialistas enarbolaron las banderas pro vida (Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 2000); y de acuerdo a Peñas Defago, al igual que en 1997, a los movimientos feministas, de mujeres y de la sociedad civil en general se les propició “prácticamente nula participación” (2017).

Sobre ello, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico ha denunciado que: “En El Salvador desde 1999, al óvulo fecundado se le considera constitucionalmente persona humana, y esta consideración no sería tan grave, si sólo reflejará la imposición de una concepción religiosa del mundo en la Constitución de la República. No sería un problema de tan urgente reflexión, si en la práctica no implicará complejas aplicaciones jurídicas que comprometen una violación sistemática de derechos humanos de las mujeres” (Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, 2013, p. 7).

## Beatriz y el fin de la tregua: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Antes de Beatriz, existió Manuela. De Manuela es necesario decir que se trata de una mujer, salvadoreña, pobre, que murió de cáncer a los 33 años al tiempo que cumplía una condena de 30 años de cárcel por el delito de homicidio agravado “tras haber sufrido una emergencia obstétrica y sin haber recibido nunca el tratamiento adecuado para el cáncer linfático que padecía (Linfoma de Hodgkin)” (Alianza por la Salud y la Vida de las Mujeres, 2017).

El 27 de febrero de 2008, Manuela tuvo una complicación obstétrica, motivo por el cual fue trasladada al hospital. El día siguiente, fue arrestada y esposada a la camilla, permaneciendo detenida por 8 días, tras lo cual fue trasladada a una comisaría, y posteriormente, a la cárcel.

Desde 2000 hasta 2011, se registraron 129 historias de mujeres salvadoreñas, **todas** de escasos recursos socioeconómicos, encarceladas por denuncias “por aborto o casos relacionados”. Al revisar los expedientes, se evidencia que si bien, las penas son productos de condenas por homicidio u homicidio agravado –por el vínculo-, los hechos establecen que se trata de complicaciones obstétricas, partos extra hospitalarios y denuncias por aborto que posteriormente son re caratuladas (Agrupación ciudadana para la despenalización del aborto terapéutico, ético y eugenésico de El Salvador, 2012).

El Estado salvadoreño fue demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actualmente el proceso se encuentra en trámite. Las peticionarias señalan que: “(...) en El Salvador existe una **situación estructural de denegación de derechos humanos, que conlleva la persecución penal, condena y encarcelamiento de mujeres que sufren emergencias obstétricas.** (...) para el delito

de homicidio agravado por el vínculo, se establecen penas privativas de libertad de 30 a 50 años. Indican que otros factores de la situación estructural que denuncian, son el **desacato del deber de secreto profesional**, la **inexistencia de garantías mínimas como la presunción de inocencia**, la politización del Instituto de Medicina Legal y el uso de métodos anticuados, la **inexistencia de segunda instancia penal** entre 1998 y 2011 y la prevalencia de la discriminación y violencia de género en el ámbito público y privado” (CIDH)<sup>1</sup>.

La historia, con aristas particulares se ha repetido en otras ocasiones. Sobre esto el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación ciudadana sostiene que: “La aplicación de esta legislación en El Salvador ha traído graves consecuencias en dos ámbitos: en los hospitales y centros de salud, donde se maneja una **presunción de criminalidad** frente a cada mujer que se presenta en una sala de emergencia con una hemorragia; y durante el proceso de investigación por la policía y el proceso judicial en donde se dan serias violaciones al debido proceso” (Centro de Derechos Reproductivos y otros, 2013). Lo anterior da lugar a indicar que, en El Salvador pareciese que cuando hay un feto y una mujer pobre, el Estado acciona culpabilizando y criminalizando a estas mujeres.

El 1 de abril del 2014, la Colectiva Feminista para el Desarrollo Local presentó ante la Asamblea Legislativa 17 solicitudes de **instituto**, uno por cada mujer condenada por delitos atribuidos a partir de una complicación obstétrica. Así inició la campaña por y de “Las 17”, que señala que se trata de “mujeres injustamente encarceladas que enfrentan penas hasta de 40 años de cárcel en El Salvador, debido a complicaciones obstétricas extrahospitalarias, lo cual, de acuerdo a las defensoras de derechos humanos, es una consecuencia de la absoluta penalización del aborto”.

Como se sostuvo anteriormente, los casos de criminalizar la pobreza y el sexo (mujer) en El Salvador no son hechos aislados. Un caso emblemático fue el de Beatriz<sup>2</sup>. En 2013, la historia de Beatriz propició un intenso debate a nivel nacional. Se trata de una mujer, salvadoreña, pobre, quien sufría un lupus eritematoso discoidea agravado con nefritis lúpica.

En abril del 2013, se hizo público que Beatriz atravesaba un embarazo con alto riesgo de muerte materna. Sumado a ello “el feto, según las tres ultrasonografías que le han realizado, es anencefálico –es decir, no tiene cerebro–, una anomalía mayor que es incompatible con la vida extrauterina. Así, en caso de que ese feto llegará a término, no podría sobrevivir fuera del útero de la madre.” (Corte IDH, 2013)

Dada la condición médica de Beatriz, la indicación médica fue la de interrumpir el embarazo. Sin embargo, **dada la legislación penal, los médicos del hospital donde Beatriz recibía tratamiento médico se negaron a realizar el procedimiento requerido**. La paradoja llegó al punto que médicos de la institución que sugerían la interrupción de la gestación fueron demandados por medio de un **amparo constitucional**. Dicho amparo falló en contra de la pretensión de Beatriz negando la posibilidad de la interrupción legal de la gestación. Finalmente, luego de intensos esfuerzos y con una campaña mediática amarillista en contra, la **Corte Interamericana para la defensa de los Derechos Humanos otorgó medidas**

.....  
2 “La justa demanda de Beatriz para defender su derecho a la salud y la vida ha generado un gran apoyo nacional e internacional reflejado en más de 170.000 cartas de más de 30 países; en pronunciamientos de apoyo de la Procuraduría de DDHH de El Salvador, Asociación de Ginecología y Obstetricia de El Salvador (ASOGOES), la Comisión Nacional de Bioética, Amnistía Internacional, diputados alemanes, españoles y el grupo parlamentario interamericano. Su caso ha sido recogido por las principales agencias de noticias y periódicos del mundo”. Comunicado de prensa de la Agrupación Ciudadana para la Despenalización del Aborto en El Salvador Colectiva Feminista para el Desarrollo Local, del 5 de junio de 2013, San Salvador, El Salvador.

.....  
1 CIDH. (2017). Informe N° 29/17. Petición 424-12.

**cautelares** a favor de la vida de Beatriz: el Estado debía cumplir con su obligación:

La Corte Interamericana y resolvió, entre otras cosas: **“Requerir al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B., conforme a lo expresado en los párrafos considerativos 11 a 17 de la presente Resolución”** (Corte IDH, 2013).

## Otras estrategias Jurídicas a nivel nacional

### Recurso extraordinario de Revisión de Sentencia

Dado que las pruebas científicas son desoídas por los tribunales penales, quienes, en primera instancia, condenan penalmente como homicidio agravado lo que en la práctica fue un aborto espontáneo o una complicación obstétrica extra hospitalaria. La estrategia jurídica llevada a cabo por los equipos técnicos consiste en solicitar una Revisión de Sentencia.

El recurso extraordinario de revisión, de acuerdo a la normativa penal es de carácter excepcional. Según la Sala de lo Penal, “el objeto de impugnación es la sentencia definitiva, condenatoria y firme, siendo su finalidad la reparación del error judicial cometido en la búsqueda de la verdad real y el resarcimiento del daño moral causado” (Resolución 317-CAS-2004, 2016). Dicho recurso se encuentra

taxativamente regulado de acuerdo a lo prescrito por el Código Penal en su artículo 431.

Gracias al referido recurso, María Teresa Rivera recobró su libertad luego de ser encarcelada en 2011 y condenada a 40 años de prisión por “homicidio agravado” tras haber sufrido un aborto espontáneo. El 20 de mayo de 2016, se obtuvo un fallo favorable al recurso de Revisión de Sentencia, luego que en el proceso se comprobó que no había pruebas suficientes que sustentaran los cargos en su contra.

El caso de María Teresa, como el de muchas otras, da cuenta de la violación al principio de inocencia, cuando se trata de mujeres pobres. Pues al ser llevada al hospital para ser atendida por su aborto espontáneo, ésta fue denunciada por el personal médico, que debía cuidarla, lo que dio lugar a la detención y puesta de esposas mientras ella se encontraba convaleciente en la cama del hospital.

### El Indulto

De acuerdo a la Constitución salvadoreña, el indulto únicamente puede ser otorgado por la Asamblea Legislativa. Sin embargo, para su materialización media un juego de voluntades de dos órganos del Estado, pues tanto el legislativo como el judicial están facultados y obligados a pronunciarse al respecto (Ley Especial de Ocurros de Gracia). Ello constituye una diferencia elemental en relación al recurso extraordinario de Revisión de Sentencia, en donde únicamente se encuentra involucrada la autoridad judicial que emitió la sentencia en cuestión.

El 21 de enero del 2015, mediante el decreto legislativo 930, se emitió el indulto a favor de Carmen Guadalupe Vásquez Aldana, quien luego de un parto extra hospitalario con complicaciones obstétricas, fue denunciada de haber cometido aborto y finalmente condenada a 30 años de cárcel por homicidio

agravado. En el decreto consta el informe (22-IND-2014) favorable de la Corte Suprema de Justicia, quien señaló que el mismo se emite por razones poderosas de justicia y equidad y también de índole jurídicas relacionadas con derechos y garantías fundamentales, como es la garantía a que se presume su inocencia mientras no se haya probado su culpabilidad conforme a la ley, y que, en caso de duda razonable, se considere lo más favorable a su persona.

El indulto otorgado a Guadalupe sienta un precedente importantísimo a nivel judicial en El Salvador. En principio por ser el **primer indulto concedido a una mujer**. Pese a que la Ley de Ocurros de Gracia, data de 1998, los indultos otorgados fueron únicamente a favor de hombres hasta el 2014. En segundo lugar, porque pone en evidencia las graves falencias del sistema de justicia. Y finalmente, por tratarse de un indulto relacionado a un caso cuyo origen fue una denuncia y detención por aborto.

### El Estado es responsable

El Estado salvadoreño, reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado (Constitución: art. 1, 1983). Sin embargo, esto parece ser olvidado cuando se trata de los derechos a la vida y a la salud de las mujeres. Sobre ello, expertos de la Organización de Naciones Unidas (2017) han señalado que: “La prohibición total que rige en la actualidad es contraria a las normas del derecho internacional y viola las obligaciones internacionales del país”. Asimismo, la Relatoría Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de Naciones Unidas (2016) ha establecido que: “Cuando el aborto está restringido por ley, la mortalidad materna aumenta (...). La existencia de leyes muy restrictivas, que prohíben los abortos incluso en casos de incesto, violación, deficiencia fetal o cuando está en riesgo la vida o la salud de la

madre, vulneran el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura o malos tratos (A/HRC/22/53 y CEDAW/C/OP.8/PHL/1)”.

Frente a lo anterior desde el Ministerio de Salud (2017), se ha manifestado estar a favor de la despenalización del aborto, declarando que: “Nosotros como Ministerio de Salud, estamos obligados a contarle, a informarle a la población que la penalización absoluta está causando problemas en la salud de las mujeres embarazadas”.

Por el lado opuesto, la actual Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos (2016), en su intervención ante la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, reiteró su pública postura en contra de la despenalización del aborto: “El Salvador es parte de la comunidad internacional, pero se debe respetar nuestra soberanía y el artículo 1 de la Constitución dice que la persona humana es desde el momento de la constitución”.

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos –en adelante PDDH- (Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos: 1992) tiene como objeto “velar por la protección, promoción y educación de los Derechos Humanos y por la vigencia irrestricta de los mismos”. Con las mencionadas declaraciones, la procuradora no sólo transgrede con el cumplimiento de obligación, sino también contradice informes elaborados por la misma institución que dirige, como el Informe especial sobre el estado de los derechos sexuales y derechos reproductivos con énfasis en niñas, adolescentes y mujeres en El Salvador del 2015 que señala que: “El Estado salvadoreño ha recibido recomendaciones en el marco del examen periódico universal de la ONU, así como de los órganos de tratados y de relatoras y relatores especiales, respecto a la despenalización del aborto y la necesidad de reducir el riesgo de abortos inseguros, sobre todo cuando pelagra la vida o la salud

de la madre o cuando el embarazo es consecuencia de incesto o violación. Por tanto, es de conocimiento de las instituciones pertinentes que la legislación nacional al respecto no está acorde con los estándares internacionales de derechos humanos”.

## Consideraciones finales

Como lo han sostenido organismos de derechos humanos nacionales e internacionales, que El Salvador cambie su legislación en cuanto a la prohibición absoluta del aborto es un paso a favor de los derechos de las niñas y mujeres. Esto no es una cuestión de moralidad, religiosidad o sentimentalismos, los números, los indicadores hablan: las niñas y mujeres están muriendo o en riesgo de morir.

El Salvador es un estado laico pese a ello las jerarquías de las iglesias, principalmente la católica, en colusión con los medios de (des) información han jugado un rol lamentable en tanto su posición en contra de la despenalización del aborto publicitando notas u opiniones que al satanizar la despenalización del aborto promueven la vulneración de los derechos a la salud y a la vida de las mujeres salvadoreñas.

El Estado es responsable. El Salvador ha violado e ignorado su obligación de garantizar los derechos a la vida y la salud de las mujeres. De igual forma, los gobiernos de turno pasaron de asumir un rol activamente perjudicial, propiciando la prohibición absoluta del aborto y sus consecuencias, a un rol pasivo, donde por omisión, continúa perjudicando el acceso a la interrupción legal del embarazo en casos donde la vida de las niñas y mujeres se encuentra en riesgo. El mismo Estado que se encuentra ausente para dar educación sexual integral que permita decidir a cada quien y de forma informada sobre su cuerpo, no garantiza acceso a anticonceptivos de forma pública, gratuita e informada es el primero en

reaccionar inquisitivamente en contra de los derechos humanos de las mujeres.

En definitiva, existe evidencia irrefutable que demuestra que en El Salvador ser mujer, pobre y parir extra hospitalariamente o teniendo una complicación obstétrica es altamente sospechoso de cometer el delito de aborto, lo que conlleva la violación del principio básico de presunción de inocencia y - peor aún- a la criminalización de los cuerpos de las mujeres que se encuentran en mayores condiciones de vulnerabilidad.

## Referencias

Agrupación Ciudadana para la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico de El Salvador. (2012). Del hospital a la cárcel: consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones, de la interrupción voluntaria del embarazo en El Salvador. El Salvador.

Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico. (2013). Del hospital a la cárcel: consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones, de la interrupción del embarazo en El Salvador. El Salvador. Disponible en: <http://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/487/Del-hospital-a-la-carcel-ElSalvador2013.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

Alianza por la Salud y la Vida de las Mujeres. (2017). Veinte años de irrespeto a la salud y la vida de las mujeres salvadoreñas. El Salvador. Disponible en: [www.agrupacionciudadana.org](http://www.agrupacionciudadana.org)

Asamblea Legislativa de El Salvador. (2017). Instituciones y organizaciones exponen sus posturas sobre reformas relativas al aborto. El Salvador. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/noticias/archivo-de-noticias/instituciones-y-organizaciones-exponen-sus-posturas-sobre-reformas-relativas-al-aborto>

Asamblea Legislativa de El Salvador. (1992). Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. El Salvador.

Asamblea Legislativa de El Salvador. (1997). Decreto Legislativo N° 738 Art.1: “Declárese el 28 de Diciembre de cada año el Día del Derecho de Nacer”. El Salvador.

Centro de Derechos Reproductivos y Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico. (2013). Excluidas, perseguidas, encarceladas: el impacto de la criminalización absoluta del aborto en El Salvador. Estado Unidos de América.



- Colectiva Feminista para el Desarrollo Local de El Salvador, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico de El Salvador. (2017). Solicitud de Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH, Informe N°. 29/17. Petición 424-12. Admisibilidad. Manuela y Familia. Costa Rica.
- Coordinadora Feminista. Federación Estatal de Organizaciones Feministas. (2014). El Salvador. Disponible en: <http://www.feministas.org/las-17-el-salvador-libertad-para.html>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Medidas provisionales respecto de El Salvador. MC-114-13. Costa Rica.
- Facio, A. y Fries, L. (2005). Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho. Buenos Aires, Argentina.
- Feusier, O. (2012). Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador. Disponible en: [http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4\\_pasadoypresentedeldelitodeabortoenelsalvador.pdf](http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4_pasadoypresentedeldelitodeabortoenelsalvador.pdf).
- Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD). (2017). Informe sobre el primer año de Raquel Caballero de Guevara, al frente de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador. El Salvador.
- Luciak, A. (1998). Mujeres en transición. Izquierda revolucionaria, igualdad de género y democratización. Una comparación entre El Salvador y Nicaragua. *Revista Estudios Centroamericano*. El Salvador.
- Ministerio de Salud. (2017). Noticias Ciudadanos/as. Foro sobre embarazos que ponen en riesgo la salud y vida de las mujeres. El Salvador. Disponible en <http://www.salud.gob.sv>
- Organización de Naciones Unidas. (2017). Expertos de la ONU piden a El Salvador que despenalice el aborto. Disponible en <http://www.un.org/sp>
- Organización de Naciones Unidas. (2016). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>
- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. (2015). Informe Especial sobre el estado de los derechos sexuales y derechos reproductivos con énfasis en niñas, adolescentes y mujeres en El Salvador. El Salvador.
- Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. (1998). El debate acerca del aborto. *Semanario Proceso*, 743. El Salvador.
- Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. (2013). El Salvador. El caso de Beatriz: ¿quién tiene la palabra? *Revista Envío*, 376. Nicaragua. Disponible en: [www.envio.org.ni](http://www.envio.org.ni)
- Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Centro de Información, Documentación y Apoyo a la Investigación (CIDAI). (1997). Las elecciones del 16 de marzo de 1997: quiebre de la hegemonía de ARENA". El Salvador.

## Mariela Labozzetta

Fiscal titular de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

# ¿Tenemos política criminal en materia de violencia de género?

## Resumen

La criminalidad de género se viene evidenciando como un fenómeno criminal extendido en toda la región –aún con sus particularidades locales– y que en la mayor parte de los países involucra un altísimo porcentaje de casos en el total de los que ingresan al sistema de justicia. La cantidad de denuncias incluso se está incrementando a medida que la violencia de género avanza en su camino de desnaturalización. De este escenario se desprende una obligación para los ministerios públicos de jerarquizar la temática al interior de su agenda institucional y desarrollar estrategias de persecución penal específicas para abordar la violencia de género en todas sus manifestaciones. En este artículo se ofrece una propuesta de modelo de gestión posible, que involucra la creación de una estructura fiscal centralizada en el área de gobierno y con competencia amplia.

## 1. Presentación

El objetivo de este artículo será ofrecer una propuesta de diseño institucional y modelo de gestión para el desarrollo de una política

criminal sobre violencia de género en el ámbito de los sistemas de administración de justicia y, en particular, de los ministerios públicos.

En los últimos años, especialmente tras la instauración progresiva de los sistemas acusatorios en los distintos países de la región, los ministerios públicos han ido reformulado sus instituciones para adaptarlas a la necesidad de sofisticar sus estrategias de investigación y abordar con mayor eficiencia los fenómenos delictuales más complejos. En ese proceso, muchos de ellos han creado unidades especializadas y otras áreas técnicas para dotar a las y los fiscales de herramientas de investigación y producción de datos que les permitan inscribir sus intervenciones en acciones más generales, en sus respectivos contextos de criminalidad y con insumos técnicos específicos.

En concreto, las estructuras fiscales temáticas han tenido la virtud de superar los esquemas de actuación del caso a caso y comenzar a trabajar los delitos complejos de un modo global e inteligente, sobrevolando los casos individuales. Cuentan a la vez con la capacidad diferencial que les otorga el conocimiento de sus integrantes en la materia de su incumbencia,

pueden administrar la información sobre el fenómeno de que se trata, advertir las variaciones de cantidad de casos o modalidades delictivas, conocer nuevas técnicas de comisión de delitos, cruzar datos de organizaciones delictivas entre distintos casos judiciales, enlazar acciones de cooperación ágiles con otras instituciones del país o de otros países, etcétera.

Un esquema de esas características conlleva mejores resultados, en la medida que le otorga al organismo insumos para identificar los déficits de actuación institucional y desarrollar líneas de persecución penal eficaces. Es particularmente útil para el abordaje de los delitos complejos, por la transnacionalidad y el poderío de las organizaciones que los cometen. Y aquí veremos que, por una serie de características y particularidades propias de la criminalidad de género, este es un modelo que también puede ser exitoso para aplicar a la administración de las labores de un ministerio público respecto de esos delitos.

## 2. La criminalidad de género como un fenómeno criminal complejo

Los delitos de violencia de género fueron hasta el momento (y en su mayoría aún lo son) tratados por los sistemas de administración de justicia como casos vinculados con asuntos familiares y privados e, incluso, volcados hacia los fueros de familia<sup>1</sup>. Este paradigma que acota la violencia de género al ámbito íntimo ha cambiado en los últimos años como

consecuencia del avance conceptual y político del movimiento de mujeres y del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, que ha identificado la responsabilidad estatal por la omisión en el deber de prevenir los hechos, proteger a las víctimas y juzgar y sancionar a los responsables. Sobre ese avance se ha erigido un nuevo paradigma: que la violencia de género es un asunto público.

Por otro lado, cuando hablamos de violencia de género ya no sólo nos referimos a la violencia desplegada contra las personas nacidas con sexo biológico femenino, sino que consideramos todas las violencias que se despliegan contra las personas por razones de género, especialmente aquellas destinadas a los colectivos de lesbianas, gays, transexuales, transgénero, bisexuales, travestis, intersex y demás sexualidades e identidades no normativas (simplificado en la sigla LGTBI)<sup>2</sup>, que en los últimos tiempos han comenzado también a ser más visibles<sup>3</sup>.

En tal sentido, el punto de partida para cualquier decisión institucional que se adopte en la temática de violencia de género es que estos delitos no son asuntos privados. Por el contrario, aunque los hechos en un alto porcentaje ocurran en espacios privados, los casos tienen una centralidad pública que tiene su origen en el modo concreto de distribución de las relaciones sociales de poder en el esquema patriarcal. Es decir, estos delitos tienen la particularidad de ser ejecutados por personas individuales, por lo general, sin ninguna

1 En Argentina, hasta la sanción de la actual Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (promulgada en abril de 2009), se aplicaba a los casos de violencia contra las mujeres la Ley 24.417 de Protección Familiar. Esta norma tenía su eje en la violencia que ocurría en los espacios familiares, con términos neutros en materia de género y circunscripto a la violencia doméstica. La ley 24.417 no ha sido derogada y en muchos tribunales argentinos sigue siendo utilizada para los casos de violencia intrafamiliar contra las mujeres.

2 Para más información, se puede consultar el reciente informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>.

3 La cuestión reviste una complejidad que excede este trabajo, pero al menos debe mencionarse que las violencias cometidas contra las mujeres en sentido biológico y las dirigidas contra las personas LGTBI tienen puntos en común, relativos a que se trata de violencias relacionadas con el género de las personas. Sin embargo, desde el punto de vista fenomenológico hay diferencias sustanciales que ameritan que sean pensadas, analizadas y trabajadas con sus propias especificidades.

planificación previa<sup>4</sup>, pero a la vez son derivaciones de una violencia de género estructural, enquistada en la matriz social.

Por lo demás, es posible considerar a la criminalidad de género como un fenómeno social complejo, constituido por una multiplicidad/variedad de conductas o manifestaciones violentas, dirigidas contra las mujeres por su calidad de tales y/o contra las personas con identidad o expresión de género u orientación sexual diversa, que pueden incluso ser cometidas por personas no organizadas entre sí, pero que siempre son la expresión de una violencia generalizada y sistemática que es consecuencia de las relaciones desiguales de poder entre varones y mujeres.

De esta complejidad se deriva que la violencia de género no se acota a aquella desplegada en el entorno familiar o íntimo, sino que tiene múltiples manifestaciones, en distintos contextos, tanto públicos como privados, y puede ser cometida por particulares o por el Estado<sup>5</sup>.

4 Dejando aquí de lado, sólo por un momento, la trata de personas -especialmente con fines de explotación sexual- y la explotación de mujeres para redes de mercado ilícito, como el narcotráfico, que, claro está, integran el crimen organizado y a la vez tienen un fuerte componente de violencia de género.

5 Esta es la definición acuñada por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*Convención de Belem do Para*), que en sus artículos 1 y 2 establece: “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, donde quiera que ocurra”. Nuevamente sobre la situación normativa en Argentina, la ley 26.485, en línea con la convención, define la violencia contra las mujeres como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto

### 3. La importancia de incluir en el diseño institucional de los ministerios públicos estructuras fiscales especializadas para la criminalidad de género

Sobre la base de las decisiones legislativas previas en torno a la criminalización de conductas, los ministerios públicos tienen la potestad de tomar decisiones de diseño institucional que incluyan la reorganización de estructuras y la asignación de recursos a ciertos fenómenos específicos: los más graves o complejos, los de mayor impacto social o aquellos que, por otras razones, aparezcan como prioritarios. Es por eso que es usual que existan estructuras fiscales temáticas para el abordaje de delitos vinculados con el crimen organizado o las graves violaciones a los derechos humanos.

En la medida que la violencia contra las mujeres, en los términos ya mencionados, constituye un asunto público y registra graves y extendidas consecuencias sociales, los métodos de investigación, persecución, sanción y reparación de estos delitos debieran desplegarse bajo estos esquemas de actuación. Estas características, sumadas a los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, conllevan la necesidad de que los ministerios públicos desarrollen una política específica para tratarlos<sup>6</sup>. Y la creación

en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes”. Esa amplitud se completa con una enumeración exhaustiva de los tipos y las modalidades de violencia que abarca este concepto: física, psicológica, sexual, económica/patrimonial y simbólica, que se ejerza en el ámbito doméstico, el institucional, el laboral; la violencia ejercida contra la libertad reproductiva, la violencia obstétrica y la mediática.

6 Esto surge de los propios compromisos convencionales de la mayor parte de los países de la región y los lineamientos que, sobre los instrumentos de derechos humanos, han trazado los distintos organismos internacionales, que

de unidades fiscales es una de las herramientas posibles que puede ser utilizada a esos fines. En primer lugar, porque jerarquiza el tema entre las prioridades del organismo y, luego, porque desde allí se pueden desplegar estrategias generales para intervenir sobre estos ilícitos en toda su complejidad.

Es decir, a esta altura del reconocimiento de los derechos de las mujeres podría decirse que es una obligación ineludible para los ministerios públicos contar con áreas especializadas en la temática; considerando las distintas manifestaciones de los organismos de derechos humanos del ámbito regional e internacional, ya consolidadas, en cuanto a la gravedad y sistematicidad de la violencia de género y a la incapacidad de los Estados para prevenirla, revertir los patrones culturales que la favorecen y garantizar respuestas judiciales adecuadas a la protección de las víctimas<sup>7</sup>. Se trata, en efecto, de manifestaciones delictivas con una enorme tasa de casos, con alto riesgo

e impacto para la vida, la integridad física y psíquica y la libertad de las personas y cuyo despliegue y sostenimiento, además, es uno de los factores que coadyuva a mantener las relaciones de opresión de varones sobre mujeres y los altísimos índices de violencia.

#### 4. Un modelo de gestión

En general, los ministerios públicos de la región han creado en los últimos años fiscalías especializadas para atender las temáticas de género y los casos de violencia contra las mujeres. Hay modelos bien diferentes entre sí: se observan algunas estructuras circunscriptas a atender determinada tipología de delitos (violencia doméstica o violencia sexual, por ejemplo); también hay esquemas de actuación unificados que incluyen acompañamiento a víctimas o atención integral; en otros casos, se establecieron modelos centrales o descentralizados en los territorios nacionales; finalmente, encontramos fiscalías especializadas que se limitan a casos de violencia contra las mujeres o a casos de violencia contra colectivos LGTBI, entre otros ejemplos.

Aquí se propondrá un modelo específico, con algunas características posibles, que se explicarán en cada caso con su correspondiente razón de ser.

El primer requisito que debiera tener un modelo deseable de gestión de la criminalidad de género es que tenga **jerarquía de intervención fiscal**<sup>8</sup>. La criminalidad de género,

.....

exigen lo que denominamos “estándares de debida diligencia reforzada” para investigar, perseguir y sancionar estos delitos. Específicamente el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará establece las políticas que deberán adoptar los estados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia. En interpretación de esa norma, la Corte IDH sostuvo que: “De la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado” (Corte IDH, Caso González y otras vs. México -Campo Algodonero-, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 287). Y que “ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección” (idem, párrafo 193). Por otra parte remarcó que: “La impunidad de los delitos cometidos 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” (idem, párrafo 258).

7 CEDAW. (3 de agosto de 2015), Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

8 En contraposición a ello, algunos ministerios públicos cuentan con oficinas de género o áreas administrativas que se ocupan de temáticas vinculadas con violencia intrasistitucional o que concentran de manera general todas las temáticas de género, tanto internas del organismo como externas y de intervención en casos, pero que carecen de facultades para actuar como fiscales de los casos. La existencia de una unidad fiscal no obsta a que también existan estas oficinas, que pueden desarrollar un trabajo indispensable para intensificar la instalación de la perspectiva de género en todo el organismo.



como fuera ya señalado, es un fenómeno que en la mayor parte de los países implica un gran número de casos y respecto del cual se ha advertido que los Estados vienen registrando un alto índice de impunidad. Ello trae aparejada la necesidad que el abordaje se realice con unidades fiscales, que cuenten con fiscales y fiscalas con capacidad de intervenir en los casos, investigar y acusar. Esto es, a la vez, la consecuencia de comprender a la violencia de género según su verdadera dimensión y complejidad.

La segunda característica recomendable es que sea una estructura central, ubicada en forma de **dependencia directa del área de gobierno del ministerio público**. Dado que los ministerios públicos tienen un esquema vertical, con un o una titular que organiza la actuación de la institución, toma decisiones acerca de las estrategias de persecución penal y tiene la capacidad de asignar y reasignar recursos en función de las variaciones de los delitos, la mayor cercanía de aquella a la cabeza del ministerio público implica una apropiación de la temática, la priorización de los asuntos de su competencia y, en definitiva, un mayor involucramiento. Esto es especialmente primordial en las temáticas de género, en relación con las cuales una de las principales causales de la mala respuesta de los sistemas de justicia es la escasa relevancia que se les asigna, la minimización de la gravedad del fenómeno y la consecuente laxitud para la actuación deficiente, estereotipada y revictimizante por parte de las y los operadores de justicia.

Otra decisión de diseño institucional se refiere al ámbito de incumbencia de la estructura fiscal. Aquí se sugiere que le sea asignada una **competencia amplia**, que abarque todas las manifestaciones de violencia de género, en lugar de un esquema circunscripto a algunos delitos o tipos de violencia, como la violencia doméstica. La competencia amplia se corresponde con el paradigma que sostiene que la criminalidad de género es un fenómeno complejo que tiene múltiples expresiones y

manifestaciones; e impide perpetuar el modelo que la trata como cuestiones privadas o intra-familiares. Los supuestos de violencia pueden aparecer en todo tipo de procesos: femicidios, crímenes por prejuicio u odio de género, lesiones, amenazas contra mujeres o contra las personas por razones de género; así como aparecer en casos en los que se investigan otros delitos en los que es preciso que aquéllos sean visibilizados. De especial relevancia en este sentido es la violencia específica que reciben las mujeres en contextos de criminalidad organizada, como la trata de mujeres con fines de explotación sexual o explotación laboral; la utilización de mujeres para el tráfico ilícito de drogas; los femicidios y desapariciones de mujeres de manera asociada a organizaciones ilícitas, ya sea por venganza, por el sometimiento a especiales condiciones de vulnerabilidad, etcétera.

Párrafo aparte merece la determinación de si la competencia estará referida a la violencia de género —es decir, todas aquellas conductas cometidas contra las personas por razones de su identidad o expresión de género, o su orientación sexual— o si se optará por un diseño que divida la intervención en casos de violencia contra las mujeres y violencia contra personas LGTBI. Esta es una decisión que debe evaluarse para cada ministerio público, en función de la cantidad de casos que se detecten, las y los profesionales con quienes se cuente, los recursos que el organismo esté en condiciones de asignar, la normativa del país, entre otras cuestiones.

Debe definirse, por otro lado, **qué tipo de tareas o funciones** se le asignarán. A la mayor parte de las fiscalías temáticas que ya existen en la región se les han asignado **funciones de intervención en casos**. Aquí se sugiere que, amén de esa competencia para la investigación y litigio de casos, se le atribuya centralidad de actuación en el **desarrollo de las líneas de persecución penal** del organismo en materia de violencia de género. Esto implica tener

recursos suficientes para seguir con atención la evolución de la criminalidad de género en todas sus expresiones, señalar los déficits de persecución y sanción de estos delitos, identificar las necesidades de ajustes legislativos que puedan requerirse ante los problemas del ministerio público para litigar los casos, o ante los cambios/evoluciones de los supuestos de violencia, las nuevas manifestaciones de violencia.

Que un ministerio público cuente en su área de gobierno con una estructura específica en la materia, con personal especializado que en forma permanente esté mirando de cerca el modo en que se despliega estos ilícitos y la manera en que el sistema de justicia reacciona frente a él, optimiza el cumplimiento de su misión institucional en este aspecto. Le permite interactuar con información fidedigna con los demás poderes públicos para realizar los ajustes necesarios para optimizar la respuesta estatal; con agencias públicas vinculadas con la prevención de la violencia, con el sistema educativo, las fuerzas de seguridad, las instituciones de acompañamiento y protección a víctimas, las áreas legislativas, entre otras.

Una estructura de estas características, además, tiene capacidad operativa para lograr mayor eficiencia en la investigación de los hechos ilícitos por parte de todo el organismo. En este sentido, hay dos ámbitos de incumbencia especialmente relevantes. El primero, tiene que ver con las facultades de concentrar información criminal. Muchos ministerios públicos de la región -sobre todo aquellos que tienen más recorrido en su sistema acusatorio- cuentan ya con áreas de análisis criminal<sup>9</sup> y están desarrollando herramientas para el diseño de la política de persecución penal sobre la base de la recolección previa de información

y su análisis metódico. Esta técnica viene demostrando resultados interesantes en relación con otros grupos de delitos y puede ser de gran utilidad para la violencia de género, considerando que una de las cuestiones más problemáticas a su respecto es la escasez de información con la que cuentan los Estados. A la vez, aplicar tal metodología a esta temática es un desafío por una doble razón: por un lado, porque la violencia de género está saliendo del ostracismo y la invisibilización en la que estaba inmersa -y la construcción de datos que puedan ayudar a dimensionarla es una de las vías necesarias para hacerla emerger-. Por otro lado, como se viene reiterando, se trata de un fenómeno que tiene múltiples manifestaciones, y eso complejiza su medición.

El segundo de tales ámbitos de incumbencia es la potencialidad del área especializada para diseñar líneas, políticas y herramientas de investigación. Las tareas de análisis criminal, así como la información que surge de la experiencia de actuación en casos y de la interacción de otras agencias públicas, con las organizaciones sociales, con las víctimas y con la comunidad, son los insumos para que el ministerio público pueda llevar adelante una de sus funciones principales, que es diseñar sus propios métodos para hacer más eficaz su actuación en los hechos que investiga.

Con esa información, el organismo puede, a través de la unidad fiscal, diseñar guías y protocolos de actuación para los casos (estos instrumentos son de gran utilidad para homogeneizar su actuación en estándares superadores de los déficits detectados). Puede, también, impartir instrucciones generales para cierto grupo de casos, para revertir ciertas prácticas procesales revictimizantes o ineficientes, o para disminuir los índices de impunidad. Puede tomar decisiones de reasignación o incremento de recursos por el aumento de casos, intensificar la formación profesional o incorporar al organismo herramientas de perspectiva de género, entre otras decisiones.

9 Sólo a modo de ejemplo, los ministerios públicos de Guatemala, Chile y Argentina tienen Direcciones de Análisis Criminal y se ha conformado una red de áreas de análisis criminal a nivel regional, en cuyo interior se producen intercambios de experiencias y de metodología para sus labores.

Es importante destacar, sobre la base de lo dicho, que la creación de un modelo de estas características en modo alguno puede desvirtuar la necesidad de que todo el ministerio público tenga formación en género. Es preciso tener una política criminal específica para atender a este fenómeno, pero aún más relevante es que, desde aquí, se pueda derramar al resto del organismo la mirada de género para que ésta sea transversal a la actuación de todas las fiscalías en cada uno de los casos y respecto de todos los delitos.

## 5. Algunas ventajas de contar con una estructura fiscal especializada e integrante del área de gobierno de un ministerio público

Un modelo como el que aquí se propone tiene una serie de implicancias que pueden resultar positivas en la función de los ministerios públicos, porque redundan en una mayor centralidad de las políticas institucionales en materia de género. En un momento histórico en el que, en el mundo, pero especialmente en la región latinoamericana, se está produciendo una transformación extremadamente potente motorizada por el movimiento feminista, los sistemas de justicia debieran ser receptivos a estas demandas públicas.

Ha quedado en evidencia que la violencia que sufren las mujeres tiene una dimensión y una estructuralidad que no es posible seguir obviando y frente a la cual los Estados deben tomar medidas urgentes. Los ministerios públicos no son ajenos a esa obligación y la consecuencia de ello es que resulta ineludible adoptar decisiones de diseño institucional que ubiquen a la violencia de género en un orden absolutamente prioritario en la agenda de persecución penal. Y una forma posible de llevar a cabo ese objetivo es el modelo de gestión que aquí se propone: una estructura fiscal,

dependiente del área de gobierno del organismo, que tenga facultades para diseñar las estrategias vinculadas con la política criminal, construir y analizar información de los delitos de género, desarrollar herramientas de investigación y persecución, proponer reformas legislativas, identificar déficits de actuación en los casos y, en general, ofrecer a las y los fiscales insumos para mejorar su intervención en los casos.

Veamos algunas de las virtudes que puede ofrecer un esquema de estas características.

**5.1.** Uno de los problemas que suelen aparecer en relación con la investigación y persecución de los casos de violencia de género es su procesamiento sin perspectiva de género. ¿Qué implica esto? Actitudes revictimizantes y expulsivas con las mujeres que acuden al sistema de justicia, sometimiento a peritajes psiquiátricos para evaluar su “tendencia a la fabulación”, una exhaustividad por demás rigurosa en la valoración probatoria, decisiones judiciales que atribuyen responsabilidad a las víctimas, utilización del sistema represivo estatal para persecución penal a mujeres que se alejan de su rol estereotípico, por mencionar sólo algunos.

En muchos países de la región, se han ido dictando, en los últimos años, de modo progresivo, leyes de protección a los derechos de las mujeres, como parte del proceso de reconocimiento de derechos y de camino hacia la igualdad. Pero, es necesario incorporar esas transformaciones legislativas —que además son consecuencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos— al funcionamiento de las instituciones de justicia. La labor central que tendrá una unidad o estructura fiscal especializada en violencia de género será precisamente el establecimiento de estándares de actuación, acordes a lineamientos internacionales de derechos humanos, que operen como motores de la transformación de la actuación del organismo en los casos.

Algunas de las vías ya fueron mencionadas con anterioridad, como la aprobación de guías y protocolos de actuación que orienten el trabajo de las y los fiscales y ofrezcan pautas para garantizar que los casos sean investigados bajo un esquema de debida diligencia reforzada, con perspectiva de género, con exhaustividad, con un despliegue creativo de estrategias probatorias, con sensibilidad, con inclusión de la voz de las víctimas directas e indirectas, con participación de la comunidad afectada en los procesos, dimensionando la pertenencia de los casos a un contexto generalizado de violencia.

Un método de trabajo para estos casos exige especialidad y sensibilidad de género, al igual que la exigen en su especificidad otros fenómenos criminales complejos, y ese conocimiento especial debe desplegarse a toda la institución, en una lógica equivalente a la formación en derechos humanos.

**5.2.** Otra de las herramientas que ofrece este modelo es la posibilidad de intervenir en **casos estratégicos que puedan generar impacto público**. En un momento en que la difusión de la información es un vector trascendente en la vida social, un ministerio público abierto a la comunidad tiene la doble ventaja de nutrirse de información directa de lo que ocurre afuera de sus puertas y a la vez puede hacer circular la información acerca de cómo se llevan adelante investigaciones oficiosas, proactivas y transformadoras de las prácticas revictimizantes. Estos datos, circulando adentro y afuera de la institución, pueden tener la virtualidad suficiente para derramar buenas prácticas al sistema de justicia y multiplicar actuaciones en otros casos con enfoque de género.

En este sentido, es particularmente rica la interacción activa y permanente con la comunidad para acompañar el pulso del movimiento social y enlazarlo con la actuación del organismo, con los ajustes que sean necesarios. Los ministerios públicos tienen un rol persecutorio de los delitos y a la vez de defensa

y garantía de los derechos de las personas y la legalidad. En lo que hace a la violencia de género, la conjugación de estas misiones obliga a repensar de manera permanente la función de persecución penal, de manera de trabajar para reducir los índices de impunidad de estos delitos sin transformarse en un instrumento excesivamente punitivista, que ofrezca como única respuesta estatal el incremento de la punitividad. Por el contrario, que se coordine con los demás poderes del Estado para trabajar sobre la prevención y la reversión de las causales de la violencia estructural que sufren las mujeres.

**5.3.** Aún más ambicioso resulta pensar en el trazado de **estrategias de política criminal a nivel regional**. El movimiento feminista, nacido muchas décadas atrás, ha experimentado una explosión en los últimos años que tuvo la suficiente fuerza para extenderse a la mayoría de los países de la región, con la particularidad que está trazando lazos transfronterizos. Un correlato de eso es que el fenómeno de violencia contra las mujeres está presente y se multiplica en toda la región, con características comunes, de manera sostenida, con repercusiones y reacciones frente las acciones de reivindicación feminista que se repiten. Esta uniformidad y el carácter interregional de la violencia ameritan que los países adopten estrategias que también sean regionales en materia de política criminal.

Si los ministerios públicos de la región se alinean en diseños institucionales similares, se puede avanzar en unificar la medición de femicidios y conocer la dimensión del fenómeno a nivel regional; se pueden diseñar herramientas o protocolos de investigación comunes; se pueden nutrir recíprocamente de estrategias que hayan resultado exitosas en un país; se puede consensuar una tipificación penal base para todos los países. Los ministerios públicos pueden verse fortalecidos entre sí frente a casos complejos, entre otras ganancias.

## 6. Algunas cuestiones específicas en materia de investigación de muertes violentas por razones de género

La experiencia en el trabajo de investigación de casos de femicidio y de seguimiento de sentencias a nivel regional arroja una serie de conclusiones que pueden servir de diagnóstico para las decisiones de diseño institucional y de actuación de los ministerios públicos. En efecto, la investigación y sanción de los femicidios registra usualmente déficits de dos órdenes. El primero, vinculado con la invisibilización de las razones de género que están detrás de estos crímenes –el ocultamiento de que las mujeres son asesinadas por ser mujeres- y el segundo, son los elevados índices de impunidad. Las cuestiones que abonaban estos déficits suelen ser:

- Investigaciones parciales o inconclusas, por fuga o suicidio del acusado, por falta de resolución del caso, por el ocultamiento de las muertes de género tras figuras penales distintas al femicidio (suicidio, accidente, muerte dudosa).
- Recolección incompleta de las pruebas, muchas veces relacionada con la falta de importancia que se le da al caso o la no priorización de los casos de violencia; el descreimiento de la víctima, la falta de conocimiento sobre los elementos probatorios específicos que se requieren para probar la violencia por razones de género.
- La calificación jurídica errónea, que oculta el componente de género de los crímenes.
- El uso de estereotipos de género en contra de las mujeres o de lo femenino, atribuyéndoles alguna responsabilidad en su muerte.

Las estrategias para sortear estos déficits pueden ser variadas, aunque es crucial que la mayor cantidad posible de países latinoamericanos parta de la línea base que ofrece

el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género, elaborado por ONU Mujeres y por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de ONU<sup>10,11</sup>.

Algunos de los aportes más sustanciales del modelo de protocolo, que ameritan ser mencionados y que pueden guiar el establecimiento de pautas para la actuación de las y los fiscales en los casos de investigación de muertes violentas de mujeres, son:

- La necesidad de asegurar que todas las investigaciones penales de los femicidios sean llevadas adelante con perspectiva de género (para evitar y reducir los déficits a los que se hizo referencia antes).
- Que se incorpore el enfoque interseccional en ellas, es decir, que se consideren especialmente las otras vulnerabilidades a las que están expuestas muchas mujeres, por su calidad de mujeres pobres, indígenas, migrantes, trans, niñas, adultas mayores, etc.
- La aplicación de la hipótesis de femicidio desde el comienzo de la investigación y, adicionalmente, la hipótesis de que hay un componente sexual en el femicidio (ambas pueden luego, pero nunca antes, ser descartadas durante la investigación).
- El desarrollo exhaustivo de los signos e indicios de violencia de género que deben ser hallados a lo largo de la investigación por parte de las y los fiscales para acreditar los componentes de género y las agravantes impuestas para estos crímenes.

10 Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>

11 Argentina ha formulado su propia adaptación del modelo de protocolo -disponible en <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2018/03/Protocolo-versi%C3%B3n-FINAL.pdf>. Brasil ha hecho lo propio y varios países de la región están evaluando iniciar el proceso de adaptación, entre ellos Guatemala y Uruguay.



## Conclusiones

Las políticas institucionales vinculadas con el abordaje de la violencia de género son —más bien, deben ser, para ser tales— necesariamente disruptivas y antisistémicas. El servicio de justicia está erigido en la matriz misma del patriarcado, de modo que tiende a sostener y reproducir las prácticas violentas presentes en todo el orden social. Y ello se advierte con mayor intensidad en el derecho penal, que tiene una estructura androcéntrica que no ha evidenciado evoluciones normativas ni organizacionales. Entonces, aplicarlo y llevarlo adelante sin mirada de género refuerza las desigualdades.

Desarrollar políticas institucionales de género, en el ámbito penal es, por ello, torcer las dinámicas del sistema, forzar su estructura para transformarla en otra. Esto no es sencillo; por el contrario, es siempre muy costoso porque ante la confrontación y las proyecciones de cambio, el sistema tiene conductas reactivas.

Sin embargo, es importante avanzar con esa transformación en los distintos órganos que componen el sistema de justicia. Y uno de los modos de hacerlo es en relación con los ministerios públicos, porque son los actores que determinan las políticas de persecución penal.

Que los ministerios públicos cuenten con una estructura fiscal específica para trabajar la violencia de género es una decisión de política institucional de alto impacto, porque es un modo de jerarquizar la temática, colocarla en la agenda central del organismo y desarrollar políticas específicas para estos delitos.

Detrás de esa decisión descansa la consciencia de que la violencia de género no puede ser procesada bajo el esquema del caso a caso —lo cual no significa despersonalizar la intervención de los fiscales en los casos ni ofrecer respuestas particularizadas para cada víctima—. Por el contrario, debe ser encarada como un

fenómeno social de alta complejidad que exige el desarrollo de estrategias integrales.

Y ya sobre la decisión de contar con un área especializada, las propuestas que se ofrecen aquí sobre su funcionamiento pueden sintetizarse en tres ejes:

**La primera propuesta** es desarrollar, allí donde no existan, líneas de política criminal. Entender y conocer el fenómeno, sus causas, sus especificidades, su evolución, es lo que permite saber dónde y cómo hay que actuar y permite reconocer nuevos patrones de violencias que se interrelacionan con otras problemáticas.

**La segunda recomendación** es llevar a cabo esa tarea concibiendo a la violencia de género en toda su integralidad y multidimensionalidad, trascendiendo el sesgo de identificarla sólo con la violencia doméstica. Por supuesto que los ataques que sufren las mujeres en sus relaciones interpersonales son la expresión más frecuente y donde se detecta mayor número de casos. Sin embargo, el abordaje debe ser integral, considerando que se trata de un fenómeno complejo presente en todo el entramado social y que también atraviesa y se expresa, de modos aún más ocultos, en otros ámbitos ilícitos, como el crimen organizado, las vejaciones sexuales ejercidas sobre las mujeres durante conflictos armados, genocidios, terrorismo de Estado o delitos de lesa humanidad. El mercado de la trata de personas con fines de explotación sexual se nutre del cuerpo de las mujeres; las bandas de narcocriminalidad se valen de las mujeres, especialmente aquellas más vulnerables por sus condiciones socio-económicas o étnicas para el tráfico hormiga, a la vez que en las disputas entre bandas las mujeres son atacadas como prenda de venganza. Estas son sólo algunas de las expresiones que pueden verse de la violencia contra las mujeres, que exigen ser trabajados de manera específica y con mirada de género.

La **tercera propuesta** es concebir el trabajo de la unidad fiscal en función del conflicto social que da origen o se desata a partir de los hechos ilícitos. El ministerio público deja así de ser un órgano estático para ser reemplazado por una relación dinámica con la comunidad, con las víctimas, con los colectivos vulnerabilizados. Este esquema de trabajo es rico para el funcionamiento de toda la institución y en

relación con la violencia contra las mujeres es particularmente fértil debido a la enorme transformación social que está operando en estos tiempos en toda la región, vinculada con los cambios de paradigma sobre la lógica patriarcal de las instituciones y el modo en que las agrupaciones feministas están traccionando los cambios.

## Rebeca Calzada Olvera, Tania Martínez Hernández y Karina Leyva

Integrante del Colectivo Política, Drogas y Cultura (México), realiza estudios de Maestría en Política y Sociedad en la Universidad de Maastricht (Holanda). Contacto: ir.rebeca@gmail.com // Consultora en Derechos Humanos y Desarrollo Sostenible, integrante del Consejo de la Red Mexicana de Jóvenes y Adolescentes Positivos, así como del Youth Advisory Panel for the Global Online Hub for Comprehensive Sexuality Education Advocacy. Contacto: tanmartinezh@gmail.com // Realiza estudios de Maestría en Ciencias Sociales en la Universidad de Guadalajara, México. Contacto: karenina.alejandra@gmail.com

# Una reforma a la política de drogas a partir de la inclusión: Perspectivas desde mujeres diversas

## Resumen

En el presente artículo abordamos la diversidad sexual como un elemento esencial al diseñar y proponer una reforma en la política de drogas, ya que el no integrar este elemento representaría que no se logre construir una que responda a todas las personas. Particularmente, abordamos la experiencia de lesbianas y mujeres bisexuales en México como un primer ejercicio para hablar de una política de drogas verdaderamente inclusiva. La información presentada en este trabajo muestra que uno de los principales retos para el diseño y propuesta de una política de drogas radica principalmente en la ausencia de información -oficial- sobre esta población en relación con el fenómeno de las drogas. Finalmente, se esbozan recomendaciones y potenciales áreas de acción para comenzar a incluir las necesidades y particularidades de esta población frente al fenómeno.

Al plantear una política de drogas más sensata, distinta al paradigma del prohibicionismo, es indispensable dejar de pensar en quienes forman parte del fenómeno de las drogas -esto es, quienes producen, transportan, venden

y consumen drogas- como una masa homogénea, y heteronormada<sup>1</sup>, para así lograr visibilizar la extensa diversidad de las personas que están involucradas. Es decir, si lo que se quiere es una verdadera reforma en la política de drogas que se centre en responder a las necesidades y particularidades de todas las personas involucradas en este fenómeno, es de suma importancia formularla a partir de la **inclusión**.

En este sentido, el objetivo principal de este artículo es, por una parte, evidenciar las diferentes identidades de quienes componen la extensa gama de personas usuarias de sustancias psicoactivas (SPA, en adelante)<sup>2</sup>, enfocándonos particularmente en la comunidad de lesbianas

1 Esto es, que se toma a la población de forma dicotómica: únicamente existen mujeres y hombres heterosexuales y cada uno posee roles específicos y jerarquizados dentro de la sociedad. La política de drogas basada en esta visión es problemática pues margina y, por lo tanto, vulnera a las poblaciones que no se ven representadas en este modelo heteronormativo.

2 A lo largo del texto, se hará uso de la terminología "sustancia psicoactiva" (SPA) o droga de forma indistinta. En ambos casos nos referimos a sustancias psicoactivas legales e ilegales.

y mujeres bisexuales<sup>3</sup> y, por otro lado, plantear cuáles son las particularidades, necesidades, y desafíos de estas comunidades como usuarias SPA, y las potenciales áreas de acción, para así impulsar una política de drogas realmente inclusiva y eficaz.

El artículo se compone de la siguiente manera: inicialmente, se aborda la importancia de una política de drogas *inclusiva*, posteriormente, se responde a la pregunta de por qué hablar de lesbianas y mujeres bisexuales en torno al uso de SPA, seguido de la situación actual del uso de SPA en este grupo de población en México, para después exponer las necesidades y desafíos de estas comunidades, así como las potenciales áreas de acción, y finalmente, las conclusiones.

## 1. La importancia de una política inclusiva de drogas

Existe evidencia acerca del fracaso de la actual política de drogas prohibicionista en México (El Universal, 2018 y LSE, 2014), la cual no sólo no ha funcionado, sino que, además ha resultado sumamente contraproducente -alza en las violaciones a los derechos humanos (Anaya, 2014 y Magaloni, 2014), miles de personas muertas (SESNP, 2018) y desaparecidas (Datacívica, s.f.), continúa el acceso a mercados de drogas no regulados y sin información fiel que pueda reducir daños y riesgos potenciales (UNODC, 2017), sigue creciendo el número de mujeres, particularmente pobres, en prisión por delitos relacionados con las drogas (Equis Justicia para las Mujeres, 2017 y Pérez-Correa, 2015), y la esperanza de vida en hombres se ha revertido, entre otros impactos más (Aburto, et al., 2016)-.

3 Reconocemos la gran diversidad que existe en torno a cada una de las identidades sexuales -prácticas, experiencias y necesidades-. En este caso en específico, entre lesbianas y mujeres bisexuales; por lo cual, es preciso señalar que la información disponible hasta el momento en torno al uso de SPA -y en la que se basa este artículo- continúa integrándolas en un mismo grupo pese a sus diferencias.

En este sentido, pensamos que para que una reforma en la política de drogas sea efectiva debe de construirse a partir de la **evidencia**, basarse en los **derechos humanos**, tener un enfoque de **salud pública**, integrar un modelo de **reducción de daños y riesgos**, incluir la **perspectiva de género** y reconocer las **prácticas culturales** a lo largo de la cadena del fenómeno de las drogas (producción, transporte, distribución y uso). De esta forma, resulta indispensable destacar que cualquier reforma a la política de drogas basada en la salud pública, no sólo debe de incluir la perspectiva de género, sino también tiene que reconocer y considerar la **diversidad sexual** como uno de sus elementos principales.

En cuanto a la inclusión de la perspectiva de género en la política de drogas se han realizado importantes avances a nivel global, tales como (Equis Justicia para las Mujeres, 2017):

- La aprobación en 2016 en la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de la resolución: Incorporación de la Perspectiva de Género en las Políticas y Programas Relacionados con las Drogas<sup>4</sup>.
- El reconocimiento en el documento final de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS), Outcome Document of the 2016 United Nations General Assembly Special Session on the World Drug Problem<sup>5</sup>, sobre la importancia de la incorporación de la perspectiva de género y de edad en los programas y políticas relacionados con las drogas.
- El énfasis en la importancia de transversalizar la perspectiva de género planteada

4 Para mayor información, véase: [https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND\\_Sessions/CND\\_59/Resolution\\_59\\_5.pdf](https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_59/Resolution_59_5.pdf)

5 Para mayor información, véase: <https://www.unodc.org/documents/postungass2016/outcome/V1603301-E.pdf>

en el Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas 2016-2020<sup>6</sup> de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD).

Además, el movimiento de reforma de política de drogas señala que es de suma importancia la inclusión de un modelo de reducción de daños y riesgos, pues este parte del supuesto de que, aunque existen personas que no buscan dejar de usar SPA -legales e ilegales-, es posible reducir o minimizar los daños y riesgos potenciales asociados al uso de estas mediante ciertas prácticas o estrategias concretas. De esta forma, el modelo de reducción de daños y riesgos no condena el uso de SPA, deja de enfatizar la adicción como el único problema relacionado con este y prioriza la calidad de vida de las personas y de la comunidad (Harm Reduction International, 2018 y Energy control, s.f.).

Sin embargo, a pesar de que la perspectiva de género ha comenzado a tomar espacio en la política de drogas a nivel global -como en los casos citados anteriormente- y, en particular, en los trabajos recientes de organizaciones no gubernamentales que se enfocan en estrategias de reducción de daños y riesgos<sup>7</sup>, sigue sin distinguirse que, aunque se trate de mujeres, sus prácticas y experiencias en relación al uso de drogas se ven impactadas también por su orientación sexual, prácticas sexuales, así como por otras condiciones.

En este sentido, los esfuerzos que incluyen la perspectiva de género son sumamente significativos y representan un gran avance en la creación de una política de drogas más inclusiva. No obstante, estos aún no logran satisfacer las necesidades de todas las mujeres,

pues siguen obedeciendo a un esquema de mujer heterosexual, el cual invisibiliza la existencia de la diversidad que existe en torno a las mujeres que tienen una orientación sexual distinta a la heterosexual.

De igual forma, la trascendencia de que se aborden estas diferencias -relacionadas con la diversidad sexual- al momento de diseñar una política de drogas que promueva la salud, radica en que no se dé por hecho que se están incluyendo a todas las personas, lo que, consecuentemente, hace evidente las necesidades y demandas particulares de estas poblaciones, resultando así en mayores posibilidades de hacer mejores y acertadas intervenciones de salud -como campañas de prevención y tratamiento-.

Al ser ignoradas las particularidades de estas poblaciones se les excluye, discrimina e ignora, lo cual representa menor bienestar en sus vidas y mayor vulnerabilidad para su salud. Incluir la perspectiva de género y la diversidad sexual en la política de drogas no sólo la hará una política más inclusiva, sino también más accesible, sensible y equitativa, lo cual resultará en mayor bienestar, acceso a la salud para todas las personas y servicios de calidad (Mule, N. et al., 2009).

## 2. ¿Por qué hablar de lesbianas y mujeres bisexuales?

Lesbianas y mujeres bisexuales continúan siendo cotidiana, e incluso sistemáticamente, invisibilizadas en cada una de las esferas de la vida. Muestra de esto es el escaso conocimiento que hay en torno a las necesidades de salud específicas de este grupo de población, desconocimiento que se traduce en un alto grado de morbilidad, en el escaso o nulo acceso a servicios de salud de calidad, y en una espiral constante de impactos múltiples e interrelacionados del estigma y la discriminación en el derecho a la salud.

6 Para mayor información, véase: [http://www.cicad.oas.org/mem/Activities/PoA/PoA-Version\\_Final-ESP.pdf](http://www.cicad.oas.org/mem/Activities/PoA/PoA-Version_Final-ESP.pdf)

7 Como es el caso de Energy Control (organización no gubernamental en España) y ReverderSer (organización no gubernamental en México).



Empero, aunque lesbianas y mujeres bisexuales cuentan con protección en diversos instrumentos legales tanto nacionales como internacionales<sup>8</sup>, el estigma y la discriminación por orientación sexual continúan siendo los principales obstáculos para el ejercicio de cada uno de los derechos humanos, para el goce de las libertades fundamentales, para el acceso a las oportunidades socialmente disponibles y, por ende, para el desarrollo pleno de este grupo de población.

Actualmente, de acuerdo con la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017, el 30.1 por ciento de la población no heterosexual fue discriminada en los últimos 12 meses (CONAPRED, 2018); según el Diagnóstico situacional de personas LGBTIQ<sup>9</sup> de 2015, el 67.76 por ciento de las lesbianas y el 59.15 por ciento de las mujeres bisexuales encuestadas han sido discriminadas por su orientación sexual en diversos espacios y contextos desde lo privado hasta lo público (Mendoza, et al., 2015).

Tras la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en 1995 en Pekín, el gobierno mexicano, a partir del Plan Nacional de Desarrollo (2001-2006) comenzó a intentar introducir la perspectiva de género como un eje transversal de sus políticas públicas, sin embargo, estas continúan centrándose y construyéndose con base en un modelo de mujer: las heterosexuales (Valencia y Romero, 2017).

De tal forma que aún se siguen manteniendo a lesbianas y mujeres bisexuales al margen en el diseño e implementación de políticas públicas, programas y normativas.

Es importante reconocer esta situación, ya que en nuestra región y, en específico, en nuestro país lesbianas y mujeres bisexuales son estigmatizadas, marginadas y discriminadas por múltiples causas, entre las que se encuentran: el género, la orientación sexual, el origen étnico, el estatus socioeconómico, el estado civil, el uso de SPA, entre muchas otras condiciones. Es decir, las mujeres de la diversidad sexual en México son objeto de discriminación múltiple.

El estigma y la discriminación de la cual son objeto merma su desarrollo humano pleno. En este sentido, y reconociendo la importancia de cada grupo de población para la salud pública, y para la construcción de una política de drogas eficaz en particular, resulta fundamental conocer y abordar las prioridades de lesbianas y mujeres bisexuales. Esto con el único objetivo de tener mayor información y responder de manera efectiva a las necesidades de todos los grupos de población, en especial, de aquellos históricamente vulnerados.

Luego entonces, es preciso traer a la agenda de la salud pública el uso de SPA en lesbianas y mujeres bisexuales. El uso de drogas legales e ilegales en esta población, de acuerdo con investigaciones y literatura especializada, es mayor que en las mujeres heterosexuales, esto por dos motivos principales: por los lugares en los que se socializa y como medio para paliar el impacto del estigma y la discriminación. Sin embargo, es importante destacar que el uso de SPA tiene múltiples causas, las cuales son dinámicas y cambian a través del tiempo, de acuerdo a la droga que se use, e incluso, el método de consumo.

Así, el uso de sustancias en lesbianas y mujeres bisexuales, requiere abordarse desde un

8 Declaración Universal de Derechos Humanos, Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, entre otros. Es preciso mencionar que esta lista de instrumentos de protección de derechos humanos -vinculantes y no vinculantes- no es, ni pretende ser exhaustiva.

9 Existen diferentes formas en las que las personas de la diversidad sexual se identifican, la más común es usando un acrónimo que incluye las diferentes identidades sexuales. Con el paso del tiempo, se han añadido iniciales de otras identidades, sin embargo, en informes y documentos académicos no hay un acuerdo común en cuanto al uso de un acrónimo u otro, por lo cual en este documento haremos uso de ellos de acuerdo con su uso en cada una de las fuentes referidas de manera indistinta.

marco de derechos humanos, con enfoque en salud pública, y con base en la evidencia. Conocer y reconocer las prácticas que tienen los grupos de población en torno al uso de SPA permite prevenir y retrasar su consumo, así como reducir los posibles daños y riesgos relacionados al uso de las mismas. Todo con el objetivo de construir e implementar una política de drogas que responda a las necesidades y prioridades de todas las personas involucradas en el fenómeno de las drogas (Martínez-Hernández, 2018).

### 3. Situación actual del uso de sustancias psicoactivas en el grupo de población de lesbianas y mujeres bisexuales en México

De acuerdo con la literatura e información más reciente en torno al tema, lesbianas y mujeres bisexuales hacen mayor uso de SPA que las mujeres heterosexuales, e incluso el doble; esto motivado por dos principales razones: la primera como un medio de socialización y desinhibición, y la segunda como un medio para mitigar el miedo y la angustia generada por el estigma interno<sup>10</sup>. Empero, debemos subrayar que las razones para el uso de sustancias varían de persona en persona (Martínez-Hernández, T., 2018).

Cuando hablamos del uso de sustancias como un fenómeno relacionado con la socialización y la desinhibición, adquiere relevancia hablar también de los ambientes de uso de SPA. En el caso de lesbianas y mujeres bisexuales estos son: bares, discotecas, clubes, casas y fiestas

privadas, lo cual obedece de nuevo a razones relacionadas con el estigma y la discriminación de la cual son objeto de manera constante por su orientación sexual. Las lesbianas al encontrarse dentro de lo que Diana Fuss (1999) ha definido como “no espacios culturales” crean sus propios espacios y estrategias para relacionarse. Dichos espacios, al encontrarse fuera de lo culturalmente legítimo, donde el objetivo es poder vivirse fuera de los estigmas y/o de la discriminación, se convierten en zonas donde tienden a combinarse diversos comportamientos de riesgo<sup>11</sup>, -como el uso de SPA sin ningún tipo de información que prevenga a la usuaria de potenciales daños y riesgos, el sexo sin protección, entre otros-, debido a que en otros espacios el desarrollo de la personalidad se ve condicionado a la heteronorma.

Es decir, a consecuencia del estigma y la discriminación por orientación sexual, el respeto y la aceptación de esta población en espacios distintos a los antes mencionados es reducida y, por lo tanto, su asistencia limitada. Al mismo tiempo, dentro de los espacios en los que sí son respetadas y aceptadas estas poblaciones, el uso de SPA es común e incluso uno de los medios que facilitan el socializar. Son pocos los ámbitos de convivencia ofertados a lesbianas y mujeres bisexuales, donde el consumo de sustancias no sea el medio para las relaciones interpersonales. Además, al encontrarse fuera de los límites legales y culturales, éstos se convierten en sitios donde no existe una regulación, ni estrategias adecuadas para la reducción de daños y riesgos; la exclusión social no sólo invisibiliza los problemas, sino que además potencializa las situaciones de riesgo y vulnerabilidad<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> El estigma y la discriminación generan estigma interno que lleva a las personas a sentir culpa, miedo y/o vergüenza por su orientación sexual, hecho que lleva al consumo de sustancias para olvidar, alejarse de la realidad, disipar miedos o sentir mayor autoconfianza. De igual forma este estigma interno afecta la salud mental de lesbianas y mujeres bisexuales llevando en muchas de las ocasiones a ideación o intento de suicidio (Martínez-Hernández, T. 2018).

<sup>11</sup> Comportamientos, prácticas o situaciones que aumentan el riesgo de impactos negativos en la salud y el bienestar de las personas.

<sup>12</sup> Consideramos que las condiciones de riesgo y vulnerabilidad no determinan a las personas. Sin embargo, las coloca en una situación de desventaja estructural; donde las personas llevan a cabo sus propias acciones y estrategias para amortiguar estas desventajas.

Por el otro lado, cuando se habla del uso de SPA es preciso abordar el estigma y la discriminación como uno de los determinantes sociales de la salud, y como el principal detonante de estigma interno. Al integrar en su autoconcepto ideas negativas en torno a su orientación sexual y/o expresión de género, lesbianas y mujeres bisexuales, muchas de las veces, usan drogas para disipar miedos, vergüenza y/o culpa. Es así como también,

desde esta población específica, la discusión en torno al uso de sustancias y salud mental requiere abordarse para dar respuesta a las necesidades específicas de esta población.

De acuerdo con datos de investigaciones y encuestas recientes en México<sup>13</sup>, las sustancias (legales e ilegales) que consumen en mayor medida lesbianas y mujeres bisexuales son: alcohol, tabaco, marihuana, cocaína, tachas/MDMA, LSD, entre otras (Tabla 1).

Tabla 1. Sustancias psicoactivas<sup>14</sup> comúnmente utilizadas por la población LGBTIQ

Encuesta sobre uso de drogas en población LGBT en México <sup>15</sup>	Derecho a la salud, derecho de todas: aproximaciones multidisciplinarias <sup>16 17</sup>	Diagnóstico situacional de personas LGBTIQ de México 2015 <sup>18</sup>	Conociendo nuestra diversidad: discriminación, sexualidad, derechos, salud, familia y homofobia en la comunidad LGBTTTI <sup>19</sup>
Alcohol	Alcohol	Alcohol	Alcohol
Cannabis	Tabaco	Tabaco	Marihuana
Tachas/MDMA	Marihuana	Marihuana	Poppers o nitritos
LSD	Cocaína	Cocaína y combinaciones	Pasta base
Poppers	LSD	Alucinógenos	Éxtasis

Fuente: Elaboración propia a partir de los resultados de distintas encuestas.

Como se puede observar, el consumo se concentra básicamente en las primeras tres sustancias, las cuales están categorizadas como legales e ilegal, según corresponde, sin obedecer necesariamente a estándares de capacidad de daño<sup>20</sup> en su uso para quien las consume, ni para su entorno. En este sentido, es relevante señalar que, según el estudio de

Nutt (2010), el alcohol tiene mayor capacidad de daño comparado con otras SPA usadas por lesbianas y mujeres bisexuales –como la marihuana y el LSD–, independientemente de su legalidad o ilegalidad. Además del hecho de que es la sustancia comúnmente más utilizada cuando existe policonsumo.

<sup>13</sup> Como la Encuesta sobre Uso de Drogas en Población LGBT en México, la Investigación Derecho a la salud, Derecho de Todas: Aproximaciones Multidisciplinarias, el Diagnóstico Situacional de Personas LGBTIQ de México 2015 y Conociendo Nuestra Diversidad: Discriminación, Sexualidad, Derechos, Salud, Familia y Homofobia en la Comunidad LGBTTTI.

<sup>14</sup> El uso de la terminología replica la utilizada en los instrumentos citados.

<sup>15</sup> Espolea A.C. e Interculturalidad, salud y derechos A.C.

<sup>16</sup> Clóset de Sor Juana

<sup>17</sup> Es preciso mencionar que la investigación que realizó el Clóset de Sor Juana es la única que se enfoca exclusivamente en lesbianas y mujeres bisexuales, el resto lo hace en toda la población LGBTI.

<sup>18</sup> Mendoza, J. y Ortiz Hernández, L.

<sup>19</sup> Lozano-Verduzco, I. y Salinas-Quiroz, L.

<sup>20</sup> Capacidad de daño individual y social. Entre los daños individuales se encuentran: mortalidad, daño y discapacidad mental a causa del consumo, dependencia, pérdida de capacidades de la percepción, daño a las relaciones personales y lesiones, entre otros. En cuanto al daño social se considera: crimen, conflicto familiar, daño al entorno cercano, daño al conjunto de la sociedad, costo económico y deterioro de la cohesión comunitaria (Costa, H., s.f. y Nutt D., 2010).

De igual forma, dentro de los patrones de uso de sustancias en lesbianas y mujeres bisexuales, es fundamental hablar sobre la frecuencia del consumo. El Clóset de Sor Juana, una organización lésbico feminista mexicana, realizó una investigación en 2017<sup>21</sup> exclusivamente en lesbianas y mujeres bisexuales, en la cual se determinó que, aunque el consumo de alcohol y tabaco no es frecuente, una vez que este se da es alto (Clóset de Sor Juana, 2018).

Por otra parte, de acuerdo con la primera Encuesta sobre Uso de Drogas en Población LGBT en México, el conocimiento de las estrategias de reducción de daños y riesgos es bajo, pues tan sólo el 30 por ciento de las personas encuestadas respondió sí a la pregunta ¿sabes qué es la reducción de daños con relación al uso de drogas?, el 60 por ciento respondió no y el 10 por ciento no sé (Espolea A.C. e Interculturalidad, Salud y Derechos, 2015).

En cuanto a comportamientos de riesgos, de acuerdo con resultados de la encuesta realizada por Espolea A.C., el 20 por ciento de las mujeres encuestadas afirmaron haber tenido más parejas sexuales bajo los efectos de alguna sustancia. De igual forma, de acuerdo con la investigación del Clóset de Sor Juana, el 24 por ciento de las mujeres encuestadas tuvieron relaciones inesperadas con alguna persona desconocida y el 7.1 por ciento las tuvo sin protección<sup>22</sup>. En este mismo sentido, también de acuerdo con información del Clóset de Sor Juana, el 6 por ciento de las mujeres encuestadas mencionaron haber tenido relaciones violentas con sus parejas y el 11.8 por ciento haber tenido relaciones sexuales no consentadas. Es fundamental señalar que el alcohol además de ser la sustancia con mayor consumo

en esta población, también está positivamente vinculado a mayor violencia en lesbianas.

Para concluir, es importante decir que los patrones de uso de SPA cambian constantemente, obedeciendo a particularidades muy específicas de acuerdo con grupos de población, e incluso de persona a persona. Sobre el consumo de drogas en lesbianas y mujeres bisexuales, a pesar de que hasta el momento existe poca información, hace visible la necesidad de conocer sus prácticas de uso de SPA, así como abordar y considerar las razones, los impactos y las dinámicas de su consumo de sustancias para así construir una política de drogas inclusiva.

#### 4. Necesidades y desafíos de estas comunidades

El principal instrumento utilizado en México para evaluar y medir el uso de drogas en la población es la Encuesta Nacional de Consumo de Drogas, Alcohol y Tabaco (ENCODAT, en adelante), -anteriormente llamada Encuesta Nacional de Adicciones (ENA)-. Los objetivos de la ENCODAT se centran en estimar la prevalencia de uso de SPA -legales e ilegales-, las tendencias de uso de drogas -legales e ilegales- e identificar los grupos de población con mayor riesgo a presentar problemas debido al uso de SPA -legales e ilegales- (INPRFM, 2017, p. 32) a lo largo del país.

En este sentido, siendo la ENCODAT el instrumento oficial para evaluar y medir el uso de drogas en México, carece de un elemento fundamental: no distingue las minorías poblacionales que existen entre los hombres y mujeres -como las lesbianas y mujeres bisexuales-. Consecuentemente, esto significa que **no existe información oficial** disponible acerca del uso de drogas en las minorías sexuales y, por lo tanto, las intervenciones de salud desde el Estado -sea prevención, tratamiento o estrategias de reducción de daños y

21 Derecho a la salud de lesbianas y mujeres bisexuales 2017.

22 Es preciso indicar que entre las mujeres que tienen sexo con otras mujeres la percepción del riesgo de contraer alguna infección de transmisión sexual es bajo, lo cual en sí constituye un comportamiento de riesgo, el cual en algunas ocasiones incrementa al estar bajo los efectos de SPA.

riesgos- se limitan a atender las necesidades de la población a partir de una perspectiva heterosexual.

Lo que resulta en que la aplicación (al no hacerse desde un vínculo de empatía) sesgue la recolección e interpretación de los datos obtenidos, convirtiendo estos esfuerzos en ejercicios estadísticos sin posibilidad de traducirse en un diagnóstico oportuno para la creación de políticas públicas integrales, en las que, la población objetivo tenga participación en el diseño, la implementación, el monitoreo y evaluación de dichas políticas.

Ante este vacío de información existen diferentes esfuerzos<sup>23</sup> desde organizaciones de la sociedad civil, algunos promovidos desde el Estado, sobre todo en la Ciudad de México, para conocer cuáles son los comportamientos que existen alrededor del uso de SPA por parte de la diversidad sexual. Sin embargo, los instrumentos aplicados carecen de uniformidad en los ítems que los componen, lo cual imposibilita la comparabilidad y están lejos de mostrar un panorama real de México en torno al tema.

El vacío de información junto con la invisibilización de lesbianas y mujeres bisexuales, trae como consecuencia que las diferentes dependencias involucradas en proveer servicios de salud a las mujeres, no cuenten con protocolos adecuados para atender a este grupo de población, o bien, si cuenta con ellos no los implementa adecuadamente, lo que se traduce en actos de discriminación, violencia

o revictimización por parte del personal de salud, llevándolas a alejarse aún más de espacios que deberían brindarles atención.

En este sentido, el principal problema en México para la elaboración de una política de drogas verdaderamente inclusiva radica en la ausencia de información, que retrate lo mejor posible la diversidad de personas en torno al fenómeno de las drogas, reconociendo las múltiples condiciones de vida de cada una de ellas. Visibilizar las diversas condiciones de las personas al momento de diseñar y aplicar instrumentos de recolección de información generará, en buena medida, que sea posible construir políticas públicas inclusivas. Por ello, es primordial que, tanto organizaciones de la sociedad civil, academia, así como gobiernos, realicen un esfuerzo en conjunto para tener siempre en mente a la **diversidad sexual** -además de la perspectiva de género- como un elemento al momento de proponer y diseñar la política de drogas.

Finalmente, es fundamental señalar el vínculo entre la política de drogas y la salud pública, reconociendo que el objetivo de ésta es la salud poblacional, es decir, **de todas las personas**. De modo que, las estrategias de salud pública, incluyendo las relacionadas con el uso de drogas, deben de obedecer un marco de derechos humanos y buscar proteger y mejorar la salud de **todas las personas**, incluidas lesbianas y mujeres bisexuales, a través de diferentes estrategias vinculadas a la prevención, promoción, investigación y sistemas de información (Gallegos Sandra, 2013).

.....  
 23 La investigación Derecho a la Salud, Derecho de Todas: Aproximaciones Multidisciplinares realizada por el Clóset de Sor Juana en 2017. En 2016, el Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México, apoyó la publicación del libro *Conociendo nuestra diversidad: discriminación, sexualidad, derechos, salud, familia y homofobia en la comunidad LGBTTTI*. En 2015, Espolea, A.C. llevó a cabo la primera Encuesta sobre Uso de Drogas en Población LGBT en México. También, en 2015, la Universidad Autónoma Metropolitana apoyó el Diagnóstico Situacional de Personas LGBTIQ de México 2015.



## 5. Recomendaciones y potenciales áreas de acción:

### Prevenir y eliminar el estigma y la discriminación por orientación sexual:

- Abordar el estigma y la discriminación como un determinante social de la salud, al mismo tiempo que como un obstáculo en el diseño y acceso a servicios de salud de calidad relacionados con el uso de SPA (prevención, modelos de reducción de daños y riesgos, y tratamiento del uso de drogas).
- Reconocer y atender la múltiple discriminación tanto en lo público como en lo privado de la que son objeto lesbianas y mujeres bisexuales por su género, orientación sexual y por ser usuarias SPA (entre otras condiciones de vida).
- Integrar el derecho a la no discriminación como elemento clave para la consideración e integración de todas las personas -y sus necesidades- en las propuestas de política de drogas.

### Intervenciones en salud:

- Servicios de salud (prevención, modelos de reducción de daños y riesgos, y tratamiento) que atiendan las necesidades y particularidades de lesbianas y mujeres bisexuales -al mismo tiempo que las de otras minorías poblacionales-, a cargo de personal sensibilizado y capacitado.
- Estrategias de reducción de daños y riesgos específicas para lesbianas y mujeres bisexuales con base en sus patrones de uso de SPA, las cuales sean accesibles y tengan difusión en espacios de socialización de esta población.
- Tratamiento con base en el respeto a los derechos humanos, destacando el respeto a la orientación sexual, expresión de género y prácticas sexuales de lesbianas y mujeres bisexuales.

### Generación y recolección de datos:

- Diseño de instrumentos que permitan la generación y recolección de datos a nivel nacional sobre el uso de SPA en lesbianas y mujeres bisexuales, así como sobre otros grupos de población.
- Acceso y difusión de la información en torno a las SPA, y su uso por parte de lesbianas y mujeres bisexuales -acompañada por estrategias de reducción de daños y riesgos-.
- Avances en política pública con base en la evidencia que permitan prevenir y/o retrasar el uso de SPA, al mismo tiempo que acompañar su uso de estrategias de reducción de daños y riesgos específicas a lesbianas y mujeres bisexuales -y otros grupos de población-.

## 6. Conclusiones

La invisibilización de lesbianas y mujeres bisexuales -y de sus necesidades- de manera cotidiana en la sociedad, así como la creciente urgencia por modificar la política de drogas existente en México, nos llevó a realizar este ejercicio de reflexión en torno a la necesidad de visibilizar e integrar plenamente a este grupo de población -reconociendo que existen más- en la construcción de una política de drogas verdaderamente inclusiva.

Como mencionamos anteriormente el uso de SPA en lesbianas y mujeres bisexuales es considerablemente más alto que en heterosexuales, al mismo tiempo que sus patrones de consumo, motivaciones y experiencias son distintos, lo cual hace imperioso el integrarlas en la construcción de la política de drogas. Abordar las prioridades y necesidades de lesbianas y mujeres bisexuales relacionadas al uso de SPA protege y mejora su salud.

Así, una política de drogas que realmente busque cuidar la salud de las personas que usan SPA, debe estar pensada a partir del reconocimiento de la diversidad que existe en nuestras sociedades. En este sentido, un mecanismo de vital importancia para comenzar este camino hacia la **inclusión** es contar con **información** que, precisamente, refleje la diversidad de quienes están involucradas en el fenómeno de las drogas, es decir, que visibilice y reconozca las prácticas y experiencias de todas las personas, lo cual permita la construcción de políticas públicas efectivas que beneficien a toda la población.

Se busca que la política de drogas, con un componente de género y diversidad sexual, beneficie a lesbianas, mujeres bisexuales y a otras minorías poblacionales.

## Bibliografía

- Aburto, J., et al. (2016). Homicides in Mexico Reversed Life Expectancy Gains for Men and Slowed Them for Women, 2000 - 2010, *Health Affairs*, vol. 35, núm. 1, pp. 88 - 95.
- Álvarez Licona, E. (2010). *¿Se debe criminalizar el consumo de drogas ilegales?* Cuicuilco, 17(49), 31-42. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-16592010000200003&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592010000200003&lng=es&tlng=es)
- Anaya, A. (2014). Violaciones a los derechos humanos en el marco de la estrategia militarizada de la lucha contra el narcotráfico en México, 2007 - 2012, *Cuadernos de Trabajo del Monitor del Progra, de Política de Drogas*, 4, Ciudad de México: CIDE.
- ASILEGAL (Asistencia Legal por los Derechos Humanos). (2013). *Violencia contra las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersex en México*. México: Asilegal.
- Barra, A. (Sin año de publicación). *La prevención que funciona para las drogas*. En Espolea A.C. Disponible en: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/ddt-laprevencionquefunciona.pdf>
- Calzada, R. (s.f.). *Ambientes de uso de drogas entre los jóvenes*. En Espolea A.C. Disponible en: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/ddt-ambientes-deuso.pdf>
- Calzada, R. (s.f.). *Nombrando las "drogas"*. En Espolea A.C. Disponible en: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/ddt-nombrandolasdrogas.pdf>
- Diehl, A., Pillon, S. C. y Jordán, M. J. (2014). *Sexualidad y drogadicción*. Rodrigues Junior OM, organizador. Cuestiones básicas para la sexología latinoamericana. São Paulo: Instituto Paulista de Sexualidade, 261-86.
- Eiven, L., Sardá, A. y Villalba, V. (2007). Lesbianas, salud y derechos humanos desde una perspectiva latinoamericana. *Revista Mujer Salud*, 2, 43-54.
- EnergyControl (s.f). *Reducción de riesgos y consumo de drogas en espacios nocturno*. Disponible en: <http://www.sobredrogues.net/files/arxiu/Reducci%C3%83%C2%B3n+riesgos+y+consumo+recreativo.pdf>
- Espolea A.C. e Interculturalidad, salud y derechos A.C. (2015). *Encuesta sobre uso de drogas en población LGBT en México*. Disponible en: [http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/resultados\\_encuesta\\_lgbt\\_2015.pdf](http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/resultados_encuesta_lgbt_2015.pdf)
- Espolea A.C. e Interculturalidad, salud y derechos A.C. (2015). *Encuesta sobre uso de drogas en población LGBT en México*. Disponible en: [http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/resultados\\_encuesta\\_lgbt\\_2015.pdf](http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/resultados_encuesta_lgbt_2015.pdf)
- Espolea, A.C. (s.f.). *Intervención: lesbianas, derechos humanos y acceso a la salud*. Disponible en: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/ddt-intervencion-lesbianasetc.pdf>
- Fuss, D. (1999). *Dentro/fuera. Feminismos literarios*. Madrid: Arco Libros.
- Galindo, C., et al. (2018). Seguridad Interior: elementos para el debate. *Temas estratégicos*, 39, Instituto Belisario Domínguez.
- Gallegos Lecona, S. (2013). *Salud pública. Más allá de la salud un camino al desarrollo*. En Espolea A.C. Disponible en: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/gped-es-saludpublica.pdf>
- González, B. (2012). *¿Qué es la reducción de daños?* En Espolea A.C. Disponible en: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/gped-es-reduccion-de-daos.pdf>
- Gutierrez-Morfin, N.. (2016). *Report: lesbian, gay and bi adults have higher drug abuse rates*. En NBC Universal. Disponible en: <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/parishioners-defy-chicago-archdiocese-burn-rainbow-flag-exorcism-ceremony-n910666>
- Harm Reduction International. (2018). *What is harm reduction?* Disponible en: <https://www.hri.global/what-is-harm-reduction>
- Hebe Costa. (s.f.). *Un ranking de drogas peligrosas desata una polémica mundial*. Buena vibra. Disponible en: <https://buenavibra.es/movida-sana/salud/un-ranking-de-drogas-peligrosas-desata-una-polemica-mundial>
- ILGA (Asociación Internacional de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Trans e Intersexuales). (2012). *Salud de las lesbianas: mitos y realidades*. Disponible en: <https://ilga.org/salud-de-las-lesbianas-mitos-y-realidades>

- Katherine A. O'Hanlan. (s.f.). *Top 10 things lesbians should discuss with their healthcare provider*. Gay & lesbian medical association. Disponible en: [http://outforhealth.org/files/all/top\\_ten\\_things\\_lesbians\\_should\\_discuss\\_glma.pdf](http://outforhealth.org/files/all/top_ten_things_lesbians_should_discuss_glma.pdf)
- London School of Economics (LSE). (2014). *Ending the war on drugs*. Disponible en: [http://eprints.lse.ac.uk/56706/1/Ending\\_the%20drug\\_wars.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/56706/1/Ending_the%20drug_wars.pdf)
- Lozano-Verduzco, I. y Salinas-Quiroz F. (2016). *Conociendo nuestra diversidad: discriminación, sexualidad, derechos, salud, familia y homofobia en la comunidad LGBTTTI*. En ActúaDF A.C. Disponible en: [https://www.researchgate.net/profile/Ignacio\\_Lozano-Verduzco/publication/309480051\\_Conociendo\\_nuestra\\_diversidad\\_Discriminacion\\_sexualidad\\_derechos\\_salud\\_familia\\_y\\_homofobia\\_en\\_la\\_comunidad\\_LGBTTTI/links/581299f508ae29942f3e8843/Conociendo-nuestra-diversidad-Discriminacion-sexualidad-derechos-salud-familia-y-homofobia-en-la-comunidad-LGBTTTI.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Ignacio_Lozano-Verduzco/publication/309480051_Conociendo_nuestra_diversidad_Discriminacion_sexualidad_derechos_salud_familia_y_homofobia_en_la_comunidad_LGBTTTI/links/581299f508ae29942f3e8843/Conociendo-nuestra-diversidad-Discriminacion-sexualidad-derechos-salud-familia-y-homofobia-en-la-comunidad-LGBTTTI.pdf)
- Magaloni, A. (2015). *La arbitrariedad como método de trabajo: La persecución criminal durante la administración de Felipe Calderón*. En Catalina Pérez-Correa González (ed.), *De la detención a la prisión*, Ciudad de México, CIDE, pp. 29 - 54.
- Mendoza, J. y Ortiz Hernández, L. (2015). *Principales resultados del diagnóstico situacional de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, travestis, transexuales, intersexuales y queers de México 2015*. Primera parte. Universidad Autónoma Metropolitana, Inspira Cambio A.C., Programa Compañeros A.C. y Reacción México RMX. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/308346510\\_Principales\\_Resultados\\_del\\_Diagnostico\\_situacional\\_de\\_personas\\_lesbianas\\_gays\\_bisexuales\\_transgenero\\_travestis\\_transexuales\\_intersexuales\\_y\\_queers\\_de\\_Mexico\\_2015\\_Primer\\_a\\_parte](https://www.researchgate.net/publication/308346510_Principales_Resultados_del_Diagnostico_situacional_de_personas_lesbianas_gays_bisexuales_transgenero_travestis_transexuales_intersexuales_y_queers_de_Mexico_2015_Primer_a_parte)
- Mendoza, M. P. R., Castro, C. G., Ramiro, M. y Díaz, A. (1997). Necesidades de atención a la salud mental de la mujer adicta. *Salud Mental*, 20 (2), 38-47.
- Mulé, N., et al. (2009), Promoting LGBT health and wellbeing through inclusive policy development, *International Journal for Equity in Health*, doi:10.1186/1475-9276-8-18
- Ortiz-Hernández, L. (2005). Influencia de la opresión internalizada sobre la salud mental de bisexuales, lesbianas y homosexuales de la Ciudad de México. *Salud mental*, 28(4), 49-65.
- Ortiz-Hernández, L. (2005). Influencia de la opresión internalizada sobre la salud mental de bisexuales, lesbianas y homosexuales de la Ciudad de México. *Salud Mental*. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/sm/v28n4/0185-3325-sm-28-04-49.pdf>
- Ortiz-Hernández, L. y García Torres, M. I. (2005). Efectos de la violencia y la discriminación en la salud mental de bisexuales, lesbianas y homosexuales de la Ciudad de México. *Cadernos de Saúde Pública*, 21, 913-925.
- Pérez-Correa, C. (2015). *Las mujeres invisibles: los efectos de las mujeres en prisión y los efectos indirectos en las mujeres*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Rebeca Calzada. (2013). *¿Qué es una droga?* En Espolea A.C. Disponible en: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/gped-es-queesunadropa.pdf>
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP). (2018). *Cifras de homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículo, 1997-2017*. Disponible en: [http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/cifras%20de%20homicidio%20doloso%20secuestro%20etc/HDSECEXTRV\\_122017.pdf](http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/cifras%20de%20homicidio%20doloso%20secuestro%20etc/HDSECEXTRV_122017.pdf)
- Silva Froné, C. et al. (2017), Índice de letalidad 2008 - 2014: Menos enfrentamientos, misma letalidad, más opacidad, *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 25, núm. 50, pp. 331 - 359.
- UNODC (United Nations Offices on Drugs and Crime). (2017). *World drug report 2017*, United Nations. Disponible en: [http://www.unodc.org/%20wdr2017/field/Booklet\\_2\\_HEALTH.pdf](http://www.unodc.org/%20wdr2017/field/Booklet_2_HEALTH.pdf)
- Vela, E. (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*. En Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/PROTOCOLO\\_DE\\_ACTUACION\\_PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN LA ORIENTACION SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GENERO 0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/PROTOCOLO_DE_ACTUACION_PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN LA ORIENTACION SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GENERO 0.pdf)
- Martínez-Hernández, T. (en prensa). *Uso de sustancias en lesbianas y mujeres bisexuales*. Valencia, J. y Careaga, G. (eds.), *Derecho a la salud, derecho de todas: aproximaciones multidisciplinares*, El Clóset de Sor Juana, México.

## Andrés Ignacio Rivera Duarte

Académico, consultor e investigador. Defensor DDHH. Hombre trans.

# Proyecto de Ley del Derecho a la Identidad de Género

## Boletín 8924-07

### Un poco de historia en torno al proyecto de ley

En el 2011 en el seno de una organización de personas transexuales se empezó a concretar la idea de presentar un proyecto de ley que reconociera la identidad de género. Andrés Rivera Duarte, en ese momento, presidente de la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, organización de la ciudad de Rancagua VI Región, lideró esta iniciativa. Rivera durante un año realizó focus group con personas trans, mantuvo conversaciones con activistas y, finalmente, elaboró un bosquejo de proyecto de ley. Durante el año 2012, Rivera contactó a la abogada y doctora en derecho Ximena Gauche Marchetti compartiendo el bosquejo del proyecto, el que fue absolutamente reformulado por la abogada. Después de varias reuniones con Gauche Marchetti para afinar detalles, se estableció la estrategia legislativa: conseguir las 5 firmas que se necesitaban para ingresarlo en el Senado. Luego de meses de reuniones, la ex senadora Lily Pérez decidió patrocinarlo, en conjunto con la senadora Ximena Rincón, senador Juan Pablo Letelier, ex senador Camilo Escalona y senador Ricardo Lagos. Cabe señalar que fue muy difícil conseguir los apoyos legislativos, hubo más

críticas y constantes comentarios de “Chile no está preparado para esto”, a pesar de eso Rivera Duarte siguió adelante.

Una vez que Gauche Marchetti terminó de redactar el proyecto de ley, diferentes abogadas y abogados, como Fabiola Lathrop, Verónica Undurraga, Nicolás Espejo, Tomás Vial y Pablo Cornejo, en forma desinteresada, lo estudiaron y aportaron reflexiones y sugerencias.

El ingreso del proyecto de ley fue acompañado por la abogada Ximena Gauche Marchetti, Fundación Iguales, Fundación Todo Mejora, Grupo de Psicólogas y psicólogos disidentes, pero no hubo apoyo de más organizaciones. El proyecto fue enviado a la Comisión de Derechos Humanos para su tramitación.

### Avanzada conservadora y fundamentalista

El ingreso del proyecto de ley no generó un ambiente mediático controversial, más bien fue ignorado por los medios de comunicación. Una vez que, definitivamente, se empezó a discutir en la Comisión de Derechos Humanos y a avanzar en la aprobación de los artículos e

incisos, ocurre el cambio en la configuración de la Comisión de DDHH, asumiendo la senadora Jacqueline Van Rysselbergue del partido Unión Demócrata Independiente, férrea opositora al proyecto de ley. Allí, es cuando se hace mediático y se incorpora a la discusión “expertos” desde la mirada patologizante, tratando de desacreditar los argumentos entregados desde el derecho humano. Es también, cuando se invita a evangélicos y organizaciones (mal) llamadas Pro Vida en la discusión de este proyecto. Se polarizaron las posturas, creándose espacios de política tirantes, transformándose de un proyecto de ley basado en el derecho humano en uno “valórico”.

## Inclusión de niños, niñas y adolescentes (NNA) trans

Este fue el punto más álgido de la discusión legislativa. Se mantenía una mirada de la niñez trans como objetos y no de sujetos y sujetas de derecho. Con el argumento de la edad, se cuestionaron las “decisiones” de esta niñez trans; siendo que en realidad nunca ha sido una decisión, sino **un sentir**.

En la votación del Senado quedaron fuera los NNA, y en la votación de la Cámara se incluyeron, por lo que pasó a Comisión Mixta. Los acuerdos políticos y la sensibilización realizada por madres y padres de niños y niñas trans, pertenecientes a la Fundación Renaciendo, lograron remover corazones y tocar la fibra de los integrantes de la Comisión Mixta para que, finalmente, fueran incorporados los niños, niñas y adolescentes a partir de los 14 años, y en la votación final se logró el quórum.

## Resumen del texto aprobado

Después de cinco años de estar el proyecto de ley en el Congreso, de sesiones en el Senado y la Cámara, de escuchar a “expertos cristianos, médicos, psiquiatras” cuestionar y patologizar

la vida y realidad de una persona trans, dilataciones con apertura de periodos de indicaciones, el mismo fue votado y aprobado. Como a veces suele suceder, la historia puede olvidarse y es en este sentido bueno saber el origen de este proyecto de ley.

- Será un trámite administrativo sin abogado a realizarse en el Registro Civil, cuando sea mayor de 18 años y no tenga vínculo matrimonial vigente y resida en el país. Deberán presentar como requisito dos testigos en que el solicitante sea mayor de edad. Será competente para conocer de su solicitud el Servicio de Registro Civil e identificación. La solicitud podrá ser presentada ante cualquier oficina de dicho servicio, sin importar cuál sea el domicilio o residencia del o la solicitante. La duración de tramitación es de 45 días.
- Para quienes tienen entre 14 y menos de 18 años, se deberá presentar una solicitud judicial ante el Juzgado de Familia de su domicilio, representados por uno o ambos padres. Deberán acreditar que han participado en un programa de acompañamiento profesional del gobierno (programa que no quedó establecido ni definido) por, al menos, un año antes de iniciada la solicitud en el tribunal. La duración total del trámite -incluyendo el programa de acompañamiento- será de un año y medio. En caso que el juez o jueza de Familia ordene la práctica de un peritaje psicológico para el adolescente en el Servicio Médico Legal, el trámite puede demorar hasta dos años.
- Artículo 23- Programas de Acompañamiento Profesional. Los niños, niñas o adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral y sus familias podrán acceder a los programas de acompañamiento profesional de que trata este artículo. Éstos consistirán en una orientación profesional multidisciplinaria que incluirá acciones de asesoramiento psicológico y biopsicosocial, cuyo objeto será el otorgamiento de herramientas que



- permitan su desarrollo integral, de acuerdo a su identidad de género. Las acciones que contemplen los programas de acompañamiento profesional deberán ser diseñadas por el Ministerio de Desarrollo Social, en colaboración con el Ministerio de Salud. Dichas acciones podrán ser ejecutadas por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente ante el Ministerio de Desarrollo Social, cumpliendo con los requisitos y condiciones que establezca el reglamento a que se refiere el inciso primero del artículo 26 de esta ley.
- En caso que una persona menor de edad se hubiere sometido por, al menos, un año a un programa de acompañamiento profesional ejecutado por alguna de las personas jurídicas señaladas en el inciso anterior, podrá solicitar ante ella un informe de participación en el programa. Dicho informe sólo podrá reemplazar a aquel de que trata el literal a) del inciso tercero del artículo 17, si efectuare una relación circunstanciada de todas las actividades de acompañamiento realizadas. Con todo, podrá señalar además conclusiones y otros antecedentes, si ello se estimare pertinente.
  - La persona jurídica requerida no podrá negar o dilatar injustificadamente la entrega del informe a que hacen referencia los incisos precedentes. Se entenderá por dilación injustificada cuando no se hubiere evacuado el informe dentro del plazo de 30 días hábiles contado desde que se haya recibido la solicitud del mismo.
  - Las personas menores de 14 años NO están incluidas en la ley.
  - Las personas trans mayores de edad con vínculo matrimonial vigente, deben iniciar solicitud judicial ante el Juzgado de Familia de su domicilio y se procederá al divorcio de los cónyuges al mismo tiempo que el cambio de nombre y sexo legal. En Chile, no hay Matrimonio Civil Igualitario, por eso es la exigencia del divorcio para seguir adelante con el reconocimiento de la identidad de género. La duración aproximada de este procedimiento sería de tres a cuatro meses y, en caso de apelación de la sentencia definitiva, su duración sería de aproximadamente siete meses. Hay una variación con los plazos según los tiempos que tenga el tribunal que conozca de la causa y si hay trámites que exija el proceso judicial.
  - Las personas trans migrantes podrán hacer su cambio de nombre y sexo registral, cumpliendo con los requisitos establecidos para chilenos, teniendo las siguientes salvedades: a) contar con residencia definitiva en Chile; b) ingresar su partida de nacimiento en el Registro Civil; c) solo es posible hacer este trámite en el Registro Civil de Santiago, **no** en regiones. Este cambio legal **solo** es en Chile, por lo tanto, cuando salgan del país deben utilizar documentos de su país de origen.
  - En el caso de personas trans chilenas mayores de 18 años que vivan en el extranjero, podrán hacer el trámite de cambio de nombre y sexo en los consulados.
- ### No quedó establecido en la ley
- La Ley no contempla los casos de personas mayores de edad trans con hijos reconocidos legalmente. Dejando sin resolver la situación de registro en el certificado de nacimiento en la mención, “padre”, “madre”.
  - La ley no contempla los casos de personas trans que aparecen como padres o madres de hijos, que no fueron reconocidos por el otro progenitor.
  - La ley no contempla los casos de oposición de uno de los padres al cambio de nombre y sexo legal del niño, niña o adolescente.
- ### Análisis
- Si bien es cierto que este proyecto de ley responde a una necesidad clara y concreta de la población trans, no es menos cierto que la exclusión de niños y niñas trans es una

vulneración de derechos, avalada por el gobierno que lideró el acuerdo político desde el Ministerio de Justicia para la exclusión de menores de 14 años. Ante esta arremetida del gobierno, cabe preguntarse ¿qué políticas públicas crearán para disminuir las tasas de autoflagelación y suicidio de estos niños y niñas? El aumento de las tasas de suicidio es una realidad que nos golpea fuertemente como país. **Estudios recientes, con menores transexuales a quienes se respeta y acompaña su identidad, muestran que sus indicadores de calidad de vida y felicidad son similares a los del resto de la población de su misma edad<sup>1</sup>.**

Los estudios realizados frente a la temática del suicidio nos brindan cifras alarmantes y preocupantes, la investigación **Suicidio en poblaciones lesbiana, gay, bisexual y trans: revisión sistemática de una década de investigación (2004-2014)<sup>2</sup> demuestra que los NNA ante el no reconocimiento y validación de su identidad se están suicidando.**

**Por otra parte, la población en general registra intentos de suicidio 4,6 por ciento, gay y lesbianas intentos de suicidio del 20 por ciento y la población trans intentos de suicidio del 40 por ciento, de ese 40 por ciento el 92 por ciento antes de los 25 años<sup>3</sup>.**

Lamentablemente, la realidad de adultos y adultas trans a las que se les negó su identidad es dramática: **“La tasa de intento de suicidio entre los adultos transexuales a quienes se les negó su identidad en la infancia es del 41% (2011)”<sup>4</sup>.**

## Reflexiones

**Un Gobierno cuyo presidente de la República manifiesta en sus lineamientos de gobierno “los niños primero”, es justamente quien deja a los niños y niñas últimos, pero además en una situación de vulnerabilidad al no reconocérseles como sujetos y sujetas de derecho, desestimando las recomendaciones que ha recibido el Estado de Chile de parte del Comité Derechos del Niño<sup>5</sup>.**

Sin duda, en Chile, existen ciudadanos y ciudadanas de primera categoría y de segunda categoría, con derechos y sin derechos. Claramente, las personas trans son de segunda categoría, ya que para obtener el derecho a la identidad deben renunciar al derecho de estar casados-casadas. Mientras se reconoce un derecho se vulneran otros.

1 Olson K.R., Durwood, L., DeMeules, M. and McLaughlin, K. A. (2016). Mental health of transgender children who are supported in their identities. *Pediatrics*.

2 Tomicic, A., Gálvez, C., Quiroz, C., Martínez, C., Fontbona, J., Rodríguez, J., Aguayo, F., Rosenbaum, C., Leyton, F. y Lagazzi, I. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-98872016000600006](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872016000600006)

3 Centers for Disease Control and Prevention, CDC.- 2017

4 Grant, J. M., Mottet, L., Tanis, J.E., Harrison, J., Herman, J. y Keisling, M. (2011). *Injustice at every turn: A report of the*

*national transgender discrimination survey*. Washington: National Center for Transgender Equality and National Gay and Lesbian Task Force. Disponible en: [https://static1.squarespace.com/static/566c7f0c2399a3bdabb57553/t/566cbf2c57eb8de92a5392e6/1449967404768/ntds\\_full.pdf](https://static1.squarespace.com/static/566c7f0c2399a3bdabb57553/t/566cbf2c57eb8de92a5392e6/1449967404768/ntds_full.pdf)

5 Disponible en: <http://uhri.ohchr.org/es/search/results?searchtype=Annotations&symbol=CRC/C/CHL/CO/4-5&ResultsExpanded=false>

## Alice Bianchini

Doutora em Direito penal pela PUC/SP, mestre em Direito pela UFSC, especialista em Teoria e Análise Econômica pela Universidade do Sul de Santa Catarina Unisul-SC e em Direito Penal Econômico Europeu, pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Foi professora do Departamento de Direito Penal da USP e do Curso de Mestrado em Direito da Uniban-SP. Leciona em diversos cursos de especialização. Integrante da Comissão Nacional da Mulher Advogada - OAB Federal e da Comissão Estadual da Mulher Advogada – OAB/SP. Autora de vários livros e de artigos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros, dentre eles, Lei Maria da Penha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Autora do Curso Virtual Estude Lei Maria da Penha: +de 100 questões criminais controvertidas ([www.estudeleimariadapenha.com.br](http://www.estudeleimariadapenha.com.br)).

# Reflexões acerca da Lei Maria da Penha: bem jurídico, punitivismo e suas implicações

## Resumen

La Ley Maria da Penha (LPM) nace con el objetivo de prevenir y cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer en el contexto doméstico, familiar o en una relación íntima de afecto. Al analizar el bien jurídico tutelado por los crímenes a que hace referencia, se percibe que las acusaciones de que ella es de puño punitivista no prosperan. La víctima de la violencia de género, precisamente por estar involucrada en un contexto de violencia estructural, normalizada, inserta en un sistema patriarcal, y rodeada de estereotipos en relación a su papel como mujer, se ve en situación de vulnerabilidad. Y es esa condición (vulnerabilidad) que justifica el trato diferenciado que LMP reservó a las mujeres (no todas, pero las que se encuentran en situación de violencia doméstica y familiar). Rechazar estas circunstancias representa la negación de la propia motivación de la LMP como ley de acción afirmativa (o, en el lenguaje del derecho internacional de derechos humanos, medidas especiales de carácter temporal).

## 1. Colocação do tema

No direito penal o valor que se tutela por meio do tipo penal é chamado de bem jurídico (que são aqueles considerados essenciais à vida do indivíduo ou do convívio social). Cada tipo penal tutela um bem jurídico determinado (às vezes até mais de um, nos casos em que há bens jurídicos mediatos e imediatos).

Além do bem jurídico, o tipo penal também tem que apresentar o tipo de ofensa (se de dano ou de perigo) que enseja a punição da conduta que atingiu o bem jurídico. Sem ofensa ao bem jurídico (lesão ou perigo de lesão) não há crime (de acordo com o princípio da ofensividade). (Gomes, Bianchini, Daher, 2016, pp. 107-108)

Como se sabe, para que o comportamento seja criminoso, ele deve corresponder exatamente ao que diz a lei penal (sob pena de não ser *legalmente* típico). Só a conduta adequada à lei (adequação típica) é que conflita com a norma respectiva (ou seja: é que é antijurídica ou ilícita). É por isso que se torna de extrema importância a identificação do bem jurídico, pois é a partir dele que se pode chegar às necessárias análises acerca da existência ou não

de adequação típica entre a conduta prevista no tipo penal e a imputada ao agente.

Muito embora a Lei Maria da Penha, quando de sua edição em 2006, não tenha criminalizado nenhuma conduta, a discussão do bem jurídico no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero deve ser realizada.<sup>1</sup> Os motivos serão trazidos a seguir. Mas, antes, torna-se necessário compreender a natureza jurídica da Lei Maria da Penha, a fim de se afastar acusações levianas e equivocadas de que ela possui cunho punitivista.

## 2. A Lei Maria da Penha é medida especial de caráter temporário

*Merecer la vida no es callar y  
consentir, tantas injusticias repetidas...  
¡Es una virtud, es dignidad! Y es la actitud  
de identidad ¡más definida!*  
Eladia Blázquez

Logo que entra em vigor a Lei Maria da Penha (2006) - LMP, vários foram os autores que se manifestaram no sentido de considerá-la uma norma inconstitucional por ferir o princípio da igualdade entre homens e mulheres, insculpido no artigo 5º, I, da CF, o qual prevê que:

### Constituição Federal

- **Artigo 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- **I** - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.
- **II**.- No mesmo sentido, juízes e desembargadores por todo o Brasil (ainda que tenham sido exceção) trataram de declarar a LMP inconstitucional, deixando de aplicá-la na sua integralidade.<sup>2</sup>
- **III**.- Em razão da celeuma que se instalou no país, o então presidente da República Luis Inácio Lula da Silva ingressou perante o Supremo Tribunal Federal – STF - com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19), buscando assentar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). O julgamento da ação deu-se em fevereiro de 2012.
- **IV**.- O STF julgou constitucionais os dispositivos da LMP questionados, afirmando que a legislação ordinária protetiva estaria em sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (CEDAW) e com a Convenção de Belém do Pará. Sob o ângulo constitucional, ressaltou-se o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (Informativo STF n. 654, 6 a 10 de fevereiro de 2012).

A CEDAW, no seu artigo 4º, citada no preâmbulo e no artigo 1º da Lei Maria da Penha, determina que:

1 No ano de 2018 a Lei 13.641 altera a Lei Maria da Penha para criar um tipo penal denominado “descumprimento de medida protetiva de urgência”. Veja-se:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

• 1o A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

• 2o Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

• 3o O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

2 Exemplo paradigmático aconteceu na cidade de Sete Lagoas, em que o magistrado cunhou a Lei Maria da Penha de “conjunto de regras diabólicas”. Em 20/11/2007, o Conselho Nacional de Justiça instaurou processo disciplinar contra o juiz para analisar se as expressões usadas em suas decisões caracterizam excesso de linguagem e infração disciplinar. O juiz impetrou mandado de segurança para o STF (**MS 30320**). O acompanhamento do processo pode ser consultado em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4022577>

- Medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se consideram discriminação;
- De nenhuma maneira a utilização de tais medidas especiais implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais;
- Essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados.

Na atualidade, nem toda discriminação é proibida ou desvalorizada para o ordenamento jurídico. Um exemplo de discriminação positiva é a Lei Maria da Penha. Ela constitui-se em um critério de equiparação desigual e constitui uma das medidas apresentadas pelo Estado para permitir que ocorra o aceleração da igualdade de fato entre o homem e a mulher, circunscrita aos casos de violência doméstica e familiar, já que o alcance da Lei é limitado.

Há outras ações nesse sentido previstas na legislação brasileira, destacando-se a lei de cotas políticas. De acordo com a Lei 9.504/97, 30 por cento dos candidatos registrados devem pertencer a um dos sexos.

A máxima tratar os iguais de modo igual, e os desiguais de modo desigual representa um reconhecimento de que os indivíduos que se estabeleceram no mundo em condições desiguais não podem, por mera declaração de vontade, obter condição de vida equivalente aos que gozam de vantagem, sejam elas quais forem. Daí a necessidade de discriminações positivas ou ações positivas, consubstanciadas em políticas públicas que objetivem concretizar materialmente o discurso relevante, porém vazio, de igualdade, com o objetivo de mitigar os efeitos das discriminações que heranças de costumes passados insistem em manter no presente, sem nenhum argumento ético que as justifiquem.

As medidas especiais de caráter temporário previstas na Lei Maria da Penha são destinadas ao empoderamento das mulheres, a partir da diminuição das desigualdades sociais, políticas e econômicas.

Por serem excepcionais e por preverem sérias restrições de direitos (como é o caso da maioria das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha)<sup>3</sup>, a aplicação dos instrumentos de discriminação positiva só se justifica em situações muito relevantes (princípio da proporcionalidade). É que, ao mesmo tempo em que de um lado se alargam garantias (em relação à vítima: garantia da vida, da integridade física e psicológica etc.), de outro se limitam direitos (concernentes ao réu: liberdade de ir e vir, presunção da inocência, direito ao contraditório etc.).

É assentado o entendimento de que “direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. (...). Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas” (Mendes, Coelho, Branco, 2007).

A LMP é, ao mesmo tempo, protetiva de direitos de mulheres e restritiva de direitos de agressores. Decorrentemente, sua aplicação somente se justifica em razão das circunstâncias muito específicas que envolvem a violência de gênero: brutalidade, institucionalização da violência, frequência, reiteração, permanência, intimidação e índices elevadíssimos, etc.

Aplica-se, aqui, o princípio da proporcionalidade, já que o comum, dramático e de

.....  
<sup>3</sup> Um exemplo de medida protetiva que restringe a liberdade é a prisão preventiva.



consequências gravosas é a violência do homem contra a mulher. A mulher agredida não se encontra em igualdade de condições com o agressor. Há uma vulnerabilidade, mesmo que transitória, ou seja, enquanto durar o estado de agressão, ainda que iminente.

As peculiaridades da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como os números absurdamente elevados, clamam pela utilização de instrumentos eficazes e enérgicos, mesmo que, para tanto, tenham-se que se sacrificar, em condições específicas, direitos, garantias e liberdades.

A especial vulnerabilidade (vulnerabilidade situacional) das mulheres vítima de violência doméstica e familiar justifica um tratamento diferenciado, ainda que com a consequência de restringir direitos, garantias e liberdades fundamentais do acusado.

No caso da violência contra a mulher, “ao confirmar a inexistência real da igualdade a nível internacional e em muitos países democráticos são estabelecidas medidas de ação positiva para corrigir as situações desequilibradas como consequência de práticas ou sistemas sociais discriminatórios” (In: Perez Viejo, Hernández, 2011, p. 31), da qual a LMP é um ilustre exemplo.

É exatamente a temporalidade das medidas especiais que constituem o seu traço característico. Elas são destinadas a acelerar a igualdade de fato. Alcançados os objetivos que justificaram a sua criação, devem ser cessados os seus efeitos.

Para Patsilí Toledo Vásquez, “isto resulta muito compreensível quando se pensa na superação de discriminações históricas como a racial e a das mulheres, as quais é possível esperar – ao menos teoricamente – sua total erradicação no futuro. Porém se se consideram outras medidas, como as que se adotam com relação a pessoas cegas ou portadoras de deficiências físicas,

difícilmente podem ser consideradas como medidas especiais temporárias, ao menos que se acredite ou se aspire que no futuro não venham a existir pessoas cegas ou com deficiência física” (Toledo Vásquez, 2014, p. 163).

A autora cita como exemplo de ação afirmativa para as mulheres, a licença pós-parto, informando que tanto as ações afirmativas quanto as medidas especiais de caráter temporário podem ser consideradas como as únicas exceções que o direito internacional dos direitos humanos autoriza frente à primazia do princípio da igualdade, em seu sentido formal (Toledo Vásquez, 2014, p. 164).

Ainda de acordo com Patsilí Toledo Vásquez, “a justificação mais consistente para as normas especiais ou diferenciadas se encontra na aplicação direta da obrigação geral de garantia dos direitos sem discriminação. Nela são encontrados os fundamentos das medidas que se adotam tendo em conta a realidade dos diversos grupos humanos que, portanto, não podem entender-se como ‘vantagem’ que se outorgam a grupos socialmente desvantajados” (Toledo Vásquez, 2014, p. 165).

## 2. O bem jurídico nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero

Além da identificação do bem jurídico relativo ao crime que se está imputando ao agressor (lesão corporal, por exemplo), uma análise da Lei Maria da Penha permite concluir que há outros interesses em jogo, quando se trata de violência praticada no contexto por ela apresentado (violência contra a mulher, baseada no gênero e praticada no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto).

Tanto é assim que a Lei Maria da Penha prevê, em seu artigo 6º, que a violência doméstica e

familiar contra a mulher constitui uma violação de direitos humanos. Ademais disso, exatamente por conta dos documentos internacionais que são referidos no seu art. 1º, ela caracteriza-se por ser uma Lei de Ação Afirmativa (ou na linguagem do direito internacional de direitos humanos, uma medida especial de caráter temporário). Por conta disso, é que traz inúmeras inovações jurídico-criminais, bem como alterações em institutos criminais já existentes.

As condutas que caracterizam violência de gênero atentam contra valores constitucionais de primeira ordem, referidos especificamente à mulher, como seu direito à igualdade, a não discriminação por razão de sexo, à dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade no âmbito das relações domésticas, familiares ou em uma relação íntima de afeto (Íbáñez Martínez, 2015, p. 128).

Nos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher ofendem-se duas classes de bens jurídicos:

(a) os que pertencem à mulher vítima (vida, integridade física, patrimônio) e que lhes são inerentes como sujeito de direitos

(b) os que vão mais além dela e pertencem conjuntamente ao gênero feminino, abatido historicamente pela violência do varão e por um sistema político e jurídico que consagra a diferença e a prostração da mulher. (Marlaska Gómez, 2014, p. 69)

Bem jurídicos ofendidos: o próprio e pessoal da vítima e outro integrado pelo fato da pertencência da mulher ao gênero feminino, que seria abstratamente agredido e, portanto, será sempre um sujeito passivo mediato em todos os delitos do coletivo (Marlaska Gómez, 2014, p. 77).

Entretanto, uma análise de julgados de Tribunais estaduais dá conta do fato de que, em

muitas situações, a interpretação feita em relação aos valores trazidos pela Lei Maria da Penha encontra-se desalinhada com os propósitos da lei mencionada, vez que subsistem entendimentos que associam a Lei Maria da Penha a questões como: preocupação com a vida em comum do casal, com a família, a restauração da paz no lar, direito à privacidade da vítima. Confira-se:

*Preocupação com a vida em comum do casal*

- “Restando comprovada a reconciliação do casal, eventual condenação somente teria o condão de prejudicar a vida em conjunto dos envolvidos.” Tribunal de Justiça de Minas Gerais, APR 10421120015555001, Rel. Corrêa Camargo, j. em 17/06/2015.
- “os elementos constantes dos autos demonstram que a convivência doméstica é almejada pela mulher, de modo que a procedência da presente ação penal somente prejudicaria a relação do casal.” Tribunal de Justiça de Minas Gerais, APR 10421120015555001, Rel. Corrêa Camargo, j. em 17/06/2015.

*Preocupação voltada para a família, os meios de restaurar a paz no lar*

- “na aplicação da Lei 11.340/06, deve se manter em foco a família, os meios de restaurar a paz no lar, os princípios de Direito Penal e da Constituição Federal. [...] A condenação do apelante, que, diga-se, já está reconciliado com a vítima e integrado no seio familiar, não se apresenta como a melhor solução para a família que tenta restaurar a paz no lar.” Tribunal de Justiça de Minas Gerais, APR 10421120015555001, Rel. Corrêa Camargo, j. em 17/06/2015.
- “Devidamente comprovado que o apelante já está reconciliado com a vítima e integrado no seio familiar, a condenação não se apresenta como a melhor solução para a família que tenta restaurar a paz no lar.” Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação

Criminal 1.0027.07.120576-2/001, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. em 06/09/2011.

- “o Estado perde o interesse na punição do réu, se for para o bem do relacionamento familiar sendo a melhor política criminal aquela que desagua na absolvição. Isto, desde que não haja reiteração constituindo-se, o episódio, em fato isolado na convivência cotidiana do casal.” Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação criminal 26.848, Rel. Des. Ernani Ribeiro, j. em 23/09/1991.

#### *Obstáculo à boa convivência e assistência mútua*

- “impor-lhe uma condenação será um obstáculo à boa convivência e assistência mútua, que devem nortear as relações amorosas e familiares, razão pela qual a absolvição é medida que se impõe.” Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal 1.0027.07.120576-2/001, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. em 06/09/2011.

Preocupação com o abalo à instituição familiar e à finalidade da Lei Maria da Penha, por conta de eventual condenação

- “a condenação somente teria o condão de abalar a instituição familiar e até mesmo a finalidade da Lei 11.340/06.” Tribunal de Justiça de Minas Gerais, APR 10421120015555001, Rel. Corrêa Camargo, j. em 17/06/2015.

#### *Desnecessidade de pena, ofensa aos direitos à liberdade e privacidade*

- “deve o julgador avaliar a necessidade de intervenção do Estado nas relações domésticas e familiares, visando sempre o bem maior, que é a família, não sendo plausível ampliar a intervenção estatal desnecessariamente no ambiente familiar, eis que implicaria em violação aos direitos à liberdade e privacidade.” Tribunal de Justiça de Minas Gerais, APR 10421120015555001, Rel. Corrêa Camargo, j. em 17/06/2015.

Interpretações como as que acima transcreveu-se e que não percebem que, como bem assinalam Debora Diniz e Sinara Gumieri<sup>4</sup>, a Lei Maria da Penha “protege mulheres e não entidades familiares”, reforçam estereótipos e ideologias que impedem uma mudança no quadro de violência.

A violência doméstica e familiar contra a mulher envolve inúmeras situações que levam a uma mesma consequência: dificuldade de a vítima tomar uma decisão que reflita exatamente o que ela deseja, já que se lhe atribui o papel de não se importar com o seu destino, mas de “sacrificar-se” para manter a família unida, para manter a boa convivência familiar, para ser o “núcleo do lar”. Na divisão dos papéis sexuais cobra-se da mulher, da mãe, da esposa comportamentos que não reflitam seus interesses próprios.

A vítima de violência doméstica e familiar, exatamente por encontra-se envolta em um contexto de violência estrutural, normalizada, inserida em um sistema patriarcal, e cercada de estereótipos em relação ao seu papel como mulher, vê-se em situação de vulnerabilidade. É essa condição (vulnerabilidade) que justifica o tratamento diferenciado que a LMP reservou às mulheres (não todas, mas as que se encontram em situação de violência doméstica e familiar). Recusar essas circunstâncias representa a negação da própria motivação da LMP como lei de ação afirmativa (ou, na linguagem do direito internacional de direitos humanos, medidas especiais de caráter temporário).

Uma compreensão correta da LMP não permite que fundamentações fulcradas na preocupação com a família, com a sociedade, com o núcleo familiar, com a paz e restauração do lar sejam usadas para afastar a sua incidência. Não que tais valores sejam desimportantes,

.....  
<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-contra-as-mulheres-um-comentario-por-debora-diniz-e-sinara-gumieri/>

mas é que a atenção a eles está descontextualizada com o objeto e objetivos da Lei, que busca, exatamente, romper com a ideia de que é mais relevante a família do que os membros que a integram. Aliás, que qualidade é dada à família se nela existe violência? Também não se pode esquecer o quanto é prejudicial aos membros da família a existência de violência, ainda que não sejam diretamente atingidos. Inúmeros estudos com vítimas indiretas apontam a existência de prejuízos inclusive para o feto, quando a mulher grávida é vítima de violência.

### 3. “Quem bate na mulher machuca a família inteira”

De acordo como o Protocolo Para a Investigação com Perspectiva de Género dos Crimes e Violência contra as Mulheres Cometidos no Âmbito Intrafamiliar - 2014, estudos que analisaram os impactos da violência na saúde física e mental “mostram que a vivência de uma violência sofrida no próprio lar, e que é exercida pela pessoa com quem se mantém uma relação afetiva – associada a certas circunstâncias socioculturais que fazem com que a mulher se sinta responsável pelo que está lhe acontecendo, vendo-se incapaz de fazer algo para evitá-lo e solucioná-lo –, produz um grande impacto emocional nas mulheres vítimas de violência de género. As alterações físicas podem acarretar: dores crônicas, alterações neurológicas, gastrointestinais, hipertensão, problemas ginecológicos (inclusive a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis), e no sistema imunológico, entre outros agravos sobre a saúde. As principais alterações psicológicas são: depressão, consumo excessivo de substâncias químicas, estresses pós-traumático, podendo chegar às ideias de suicídio. As mesmas alterações podem também afetar crianças e adolescentes que vivam expostos às situações de violência

doméstica e familiar”<sup>5</sup>, e que, juntamente com outros familiares e dependentes da vítima direta, são considerados vítimas indiretas.

A percepção dos danos a crianças e adolescentes que se encontram expostos a tais situações de violência aparece no enunciado 17 da COPEVID - Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (criada pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos - GNDH, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais - CNPG):

Enunciado 17 (003/2014): A prática de atos de violência doméstica contra a mulher na presença de crianças ou adolescentes constituiu forma de violência psicológica contra estes, a demandar o imediato encaminhamento de cópia das peças de informação ao Conselho Tutelar, para garantia de direitos. Nessa situação, caso o agressor exerça a autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente, o Ministério Público pode oferecer denúncia com base no artigo 232 do Estatuto da Criança e Adolescente Nas demais hipóteses, é possível pleitear a elevação da pena base (CP, artigo 59) no crime de violência doméstica contra a mulher, diante das consequências mais gravosas do crime. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH de 09/05/2014 e pelo Colegiado do CNPG).

A preocupação com as vítimas indiretas estende-se também para a fase processual. Como bem recomenda o documento Diretrizes Nacionais Feminicídio: Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de género as mortes violentas de mulheres. Brasília, abril de 2016, há que se respeitar o direito à memória da vítima, principalmente nos processos de competência do tribunal do júri,

5 Protocolo Regional para a Investigação com Perspetiva de Género dos Crimes de Violência contra as Mulheres Cometidos No Âmbito Intrafamiliar. (COMJIB, AIAMP, Eurosocia, 2014). Versão em português disponível em: <http://www.sia.eurosocia-ii.eu/>, p. 87.

a fim nos debates orais não se recorra a estereótipos de gênero, “com pouca consideração sobre a memória da vítima direta – seja ela fatal ou sobrevivente – e também em respeito às vítimas indiretas. Os profissionais que atuam no Tribunal do Júri, que se caracteriza pelo julgamento feito por leigos, devem também adotar a perspectiva de gênero, empregando linguagem não sexista, que não reproduza preconceitos e estereótipos de gênero ou linguagem de natureza discriminatória, evitando referências depreciativas a outras características de identificação social (raça, etnia, orientação sexual, por exemplo). Outra prerrogativa é a não exibição de documentos e fotos que maculem a memória da vítima e explicitem julgamentos morais sobre seus comportamentos e condutas como justificativa para a violência que sofreu. Ao fazê-lo, esses profissionais contribuirão para a preservação da memória da vítima ante seus familiares e a sociedade.” (Diretrizes Nacionais Femicídio, 2016, p. 66)

É por isso que, durante todo o processo que envolve violência doméstica e familiar contra a mulher algumas preocupações devem sempre se fazer presentes (Diretrizes Nacionais Femicídio, 2016):

- Não minimizar o sofrimento da vítima sobrevivente e das vítimas indiretas;
- Respeitar a dor da vítima sobrevivente e das vítimas indiretas ao lembrar fatos;
- Evitar que a vítima sobrevivente e as vítimas indiretas sejam expostas ao(à) acusado(a), especialmente quando demonstrem medo ou desconforto em sua presença;
- Evitar questionamentos discriminatórios sobre a vida íntima da vítima fatal ou sobrevivente, especulando sobre informações desnecessárias ao processo e que possam causar constrangimentos à vítima sobrevivente e às vítimas indiretas;
- Evitar todo comentário que reproduza estereótipos de gênero e julgamentos de valor sobre o comportamento da vítima direta, quer ela seja ou não sobrevivente;

- Evitar que sejam juntados aos autos documentos que não tenham pertinência para a apuração dos fatos, mas sirvam para expor e violar a privacidade e a intimidade das vítimas diretas e indiretas.

Algumas teorias buscam explicar os efeitos da violência familiar aos filhos menores de idade:

- Teoria da aprendizagem social: “a exposição dos filhos à violência de gênero provoca a internalização e aprendizagem de modelos violentos e papéis de gênero errôneos.” (Seijo Martínez, 2015, p. 126)
- Teoria do desamparo aprendido: “a incapacidade para prevenir o momento, o lugar, a intensidade em que se vai produzir a violência, ou seja, a falta de controle da mesma, provocaria estados de desamparo tanto nas vítimas diretas como nas indiretas. [...] O desamparo [por sua vez] seria a causa pela qual muitas mulheres maltratadas não reagem ante a violência, mantendo uma convivência nociva para elas e para seus filhos. Tudo isso com independência de sua formação, êxito profissional e situação econômica.” (Seijo Martínez, 2015, pp. 126-127)
- Teoria sistêmica (Seijo Martínez, 2015, p. 127): a violência familiar afeta as práticas das crianças de três formas:

a violência geralmente causa estresse na mãe, o que prejudica consideravelmente sua função parental;

a agressão e hostilidade expressada contra a mulher geralmente também é dirigida contra os filhos. “O agressor, após um episódio violento com sua companheira, dificilmente modifica seu estado emocional para interagir com os filhos, sendo inclinado a empregar um repertório comportamental agressivo com estratégias de disciplina negativas, que indubitavelmente afetará o menor” (Seijo Martínez, 2015, p. 127).



inconsistência na educação dos filhos. “Em uma família disfuncional desta natureza, o habitual é que os progenitores ou cuidadores das crianças não consensuem no estilo educativo e em relação às normas que devem cumprir os menores” (Seijo Martínez, 2015, p. 127)

Os atendimentos registrados pelo Ligue 180 revelaram que 77,83% das vítimas possuem filhos e que 80,42% deles presenciaram ou também sofreram a violência<sup>6</sup>.

Como nos informa Thiago André Pierobom de Ávila (2014. p. 291), no modelo jurídico francês, o fato de crianças presenciarem o delito de violência doméstica contra sua mãe configura uma forma de violência psicológica contra estas, a ensejar uma maior reprovabilidade da conduta. No nosso sistema, tal circunstância pode ser levada em consideração pelo magistrado no momento da aplicação da pena (CP, art. 59), quando estiver analisando as circunstâncias do crime. Confira-se o dispositivo penal mencionado:

#### *Código Penal*

#### *Da aplicação da pena*

#### Fixação da pena

Artigo 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

## 4. Considerações finais

Como bem asseverou o Supremo Tribunal Federal, “a violência contra a mulher é grave porque não se limita apenas ao aspecto físico, mas também ao seu estado psíquico e emocional, que ficam gravemente abalados quando ela é vítima de violência, com consequências muitas vezes indelévelis.” STF, HC 106212, rel. Min. Marco Aurélio, j. em de 24.03.2011.

É o grau de desvalor da ação que justifica, por exemplo, o afastamento do princípio da insignificância nos casos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher.

A compreensão (e apreensão) do bem jurídico tutelado nos crimes em que se vislumbra violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero é de suma importância para que se possa criar um quadro de valores acerca do tema, permitindo uma melhor interpretação, aplicação e execução da Lei Maria da Penha, cujos objetivos expressos são os de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 1º). Ademais, afasta a nefasta, inapropriada e descabida ideia de que a Lei Maria da Penha é de cunho punitivista.

Somente após a percepção do complexo contexto da violência de gênero é que se poderá, a contento, criar condições (seja por meio assistenciais, preventivos ou jurídicos), para que o quadro lastimável de violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero possa ser debelado.

Em razão das inúmeras especificidades que giram em torno da violência doméstica e

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/balanco180-10meses-1.pdf>.

familiar contra a mulher baseada no gênero faz-se necessária uma contínua capacitação de todos aqueles que são chamados a atuar nas causas que envolvem tal demanda, a fim de que se possa de fato contribuir para neutralizar ou amenizar todos os obstáculos que são colocados (pelo sistema de justiça, pela sociedade, pelo autor da agressão e pela própria vítima) para a superação desse grave problema que afeta a todos, pois

“A injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos.”  
Barão de Montesquieu

## Referências bibliográficas

- Bianchini, A. *Programa Estude Maria da Penha em 30 dias: +de 100 Questões Controvertidas*. Disponível em [www.atualidadesdodireito/estudemariadapenha.com.br](http://www.atualidadesdodireito/estudemariadapenha.com.br)
- Diniz, D., y Gumieri, S. *Violência contra as mulheres – um comentário*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-contra-as-mulheres-um-comentario-por-debora-diniz-e-sinara-gumieri/>
- Diretrizes Nacionais Femicídio: *Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. (Abril de 2016). Brasília. Realização: ONU – Mulheres. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes\\_femicidio\\_FINAL.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf).
- Disque 180: balanço 10 anos*. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/balanco180-10meses-1.pdf>.
- Escobar Cirujano, A., Quinteros, A., Sánchez Gamonal, S. B., Tardón Recio, B. In: Pérez Viejo, J. M., Hernández Montalvo, A. (Coord.). (2011) *Violencia de género, prevención, detección y atención*. Madrid: Grupo 5, p. 31.
- Ibáñez Martínez, L. (2015). *El acceso a los recursos sociales de las mujeres rurales*. In: Del Pozo, M. (Dir.), Gallardo Rodríguez, A. (Coord.). *¿Podemos erradicar la violencia de género? análisis, debate y propuestas*. Granada: Editorial Comares.
- Marlaska Gómez, Fernando Grande. (2014). *Ética pública y función jurisdiccional*. In: Torres, R., Margarita (Dir.). *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mendes, G., Coelho, I. M., Branco, P. G. (2007). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- Pierobom de Ávila, T. A. (Coord.). (2014). *Modelos europeus de enfrentamento à violência doméstica: experiências e representações sociais*. Brasília: ESMPU.
- Protocolo Regional para a Investigação com Perspetiva de Género dos Crimes de Violência contra as Mulheres Cometidos No Âmbito Intrafamiliar*. (COMJIB, AIAMP, EUROSOCIAL) (2014). Versão em português disponível em: <http://www.sia.eurosocial-ii.eu/>.
- Seijo Martínez, D. (2015). *La violencia doméstica: repercusiones en los hijos*. In: Fariña, F., Arce R., y Buela-Casal, G. (eds.). *Violencia de género: tratado psicológico y legal*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Toledo Vázquez, P. (2014). *Femicídio/Feminicídio*. Buenos Aires: Didot.

**Julietta Di Corleto y María Lina Carrera**

Defensora Pública Oficial. Ministerio Público de la Defensa. Contacto: jdicorleto@gmail.com  
Abogada. Ministerio Público de la Defensa. Contacto: carrera.marialina@gmail.com

# Mujeres infractoras víctimas de violencia de género

## Bases para la construcción de una defensa técnica eficaz

### 1. Introducción

En los últimos años, Argentina, al igual que el resto de Latinoamérica, ha sido testigo del creciente involucramiento de las mujeres en delitos contra la salud pública, lo cual ha motorizado un importante número de estudios sobre la relación de las mujeres con la administración de justicia penal. En términos generales, estas investigaciones han reparado, por un lado, en el impacto diferencial del encierro, y por el otro, en los múltiples sesgos de género existentes en la persecución, procesamiento y condena de mujeres involucradas en actividades delictivas (Nari et al., 2000; Daroqui et al., 2006; CELS, PPN y DGN, 2011).

No obstante, la relevancia de estas discusiones, este trabajo pretende llamar la atención sobre la tarea de la defensa en el asesoramiento y asistencia legal a mujeres infractoras. En este sentido, si bien es cierto que los tribunales no pueden mantener sus resoluciones ajenas a un escrutinio estricto, no es menos acertado que, para alcanzar una decisión judicial libre de discriminación, también es necesario reflexionar sobre el tipo de respuesta que la defensa procura.

El desarrollo de una estrategia de defensa sensible a la discriminación estructural requiere como primera medida la contextualización de las experiencias femeninas, todas ellas insertas en un orden político, económico y social que les es adverso. En estos términos, el punto de partida del trabajo de la defensa es recuperar las facetas de la realidad social de las mujeres que son ignoradas; introducir al proceso esas cuestiones fácticas no visibles para la generalidad; y ofrecer argumentos jurídicos que pongan en crisis las concepciones legales tradicionales.

En el marco de los procesos penales seguidos a mujeres, una de las temáticas que aún se mantiene silenciada es la violencia como un factor determinante en la comisión del delito. Si bien la administración de justicia ha comenzado a mostrarse más sensible a la identificación de la violencia de género, el maltrato aún permanece invisible cuando las mujeres acuden a los tribunales en calidad de imputadas. Al respecto, las Reglas de Bangkok reconocen que “el número de reclusas que han sido víctimas de violencia en el hogar es desproporcionado” y, para el caso de Argentina, algunos estudios sugieren que, previo al ingreso a la prisión, 39,04 por ciento de las mujeres experimentó abusos

por parte de su cónyuge y el 13,6 por ciento fue violada al menos una vez. En algunos casos, las mujeres consideraron que el abuso experimentado había contribuido de manera directa a que se involucraran en la actividad delictiva (Cornell Law School, et. al, 2013). A la luz de estas constataciones, la consideración de la violencia como un factor jurídicamente relevante deviene una cuestión primordial en la elaboración de una estrategia de defensa.

Con esta finalidad, la exposición de un caso tramitado ante los tribunales de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, República Argentina, pretende iluminar la necesidad de procurar un litigio especializado para mujeres infractoras sensible a las particularidades de sus trayectorias vitales, entre ellas, la posibilidad de que su involucramiento en el delito penal tenga relación con una situación de violencia previa.

## 2. Los hechos del caso

La investigación que derivó en el proceso seguido a WLC y a JMG se inició en el mes de agosto de 2010, a partir de una denuncia anónima en la que se informó que los imputados comercializaban estupefacientes en un automóvil particular, bajo la modalidad *delivery*.

Como consecuencia de las tareas de inteligencia ordenadas por el Juzgado Federal, personal policial identificó, el 27 de agosto del mismo año, al vehículo denunciado en las inmediaciones del Boulevard Casado a la altura de calle General Roca, en la localidad de Chabás, Rosario. Según el relato policial, el conductor del automóvil primero aceleró su marcha, luego se detuvo de manera repentina, y finalmente arrojó un objeto a la vía pública desde el lado del acompañante. Por esa razón, la policía interceptó el vehículo, detuvo a sus ocupantes y secuestró el paquete arrojado, que contenía sustancia estupefaciente.

Tras ordenar el allanamiento del domicilio donde convivían WLC y JMG (donde se secuestró droga, material de fraccionamiento y una balanza digital), con fecha 29 de junio de 2012, el juzgado dispuso el procesamiento de estas dos personas por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (artículo 5, inciso c, ley 23.737). Durante toda la etapa de instrucción, la defensa técnica estuvo en manos de un único abogado particular, quien representaba tanto los intereses de WLC como los de JMG.

Una vez radicado el expediente en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal, JMG solicitó la intervención de la defensa pública. En esa oportunidad, la asistencia letrada requirió la separación del trámite de su causa de la que se seguía al coimputado e instó su sobreseimiento, previo a la realización del juicio. Para fundar su posición, acreditó que su asistida era víctima de violencia de género por parte de WLC e invocó, en ese contexto, la existencia de un estado de necesidad justificante.

Si bien el planteo de la defensa no pudo evitar el inicio del debate, éste sólo se extendió por un día. En la primera audiencia prestó testimonio una trabajadora social integrante del equipo técnico del Ministerio Público de la Defensa, quien había entrevistado a JMG a partir de la llegada del caso a la defensa pública. La nombrada relató la situación de violencia a la que habían sido sometidos JMG y sus hijos y aportó detalles sobre todos los episodios de severo maltrato físico, psicológico y económico que habían padecido. Con estos elementos y sobre la base de la argumentación ofrecida preliminarmente la defensa, el Ministerio Público Fiscal solicitó la desvinculación del proceso de JMG. Finalmente, con remisión al precedente Tarifeño de la CSJN<sup>1</sup>, el Tribunal

<sup>1</sup> Francisco Tarifeño fue condenado por un tribunal oral a pesar de que la fiscalía, en la audiencia de debate, había solicitado su absolución. Para decidir de esa manera, el tribunal tuvo en consideración la acusación vertida por el

Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Rosario absolvió, el 7 de septiembre de 2016, a JMG.

### 3. Estrategias de defensa con perspectiva de género

En diferentes latitudes resulta un hecho inquestionable que la participación de las mujeres en el delito es muy marginal en relación con la de los varones, dato que razonablemente determina que, en el marco de la administración de la justicia penal, la defensa haya adquirido una mayor experiencia y destreza en la asistencia a varones que a mujeres. En función de esta realidad, una normativa que evite la inercia de un asesoramiento neutral en términos de género se presenta como imperativa, ya que no habrá un proceso penal sin discriminación si la misma ley no garantiza un tratamiento igualitario.

En Argentina, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (N° 27.149) ha sido pionera al establecer en su artículo 42 inciso n) que es un deber de la defensa pública promover una asistencia legal con perspectiva de género. Se trata, en definitiva, de una norma que reconoce, en primer lugar, que una normativa específica orientada a los operadores judiciales puede tener una finalidad pedagógica concreta y, en segundo término, que por el contexto de desigualdad estructural en el cual están insertas las mujeres, los encargados de la asistencia legal tienen la obligación de elaborar estrategias de defensa diferenciadas<sup>2</sup>.

Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación anuló la sentencia y sostuvo que "(...) en materia criminal, la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (...)" (Fallos 325:2019).

- 2 Ya con anterioridad, en 2008, mediante Resolución N° 1154/07, la Defensora General de la Nación creó la Comisión sobre Temáticas de Género con la misión de favorecer la implementación de estrategias de defensa con perspectiva de género, en particular en los casos vinculados a mujeres víctimas de violencia o en conflicto con la ley penal.

Con igual preocupación por garantizar una asistencia jurídica especializada, en forma recíproca, los organismos internacionales también se han ocupado de señalar que las consideraciones de género deben estar presentes en todo trámite judicial. Así, por ejemplo, desde Naciones Unidas se ha destacado la importancia de adoptar medidas especiales para garantizar un acceso a la Justicia en términos igualitarios<sup>3</sup>, y en términos similares, el Comité CEDAW (Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer) recomendó que los sistemas de asistencia jurídica y defensa pública sean competentes y sensibles a las cuestiones de género, para evitar que un abordaje de tipo neutral tenga consecuencias discriminatorias para las mujeres<sup>4</sup>.

Para dotar de sentido a la elaboración de una estrategia de defensa con perspectiva de género se debe tener en cuenta la necesidad,

La experiencia desarrollada en el transcurso de los años, permitió extender los objetivos de trabajo hacia el efectivo respeto de los Derechos Humanos de otros colectivos que sufren violencia y discriminación por razones de género. La Comisión tiene entre sus funciones: participar directa o indirectamente en la elaboración de estrategias de defensa a requerimiento de todos los defensores públicos del país (nacionales, federales y provinciales); coadyuvar en los casos que sean declarados de interés institucional por la Defensora General de la Nación, siempre y cuando quien ejerza la defensa sea un integrante del Ministerio Público de la Nación; participar en la elaboración de proyectos de instrucciones y recomendaciones para garantizar la adecuada defensa de los derechos de mujeres involucradas; así como recopilar y distribuir entre los defensores oficiales información y jurisprudencia sobre los estándares internacionales de la mujer; realizar investigaciones y firmar convenios de cooperación con entidades estatales o privadas cuyo objetivo sea la protección de los derechos de la mujer.

- 3 UNODC, Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal, 2013. La directriz 9 dispone que: "Los Estados deben adoptar medidas aplicables y adecuadas para garantizar el derecho de la mujer a recibir asistencia jurídica, en particular, deben: a) aplicar una política activa de incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas, leyes, procedimientos, programas y prácticas relativos a la asistencia jurídica para garantizar la igualdad entre los géneros y un acceso igual y equitativo a la justicia" y la directriz 17 establece que: "Los Estados pueden adoptar medidas para: d) impartir a los proveedores de asistencia jurídica capacitación intercultural, culturalmente apropiada, sensible a las cuestiones de género y adecuada a las diversas edades".
- 4 Comité CEDAW, Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 3 de agosto de 2015.



en primer lugar, de realizar una relectura de las categorías dogmáticas difundidas por los más tradicionales tratados de derecho penal; en segundo término, de identificar y producir la prueba con una mirada atenta a las experiencias de las mujeres; y en tercer lugar, de reconocer la existencia de eventuales intereses contrapuestos en supuestos en que las asistidas son acusadas junto con sus parejas.

### 3.A. Dogmática penal con perspectiva de género

En el contexto argentino, la doctrina penal feminista ha realizado importantes esfuerzos para poner en evidencia cómo la mirada de género, y en particular la violencia en el ámbito intrafamiliar, pueden tener un lugar en la defensa de un caso penal. Esta corriente ha demostrado que el padecimiento de violencia doméstica debe ser una variable para el análisis de la legítima defensa (Di Corleto, 2006; Sánchez y Salinas, 2012); una circunstancia a tener en cuenta en la atribución de responsabilidad en los tipos penales omisivos (Hopp, 2017), y una pauta determinante para evaluar la exclusión de culpabilidad (Pitlevnik y Salazar, 2017).

En línea con estas lecturas, en la instancia de debate, la defensa de JMG diseñó una estrategia que incluía a la violencia de género sufrida por la imputada como uno de los factores a tener en cuenta en la evaluación de su responsabilidad penal.

#### A. La delimitación del hecho imputado

Un presupuesto para la discusión razonada de los elementos que componen la teoría del delito es la correcta descripción de la conducta atribuida, una exigencia que estuvo ausente en el caso analizado. Este requisito no sólo era relevante para encuadrar la conducta en un tipo penal determinado, sino que también resultaba fundamental para garantizar el derecho de defensa, en particular, el derecho de la imputada a ser informada en forma expresa,

clara e integral sobre la acusación que se le formulaba<sup>5</sup>.

Según lo que surge de la sentencia absolutoria, se le había imputado a JMG tener, junto con su pareja LCW, sustancias estupefacientes con fines de comercialización. En la construcción de esta acusación, el Ministerio Público Fiscal tuvo en cuenta el secuestro realizado en la vía pública -oportunidad en la que se procedió a la detención - y el allanamiento llevado adelante en su domicilio. Sin embargo, la representación del Ministerio Público Fiscal no precisó cuál fue el aporte de cada una de las personas acusadas: no especificó quién conducía el vehículo, quién estaba en el asiento del acompañante, quién había arrojado la droga o cuál había sido el grado de disponibilidad de la sustancia respecto de cada una de ellas. En este punto en concreto, no hubo por parte de la fiscalía una descripción discriminada sobre el rol de la mujer en esa imputación genérica de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

En efecto, en este caso, al igual que en muchos otros procesos iniciados con allanamientos, muchas veces se imputa a una pareja moradora en un mismo domicilio la tenencia compartida de estupefacientes con fines de comercialización. Más allá de la discusión dogmática en torno a la posibilidad de validar los delitos de tenencia y, más específicamente, la tenencia compartida, en estos supuestos, las mujeres suelen verse involucradas en procesos penales cuando no sabían de la existencia de la droga o no tenían el dominio sobre ella. Sobre estos delitos en particular, la doctrina tradicional ha explicado que tener significa “mantener bajo su poder” (Nuñez 1987, 65); sin embargo, en forma más reciente se ha enseñado que la tenencia implica que: “el sujeto pueda disponer

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva. 17 de noviembre de 2009, p. 28-30. Caso López Álvarez vs. Honduras. 1° de febrero de 2006, p. 149, Caso Palamara Iribarne vs. Chile.(22 de noviembre de 2005, p. 225. Caso Acosta Calderón. 24 de junio de 2005, p. 118.

en cualquier momento, sea que lo tenga –corporalmente– en su poder, o en algún lugar donde lo haya ‘guardado’ o dejado para su disposición (p. ej. escondido en lugares de difícil acceso); y se puede ejercer a nombre propio o de un tercero” (D’Alessio y Divito, 2009, p. 602). De lo dicho se entiende que, aun compartiendo una residencia, no hay tenencia de estupefacientes cuando no se ha identificado el grado de *poder y control* que puede ejercerse respecto de la sustancia, con independencia del conocimiento sobre su existencia.

En consecuencia, la descripción de la conducta endilgada debe ser clara y contener descripciones precisas sobre el grado de involucramiento de la mujer en el delito, si es que lo hubo. La observación también se aplica a otros supuestos en los que las mujeres son acusadas como partícipes de los delitos de sus parejas. Un ejemplo paradigmático es el de quien fue llevada a juicio acusada de haber participado de un secuestro extorsivo cometido por su esposo, en virtud de haber lavado la ropa de la víctima de un cautiverio forzado (Blanco Cordero, 2011). La imputada fue condenada en primera instancia y luego absuelta por el Tribunal Supremo español, por considerar que lavar la ropa es una conducta estereotipada que no puede constituir delito<sup>6</sup>.

Más allá del resultado positivo que se obtuvo en el caso aquí comentado, lo correcto hubiera sido que el Ministerio Público Fiscal identificara de manera clara y precisa cuál había sido el aporte de JMG al hecho juzgado. El resultado del proceso puso en evidencia que, como en otros supuestos, las mujeres no suelen estar en condiciones de controlar las actividades de sus parejas ya que su rol tradicionalmente subordinado en la esfera económica y simbólica dificulta cualquier intento de impedir conductas ilícitas por parte de sus compañeros; ello sin contar que tampoco

podrían ser consideradas responsables de encubrimiento (Hopp, 2017, p. 36).

Mayores recaudos por parte de la acusación podrían contribuir a develar en una instancia previa a la realización del juicio, los márgenes de acción de las mujeres en casos en los que, como en el aquí analizado, existe un contexto de violencia constante que determina fuertes lazos de dependencia económica y emocional y, por tanto, que sugiere que no es posible establecer una vinculación entre la mujer y la sustancia prohibida.

### B. Estado de necesidad justificante

En el caso analizado, una vez que la imputada fue requerida a juicio, la asistencia letrada que intervenía en esa instancia realizó un planteo con antelación a la realización del debate. En los términos del artículo 361 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN)<sup>7</sup>, la defensa pública solicitó que se considerara que su asistida había obrado bajo un estado de necesidad justificante que excluía toda posibilidad de imponer un reproche penal.

En nuestra legislación nacional, el estado de necesidad está contemplado en el artículo 34, inciso 3 del Código Penal<sup>8</sup>. Se trata de una eximente que se estructura sobre la base de una decisión donde se evalúa la ponderación de diversos factores. Esta norma, junto con los demás preceptos permisivos, es fruto de la necesidad de reconocer que la injerencia del poder punitivo es irracional cuando el agente realiza la acción antinormativa como parte del ejercicio de su libertad. En estos supuestos, se excluye la aplicación irracional de la pena ante un

<sup>6</sup> Tribunal Supremo de España. Sala Penal 2. Sentencia 185. 21 de febrero de 2005.

<sup>7</sup> El artículo 361 del CPPN establece que: “Cuando por nuevas pruebas resulte evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad o exista o sobrevenga una causa extintiva de la acción penal y para comprobarla no sea necesario el debate, o el imputado quedare exento de pena en virtud de una ley penal más benigna o del artículo 132 ó 185 inciso 1 del Código Penal, el tribunal dictará, de oficio o a pedido de parte, el sobreseimiento”.

<sup>8</sup> No son punibles (...) el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.

hecho donde existía un permiso para actuar en lo que, de otra manera, podía ser visto una oposición al orden establecido. Por eso, todos los que se denominan permisos legales se inscriben en la categoría general de ejercicios de derechos, lo cual acredita que son la manifestación de permisos de orden y jerarquía superior (Zaffaroni et. al, 2011, p. 592).

De allí resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sólo es antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común regulada por el orden jurídico. Es decir, en caso de colisión ineludible de intereses, el sujeto actúa conforme a derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso (Roxin, 1997, p. 672). En este sentido, como criterios generales para la aplicación de esa causa de justificación, en principio, pueden señalarse los siguientes: a) la jerarquía del bien jurídico, b) la intensidad de la afectación, sea por lesión o por peligro, c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita y d) la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares (Zaffaroni et. al, 2011, p. 635).

Siguiendo estos lineamientos, en general, los inconvenientes se presentan al momento de establecer cuál es el bien de mayor relevancia que ha de ser protegido, pues su valoración no puede realizarse en abstracto. El estado de necesidad justificante debe evaluarse de acuerdo con el contexto de cada hecho y especialmente en casos como el presente, en los que la prueba contextual, que en otros procesos podría considerarse impertinente, constituye un elemento fundamental para comprender lo acontecido (Lauría Masaro y Sardaños, 2017, p. 61).

En contextos de violencia de género, las mujeres sólo pueden cumplir las conductas que en cada caso se les exige o se espera de ellas pues éstas son las que les permitirán salvaguardar su vida y su integridad física, entre otros bienes que pueden ser objeto de amenazas. En

consecuencia, para demostrar que la acción ha sido necesaria en el caso concreto, resulta imperativo evaluar la severidad del sufrimiento físico y mental padecido o el otro bien jurídico amenazado. Esta evaluación contextual, además, resulta válida para demostrar que la víctima no dispuso de un medio menos lesivo e igualmente idóneo para disipar el peligro inminente que la amenazaba (Anitua y Picco, 2012, p. 237).

La defensa de JMG sostuvo que la participación en el proceso donde se encontraba imputada encuadraba en un caso de estado de necesidad justificante. Entre otras cuestiones, argumentó que el estado de coacción al que se encontraba sometida la mujer provocaba que no tuviera reales posibilidades de actuar de otra manera, sino siendo parte o cómplice de la actividad ilícita cometida por su pareja. En este punto debe recordarse que, además del historial de violencia intrafamiliar que pesaba sobre esa pareja, existían amenazas concretas de atentar contra la vida de la señora JMG y la de sus hijos.

En cuanto a los requisitos del estado de necesidad justificante, en primer lugar, era evidente la diferente jerarquía de los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encontraba involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacientes N° 23.737), y de otro, en términos bien concretos, la vida y la integridad física de la imputada y la de sus hijos. En este sentido, no existían dudas en cuanto que la vida era el bien con mayor protección legal frente a todos los demás, por lo que no había mayores disquisiciones que realizar sobre este punto.

En segundo término, en cuanto a la intensidad de la afectación, el grado de proximidad respecto del inminente peligro y las circunstancias personales de los respectivos titulares, en el proceso era clara la afectación sufrida por la mujer, quien se había mantenido por más de 14 años en una relación de violencia y

subordinación. Ese vínculo se hallaba marcado por golpes, amenazas cometidas con armas, agresiones verbales, y sometimiento económico. Esos maltratos, que además implicaban promesas de daño contra su vida e integridad física o contra las de su familia, contribuían a la creación de un peligro apremiante, que se encontraba latente ante cada conducta requerida a JMG por su pareja.

Incluso la doctrina penal tradicional ha identificado a estas circunstancias como situaciones prototípicas de peligro permanente (Roxin, 1997, p.380), por lo que la conducta se juzga adecuada y necesaria para evitar el peligro. Así, por ejemplo, en el caso de las mensajeras de drogas (también conocidas como mulas), la negativa a colaborar para importar o exportar sustancias estupefacientes trae aparejado el aumento de la probabilidad de ser asesinadas o sometidas a múltiples formas de maltrato físico, como lesiones y violaciones, o bien de ser testigos de la perpetración de esas conductas, o de otras igualmente graves contra sus seres queridos. En este contexto, la concreción del traslado transfronterizo de la droga termina siendo un medio eficaz, dado que suele disminuir la probabilidad de que esos riesgos se concreten (Anitua y Picco, 2012, p. 237).

En efecto, las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar viven un proceso psicológico complejo que se desarrolla de manera cíclica. Esto determina, primero, que la mujer no sólo viva en un ambiente de temor o miedo constante, sino que también pueda aprender a prever episodios de agresión, por lo que es capaz de identificar los factores que llevan a la violencia de su marido. La relevancia penal de este factor es trascendental, ya que permite comprender por qué, a pesar de que la agresión del marido no se esté produciendo en un determinado momento, la mujer aun así se encuentra en un estado de peligro inminente (Villegas Diaz, 2010, p. 167).

En esos términos, ¿qué posibilidad habría tenido JMG de no participar, no encontrarse presente, no ser “cómplice” de alguna manera del ilícito de su pareja?, ¿qué debía haber hecho, cuando se encontraba marcada por una relación de violencia física y psicológica extrema? En este escenario, era evidente que, en ese entorno de sometimiento, JMG “eligió” por el mal menor para salvar su propia vida o la de sus hijos. Desde esta perspectiva, su persecución penal no fue más que una consecuencia de su condición de víctima de violencia de género.

### C. Estado de necesidad disculpante

Otro aspecto interesante a destacar del caso comentado es la introducción por parte de la defensa pública de una segunda línea de defensa sustentada en los mismos elementos de prueba empleados para alegar una causa de justificación. De acuerdo con la estrategia escogida, la violencia padecida por la imputada también habilitaba la aplicación de una causal de inculpabilidad<sup>9</sup>.

De todos modos, no solamente el padecimiento de violencia habilita un planteo de estas características. De hecho, el aumento de la participación de mujeres en delitos de drogas muchas veces aparece condicionado por situaciones de extrema vulnerabilidad que hace que ocupen roles de nula relevancia dentro de una organización -incluso con desconocimiento respecto de la existencia misma de esa estructura-, pero de gran exposición ante las fuerzas de seguridad. Este reclutamiento que estandariza la paga de actividades ilícitas se realiza bajo el aprovechamiento, no solo de la precariedad política, económica, social y cultural de estas personas, sino fundamentalmente de la ausencia de internalización

<sup>9</sup> La presentación de una segunda línea de defensa, o el planteo de un argumento en subsidio se entiende en función de que la afectación de la culpabilidad parecería ser la categoría que, por el momento, brinda mayores posibilidades de éxito a la defensa (Pitlevnik y Salazar, 2017).

respecto de la ilegalidad de la conducta, lo cual exige una respuesta adecuada de la Justicia, y en consecuencia, la articulación de un planteo concreto por parte de la defensa.

El principio de culpabilidad puede enunciarse de manera sintética con la fórmula no hay pena sin reprochabilidad, lo que presupone que para que haya capacidad de culpabilidad es indispensable la autodeterminación de la voluntad. La doctrina clásica ha explicado que para reprochar un injusto penal se deben comprobar ciertos umbrales de autodeterminación vinculados, por un lado, con la posibilidad del sujeto de conocer y comprender la criminalidad del acto, y por el otro, con la posibilidad de la persona de actuar conforme a dicha comprensión (Zaffaroni et. al, 2011, p. 672).

Siguiendo esa línea de argumentación, la defensa sostuvo que el poder ejercido por WLC había anulado el ámbito de autodeterminación de JMG y que, en consecuencia, el Estado no podía reprocharle otra manera de actuar<sup>10</sup>. No se discutía si el comportamiento imputable a la mujer víctima de violencia de género podía considerarse permitido por el orden jurídico, sino si la reducción de libertad que ésta había sufrido habilitaba que el Estado le formulara un reproche penal por no haber actuado de otro modo (Anitua y Picco, 2012, p. 238). En consecuencia, no se trataba de si su acto había sido ejercido conforme a derecho, sino de si podía exigírsele otro comportamiento. En estos términos, de acuerdo con la defensa, la situación juzgada se correspondía con la de una persona que sabe con claridad que un comportamiento está mal o es incorrecto; pero que,

sin embargo, el obrar conforme a derecho le representaría un acto heroico. Se trata, como en el caso objeto de estudio, de ocasiones en los que el sujeto actúa coaccionado (Rusconi y Kierszenbaum, 2016, p. 109).

En esa misma línea, como lo sostuvo el juez Juan Carlos Maqueda en su voto en el caso de Romina Tejerina, la culpabilidad presupone la capacidad de autodeterminación y la conciencia moral. En sus palabras:

“(...) la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor”<sup>11</sup>.

Bajo este marco de análisis, la constatación por parte del Ministerio Público Fiscal de la existencia de una situación de violencia previa determinó el pedido de una absolución. Sin brindar precisiones sobre la categoría dogmática que correspondía aplicar, el fiscal consideró prioritario reconocer que JMG se encontraba inmersa en una situación de vulnerabilidad extrema y que, teniendo en cuenta la historia de violencia sufrida, no podía recibir reproche penal alguno.

<sup>10</sup> Esta previsión se encuentra contemplada de manera expresa en la cláusula de no punibilidad del artículo 5 de la Ley de Trata N° 26.364: “No punibilidad. Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”. Sobre esta temática, ha escrito Stella Maris Martínez (2013).

<sup>11</sup> Voto del ministro Maqueda, considerando 6°, en CSJN Tejerina, Romina Anahí, 8 de abril de 2008.



### 3.B. La producción de prueba con perspectiva de género

Para el desarrollo de una estrategia de defensa con perspectiva de género no se requiere solamente la elaboración de un marco teórico adecuado, sino que también es necesario realizar un ofrecimiento de prueba acorde con la defensa material y técnica presentada. En el caso concreto analizado, el gran acierto de la defensa fue advertir el contexto de violencia que había desatendido el abogado anterior.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) enseña que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres y que, como fenómeno que puede darse tanto en el ámbito público como en el privado, limita total o parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Si bien son múltiples las manifestaciones de la violencia contra las mujeres, internacionalmente se ha constatado que la que se desarrolla en el ámbito intrafamiliar es una de las más frecuentes, con mayores secuelas, y ante la cual las mujeres están en una situación de mayor indefensión<sup>12</sup>.

12 Según la Organización Mundial de la Salud y la Organización de Naciones Unidas (ONU) Mujeres, el 35 por ciento de las mujeres de todo el mundo ha sufrido violencia física y/o sexual por parte de su pareja en algún momento de su vida. La Oficina de las Naciones Unidas contra el Delito y la Droga, informó que, en casi el 50 por ciento de los casos de mujeres asesinadas a nivel mundial en 2012, el autor de la agresión fue su pareja o un familiar. En el ámbito local, diversas oficinas de la Defensoría General de la Nación, sólo en el año 2013, atendieron 1.492 casos de violencia de género en el ámbito familiar. En promedio, las oficinas recibieron mensualmente 287 casos. Las personas asistidas fueron mujeres (99 por ciento), jóvenes (77 por ciento entre 21 y 45 años), de nacionalidad argentina (66 por ciento) y madres (87 por ciento) con un promedio de 2 hijos a su cargo (93 por ciento de los casos). De las estadísticas elaboradas por la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se observa que las denuncias se han incrementado en un 40 por ciento desde el año 2010 al 2015, siendo las mujeres las afectadas en un 65 por ciento de los casos y niños y niñas en un 25 por ciento. La mitad de las personas denunciadas

Una de las primeras dificultades existentes es la naturalización del fenómeno por las propias víctimas. En efecto, en muchas instancias, son las mismas mujeres quienes no reconocen que sus propias vivencias se condicen con las definiciones de maltrato que aporta la legislación (Schneider, 2010). En este sentido, uno de los desafíos iniciales de la defensa será desplegar un diálogo empático que transite de manera progresiva de las preguntas más generales a las más particulares y que, sin evitar el planteamiento directo del interrogante, lo concrete en un ámbito privado y sosegado<sup>13</sup>. En consecuencia, ya en la primera entrevista, la defensa debe compenetrarse con la elaboración de una estrategia diferenciada que requerirá, desde el primer encuentro, un abordaje especialmente orientado a la recopilación de datos contextuales que atiendan a sus trayectorias vitales e iluminen los rasgos diferenciales en relación con el tipo de delito cometido, con las modalidades escogidas y, finalmente, con las razones que las llevaron a involucrarse en la actividad.

De verificarse un extremo como la victimización en el ámbito intrafamiliar, la defensa deberá recurrir a la recolección de denuncias en agencias policiales o judiciales, de registros de atenciones médicas por eventuales lesiones sufridas y eventualmente a la indagación entre

son ex parejas, mientras que los demás son convivientes, familiares o cónyuges. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires informó que de las denuncias recibidas por violencia familiar durante el 2016, el 46 por ciento fue efectuada contra ex parejas, y el 15 por ciento contra parejas convivientes.

13 Vgr. Guía de organismos gubernamentales y organizaciones sociales para la prevención, asistencia y erradicación de la violencia contra las mujeres en el marco de la Línea Nacional de Atención Telefónica y Gratuita 144, Consejo Nacional de las Mujeres. Guía de actuaciones en casos de violencia doméstica contra las mujeres, Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). Guía de Acompañamiento del proceso de atención a mujeres víctimas de violencia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Protocolo de actuación del personal policial de las Comisarias de la Mujer y la Familia y Protocolo de Organización y Funcionamiento de los equipos interdisciplinarios para la atención de las víctimas de violencia familiar, creados por Ley de la provincia de Buenos Aires N° 12.569 de Violencia Familiar, entre otros.

familiares o vecinos que podrían haber llegado a conocer de estos hechos de manera directa o indirecta. En el contexto normativo argentino, la ley N° 26.485 ha incorporado la exigencia de estándares probatorios amplios; circunstancia que habilita un sinnúmero de medios de prueba que permiten subsanar los vacíos que dejan las dificultades de las mujeres para denunciar la violencia (Di Corleto, 2017).

De esta manera, la inexistencia de denuncias previas no debe constituir un límite en la presentación del problema pues, a las dificultades en el reconocimiento de la violencia, se suma el aislamiento de la afectada de todas las potenciales fuentes de ayuda y las estrategias de silenciamiento desplegadas por el agresor, todo lo cual anula la voluntad de la mujer para resistirse o denunciar (Di Corleto y Piqué, 2016).

En última instancia, el recurso de un informe social o de una pericia psicológica puede ayudar a desandar los prejuicios de los operadores de justicia y profundizar en el conocimiento tanto personal como contextual de la mujer. Este fue uno de los instrumentos fundamentales a los que recurrió la defensa pública que asistió a JMG. En efecto, si bien en el caso en concreto la prueba de la existencia de violencia no requería mayores impulsos pues WLC ya contaba con una sentencia de condena por agresiones contra su pareja y contra sus hijos, el informe social aportado agregado fue determinante para mostrar a los jueces qué había sucedido previo al delito.

De acuerdo con el informe social presentado, a partir de las entrevistas llevadas a cabo con JMG, se conocieron situaciones de violencia extrema que incluían lesiones y amenazas de muerte con cuchillos o armas de fuego, e incluso suministro de droga sedante en la comida tanto a ella como a sus hijos, lo que derivó en internaciones hospitalarias. Esa dinámica había estructurado una relación de 14 años, que motivaba que también sus hijos vivieran con miedo. En algunas oportunidades, JMG había abandonado el hogar para solicitar protección

en casas de familiares en otras provincias, ya que ella provenía de Santiago del Estero, y en Santa Fe no contaba con familiares ni con red de contención alguna.

Como conclusión con los informes elaborados, se pudo tener por probado que la violencia de género sufrida por la mujer había condicionado y limitado su autonomía; base material que dio sustento al argumento de que JMG tenía restringido su ámbito de libertad y elección.

### 3.C. Sensibilidad de género y defensa técnica eficaz

Los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia emanada de los órganos encargados de su aplicación garantizan una amplia protección al derecho de defensa en juicio. Si bien los alcances otorgados a dicha garantía varían según la jurisdicción, en todos los casos los tribunales han reconocido su condición de garantía básica del debido proceso (López Puleio, 2002; Binder, 2015; Martínez, 2014 y Hegglin, 2006). En el ámbito interamericano, el precedente Ruano Torres vs. El Salvador fue uno de los primeros en los que se desarrolló un abordaje integral de la temática<sup>14</sup>.

En el marco de una investigación por el delito de secuestro extorsivo, José Agapito Ruano Torres fue detenido en un operativo llevado a cabo con niveles extremos de violencia física y psicológica. La sentencia de condena dictada con posterioridad a este procedimiento presentó serias deficiencias probatorias, a lo que se sumó la violación de las garantías mínimas de debido proceso, entre ellas el derecho de defensa en juicio. Sobre este último punto en particular, la Corte distinguió, por un lado, “los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen” y, por otro lado, “la defensa técnica, ejercida por un profesional del

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Serie C-303. 5 de octubre de 2015.

derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas (...)”<sup>15</sup>.

En lo que a este trabajo interesa, el Tribunal Interamericano indicó que:

“(...) el derecho de defensa comprende un carácter de defensa eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, que permita fortalecer la defensa del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende, cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana (...). ‘La relación de confianza debe ser resguardada en todo lo posible dentro de los sistemas de defensa pública por lo que deben existir mecanismos ágiles para que el imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa y ningún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la ‘Justicia’”<sup>16</sup>.

Una observación especial mereció la construcción de una relación de confianza entre el funcionario y el asistido, para lo cual la Corte exigió que la actuación fuera diligente<sup>17</sup>.

Ya con anterioridad la Comisión Interamericana había sostenido que la defensa legal adecuada no podía reducirse a la mera participación

formal de la defensa<sup>18</sup>, y que, a los fines de resguardar la garantía de la defensa en juicio, no sólo se debía garantizar el suministro de un defensor, sino también asegurar que éste ejerza su patrocinio en forma competente<sup>19</sup>. Ahora bien, una de las cuestiones a definir es cuándo se está frente a un asunto de defensa técnica ineficaz, y qué significa desarrollar una defensa técnica competente cuando se trata de brindar asistencia técnica legal a una mujer.

Sin pretender establecer una única línea de acción, el caso comentado es ejemplar en términos de un desempeño diligente, en tanto orienta la reflexión, en primer lugar, a la indagación del historial de violencia previa padecido por la mujer y su relación con el delito y, en segundo término, a la identificación de posibles intereses contrapuestos entre la asistida y su pareja.

En este sentido, en algunas ocasiones, además de la realización de entrevistas independientes en supuestos de coimputados, resulta obligatoria la oportuna excusación en caso de que por cuestiones de organización judicial se hubiera designado un único defensor y se identifiquen intereses contrapuestos o diferencias en las líneas de defensa que impidan la realización de la más amplia estrategia para uno de los imputados.

En cuanto a la realización de una entrevista individual, ésta genera un marco de contención y exclusividad que fomenta la libertad de diálogo, la confidencialidad y la confianza entre las partes. Además, colabora a que la defensa se oriente con parámetros que de otra manera (como puede ser una defensa conjunta de víctima y victimario) no se lograría. En el marco de una entrevista individual, la asistencia técnica accede a circunstancias que van más allá de la relación típica entre hecho ilícito, persona

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres vs. El Salvador, párr. 153.

16 Corte IDH, caso Ruano Torres vs. El Salvador, Serie C N°303, sentencia del 5 de octubre de 2015, párrafo 158. La Corte, además, remarcó que la actuación de un defensor de oficio dependerá en buena medida del respaldo institucional que tenga la defensa pública, la cual debe estar dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio (párrafo 157).

17 Según el tribunal, para evaluar una eventual afectación al derecho de defensa se debe evaluar si la acción u omisión del defensor público constituyó una negligencia inexcusable o una falla manifiesta en el ejercicio de la defensa que tuvo o pudo haber tenido un efecto decisivo en contra de los intereses del imputado. Corte IDH, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 164.

18 Cf. CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito. 16 de mayo de 1984, 2ª parte.

19 Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 41/04. Caso 12.417. Whitley Myrievs. Jamaica. 12 de octubre de 2004. Párrs. 62 y 63.

imputada y responsabilidad penal. Sólo de esta manera es posible conocer el contexto social de la víctima y entender en qué medida su pasado pudo haber funcionado como condicionante definitivo del hecho atribuido.

En relación con identificación de posibles líneas de defensa independientes o contrapuestas, una defensa técnica eficaz también requiere una asistencia leal; circunstancia que se descarta cuando no puede tomar decisiones independientes acerca de cómo conducir una estrategia. Por eso, para que se pueda materializar una actuación competente, la asistencia letrada debe responder de manera exclusiva a los intereses de la acusada y ningún otro interés puede condicionar esa relación<sup>20</sup>.

Tanto las Reglas de Mallorca como los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados contienen normas que iluminan el alcance de la importancia de la lealtad en el ejercicio de la asistencia técnica. En cuanto al Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (conocidas como Reglas de Mallorca), allí se garantiza "(...) el ejercicio libre e independiente de su actividad profesional en relación con la defensa de los derechos del imputado"<sup>21</sup>. Por su parte, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados establecen que los abogados deben velar "lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes"<sup>22</sup>.

En el marco del Ministerio Público de la Defensa, el Régimen Jurídico para los Magistrados,

Funcionarios y Empleados establece el deber de asistencia o representación obligatoria<sup>23</sup>, pero también regula sus excepciones, entre las que se encuentra la vigencia de intereses contrapuestos que habilita el trámite de la excusación. En estos supuestos cobra plena vigencia el artículo 35 inciso j) de la ley N° 27.149, que obliga al defensor general a "asegurar, en todo proceso, la debida asistencia por la Defensa Pública de cada una de las partes con intereses diversos o contrapuestos, y designar tantos integrantes del Ministerio Público de la Defensa como lo exija la naturaleza del caso". En estos trámites, el secreto profesional y el deber de confidencialidad tienen preeminencia por sobre la exigencia de poner en conocimiento de la autoridad los fundamentos de la excusación, ya que de lo contrario se podría poner en serio riesgo al derecho de defensa en juicio<sup>24</sup>.

Ahora bien, tal como lo demuestra el caso comentado, en supuestos de violencia de género, la identificación de eventuales intereses contrapuestos solo será posible en la medida que se garanticen las condiciones mínimas de privacidad en una primera entrevista. Por esa razón puede ser recomendable, si la defensa de las personas imputadas se encontrara en la misma dependencia, que se separe la atención de la mujer a fin de verificar si su situación habilita la presentación de líneas de defensa diferenciadas.

## 4. Conclusiones

La creciente participación de mujeres en actividades delictivas constituye un desafío para la administración de justicia penal cuyos operadores, ya sean jueces, fiscales o defensores,

.....  
**20** En abono a esta postura, el artículo 271 del Código Penal establece: "Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada".

**21** Cf. Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal, elaborado en sesiones de trabajo que tuvieron lugar en Palma de Mallorca, España, entre 1990 y 1992.

**22** Regla 15 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), 1990.

.....  
**23** Artículo 118, Anexo I de la Resolución DGN 1628/10: "Deber de representación. La asignación que recaiga en un/a defensor/a público/a sobre un caso, torna obligatoria su gestión en el mismo". En igual sentido, ver artículo 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149

**24** Ambos con sustento normativo en los artículos 20 y 47, inciso e), de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149.

tradicionalmente han trabajado en respuesta a la criminalidad masculina. La integración de una perspectiva de género en la administración de justicia requiere que se ponga de manifiesto de manera clara y directa la singularidad de la participación de las mujeres en actividades ilícitas y para ello, nada mejor que el ejercicio de defensas especializadas.

Una premisa para el desarrollo de defensas diferenciadas es el reconocimiento de que existen relaciones asimétricas de poder entre varones y mujeres que obligan a valorar rigurosamente las características del hecho, pero fundamentalmente su contexto. En la defensa penal, así como en otros espacios en los que ha predominado la mirada masculina, la aplicación rutinaria y estandarizada de argumentos legales puede ser particularmente nociva para las mujeres infractoras. En este escenario, el diseño de una estrategia de defensa con perspectiva de género exige, por un lado, asumir que incluso las valoraciones personales de la defensa pueden estar informadas por prejuicios de género, y por el otro lado, procurar desafiarlas con un abordaje que recoja la singularidad del hecho respecto del cual corresponde asesorar y asistir. En pos de este objetivo, una de las primeras medidas a tomar es ofrecer una escucha activa que facilite la presentación de aquellos datos diferenciales en relación con el tipo de delito cometido, con las modalidades escogidas y, finalmente, con las razones que las llevaron a involucrarse en la actividad, incluyendo la posibilidad, pero no la asunción automática, de un contexto previo de violencia. A partir de allí, las estructuras de la teoría del delito deben ser reanalizadas, la prueba debe ser recolectada con especial precaución y, en caso de que el agresor de la mujer sea un co-imputado, se deben separar los niveles de intervención para garantizar la más amplia gama de líneas de defensa.

## Bibliografía

Anitua, G. I. y Picco, V. A. (2012). *Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres "mulas". Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las*

*mujeres*. Ministerio Público de la Defensa. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Blanco Cordero, I. (2011). *Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado. Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*. Madrid: La Ley.

D'Alessio, A. J., y Divito, M. (2009). *Código Penal de la Nación, comentado y anotado. actualizada y ampliada*, T. II.

Di Corleto, J. (2006). Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 5. LexisNexis. Buenos Aires: Mayo.

Di Corleto, J. (2017). *Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género. Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.

Di Corleto, J. (2015). *Valoración de la prueba en casos de violencia de género. Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal*. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia. Buenos Aires: Del Puerto.

Di Corleto, J. Piqué, M. (2017). *Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. Género y Derecho Penal*. Homenaje al profesor Wolfgang Schone. Lima: Instituto Pacífico.

Hegglin, M. F. (2006). *Al rescate de una defensa técnica adecuada. Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Hammurabi.

Lauría Masaro, M., y Sardaños, N. S. (2017). *Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género. Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.

López Puleio, M. (2002). Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente. Pena y Estado. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*. Buenos Aires.

Martínez, S. M. (2014). La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de Nación*, 9. Buenos Aires, pp. 7-22.

Nuñez, R. (1987). *Tratado de derecho Penal*. Tomo II. Editorial Astrea.

Pitlevnik, L., y Zalazar, P. (2017). *Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia. Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal*, Parte general. Tomo I. Madrid: Civitas.

Rusconi, M., y Kierszenbaum, M. (2016). *Elementos de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 109.

Sánchez, L., y Salinas, R. (2012). *Defenderse del femicidio. Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, pp. 181-216.

Schneider, E. (2010). *La violencia de lo privado. Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Librería, pp. 43-56.

Villegas Díaz, M. (2010). Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad. *Revista de Derecho Penal*. Santiago de Chile, v. XXIII, n. 2, pp. 149-174.

Zaffaroni, R., Alagia A., y Slokar A. (2011). *Tratado de derecho penal*, parte general. Buenos Aires: Ediar.



**Javier Teodoro Álvarez**

Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Master en Derecho Penal egresado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Profesor universitario. Funcionario de la Procuración General de la Nación. Ex titular de la Dirección General de Capacitación y Escuela del Ministerio Público Fiscal de la Nación (2014-2016). Contacto: javierteodoroalvarez@gmail.com

# Las disidencias sexuales y el acceso a la justicia:

## El rol del Ministerio Público Fiscal y la necesidad de repensar la formación judicial

### Resumen

La violencia ejercida contra las sexualidades no hegemónicas es un fenómeno criminal complejo que requiere respuestas estatales dinámicas e innovadoras por parte de los Estados y de una política de persecución estatal basada en el entendimiento de las desigualdades estructurales provocadas por la misoginia y el patriarcado. En ese contexto, se revela la necesidad de garantizar el pleno ejercicio del derecho al acceso a la Justicia de esta población a través de un diseño institucional por parte del órgano a cargo de la persecución penal estatal y la formación de sus integrantes. En este artículo se presenta el modelo de gestión del Ministerio Público Fiscal de Argentina y la implementación de una estrategia de capacitación territorial en diálogo con la comunidad, que colocó en su agenda institucional la perspectiva de género y de las disidencias sexuales a través de su transformación interna y mediante un nuevo modelo de formación judicial.

### Introducción

La articulación entre los órganos que integran el servicio de administración de justicia y los diversos grupos vulnerables de las sociedades actuales es, sin dudas, una agenda postergada. En efecto, es un diálogo que suele estar mediatizado por estereotipos y prejuicios de una gran parte de quienes operan en el sistema judicial y que se materializan en prácticas que, en su consecuencia, obstaculizan el acceso a la justicia.

Sin duda en la actualidad las más relevantes son las que se refieren a mujeres y personas pertenecientes al colectivo de las disidencias sexuales, víctimas del sistema patriarcal de organización social que domina nuestra región.

Es que la violencia ejercida por razones de género es una manifestación de relaciones desiguales de poder cuya máxima expresión son los femicidios y los crímenes por odio de género u orientación sexual. Se trata de expresiones que intentan establecer un plano de jerarquías, pues constituyen siempre la pretensión de subordinación de unos sobre otros

como una de las formas de manifestación más crueles de la misoginia.

En ese sentido, la constancia y persistencia de esta tradición se traslada también a hábitos y conductas en los distintos estamentos sociales y, en particular, en los organismos que integran los poderes estatales.

En el sistema judicial, estas prácticas se traducen en costumbres revictimizantes y discriminatorias que, entre otras, responsabilizan a las víctimas por los hechos sufridos negándoles todo tipo de subjetividad con la consecuente expulsión del sistema.

Esta situación, a su vez, asume notas particulares cuando se refiere a la Justicia Penal.

En concreto, en los regímenes procesales de nuestra región aún persisten resabios de institutos propios del proceso colonial que imprimen características inquisitivas en los sistemas de enjuiciamiento penal.

Así es como, por ejemplo, el código federal en materia procesal penal de Argentina todavía concentra las funciones de juzgar e investigar en la figura del juez o jueza de instrucción, etapa del proceso caracterizada por la hipертрофия, el secreto y la escritura con fuerte apego a las formalidades. Este sesgo inquisitivo impone un proceso inicialmente escrito y formalizado, parcialmente secreto, discontinuo y escasamente contradictorio, notablemente limitado en cuanto se refiere a la intervención de las partes y a la posibilidad del efectivo ejercicio de sus derechos.

Este modelo genera, a su vez, grandes impactos en el servicio de administración de justicia que pueden sintetizarse en tres importantes características: a) formalismo, en el sentido en que prima la formalidad sobre el contenido, b) letargo procesal, pues lo escrito atenta contra la celeridad, y c) práctica del derecho reducida a la gestión del expediente judicial en donde

las y los profesionales se transforman en interlocutores entre la burocracia y los intereses de aquellas personas usuarias del servicio de justicia.

De esa manera, el sistema es permeable y beneficia la protección de privilegios e intereses en desmedro del acceso a la Justicia y su propia función social (Binder, 2012, p.19).

Y entre aquellas prerrogativas se encuentran, entre otras, las del patriarcado. Así es como la situación antes descrita es funcional a sus intereses pues obstaculiza la gestión del conflicto social que supone la violencia machista.

Ello puede observarse con meridiana claridad al examinar el rol del Ministerio Público Fiscal, pues su función se debilita al imponerse un modelo de gestión de caso por caso en contraposición de una persecución penal estratégica contra fenómenos complejos.

A ello, además, se añaden las dificultades e inconvenientes para garantizar la autonomía e independencia de aquel órgano judicial pues, a pesar de los mandatos normativos y constitucionales, aún persisten en la región fuertes tensiones que atentan contra su robustecimiento.

De allí se impone la necesidad de impulsar medidas que permitan fortalecer la intervención de este órgano central de las instituciones de gobierno a través de líneas de política criminal e institucional que permitan orientar su actuación en sintonía con los mandatos convencionales asumidos en la comunidad internacional y el compromiso con la ciudadanía. Al mismo tiempo, es necesario repensar la formación de quienes lo integran pues constituyen los principales motores de cambio.

En el presente trabajo me propongo examinar la situación actual que atraviesa el colectivo de las disidencias sexuales en Argentina en relación al acceso a la Justicia, la transformación del Ministerio Público Fiscal y la implementación de

estrategias de capacitación y formación de sus integrantes, para impulsar procesos innovadores que permitan garantizar a este grupo el pleno goce de sus derechos.

## El acceso a la Justicia de las sexualidades no hegemónicas: una cuenta pendiente

Los vínculos subjetivos que conforman las relaciones interpersonales y su consecuente plan de realización personal, suelen obtener el amparo por parte de los ordenamientos jurídicos luego de un lento proceso promovido por diversos actores de la sociedad civil.

En las últimas décadas, ha sido posible advertir un movimiento de evolución legal en cierto sector de la comunidad internacional que permitió elaborar un marco de reconocimiento y ampliación de derechos de diversos grupos históricamente postergados, entre quienes se destaca las personas que conforman diversos esquemas de familia o ejercen distintas maneras de masculinidades y femineidades alejadas de la clásica construcción basada en el binomio biológico o anatómico.

En ese sentido, el reconocimiento de las sexualidades disidentes ha transcurrido un proceso signado por la patologización y la criminalización. Así es como en gran parte del siglo pasado, la homosexualidad estuvo catalogada por la ciencia médica como una enfermedad psiquiátrica, al tiempo que en nuestro país la criminalización se fundó en normas creadas por la policía permitiendo su persecución y encarcelamiento.

La pandemia del VIH/SIDA y el regreso de la democracia fueron dos hechos decisivos para la visibilización y extensión de los movimientos por los derechos del colectivo LGTTTBIQ+ (lesbianas, gays, transgéneros, transexuales, travestis, bisexuales, intersex y queers) surgidos a fines de la década de 1960. Sin embargo, no es

hasta la década de 1990 que las personas trans e intersex empiezan a integrarse a la agenda pública con mayores dificultades para su reconocimiento (Barranco, 2014, p. 1).

Es recién en esta última década que se produce en la Argentina un significativo avance normativo a nivel federal que permitió conformar un marco jurídico específico a través de la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario (N° 26.618, 2010), la Ley de Identidad de Género (N° 26.743, 2012) y, luego, con la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994, 2014).

A través de este bloque de normas, se avanzó en la actualización del ordenamiento jurídico para adecuarlo a las transformaciones que se revelaban en la sociedad permitiendo brindar una regulación jurídica a las diversas conformaciones vinculares y distintos planes de realización personal sin discriminación por orientación sexual o identidad de género.

Sin embargo, este reconocimiento no garantizó que se redujeran los índices históricos de violencia contra el colectivo de las disidencias sexuales. En efecto, pese al avance normativo tanto en nuestro país como en otros de la región, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) se ha alertado sobre los altos índices de violencia que se ejercen contra esta población en el continente, y la ausencia de una respuesta estatal eficiente frente a dicha problemática.

Esta situación se pone en evidencia frente a la falta de adopción de medidas efectivas para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia cometidos contra las sexualidades disidentes que continúa ocurriendo de manera generalizada en todo el continente americano (CIDH, 2015, p.11).

De acuerdo a las estadísticas de la CIDH, durante un período de 15 meses, se cometieron al menos 770 actos de violencia contra esta

población, incluyendo 594 muertes (CIDH, 2015, pág. 23)<sup>1</sup>.

En sintonía con este diagnóstico, también se comprobó que las muertes y demás actos agresivos en contra de este grupo tienen como característica común un alto grado de violencia. Así es como, de manera frecuente, estos hechos suelen ser caracterizados por el uso de medios habituales para infligir daños, incluyendo el uso de cuchillos y otras armas, incineración, decapitación, golpes brutales, lapidación, ladrillazos o martillazos, asfixia, desmembramiento, entre otros (CIDH, 2014).

En este mismo sentido, el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos, o Degradantes, ha señalado que, en una parte considerable de los casos de tortura a personas integrantes de este colectivo, se producen actos de violencia sexual, con el fin de castigar el hecho de traspasar las barreras de género. Además, sostuvo que se les somete en una proporción excesiva de torturas, y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de personas de uno y otro sexo en refuerzo de la limitación binominal (Informe Relator Especial, 2001, párrafo 17).

En efecto, la violencia se agudiza cuando la víctima pertenece a la comunidad trans. Sin dudas, se trata de un grupo que se encuentra inmerso en un ciclo de violencia, discriminación y criminalización desde muy temprana edad por la exclusión de sus hogares, comunidades y centros de educación.

Conforme los datos relevados por la CIDH, la mayoría de las mujeres trans que son asesinadas son menores de 35 años de edad, y son especialmente vulnerables a la violencia por parte de fuerzas de seguridad del Estado (CIDH, 2015, p. 26).

En definitiva, se trata de un fenómeno de alcance global multicausal y complejo que impone la necesidad de adoptar políticas públicas tendientes a la prevención, investigación, persecución y sanción de sus responsables.

Esta situación se agrava cuando se revela un bajo índice de denuncias en relación a los ataques no letales, lo que favorece la invisibilización de la violencia cotidiana.

Esta ausencia de denuncias obedece, principalmente, a dos razones: esta clase de agresiones suelen ser consideradas como parte de la vida diaria y, a su vez, para evitar enfrentarse a un sistema judicial desaprensivo en relación a esta clase de violencia que suele responsabilizar a la víctima del hecho sufrido y, además, extiende el daño al conminarla a exponer sobre aspectos esenciales de su privacidad.

De allí, entonces, que más allá de continuar profundizando el amparo legal y el reconocimiento de derechos, la actual agenda de los movimientos emancipadores de las sexualidades disidentes se dirige a la necesidad de garantizar el acceso a la Justicia.

Para responder esa demanda es necesario definir una política criminal eficiente por parte del Ministerio Público Fiscal que debe ser acompañada de una estrategia de capacitación y formación de sus integrantes, quienes representan la herramienta de transformación interna del organismo.

## El rol del Ministerio Público Fiscal: el diseño de un modelo de gestión

La reducción de los índices de violencia fundados en razones de género requiere de una intervención estatal basada en la implementación de políticas públicas de prevención y sanción pero que, al mismo tiempo, permita remover los obstáculos de carácter social, económicos y

<sup>1</sup> La muestra se realizó durante enero de 2013 y marzo de 2014, Ob. Cit. Pág. 23.

normativos que restrinjan o impidan el acceso a la Justicia de las víctimas.

Es con ese horizonte que el Ministerio Público Fiscal de Argentina comenzó, a partir del año 2012, un proceso de rediseño de su modelo de gestión a partir de la adopción de resoluciones generales y la creación de estructuras específicas para orientar su actuación hacia una política criminal inteligente y el compromiso con la ciudadanía. Este esquema de organización luego fue ordenado por la sanción de una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148, en junio de 2015.

Uno de los principales pilares de este proceso de transformación del organismo fue la incorporación del enfoque de género en su actividad como en el acceso comunitario a la Justicia. De esa forma, se adoptaron una serie de decisiones estratégicas para alcanzar los objetivos propuestos.

En ese sentido, se dispuso, en el año 2012, la creación del Programa sobre Políticas de Género (Resoluciones PGN N° 533/12, 1960/15 y 427/16) con el propósito de fortalecer al Ministerio Público Fiscal para incorporar la perspectiva de género en sus ámbitos de actuación.

Con posterioridad se creó el Programa de Acceso Comunitario a la Justicia (ATAJO) (Resolución PGN N° 1316/14) con la finalidad de facilitar el acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad y garantizar su participación en el sistema de administración judicial mediante la instalación de dependencias descentralizadas del Ministerio Público Fiscal en territorios vulnerables.

Con el objetivo de incorporar la violencia por razones de género en las líneas principales de política criminal, también se creó la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) cuyo ámbito de actuación se extiende a los casos de violencia contra las sexualidades disidentes. Su creación respondió al

entendimiento que la discriminación y la violencia de género se manifiestan en fenómenos criminales estructurales que tienen patrones y sistematicidades frente a las cuales resulta necesario actuar desde una política criminal articulada, especializada y estratégica (Resoluciones PGN N° 1960/15 y 427/16).

Al mismo tiempo se realizaron reformas de orden interno para profundizar y multiplicar las políticas de género en relación a las trabajadoras y trabajadores del organismo.

En ese sentido, se destaca la incorporación por primera vez de mujeres trans como parte de la planta de integrantes del Ministerio Público Fiscal con desempeño en la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC), las Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia (ATAJO) y las áreas de administración y recursos humanos.

Asimismo, se modificó el régimen de licencias del organismo (Resolución PGN N° 3140/16) para incorporar los avances normativos, tanto en el orden nacional como internacional, acerca del reconocimiento y ampliación de derechos de las disidencias sexuales.

De esa forma, se modificaron las licencias por maternidad y paternidad, las que se reemplazaron por la licencia por nacimiento de hija/o distinguiéndose los casos de personas gestantes y de progenitor/a no gestante. Así, no solo se equiparan los casos de co-maternidad o co-paternidad sino que también se prevé el supuesto de licencia por nacimiento de hija/o por gestación de un varón trans.

En igual sentido, se incluyó la posibilidad de aplicar la excedencia en casos de monoparentalidad o cuando ambos progenitores sean varones y, además, se crearon nuevas licencias como la que permite la realización de tratamientos de técnicas de reproducción humana asistida y la que permite realizar encuentros previos a la adopción.



Finalmente, también se creó la licencia por violencia de género con el propósito de facilitar el acceso a la Justicia de mujeres víctimas y evitar la invisibilización de este fenómeno. La licencia prevé el ofrecimiento de todos los recursos institucionales disponibles como la asistencia de la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas como también de la Unidad Fiscal especializada en Violencia contra las Mujeres, la Dirección General de Políticas de Género y la Oficina de Bienestar Laboral y Resolución de Conflictos.

Sin embargo, todo este esfuerzo institucional de diseñar un modelo de gestión ágil, dinámico y con perspectiva de género no era suficiente si no se acompañaba con una clara estrategia de capacitación y formación dirigida a las personas que integran el organismo, pues de ello dependerá el éxito de las investigaciones criminales que se lleven a cabo.

Es que una de las principales características de la violencia contra las sexualidades disidentes se encuentra en las dificultades para encausar investigaciones judiciales exitosas.

Ello obedece, por un lado, a que las personas miembros de este colectivo suelen ser a menudo sujetos invisibilizados por sus pares y, en muchos casos, ni siquiera reconocidos por sus familiares. De esta forma, muchos hechos no se denuncian o, si llegan a conocimiento por parte de las autoridades, no hay colaboración de los círculos cercanos a las víctimas.

Es que la violencia contra este colectivo reposa en la estigmatización y la segregación que genera, como consecuencia, que en muchos casos quienes la sufren opten por silenciarla y esconderla.

Así, se ha afirmado que la misma discreción observada por la víctima acerca de sus prácticas y preferencias sexuales se transforma en un gran factor de vulnerabilidad e impunidad, ya que en ese contexto de silencio y

ocultamiento, es improbable que la familia o el círculo cercano quiera aportar datos acerca de las personas sospechosas, o de las circunstancias que rodearon al delito (Parrini Roses y Britos Lemus, 2012, p. 161).

Por el otro lado, un obstáculo importante en las investigaciones es el prejuicio y desprecio que, de manera habitual, tienen las autoridades judiciales hacia esta población, dando lugar a la llamada discriminación institucional.

En efecto, es común que las fiscalías encausen sus investigaciones en el “entorno de la propia víctima”, indagando sobre su estilo de vida para encontrar allí el supuesto error que cometió para ser agredida.

Esta práctica produce que se elaboren teorías del caso en base a hipótesis estereotipadas y prejuiciosas, o se abandonen cauces de investigación que, de forma rápida y efectiva, lograrían esclarecer el hecho y responsabilizar a sus autores.

Al mismo tiempo, también ocurre en algunas oportunidades que el órgano jurisdiccional reduzca la pena a imponer o absuelva a las personas imputadas receptando el argumento defensivo basado en el llamado “pánico gay”.

Esta estrategia de defensa se caracteriza por intentar demostrar que la sexualidad o la identidad de género de las víctimas son motivos objetivos y razonables para que el sujeto activo de la agresión haya perdido el control, con el propósito de lograr una disminución en el reproche penal o bien, argumentar la aplicación de supuestos de causas de justificación o inimputabilidad<sup>2</sup>.

2 Uno de los primeros antecedentes de la utilización del “pánico gay” como argumento defensivo en los Estados Unidos se encuentra en el caso *People vs. Rodríguez* (California, 1967). En dicho antecedente, la defensa sostuvo que su asistido había matado a la víctima con motivo de una reacción psicológica temporal, provocada por la repulsión que había sentido cuando aquella lo agarró por detrás,

Esta estrategia de defensa, se basa en que la homosexualidad es tan repugnante que justifica los ataques violentos. Así, en el caso de la violencia contra personas trans, se ha utilizado para tratar de excusar sus muertes violentas argumentando el desagrado que le ocasionó al autor del delito descubrir al momento de mantener una relación sexual consentida con la víctima, la pertenencia a aquel colectivo<sup>3</sup>.

De allí se impone la necesidad imperiosa de encausar una política institucional de formación interna para desbaratar estrategias prejuiciosas de investigación y de defensa. Pero al mismo tiempo, también se requiere que se adopten estrategias que permitan promover la prevención ciudadana.

## Repensar el modelo de capacitación judicial: la formación comunitaria en derechos

Las prácticas habituales en los procesos de formación y capacitación judicial en la región suelen caracterizarse por ser, por un lado, endogámicas en la medida que las actividades de manera usual se encuentran en cabeza de los propios operadores judiciales.

Así, por ejemplo, es habitual que los cursos de formación dictados en el ámbito de un Ministerio Público Fiscal estén prácticamente de manera exclusiva diseñados y a cargo de fiscales que, con mayor o menor trayectoria, transmiten su experiencia como modelo de enseñanza al resto de las personas que integran el organismo.

Y, por el otro, suelen priorizar el aprendizaje del conocimiento de las normas jurídicas basadas

en adquirir competencias cognitivas y reforzar contenidos conceptuales, en desmedro de una enseñanza asentada en transmitir habilidades operativas y destrezas de litigio.

De esta manera, entonces, es frecuente que la formación se dirija al perfil de un operador judicial de escritorio con poco apego al contexto social y con escasa formación para innovar sus prácticas laborales.

Los procesos de reforma en materia procesal penal han obligado a reformular la agenda de las escuelas judiciales para dirigir sus estrategias de capacitación al horizonte del litigio adversarial, para lo cual se requiere repensar todo el modelo de formación judicial.

En ese escenario, asumí, en el año 2014, la Dirección General de Capacitación y Escuela del Ministerio Público Fiscal de la Nación en donde propuse repensar la formación de quienes integran el organismo. El objetivo fue abandonar el paradigma del escritorio y reemplazarlo por un esquema centrado en el trabajo de territorio, en sintonía con la transformación que el organismo venía desarrollando en sus últimos años.

De esa forma se inició un proceso de oxigenación del claustro habitual de docentes como también de la oferta tradicional académica con el propósito de abandonar antiguas concepciones que retroalimentaban aquel paradigma.

Este cambio era indispensable frente al arribo del sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio que se implementaría en materia penal federal en Argentina, colocando a las y los fiscales en un rol protagónico del escenario judicial<sup>4</sup>.

generando un temor incontrolable a la homosexualidad. De esa manera, logró la reducción de la condena, y que el hecho fuera calificado como un homicidio atenuado.

3 Situaciones como las descriptas han generado que también se hable del “pánico trans” para identificar argumentos similares.

4 El Código Procesal Penal de la Nación basado en un modelo de enjuiciamiento acusatorio fue aprobado en diciembre del año 2014 mediante la sanción de la ley N° 27.063 y su entrada en vigencia estaba prevista para el 1 de marzo de 2016. Sin embargo, la nueva gestión frente al Poder Ejecutivo suspendió, en diciembre de 2015, su aplicación

En ese sentido, se incrementó la participación de docentes externos a través de los convenios suscritos con la Asociación Pensamiento Penal, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y la contratación de profesores provenientes de distintos puntos del país.

La capacitación general presencial se orientó en tres líneas claras y precisas: a) el entrenamiento en las prácticas de investigación; b) la capacitación en la actualización en las nuevas normas de derecho interno e internacional; y, c) la optimización y mejoramiento de las prácticas judiciales.

Al mismo tiempo en que se incorporaba mayor oferta centrada en prácticas de investigación, coordinación de escenas del crimen, análisis pericial, formación en destrezas de litigio, oratoria, técnicas para la utilización del lenguaje claro, entre otras; se revelaba la necesidad de promover programas de formación tendientes a la prevención ciudadana.

Así se desarrolló el Programa de Formación Comunitaria en Derechos (Resolución PGN N° 136/16) cuya finalidad fue la de desplegar un acercamiento comprometido con la comunidad a través de la implementación de estrategias de capacitación permanentes en determinados sectores vulnerabilizados.

Este programa fue ideado en el marco de una política general de promoción del acceso a la justicia como un derecho humano, el que posee un extendido reconocimiento en el bloque constitucional (artículo XVIII de la DADH; artículo 8 de la DUDH; artículo 2.3 del PIDCyP; artículo 8.1 de la CADH y artículos 5 y 6 de la CEDAW).

Su horizonte de actuación se encuentra en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público

.....  
mediante el decreto PEN 257/15.

Fiscal que impone la obligación de procurar conocer los reclamos y necesidades de los distintos sectores sociales, de mantener informada a la comunidad y de promover el acceso a la justicia, en particular de las personas con menores recursos para hacerlo (conf. artículo 36, ley 27.148).

La misión central que se tuvo al pensar en la implementación de este programa fue la de promover el acercamiento comprometido del organismo a la comunidad a través de distintas actividades, cursos, encuentros de concientización, sensibilización, reflexión e intercambio de saberes para lograr un mayor y mejor diálogo del servicio de administración de justicia con la sociedad, aportando las herramientas para generar un mayor conocimiento de los derechos.

De tal forma, entonces, el programa se insertó en la línea de política institucional de promoción del acceso a la Justicia en concordancia con el rol institucional del Ministerio Público Fiscal de, por un lado, perseguir la criminalidad y, por el otro, de prevenir las violencias en sus diferentes modalidades.

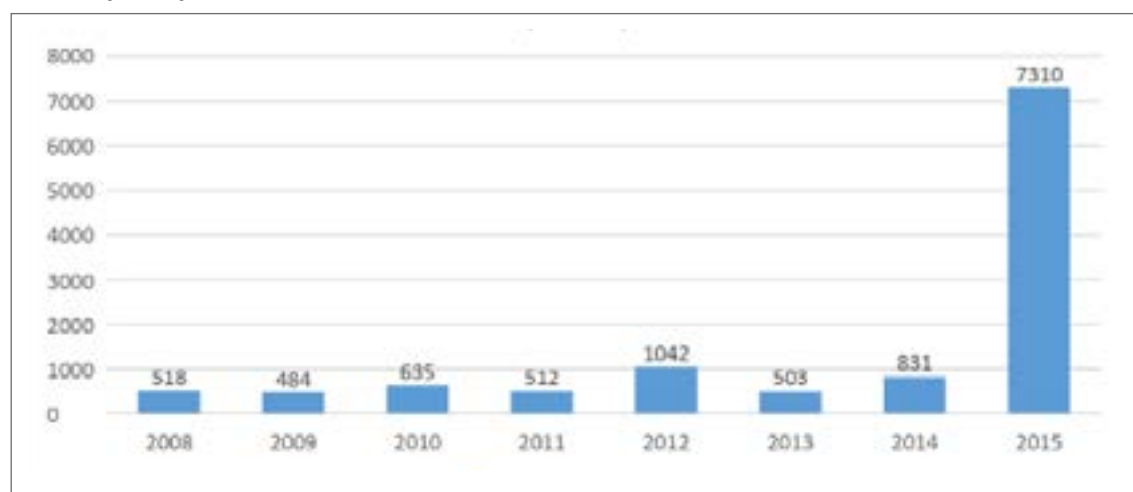
Así, se llevaron a cabo talleres basados en distintos ejes temáticos como la violencia familiar y el maltrato infantil, trata de personas con fines de explotación sexual y laboral, derechos humanos y políticas de memoria, verdad y justicia, prácticas abusivas relacionadas con los delitos de consumo y derecho de los consumidores, violencia institucional, entre otros; tanto en organizaciones sindicales, asociaciones sin fines de lucro, escuelas, ONGs, centros asistenciales y demás actores de la sociedad civil.

En suma, el nuevo esquema propuesto para la capacitación del Ministerio Público Fiscal se erigió en la formación judicial basada en el entrenamiento de las habilidades operativas en un contexto de promoción al acceso a la Justicia de la ciudadanía en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Los resultados de implementar este modelo de gestión de la Dirección General de Capacitación y Escuela del Ministerio Público Fiscal basado en la capacitación fiscal centrado en el entrenamiento activo y la formación comunitaria en derechos arrojaron resultados muy

positivos. Así, durante su primer año de implementación se registró un récord en participaciones en las actividades ofertadas tanto en línea como presenciales (Informe de gestión MPF, 2015, p. 42):

### Total de participaciones



Por su parte, el programa de Formación Comunitaria en Derechos realizó 34 actividades de las cuales participaron 978 personas.

De esta manera, durante el primer año de implementación del modelo de gestión se registraron 8.288 participaciones.

La medición de la satisfacción y opinión de las y los participantes de las diversas actividades se realizó sobre la base de 1.303 personas arrojando como resultado que el 76 por ciento del universo encuestado calificó la tarea llevada a cabo por el cuerpo docente a cargo del curso como excelente y/o muy bueno. Por su parte, el 97 por ciento de los encuestados calificaron los ejes temáticos de los cursos como muy interesantes y/o interesantes. Asimismo, el 93 por ciento consideró como “útiles” los contenidos del curso para las tareas laborales. Finalmente, el muestreo relevó que el 91 por ciento manifestó que los cursos cumplieron con sus expectativas.

Este incremento trascendental de participación y la satisfacción revelada, pusieron en evidencia no solo el éxito de la implementación del nuevo modelo de capacitación y formación sino también de la existencia de una necesidad que requería ser abordada.

En este escenario, una de las principales innovaciones en la agenda fue la inclusión, por primera vez, de la perspectiva de género y las sexualidades no hegemónicas en los diversos procesos de formación y capacitación.

Ello no obedeció a una mera elección personal sino como herramienta indispensable para responde a los compromisos asumidos por el país en la comunidad internacional dirigidos a promover la igualdad en el ejercicio de los derechos.

En consecuencia, se impuso la necesidad de promover el entrenamiento de técnicas de persecución penal eficaces y dinámicas frente a la violencia machista.

Para ello se diseñaron, por primera vez, programas de sensibilización sobre la realidad de la comunidad de la diversidad sexual dirigidos exclusivamente para las y los integrantes del Ministerio Público Fiscal.

En ese sentido, se impartieron cursos de formación sobre los llamados crímenes de odio por orientación sexual e identidad de género, que no solo tuvieron el propósito de permitir acercar el conocimiento sobre este fenómeno criminal puntual sino también para promover la apertura al diálogo institucional entre el organismo y las organizaciones de promoción de derechos de la comunidad LGTTTBIQ+.

Así fue que se suscribió un convenio con la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) tendiente a coordinar acciones conjuntas en materia de programas o proyectos técnicos, capacitación, formación profesional y difusión de derechos, entre otras actividades (Resolución PGN N° 1930/16).

En igual sentido, se incorporaron al claustro docente referentes de las principales organizaciones de la diversidad sexual para el dictado de talleres y cursos que tuvieran como eje la implementación de la ley de identidad de género en las prácticas judiciales, la investigación de hechos de violencia institucional ejercida contra la población trans, la discriminación basada en razones de género y orientación sexual, entre otros.

En este aspecto se destacó la inclusión de mujeres trans como disertantes en diversas jornadas y encuentros dirigidos a fiscales y funcionarias y funcionarios del Ministerio Público Fiscal, posibilitando de esta manera la visibilización de este colectivo y el protagonismo de su voz para transmitir sus reclamos y su realidad social caracterizada por el histórico postergamiento del pleno goce de sus derechos humanos básicos.

Ello permitió crear espacios para la reflexión sobre la situación de desigualdad y

vulnerabilidad en la que se encuentran la mayoría de quienes forman aquella comunidad por parte de quienes integran el órgano a cargo de la persecución penal estatal.

Por su parte, también se desarrollaron programas para promover el empoderamiento de quienes integran el colectivo de la diversidad sexual y mejorar, a su vez, la eficacia en la persecución penal priorizando la atención y acompañamiento de las víctimas.

De esa forma, se realizaron talleres y cursos de promoción de derechos dirigidos a las y los estudiantes del Bachillerato Popular Trans Mocha Celis (Resolución PGN N° 385/15), un espacio educativo inclusivo y no excluyente, con orientación en diversidad de género, sexual y cultural que nació para ofrecer una respuesta frente a la exclusión histórica sufrida por las personas trans en materia educativa. Los ejes de este programa se encausaron en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y laboral, y el acceso a la Justicia.

En igual sentido, las Direcciones Generales de Acceso a la Justicia y de Políticas de Género promovieron el proyecto de Formación de Promotoras y Promotores Territoriales en Género (RETEGER), cuyo propósito es el de transmitir herramientas teórico-prácticas a referentes sociales y barriales para que puedan acompañar a las mujeres y las personas LGTTTBIQ+ que atraviesan situaciones de violencia mediante la conformación de redes comunitarias en distintas localidades del país (Resolución PGN N° 1617/17).

De esa manera se fortaleció la política institucional de la capacitación territorial en red para impulsar y garantizar el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad y libres de discriminación.

Desde ya que, como todo proceso innovador, existieron algunas resistencias propias del temor a lo desconocido. Sin embargo, a medida



que avanzaba y se profundizaba esta política de formación y actuación institucional, el éxito de las investigaciones penales frente a la violencia contra las disidencias sexuales, evidenciaban que se transitaba el camino correcto.

Quizás el caso de mayor trascendencia fue el travestidismo de la referente de la comunidad trans Diana Sacayán, caso cuya instrucción fue realizada con la colaboración de la UFEM y de un equipo fiscal que previamente había participado en cursos y talleres de formación con perspectiva de género y orientados a analizar las particularidades de la violencia contra las disidencias sexuales.

## Conclusiones

Promover un modelo de justicia inclusivo requiere la coordinación y articulación de líneas de políticas institucionales comprometidas en resolver las problemáticas individuales y colectivas para establecer acciones concretas que permitan facilitar el acceso y la participación ciudadana.

Las prioridades deben dirigirse a aquellos sectores de la sociedad históricamente postergados para reducir la vulnerabilidad y desarrollar mecanismos para la prevención social del delito.

En ese sentido, si bien las sexualidades disidentes y la comunidad trans han comenzado un proceso de reconocimiento de sus derechos en la última década, el acceso a la Justicia-entre otros derechos- continúa siendo un tema pendiente en la agenda pública.

En efecto, es importante destacar que no alcanza con crear tipos penales específicos o incorporar agravantes especiales en determinados delitos, pues el fenómeno de la violencia ejercida por razones de género y odio hacia las disidencias sexuales no se reduce a un problema meramente penal.

En tal sentido, el Ministerio Público Fiscal posee una enorme responsabilidad como órgano central de gobierno en reducir las brechas para el efectivo acceso a la Justicia y el pleno goce de los derechos de aquellas poblaciones despreciadas en su calidad de sujetos.

Las distintas medidas adoptadas por el Ministerio Público Fiscal de Argentina a partir del 2012 son un ejemplo de que, con voluntad y capacidad de gestión, se pueden ofrecer herramientas que se orienten hacia aquel horizonte.

El desafío es no retroceder en esta política institucional pese a los cambios en la dirección del organismo y sus dependencias internas, y extender la formación hacia los otros órganos del servicio de justicia y las fuerzas de seguridad.

## Bibliografía

- Barranco, D. (2014). *Géneros y sexualidades disidentes en la Argentina: de la agencia por derechos a la legislación positiva*, Cuadernos Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe Vol. 11, N°. 2.
- Binder, A. (2012). *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Una mirada a la violencia contra personas LGBTI. Un Registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS Documentos Oficiales.
- Informe anual de gestión del MPF año 2015, pág. 42. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Anual-2015.pdf>
- Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párr. 17
- Parrini Roses, R. y Britos Lemus, A. (2012). "Crímenes de odio por homofobia-Un concepto en construcción", Instituto Nacional de Desarrollo Social, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana" A.C. México.

# Género y justicia

Entrevistas realizadas por Mariana Romanelli y Paula Malimacci del Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal del Instituto Comparado en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

## 1. Ana Paola Hall (Honduras)

Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Grado de Salamanca y premio extraordinario a la mejor tesina extranjera del año de la misma Universidad. Docente en Universidades hondureñas y extranjeras. Autora de diversas publicaciones en Colombia, Francia, España y Centroamérica. Actualmente es Asistente del Fiscal General de la República de Honduras.

## 2. Jennifer Guachalla (Bolivia)

Abogada, miembro de la Asociación Pensamiento Penal de Bolivia. Coordinó proyectos sobre justicia, derechos humanos y gobernabilidad para la Defensoría del Pueblo, OACNUDH, Unión Europea e IDEA Internacional. Posee estudios en Población y Desarrollo, Ciencia Política, Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Penal. Es profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Boliviana.

## 3. María E. Patricia Lanzani (Uruguay)

Doctora en Leyes y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (UDELAR), Uruguay. Directora (E) de la Unidad Especializada en Género de la Fiscalía General de la Nación.

### 1 ¿Qué políticas destaca de su país que aborden una agenda con perspectiva de género para el sistema de justicia? ¿Cuáles considera que son cuestiones pendientes?

**Patricia Lanzani:** En Uruguay, el Consejo Nacional de Género es el espacio interinstitucional creado por la ley N° 18.104 del 15 de marzo del 2007 para la definición de las líneas estratégicas de las políticas públicas de género. Está integrado por responsables jerárquicos de los ministerios y otros organismos del Estado y por representantes de la Universidad de la República y de la sociedad civil organizada.

Su elaboración consideró las distintas formas de desigualdad y manifestaciones de discriminación que viven las mujeres e identificó los factores que la producen. Es así que, la condición socioeconómica, la ascendencia étnico-racial, la identidad de género, la orientación sexual, la edad, la condición de discapa-

cidad y el territorio donde se vive, son considerados ejes que estructuran la desigualdad entre mujeres y varones y entre las propias mujeres.

De acuerdo con el artículo 12 de la ley 19.580 se sustituye el Consejo Nacional Consultivo de Lucha contra la Violencia Doméstica, creado en el 2002, (Ley N° 17.514) por el Consejo Nacional Consultivo por una Vida Libre de Violencia de Género hacia las Mujeres, con competencia nacional y que tiene los siguientes fines:

- a) Asesorar al Poder Ejecutivo, en la materia de su competencia.
- b) Velar por el cumplimiento de esta ley y su reglamentación.
- c) Diseñar y elevar a consideración del Poder Ejecutivo el Plan Nacional contra la Violencia Basada en Género hacia las Mujeres, así como otros planes específicos, programas y acciones para la implementación de esta ley.

- d) Supervisar y monitorear el cumplimiento del Plan Nacional contra la Violencia Basada en Género hacia las Mujeres.
- e) Articular la implementación de las políticas sectoriales de lucha contra la violencia basada en género hacia las mujeres.
- f) Crear, apoyar y fortalecer las comisiones departamentales y municipales para una vida libre de violencia Basada en género hacia las Mujeres, estableciendo las directivas y lineamientos para su funcionamiento y cumplimiento de esta ley.
- g) Ser consultado preceptivamente en la elaboración de los informes que el Estado debe efectuar en el marco de las convenciones internacionales ratificadas por el país relacionadas con los temas de violencia basada en género a que refiere esta ley.
- h) Opinar preceptivamente sobre los proyectos de ley y programas que tengan como objeto la violencia basada en género hacia las mujeres. El no pronunciamiento expreso en un plazo de 30 días se entenderá como aprobación.
- i) Emitir opinión respecto a acciones o situaciones relativas a la violencia contra las mujeres basada en género de las que tome conocimiento, comunicándolo a las autoridades competentes.
- j) Elaborar un informe anual acerca del cumplimiento de sus cometidos y sobre la situación de violencia basada en género en el país.
- Respecto al inciso "j" el informe deberá ser presentado públicamente y enviado al Consejo Nacional Coordinador de Políticas Públicas de Igualdad de Género, a la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo y a la Asamblea General.
- Asimismo, el artículo 13 establece la integración del Consejo Nacional Consultivo por una Vida Libre de Violencia de Género hacia las Mujeres, el cual se integrará de la siguiente manera:
- a) Un representante del Instituto Nacional de las Mujeres del Ministerio de Desarrollo Social, que lo presidirá.
- b) Un representante del Ministerio de Defensa Nacional.
- c) Un representante del Ministerio de Educación y Cultura.
- d) Un representante del Ministerio del Interior.
- e) Un representante de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto de Presidencia de la República.
- f) Un representante del Ministerio de Salud Pública
- g) Un representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- h) Un representante del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente.
- i) Un representante del Poder Judicial.
- j) Un representante de la Fiscalía General de la Nación.
- k) Un representante de la Administración Nacional de Educación Pública.
- l) Un representante del Banco de Previsión Social.
- m) Un representante del Congreso de Intendentes.
- n) Un representante del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay.
- o) Tres representantes de la Red Uruguaya contra la Violencia Doméstica y Sexual.
- En las reuniones del Consejo Nacional Consultivo podrá participar con voz y sin voto un representante de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo.
- Por otro lado, el artículo 7 de la ley 19.643 crea el Consejo Nacional de Prevención y Combate a la Trata y la Explotación de Personas, el que funcionará en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social y estará integrado por:
- a) Un representante del Ministerio de Desarrollo Social, quien lo presidirá a través del Instituto Nacional de las Mujeres.
- b) Un representante del Ministerio del Interior.
- c) Un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- d) Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas.
- e) Un representante del Ministerio de Defensa Nacional.
- f) Un representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- g) Un representante del Ministerio de Salud Pública.
- h) Un representante del Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay.
- i) Un representante de la Fiscalía General de la Nación.
- j) Un representante del Poder Judicial.
- k) Tres representantes de organizaciones de la sociedad civil de reconocida actuación en la materia, que serán propuestos al Poder Ejecutivo que los designará a propuesta de la Asociación Nacional de Organizaciones No Gubernamentales (ANONG).
- Quienes representen a los organismos del Estado deberán ser de las más altas jerarquías. Los integrantes del Consejo cumplirán sus funciones en forma honoraria.

El Consejo procurará el asesoramiento permanente de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Asimismo, podrá invitar a participar en sus sesiones a aquellas instituciones o personas que considere oportuno.

Según artículo 8 de la misma ley, el Consejo Nacional de Prevención y Combate a la Trata y la Explotación de Personas, en calidad de ente rector en la materia, tiene los siguientes cometidos:

- a) Diseñar y aprobar la política pública y el plan nacional en materia de trata y explotación de personas, el que debe incluir las medidas necesarias para lograr el buen cumplimiento de esta ley, la eficaz persecución de tratantes y explotadores, así como la debida protección, atención y reparación de las víctimas.
- b) Monitorear el buen cumplimiento de la política pública y el plan correspondiente, evaluar su ejecución y rendir cuenta de su cumplimiento, a través de estudios e informes periódicos. Al menos una vez al año debe informar en forma pública los resultados del cumplimiento de sus cometidos.
- c) Articular y coordinar las acciones de los diversos organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil para el cumplimiento de esta ley, de la política pública en la materia y del plan que se encuentre vigente.
- d) Proponer acciones de difusión y concientización de la población en general sobre la trata y explotación de personas, con enfoque de derechos humanos, género y especial consideración a la situación de las niñas, niños, y adolescentes, la diversidad étnico-cultural y el idioma o lengua de las potenciales víctimas, dando cumplimiento a las normas de accesibilidad para personas en situación de discapacidad.
- e) Desarrollar acciones de prevención y desestimulo de la trata y de la explotación de personas en sectores claves, tales como los grandes emprendimientos productivos, las empresas de transporte, las vinculadas al turismo, al modelaje y al comercio sexual, así como en zonas o localidades en las que se detecte mayor incidencia de la problemática o de factores de vulnerabilidad a la misma.
- f) Emitir opiniones y pronunciamientos sobre la temática, así como sobre acciones públicas o privadas, o situaciones en particular, para la prevención y combate de la trata y explotación de personas.
- g) Recomendar los cambios normativos necesarios para el buen cumplimiento de los objetivos de esta ley.
- h) Aprobar los estándares de actuación, protocolos y modelos de intervención para la protección eficaz y el respeto a los derechos de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas.
- i) Formular recomendaciones para la mejor persecución criminal de la trata de personas y de las diversas formas de explotación de personas.
- j) Proponer acciones para la capacitación, actualización y especialización de los funcionarios y operadores que trabajan en la prevención, detección, persecución y penalización de la trata y de la explotación de personas, así como para la atención y la protección de las víctimas, testigos y familiares.
- k) Realizar y apoyar estudios e investigaciones que permitan profundizar en el conocimiento de la temática, sus distintas manifestaciones en el país y en la región, las estrategias para la investigación y prevención, los modelos de atención, entre otros aspectos que se consideren necesarios.
- l) Supervisar, evaluar y emitir recomendaciones a instituciones gubernamentales y privadas, que brindan atención, protección y defensa a víctimas de la trata y la explotación de personas.
- m) Proponer la creación y fortalecimiento de los servicios y programas oportunos, distribuidos en los distintos departamentos del país, tanto públicos como privados, orientados a brindar asistencia directa a las personas víctimas de trata de explotación de personas.
- n) Promover la cooperación entre Estados, así como con organismos regionales o internacionales y la adopción de medidas de carácter bilateral y multilateral, destinadas a prevenir y erradicar la trata y la explotación de personas.
- o) Colaborar en la elaboración de los informes que el Estado debe presentar ante organismos internacionales y regionales, en cumplimiento de los convenios internacionales ratificados en la materia.
- p) Articular con los distintos sistemas de información pública para contar con herramientas de información, sistematización y generación de conocimiento en relación a la trata y la explotación de perso-

nas. En ningún caso se registrará a las personas víctimas de la trata o de la explotación de personas, debiendo disociarse sus datos conforme a lo previsto en el literal G) del artículo 30 de esta ley.

- q) Fortalecer y facilitar la participación de entidades gubernamentales y no gubernamentales en la prevención y combate de la trata y de la explotación de personas, así como la atención y protección integral de las víctimas.

Se entiende que están pendientes de desarrollo políticas de abordaje relativo a la salud mental de las mujeres, como así también con respecto a las mujeres privadas de libertad, entre otras.

**Ana Paola Hall (Honduras):** En 2011, el Poder Judicial crea la Unidad de Género como parte de un compromiso adquirido mediante el Convenio de Cooperación y Asistencia Técnica suscrito, en 2008, con el Instituto Nacional de la Mujer (INAM). La unidad se encarga de incorporar transversalmente la perspectiva de género en la planificación y gestión institucional en los procesos jurisdiccionales y administrativos internos; y cuenta con un enlace web en la página del Poder Judicial, donde se publican los avances en el cumplimiento de sus funciones. Dentro de los mismos, se destaca el diagnóstico en curso sobre la situación actual del Poder Judicial en tema de género; la instalación de buzones de género para el planteamiento de dudas y necesidades de capacitación en esa temática y para denunciar discriminación laboral; la integración de la Comisión de seguimiento a la aplicación de la Ley contra Violencia Doméstica; la unificación de formatos de recolección de estadísticas para diseñar un módulo estadístico con indicadores de género; la integración de la red de unidades de género del sector público (de acuerdo al II Plan de Igualdad y Equidad de Género de Honduras); impartición de distintas capacitaciones a operadores de justicia y sector educación; divulgación de material informativo.

El plan estratégico del Ministerio Público 2015-2020 contempla como uno de sus objetivos optimizar el servicio de atención a la población en beneficio de la administración de justicia. En ese sentido, se ha dado, desde 2016, atención especial a las mujeres víctimas de violencia por razones de género a través del Módulo de Atención Integral Especializado (MAIE), que

cuenta con oficinas a nivel nacional y tiene como objetivo brindar atención especializada mediante equipos de trabajo multidisciplinarios en las áreas de violencia doméstica, violencia intrafamiliar, maltrato por transgresión, violencia sexual y asesorías legales, imponiendo de manera inmediata medidas de seguridad a nivel nacional (en procura de garantizar la protección física de las víctimas). Finalmente, debe comentarse que el Ministerio Público ha destinado fiscales al proyecto estatal denominado Ciudad Mujer, el cual comprende distintos módulos (atención a violencia contra mujeres, atención a adolescentes y niños, módulo de educación comunitaria, de salud sexual y reproductiva, de autonomía económica). El módulo de violencia contra mujeres brinda servicios de atención psicológica y social, apoyo para la elaboración de planes de vida y seguridad, intervención en crisis emocional, manejo de grupos de apoyo y autoayuda, asesoría y representación legal, recepción de denuncias, asistencia e investigación policial y evaluación médica legal.

## 2 Desde el punto de vista de la investigación de formas extremas de violencias en razón de género (femicidios y/o crímenes de odio), ¿cuáles han sido los avances en materia de protocolos y prácticas?, ¿cuáles son las cuestiones pendientes?

**Jennifer Guachalla (Bolivia) (contesta conjuntamente las preguntas 1 y 2):** En mi opinión, la problemática de género en el sector justicia puede analizarse en tres ámbitos o dimensiones, al interior de las cuales se pueden identificar algunas políticas destacables, prioridades y temas pendientes: a) género y administración de justicia, b) género y Órgano Judicial, y c) algunos temas/problemas específicos relacionados con la Justicia y el género.

### a) Género y administración de justicia

Entre las principales causas que impiden u obstaculizan el acceso a la Justicia de las mujeres en Bolivia, se encuentran:

- La persistencia de leyes, políticas y prácticas que discriminan a la mujer y que no tienen en cuenta el objetivo de la igualdad de género.

Por ejemplo, la Ley General del Trabajo (1939) “prohíbe el trabajo de mujeres y de menores en labo-



res peligrosas, insalubres, pesadas, y en ocupaciones que perjudiquen su moralidad y buenas costumbres” (artículo 59). También prohíbe el trabajo nocturno de mujeres y menores de 18 años (artículo 60).

- La ausencia de condiciones institucionales y materiales para hacer efectivo el derecho de acceso a la Justicia de las mujeres. Existe poca disponibilidad de servicios de asistencia jurídica adecuada a problemáticas específicas de las mujeres.
- Sólo existen 24 juzgados que conocen casos de violencia en ciudades capitales y El Alto (Consejo Magistratura, 2017).
- El Servicio Plurinacional de Atención a la Víctima sólo cuenta con ocho oficinas, en cinco departamentos y 17 defensores a nivel nacional (SEPDAMI, 2108)
- Sólo 200 de 340 municipios cuentan con Servicio Legal Integral Municipal (ERBOL, 2014).

#### b) Género y sistema judicial

En este ámbito, es necesario incorporar la perspectiva de género en el quehacer de las instituciones del sistema judicial. Esto implica que las múltiples funciones que desempeñan la mujer y el hombre deben ser tenidas en cuenta en los procedimientos de trabajo del poder judicial y otras instituciones que componen el sistema, incluidas las actividades cotidianas y la planificación general de dichas instituciones (ONU, 2011).

Como políticas destacables en este ámbito podemos mencionar al menos dos: la creación del Comité de Género compuesto por magistradas del Órgano Judicial (2014) y la aprobación de la Política de género del Órgano Judicial (2016).

En ese contexto y en relación con las cuestiones pendientes me parece que es imprescindible:

- Incorporar el enfoque de género en la planificación estratégica de las instituciones judiciales.

El Plan Estratégico Institucional (PEI) del Órgano Judicial, sólo incluye un indicador en materia de género: “Tres planes de equidad de género han sido implementados en el Órgano Judicial”.

#### Objetivo Estratégico

- Eliminar el lenguaje y estereotipos sexistas. El sistema judicial debe promover que las “decisiones, actas y notas informativas empleen un lenguaje no sexista para evitar la reproducción y la promoción

de una visión androcéntrica del mundo” (ONU, 2011, pág. 12). PEI Órgano Judicial, acciones estratégicas objetivo estratégico 1: “Eliminar y/o reducir las barreras de acceso a la Justicia (idiomáticas, actitudinales y culturales) incorporando enfoques diferenciados para personas en situación de vulnerabilidad (...) procesos de comunicación asertiva, uso del lenguaje accesible e inclusivo, entre otros”.

Los estereotipos están directamente relacionados con la adopción o aplicación de leyes, políticas y prácticas que discriminan a la mujer (ONU, 2011, pág. 12). En Bolivia aún es posible identificar casos gravísimos de violación de derechos de las mujeres, cuyo origen es la visión patriarcal y androcéntrica que prevalece en la sociedad y en los administradores de justicia.

Por ejemplo, un estudio de caso realizado por el Centro Juana Azurduy de Sucre de una sentencia de esa ciudad emitida el 12 de septiembre de 2005 establece que:

“(...) una menor de 13 años es violada, (y el juez) libera al violador de toda culpa, basado en que la víctima era ‘una persona no tímida, sino coqueta’, ignorando que la normativa penal determina que las relaciones sexuales con una menor de 14 años, así sean consentidas, constituyen delito de violación. (...) el juzgador valora el comportamiento de la víctima para decidir si es merecedora o no de la protección jurídica; es decir, el bien jurídico tutelado que es la libertad sexual se ve anulado cuando ella rompe los estereotipos imaginarios del ser mujer” (Carrasco, Padilla, y Noya, 2014, pág. 78).

- Generar estadísticas desagregadas por género para la formulación de políticas judiciales, con la finalidad de encausar mejor la labor de formulación y planificación de estrategias sectoriales (ONU, 2011, pág. 22).

En Bolivia, el Órgano Judicial no cuenta con estadísticas sobre el número de mujeres (u otra población en situación de vulnerabilidad) que presentan demandas ante el Órgano Judicial, o la materia en la cual las presentan. Porque, la información sobre los usuarios del servicio de justicia no se desagrega por la condición de vulnerabilidad de las partes. En consecuencia, no cuenta con la información suficiente para definir políticas a favor de estas poblaciones (OACNUDH Bolivia, 2017, pág. 78).

- Promover la representación adecuada de la mujer en el sistema judicial, con el fin de “garantizar que las perspectivas de la mujer sean tenidas en cuenta en la administración de justicia” (ONU, 2011, pág. 11).

Según últimos datos disponibles (Anuario estadístico judicial, 2015), el 58,7 por ciento de los jueces eran varones, el 36,7 por ciento mujeres y existía un 4,6 por ciento de cargos pendientes de nombramiento

- Promover condiciones laborales favorables a las mujeres, tales como la igualdad en los salarios, paridad en el acceso a cargos de jueces y administrativos, aplicación de medidas de acción afirmativa.

El Órgano Judicial no publica información sobre los salarios del personal desagregada por sexo y nivel o jerarquía laboral.

- Sensibilizar a funcionarios del sistema judicial sobre derechos de las mujeres:

Como una política destacable en este ámbito podemos señalar que entre 2014 y 2016 la Escuela de Jueces elaboró e implementó un diseño curricular de formación inicial de jueces sobre derechos humanos y género (2014).

- Promover el ingreso de mujeres en la carrera judicial:

En este ámbito se destaca el Reglamento de Carrera Judicial (aprobado mediante el Acuerdo N° 053/2018 del Consejo de la Magistratura) que establece en el Artículo 9: “(Designación). El Consejo de la Magistratura, por acuerdo de Sala Plena procederá a la designación de juezas y jueces, de la nómina de egresadas y egresados, de la Escuela de Jueces del Estado, de acuerdo con la calificación obtenida y previo cumplimiento de los requisitos generales y específicos previstos para el cargo, tomando en cuenta criterios de género, especialidad y plurinacionalidad”.

Finalmente, es importante destacar el rol del Órgano Judicial en la promoción de los derechos de las mujeres.

El sistema de administración de justicia desempeña un papel crucial en la protección efectiva de los derechos humanos el empoderamiento y el desarrollo de la mujer, así como en la promoción de la igualdad de género (ONU, 2011, pág. 19).

En este ámbito es importante destacar la aprobación del Protocolo de elaboración de sentencias con enfoque de género (2016) promovido por el Comité de Género del Órgano Judicial.

### c) Principales ámbitos en los que las mujeres entran en contacto con los servicios de justicia

Las mujeres entran en contacto con la justicia penal, principalmente en dos tipos de circunstancias:

- Como víctima de violencia en razón de género.
- En Bolivia el 75 por ciento de mujeres sufrieron algún tipo de violencia por parte de su pareja (INE, 2016, pág. 6).
- Sólo existen 24 juzgados que conocen de violencia en ciudades capitales y El Alto (Consejo Magistratura, 2017).
- Los juzgados de instrucción de VCM rechazan el 46 por ciento de las denuncias y solo el 7 por ciento de los casos pasan el Tribunal de Sentencia (Consejo Magistratura, 2017).
- Y, como imputada por la comisión de un delito.
- 8,25 por ciento de la población penitenciaria de adultos es mujer, de las cuales el 69 por ciento está en situación de detención preventiva (Ministerio Gobierno, 2018).
- 9 por ciento de los adolescentes en conflicto con la ley, son mujeres (UNICEF-Ministerio de Justicia, 2018), no existen datos sobre detención preventiva desagregados por género.

Por otra parte, en base a la experiencia de otros países, podemos inferir que, en Bolivia, las mujeres acuden al sistema judicial, principalmente, por conflictos relacionados con la pareja y los hijos (jurisdicción familiar) y cuando ven afectados sus derechos laborales (jurisdicción laboral). Sin embargo, en Bolivia es imposible conocer cuántas mujeres acuden a la Justicia por éstos u otro tipo de conflictos, porque los datos no están desagregados por género.

**Patricia Lanzani (Uruguay):** Con respecto a femicidio o crímenes de odio, Uruguay no cuenta con un delito autónomo, es una circunstancia agravante muy especial del delito de homicidio de acuerdo con la ley 19.538, que se establece en los artículos 311 y 312 del Código Penal, a saber:

Artículo 1° - Sustitúyese el numeral 1° del artículo 311 del Código Penal por el siguiente:

“Artículo 1°. Cuando se cometiere en la persona del ascendiente o del descendiente legítimo o natural, del hermano legítimo o natural, del padre o del hijo adoptivo, del cónyuge, del concubino o concu-

bina; y también cuando se cometiere en la persona del ex cónyuge, del ex concubino o ex concubina o de alguien con quien el agente tuviere o hubiere tenido una relación de afectividad e intimidad de índole sexual, si el vínculo anterior o actual fue la causa del delito y no se configurare una circunstancia agravante muy especial”.

Artículo 2º: Agrégase al artículo 311 del Código Penal el siguiente numeral:

“5º. Si se hubiera cometido en presencia de personas menores de edad”.

Artículo 3º: Agréganse los siguientes numerales al artículo 312 del Código Penal:

“7. Como acto de discriminación por la orientación sexual, identidad de género, raza u origen étnico, religión o discapacidad.

8. (Femicidio) Contra una mujer por motivos de odio, desprecio o menosprecio, por su condición de tal.

Sin perjuicio de otras manifestaciones, se considerará que son indicios que hacen presumir la existencia del móvil de odio, desprecio o menosprecio, cuando:

- a) A la muerte le hubiera precedido algún incidente de violencia física, psicológica, sexual, económica o de otro tipo, cometido por el autor contra la mujer, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima.
- b) La víctima se hubiera negado a establecer o reanudar con el autor una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad.
- c) Previo a la muerte de la mujer el autor hubiera cometido contra ella cualquier conducta que atente contra su libertad sexual.

En todos los casos, las presunciones admitirán prueba en contrario”.

La Unidad Especializada en Género de la Fiscalía General de la Nación proyecta, para el año 2019, la elaboración, adecuación y aplicación del Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razón de Género (femicidio/ feminicidio) en nuestro país.

**Ana Paola Hall (Honduras):** En el 2017, la Organización de Naciones Unidas capacitó a funcionarios de Honduras en el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género, impulsado por el alto comisionado

de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos.

El objetivo fue mejorar las prácticas de los funcionarios y brindarles las herramientas necesarias de investigación, además de profundizar en la prevención de casos, la sanción de los responsables y la reparación de las personas afectadas. Los participantes se actualizaron en los elementos fundamentales de la teoría de género, la definición y tipos de feminicidios, sus condiciones estructurales, modalidades delictivas, análisis de género, la interseccionalidad de las discriminaciones en la investigación penal de esas muertes y los signos de indicios de un feminicidio bajo el estándar internacional de la debida diligencia aplicado a las muertes violentas de mujeres por razones de género.

La OCANUDH tiene el objetivo de continuar estas capacitaciones en 2019; lo cual coincide con las recomendaciones generales del Grupo de expertos sobre el asesinato de mujeres y niñas por razones de género realizadas en el contexto del examen de las formas de prevenir, investigar, enjuiciar y castigar más eficazmente el asesinato de mujeres y niñas por razones de género instó a los Estados miembros a la actuación diligente para atajar los actos de violencia contra las mujeres y a fortalecer la respuesta de la justicia penal a ese problema y dentro de las recomendaciones generales establece: tener en cuenta el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación del Asesinato de Mujeres por Razones de Género, elaborado recientemente por el ACNUDH y ONU-Mujeres y estudiar la posibilidad de elaborar instrumentos similares para otras regiones.

### 3 ¿Se han adoptado en su país políticas de persecución penal basadas en la necesidad de responder a la violencia de género? En su caso, ¿cuáles considera han sido aciertos y cuáles errores?

**Patricia Lanzani (Uruguay):** En Uruguay, se han aprobado varias leyes con el propósito de dar respuesta a la violencia de género: Ley 17.815 (Violencia Sexual Comercial y No Comercial Cometida contra Niños y Adolescentes o Incapaces), Ley 19.580 (Ley de Violencia hacia las Mujeres Basada en Género), Ley 19.643 (Ley de Prevención y Combate de la Trata de Personas), Ley 19.538 (Modificación de los artículos 311 y 312

del Código Penal relacionados con actos de discriminación y femicidio), Ley 18.104 (Igualdad de Derechos y Oportunidades entre Hombres y Mujeres en la República), Instrucciones Generales de la Fiscalía General de la Nación relacionadas a Violencia Doméstica y Abuso Sexual, entre otras.

Toda la normativa aprobada representa un importante avance en nuestro país en cuanto al cumplimiento de las Convenciones Internacionales (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” y la CEDAW, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) para la erradicación de la violencia de género.

**Ana Paola Hall (Honduras):** Ante la creciente demanda de la población de esclarecer los casos de violencia de género, sobre todo los que resultan en la muerte de la mujer y de crear mecanismos de persecución penal más efectivos, se creó recientemente la Comisión Interinstitucional contra Femicidios, conformada por el Ministerio Público (Agencia Técnica de Investigación Criminal y Fiscalía de Delitos contra la Vida), las Secretarías de Seguridad, Derechos Humanos, Justicia, Gobernación y Descentralización y el Instituto Nacional de la Mujer.

A través de la misma se espera que a nivel interinstitucional se identifiquen los obstáculos para la mejora en prevención e investigación de la muerte contra la mujer por razón de género y se establezcan políticas que coadyuven en ese sentido.

#### 4 ¿Cuáles considera que son las prioridades en materia de justicia y género en su país?

**Jennifer Guachalla (Bolivia) (contesta conjuntamente las preguntas 3 y 4):** El 9 de marzo de 2013, se promulgó la Ley N° 348, Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, que tiene por objeto establecer mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección y reparación a las mujeres en situación de violencia, así como la persecución y sanción a los agresores, con el fin de garantizar a las mujeres una vida digna y el ejercicio pleno de sus derechos para Vivir Bien.

Asimismo se han aprobado algunos instrumentos destinados a cualificar la investigación y sanción de la

violencia contra la mujer, tales como: a) el “Protocolo y ruta crítica interinstitucionales para la atención y protección a víctimas, en el marco de la Ley N° 348: ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia” (Ministerio Público, 2014), b) el Protocolo de la Fuerza Especial De Lucha Contra La Violencia “Genoveva Ríos”, para la atención de casos en el marco de la Ley N° 348 (FELCV, 2014) y c) la Guía de “acción directa” en hechos de violencia contra las mujeres (Policía boliviana, 2015).

Sin embargo, los problemas en el procesamiento de casos de violencia contra la mujer en el sistema penal boliviano, derivan de los problemas estructurales que aquejan al sistema judicial en el país.

Entre los más evidentes, podemos citar a: la escasa producción de información judicial con enfoque de género; los reducidos recursos (económicos, humanos y técnicos) con los que cuentan las instituciones operadoras de justicia penal; la excesiva movilidad de jueces y fiscales que hace casi imposible su especialización; la escasa capacidad de investigación y producción de pruebas del Ministerio Público; la corrupción; entre otros (Guachalla, 2018).

Los servicios periciales adolecen de serias falencias de cobertura y de tiempos de procesamiento de las pericias (OACNUDH Bolivia, 2017a, página 299). Pero también se observa incumplimiento de fiscales y policías de su deber de investigar de manera diligente los hechos de violencia.

Por otra parte, existen un conjunto de problemas –que también derivan de problemas estructurales de la Justicia– pero que afectan principalmente a las víctimas de delitos de violencia contra la mujer, tales como: los estereotipos de género y la discriminación (por edad, condición étnica, económica, etc.); la excesiva dificultad en la obtención de documentos básicos para iniciar el proceso penal por violencia (como los certificados médicos forenses), la falta de medidas de protección oportunas, los reducidos servicios de asistencia jurídica gratuitos a los que pueden acudir las víctimas de violencia de escasos recursos; el traspaso de la carga de la prueba y los costos económicos de la investigación a la víctima; la victimización secundaria; entre otros.

A pesar que la Ley 348 (artículo 20) prevé que los médicos del Sistema de Salud Público pueden extender de oficio un certificado médico a mujeres que re-

quieran atención por daño físico o sexual emergente de actos de violencia, que luego deben homologar los médicos forenses, en la práctica el Ministerio Público sólo acepta como prueba ofrecida por la víctima certificados extendidos por médicos forenses, cuyo número es bajísimo en proporción a la población (Guachalla, 2018).

Asimismo, todos los problemas descritos ocasionan retardación de justicia e impunidad, que afectan principalmente a mujeres víctimas de violencia sobre las que confluyen otros factores de vulnerabilidad (condición étnica, pobreza, desempleo, etc.).

La brecha que existe entre los plazos legales y los plazos reales es tan grande, que es una de las principales causas del abandono de los procesos por parte de las víctimas (Baptista y Mamani, 2014, página 103). La fase de investigación del proceso penal "es para las mujeres tan desgastante, que muy pocas llegan con el ánimo de continuar con el proceso, pues hasta esta etapa han transcurrido entre 2 y 3 años" (Baptista y Mamani, 2014, página 106).

Según el Anuario Estadístico Judicial de 2016, el 64 por ciento de los casos radicados en juzgados de instrucción penal y el 69 por ciento de los casos radicados en juzgados de instrucción de violencia contra la mujer, quedaron pendientes de resolución para la gestión 2017 (Consejo Magistratura, 2017).

De acuerdo al Ministerio Público en 2016 (Ministerio Público, 2017) el 69 por ciento de los casos de violencia contra la mujer se encontraban en la etapa preliminar (previa a la imputación formal) y el 21 por ciento en la etapa preparatoria (previa al juicio) del proceso penal, es decir que el 90 por ciento de las denuncias permanecen estancadas en estas etapas del proceso.

Asimismo, llama la atención los elevados porcentajes de: a) rechazo de casos en los juzgados de violencia contra la mujer (47 por ciento del total de casos resueltos por los juzgados de violencia contra la mujer) y b) casos en los que el juez se excusó o fue recusado (15 por ciento del total de casos resueltos por los juzgados de violencia contra la mujer) (Consejo Magistratura, 2017).

Es ese contexto, a más de cinco años de la aprobación de la Ley N° 348 es posible afirmar que el enviar todos los casos de violencia contra la mujer a un sistema de justicia penal colapsado, no fue la mejor decisión de política criminal. Principalmente porque con esa decisión, todas las víctimas de violencia fueron

enfrentadas al conjunto de problemas estructurales que actualmente aquejan al sistema penal boliviano.

Es decir que, si queremos mejorar los resultados del sistema de justicia penal en la lucha contra la violencia hacia la mujer, debemos dirigir nuestros esfuerzos a superar el conjunto de problemas estructurales que actualmente aquejan a la Justicia en Bolivia y que repercuten de forma perversa sobre las víctimas de violencia (Guachalla, 2018).

**Patricia Lanzani (Uruguay):** El trabajo interinstitucional, la transversalización, prevención, investigación, sanción, reparación, el trabajo tanto en los espacios públicos, privados e institucional, los cuales se manifiestan en la normativa, dan cuenta del interés en combatir la violencia de género y crear los mecanismos necesarios para garantizar un real acceso a la Justicia, en cumplimiento de las convenciones internacional en la temática y las Reglas de Santiago, Reglas de Brasilia, etc.

**Ana Paola Hall (Honduras):** La búsqueda de mecanismos que permitan prevenir la violencia de género, la investigación y judicialización de delitos que implican violencia de género. Y sobre todo, el replanteamiento de la regulación legal de la figura de violencia doméstica, la cual se contiene en una ley penal especial extra penal. Asimismo, se requiere analizar los criterios para aplicar el delito de violencia intrafamiliar que en muchos casos suele judicializarse posteriormente a existir un caso de violencia doméstica, cuando el tipo penal no la prevé como una condición de procedibilidad.

## 5 ¿Existen en su país salidas alternativas al juicio penal en casos que involucran violencias de género? En caso de que existan, ¿podría describirlas?

**Patricia Lanzani (Uruguay):** El Código del Proceso Penal-Ley 19.293 y sus modificativas, establece vías alternativas de solución de conflicto: mediación extra procesal (artículo 382.7), suspensión condicional del proceso (artículo 383) y acuerdos reparatorios (artículo 394) pero se excluyen estas vías en los casos de delitos de violencia sexual o explotación sexual del delito de violencia doméstica, así como respecto de otros tipos penales que se hayan cometido como forma de ejercer violencia basada en género.



En cuanto a la suspensión condicional del proceso no se excluye a texto expreso la utilización de esta vía, pero por las Instrucciones Generales número 5 y 6 de la Fiscalía General de la Nación y de acuerdo a los estándares internacionales no corresponde su aplicación por partes de los fiscales en caso de estar frente a los delitos mencionados anteriormente.

**Ana Paola Hall (Honduras):** De acuerdo a la Ley contra la Violencia Doméstica, ésta constituye todo patrón de conducta asociado a una situación de ejercicio desigual de poder que se manifieste en uso de la violencia física, psicológica, patrimonial y/o económica y sexual. Es decir, que la ley considera formas de violencia doméstica las siguientes:

- a) Violencia física: acción u omisión que produce un daño o menoscabo a la integridad corporal de la mujer, no tipificada como delito en el Código Penal (CP).
- b) Violencia psicológica: acción u omisión cuyo propósito sea degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de la mujer, por medio de la intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento, encierro o cualquier otra conducta u omisión que implique un perjuicio en el desarrollo integral o la autodeterminación de la mujer, o que ocasione daño emocional, disminuya la autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo de la mujer, ejerciendo actos en descrédito de la mujer o menosprecio al valor personal o dignidad, tratos humillantes o vejatorios, vigilancia, aislamiento, insultos el chantaje, degradación, ridiculizar, manipular, explotar o amenazar con el alejamiento de los (as) hijos(as), entre otras.
- c) Violencia sexual: conducta que entrañe amenaza o intimidación que afecte la integridad o la autodeterminación sexual de la mujer, tal como las relaciones sexuales no deseadas, la negación a anti-concepción y protección, entre otras, siempre que dichas acciones no se encuentren tipificadas como delito en el CP.
- d) Violencia patrimonial y/ o económica: acto u omisión que implica pérdida, transformación, negación, sustracción, destrucción, retención de objetos, documentos personales, bienes muebles y/o inmuebles, valores, derechos o recursos económi-

cos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer o del grupo familiar, incluyendo el menoscabo, reducción o negación que afecten los ingresos de la mujer o el incumplimiento de obligaciones alimentarias.

El CP tipifica el delito de violencia intrafamiliar que consiste en el empleo de fuerza, intimidación o haga objeto de persecución a un cónyuge o ex-cónyuge, a la persona con quien conviva o haya mantenido una relación concubinaria o a aquella quien haya procreado un hijo, con la finalidad de causarle daño físico o emocional o para dañar sus bienes. La sanción es reclusión de 1 a 3 años (sin perjuicio de la pena que corresponda a las lesiones o daños causados). La aplicación de figuras alternas como la conciliación son aplicadas en casos de violencia intrafamiliar con frecuencia. Distinta es la situación en el delito de femicidio donde la pena prevista no permite recurrir a salidas alternas.

## 6 ¿Cree que las salidas alternativas al juicio son compatibles con las exigencias de eficacia en torno a los casos que versan sobre violencias de género o, por el contrario, cree que estos casos deben ir a juicio sin excepciones?

**Patricia Lanzani (Uruguay):** En Uruguay se entiende que no corresponde su aplicación, tal como se hizo referencia en el numeral anterior. Es decir, los estándares internacionales prohíben las vías alternativas de solución de conflicto en estos casos y nuestra normativa interna mantuvo la misma postura de excluir su aplicación.

**Ana Paola Hall (Honduras):** Considero que deben revisarse algunos parámetros, por ejemplo en los casos de suspensión condicional de la persecución penal donde el Código Procesal Penal requiere que el Ministerio Público compruebe que el imputado y la víctima han llegado a un acuerdo sobre la reparación del daño, el afianzamiento suficiente de la reparación o sobre la asunción formal de la obligación de repararlo por parte del imputado; debe analizarse la condición de vulnerabilidad de la víctima y si tiene posibilidad de, en ese momento, estar en condiciones que le permitan llegar a acuerdos en condiciones de igualdad, lo mismo en casos de conciliación.

**7** ¿Qué tipo de transformaciones estima que deberían realizarse en los sistemas de imposición, gestión y control de salidas alternativas en los casos que versan sobre violencia de género teniendo en miras la eficacia de una tutela judicial efectiva?

**Patricia Lanzani (Uruguay):** En el caso de Uruguay como no se puede arribar a estas vías en dicha materia no se presentan problemas al respecto. El Estado uruguayo asume la obligación de garantizar que toda la normativa referente a género parta desde el respeto absoluto de los Derechos Humanos.

**Ana Paola Hall (Honduras):** Se precisa contar con unidades a cargo de la evaluación de las víctimas al momento de considerar aplicaciones de salidas alternas a fin de verificar lo antes planteado. Se precisa, además, un sistema de control de las salidas para analizar su efectividad y que con base en ello se adopten políticas internas de aplicación o se realicen las reformas legales en caso de ser necesarias.

**Jennifer Guachalla (Bolivia) (contesta conjuntamente las preguntas 5, 6 y 7):** En Bolivia existen salidas alternativas al juicio penal, y su aplicación en general es escasa. Lo mismo ocurre en los casos que involucran violencias de género, su aplicación apenas alcanza al 3 por ciento del total de causas “resueltas” por los juzgados de violencia.

**Juzgados instrucción violencia contra la mujer. Ciudades capitales y El Alto**

CIUDADES	Remisión a juzgado o tribunal de sentencia por conclusión audiencia conclusiva	Remisión a juzgado o tribunal de sentencia con acusación formal	Procedimiento abreviado	Criterio de oportunidad	Suspensión condicional del proceso	Conciliación	Sobreseimiento	Otras formas de extinción de la acción	Rechazo de la denuncia	Conversión de acciones (art. 28CPP numeral 1,2,3)	Declinatoria e inhibitoria	Excusa	Recusa	Otras	Total causas resueltas en la gestión
Sucre	18	108	140	368	111	8	62	89	1311	0	333	946	1276	942	5712
La Paz	25	87	59	41	27	57	27	120	496	0	18	10	2	0	969
El Alto	0	29	8	1	12	3	7	6	421	1	2	0	0	0	490
Cochabamba	0	57	56	2	8	86	28	69	360	1	0	0	0	1	668
Oruro	1	115	13	3	117	4	74	7	484	0	2	3	2	0	825
Potosí	29	121	16	76	26	2	38	529	1538	0	5	0	0	1	2381
Tarija	0	225	7	438	14	0	22	20	427	0	32	0	0	83	1268
Santa Cruz	8	112	89	2	59	30	11	19	1743	0	54	1	4	2	2134
Trinidad	3	32	31	11	15	109	6	1	55	0	14	1	0	0	278
Cobija	0	101	7	0	48	49	0	0	210	0	0	0	0	0	415
Totales	84	987	426	942	437	348	275	860	7045	2	460	961	1284	1029	15140
%	0,55	6,52	2,81	6,22	2,89	2,30	1,82	5,68	46,53	0,01	3,04	6,35	8,48	6,80	100

Fuente: Consejo Magistratura, 2017, página 546.

Considerando que en Bolivia casi la mitad de los casos conocidos por los juzgados de violencia se “resuelven” rechazándolos (47 por ciento), creo que una salida alternativa al juicio como la suspensión condicional del proceso, al menos es una respuesta del sistema a la víctima, la misma que aún tiene la posibilidad de reactivar el caso y proseguir con el proceso en caso de que los hechos de violencia se vuelvan a repetir.

Ahora bien, en el mundo ideal estas medidas debían ir acompañadas de sistemas de protección a la víctima, de imposición, gestión y control de salidas alternativas, que lastimosamente en Bolivia aún son inexistentes.

### Bibliografía citada por Jennifer Guachalla

- Consejo Magistratura. (2017). Anuario Estadístico Judicial 2016. Sucre: Consejo de la Magistratura.
- Erbol. (12 de septiembre de 2014). Solo 200 de 340 municipios cuentan con Servicio Legal Integral Municipal. Obtenido de [www.erbol.com.bo](http://www.erbol.com.bo)
- FELCV. (Noviembre de 2014). Protocolo de la Fuerza Especial De Lucha Contra La Violencia “Genoveva Ríos” para la Atención de Casos en el Marco de la Ley N° 348. La Paz. Disponible en: <http://www.comunidad.org.bo/assets/archivos/publicacion/8a41bc3a519e9fda4e3360df92a23a73.pdf>
- Guachalla, J. (Julio de 2018). Violencia contra la mujer y la administración de justicia en Bolivia. Revista Digital APP, Año 1, N° 1. Bolivia. Disponible en: <http://bo.pensamientopenal.org/revista-digital/articulo-jennifer-guachalla/>
- Ministerio Gobierno. (Julio de 2018). Informe sobre Población Penitenciaria. La Paz.
- Ministerio Público. (Noviembre de 2014). Protocolo y ruta crítica interinstitucionales para la atención y protección a víctimas, en el marco de la Ley N° 348: Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia. Sucre.
- Ministerio Público. (2017). Informe FEVAP. Sucre.
- ONU. (2011). Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Knaul A/HRC/17/30. Disponible de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/130/18/PDF/G1113018.pdf?OpenElement>
- Policía Boliviana. (Abril de 2015). Guía de “acción directa” en hechos de violencia contra las mujeres. SEPDAVI. (2108). La Paz. Disponible en: <http://www.comunidad.org.bo/assets/archivos/publicacion/ce03f0114a258355595d04d940a740da.pdf>
- UNICEF - Ministerio de Justicia. (2018). Actualización del diagnóstico situacional del funcionamiento sobre el sistema penal para adolescentes. La Paz.

# reseñas bibliográficas

## reseñas bibliográficas

### El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva - Lucía Núñez

**Mariana Romanelli**

Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

En el presente libro, Lucía Núñez desarrolla en los primeros dos capítulos una sofisticada teoría general vinculada al discurso penal con el fin de encarar, en los últimos dos capítulos, el abordaje de tipos penales modernos vinculados a afectaciones que suelen ser específicas de los derechos fundamentales de las mujeres.

En el capítulo 1, la autora hace un análisis sobre la relación entre el género y el discurso penal. Este análisis busca poner en pugna lo que se suele afirmar respecto a la abstracción que hace la ley penal en cuanto procura ignorar las diferencias tanto biológicas como sociales de las personas y afirma que se trata de “una típica visión heterosexual y maniquea de las relaciones de género” que pretende ser ahistórica. Para ello, hace un recorrido por las principales teóricas feministas que han tratado el tema en distintas partes del mundo con el fin de explorar la construcción histórica de las categorías de masculinidad y feminidad tomando en cuenta que, según De Lauretis, estas categorías existen hoy en términos sistemáticos y hasta predictivos. La autora concluye, siguiendo a Judith Butler, que hay que admitir que sobre la matriz de ideología de género se erige una concepción de la vida social con la que deben arreglarse los actos, por lo tanto, la ley penal no solo recoge un contenido de género, sino que también lo crea.

Es así que en el capítulo 2 se ocupa de explicar, a través de un análisis pormenorizado de la teoría llamada *Labelling approach* (teoría del etiquetamiento), cómo la ley penal invoca subjetividades de género en el discurso y cómo, a su vez, se determinan coordenadas de subjetivación de género que, al enmarcar a los



individuos, los califican como anormales a partir de lo que Louis Althusser llamó *interpelación* como función que constituye al sujeto. Al respecto, y tomando a la ley penal como una tecnología de poder dado que el discurso de la ley penal es potencialmente *performativo*, surge la pregunta de quiénes son los que en determinado momento y situación concreta tienen el poder de definir estos conceptos.

En los Capítulos 3 y 4 busca, a partir de tipos penales modernos como la violación, abuso sexual, aborto, violencia familiar entre otros, cómo responder las siguientes preguntas: ¿cómo se debe actuar según los mandamientos de la *ley soberana*?, ¿cómo se deben constituir o se constituyen los sujetos sexuados en sujetos de género?, ¿cómo es que el discurso penal invoca subjetividades de género?

En definitiva, la propuesta de la autora es invitar al lector y lectora a embarcarse en un análisis reflexivo basado en un enfoque del uso mínimo del derecho penal en relación con la pretendida objetividad que invoca el discurso penal respecto del cuerpo material y un supuesto lenguaje *neutro*. Invitación que nadie puede darse el lujo de rechazar en los tiempos complejos en los que nos encontramos inmersos.

## Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina

Laura Cora Bogani  
Investigadora del CEJA.

En esta oportunidad, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), con el financiamiento de Global Affairs Canada (GAC), desarrolló un estudio de alcance regional sobre la situación del gobierno judicial en América Latina.

Su principal finalidad fue el propiciar información que se constituya en un insumo que aporte tanto a la renovación, como a la profundización del debate actual sobre la independencia de los jueces en la región.

El compromiso de CEJA con la reforma de los sistemas de justicia latinoamericanos es también consolidar el campo político de la Justicia, entendido en su sentido republicano de Poder Público al servicio de la ciudadanía, y conseguido a través del respeto a los principios de la buena administración y de la autonomía funcional de jueces y juezas para hacer cumplir las leyes y las respectivas Constituciones de sus países.

Bajo la dirección de Alberto Binder y Leonel González Postigo, se tomaron para el desarrollo de esta investigación cinco realidades nacionales explicadas por Javier Mokritzky (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales -INECIP-, Argentina), Juan Enrique Vargas (Universidad Diego Portales, Chile), Ana María Ramos (Corporación Excelencia en la Justicia, Colombia), Javier Monterroso (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, Guatemala) y Alberto Poletti Adorno (Centro de Estudios Judiciales -CEJ-, Paraguay). Cada una de ellas dan cuenta de la existencia de diferentes grados de discusión y avances en relación a la independencia y fortalecimiento del Poder Judicial. Si bien no se trata de un estudio con pretensiones de representatividad regional, las cinco realidades nacionales que se han investigado dan cuenta de las principales corrientes y escenarios que se han extendido en los poderes judiciales de América Latina: Cortes Supremas con un rol protagónico en el gobierno y administración del Poder Judicial (Chile y Guatemala);



Consejos de la Magistratura con más de 20 años de funcionamiento (Colombia y Argentina); y sistemas de repartición de responsabilidades entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura (Paraguay).

Además de una propuesta de discusión conceptual sobre el tema, que abarca una aproximación a la historia de la independencia del Poder Judicial en América Latina, la directriz metodológica propuesta por CEJA a los estudios locales define las variables que deben enmarcar las investigaciones sobre este particular: el marco constitucional y legal; la dimensión de gestión del gobierno; la dimensión de gestión administrativa; la dimensión presupuestaria; los procesos disciplinarios aplicables a los jueces y juezas; el funcionamiento de las asociaciones judiciales y la participación de jueces y juezas en el gobierno judicial; las dimensiones sociales de fortalecimiento del Poder Judicial; y finalmente la relación del Poder Judicial con otros poderes políticos.

Los interrogantes a los que busca dar respuesta la investigación son si, además del valor personal del juez y el sentido de su función, ¿está preparada la institucionalidad del Poder Judicial para fortalecer y ayudar a la independencia judicial? ¿El dotar de autonomía política a la organización de los jueces, que ha sido la solución histórica de nuestras constituciones, significa automáticamente que cada juez se volverá independiente? ¿El gobierno de esa autonomía por los tribunales superiores ayuda a la independencia judicial o ha acentuado la dependencia interna? ¿Qué variantes existen acerca del gobierno de esa autonomía en



nuestra región? ¿O todas ellas responden, por fuera de sus particularidades, a un mismo patrón histórico?

La debilidad del Poder Judicial ha sido y es, uno de los grandes problemas del sistema político latinoamericano. Si esta necesidad fue percibida como un problema político, porque se construyó la noción de que las repúblicas democráticas de nuestra región necesitaban, de cierto modo, un nuevo funcionamiento del Poder Judicial, y por una serie de razones, la configuración del sistema judicial con el que la gran mayoría de países ingresaban a esta etapa, no era la más idónea y adecuada para lograr tales fines.

En la investigación, también se profundiza el modo en cómo se manifiesta la dialéctica entre nuevas expectativas y viejas realidades; partiendo de la premisa de que la independencia de los jueces es la principal garantía construida para fortalecer la imparcialidad. Entendiendo a su vez, que esa imparcialidad es el núcleo raíz de la idea misma de jurisdicción.

El abordaje realizado, por el cuerpo de investigadores, plantea como elemento esencial, la importancia de independizar las funciones de gobierno judicial y encomendarlas a un órgano o representante con dedicación exclusiva. Y si bien no ha sido el objeto central del estudio, interesa remarcar que las Cortes Supremas debieran asumir exclusivamente las funciones jurisdiccionales y bajo una lógica de construcción de criterios que vuelvan operativa la exigencia de seguridad jurídica.

En la labor de las Cortes Supremas o Consejos de la Magistratura, se puede identificar que aún persiste una confusión manifiesta entre las funciones jurisdiccionales, administrativas y de gobierno. Esta situación, conduce a que exista una planificación e intervención estratégica del Poder Judicial, con debilidades lo cual se refleja en el rol marginal otorgado a la facultad de gobierno.

Un gobierno judicial no puede constituirse solamente en una expresión de administración de las es-

tructuras existentes, de allí que haya estado presente una importante relación de este tema con los procesos de modernización en América Latina. La modernización administrativa no es una necesidad interna sino una forma de garantizar un servicio de calidad. Por ello, en el diseño institucional, es necesario que las instituciones judiciales separen con la mayor claridad posible: jurisdicción, gobierno y administración.

Sin embargo, no se puede extraer de forma concluyente que la función del gobierno sea modernizar el Poder Judicial; la función del gobierno interno es, exclusivamente, preservar, defender, fortalecer y promover la independencia judicial como un mecanismo para garantizar la imparcialidad del juez, frente a la disputa de intereses. Por más que en la actualidad asuma, como una de las tareas prioritarias, preservar al juez de la presión de la estructura de sus colegas, en el marco de organizaciones verticalizadas y jerarquizadas de jueces, que son impropias de la independencia judicial.

En el mismo sentido, el nombramiento de jueces y juezas responde a otro conjunto de problemas, que también se encuentran asociados a la imparcialidad y a la independencia, pero no constituyen, en sentido estricto, un problema del gobierno judicial per se. En este contexto, se debe tener en cuenta que en la mayoría de casos, el sistema inherente al nombramiento de jueces se vincula a métodos y órganos que no tienen que ver con aquéllos que se usan para el gobierno.

A partir de estos elementos sintetizados, el libro concluye con un análisis comparativo entre los informes nacionales, enfatizando similitudes y diferencias de cada una de las realidades contempladas, destacando los principales puntos de atención a los cuales se deben dedicar estudiosos y profesionales interesados en reafirmar el compromiso con una justicia democrática, independiente y efectiva.

## Proyecto: “Mujeres en el proceso civil”

**Paula Ballesteros**

Investigadora del Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA.

En el marco de la Política de Igualdad de Género aprobada por el Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), esta institución firmó el Acuerdo de Cooperación con el Instituto Brasileiro de Derecho Procesal (IBDP) que visa a impulsar actividades que den relevancia y destaque al rol de la mujer en los espacios jurídicos. El acuerdo de cooperación tiene como objetivo específico apoyar la realización del proyecto “Mujeres en el Proceso Civil”, concediéndole becas para cursar el Programa Interamericano de Reforma a la Justicia Civil (PIC) desarrollado por CEJA a las ganadoras de los concursos que ocurran en los congresos promovidos por el proyecto; y también ofreciéndoles la oportunidad de publicar los trabajos/artículos consagrados como los mejores entre los presentados en dicho evento.

Además, la propuesta del acuerdo entre CEJA y el IBDP prevé intercambiar informaciones y experiencias sobre las actividades que destaquen y den lugar a los diferentes y múltiples roles asumidos por las mujeres en su ejercicio profesional en el mundo jurídico, sea como profesoras, investigadoras, abogadas, consultoras, juezas, defensoras, fiscales, u otros.

No es novedad para aquellos y aquellas que frecuentan los eventos que debaten temas de derecho, sean procesal o material, que, en su mayoría, cuando no en su totalidad, los expositores, las charlas magistrales e incluso los homenajeados son hombres. También el material utilizado o producido en el universo jurídico, sean libros, artículos, manuales, proyectos de ley, tienen en su mayoría autoría masculina o son estos los que se destacan como obras clásicas o novedosas. Eso a despecho de que el cuantitativo de hombres y mujeres ingresados/as y egresados/as de los cursos de derecho son equivalentes en casi todos los países de América Latina o, cuando no, la cantidad de mujeres supera la de los varones.

Otro desafío para la Política de Igualdad de Género es que el reconocimiento del protagonismo de mujeres en determinadas áreas, en especial en el derecho civil, ocurre, en general, en aquellos espacios que están relacionados con la construcción social de lo que se entienden como “temas de mujer”, como el derecho

de familia, derechos infanto-juvenil, la conciliación o mediación, todos vinculados al estereotipo de mujer-madre, mujer-protectora, mujer-contenedora.

Considerando este contexto, la colaboración entre CEJA e IBDP parte del ejemplo de la práctica desarrollada en Brasil, pero tiene en el acuerdo de cooperación el instrumento inicial de su extensión hacia otros países del continente y también la perspectiva de integración regional para hacer frente a estos y otros desafíos referentes a la inclusión y equidad de género.

En esta edición de la Revista Sistemas Judiciales ponemos a disposición las primeras obras que se premian fruto de esta cooperación. En la Categoría Iniciantes se reconoció el trabajo de Livia Losso Andreatini intitulado *Coisa julgada sobre questão prejudicial: o necessário equilíbrio entre segurança jurídica e liberdade das partes*<sup>1</sup>; en la Categoría Magister figuró ganadora Hannah Gevartosky con el artículo *Justiça multiportas à brasileira*<sup>2</sup>. El primero discute el tema de la “cosa juzgada” desde la dicotomía entre la seguridad jurídica y la limitación impuesta a las partes para determinar el contenido objetivo de la cosa juzgada. El segundo presenta una problematización de la adaptación del modelo de justicia multi-puertas inspirado en el ejemplo estadounidense hacia la realidad brasileña, identificando los obstáculos que deben ser superados para su plena eficacia.

Con estos y los siguientes trabajos que serán publicados para promocionar la difusión de conocimiento que está siendo producido por las mujeres latinoamericanas en materia jurídica esperamos no solo reconocer el labor de estas profesionales, sino también incentivar a que otros espacios y organizaciones le den visibilidad e igualdad de oportunidades, porque estamos seguros y seguras de que sus contribuciones son de extrema relevancia y calidad y tienen mucho para engrandecer y diversificar las teorías y prácticas jurídicas.

<sup>1</sup> Puede consultarse en <http://bit.ly/2WOYVwC>

<sup>2</sup> Puede consultarse en <http://bit.ly/2uMI2a7>

## Política de Igualdad de Género de CEJA<sup>1</sup>

Lorena Espinosa Olgún

Abogada Investigadora y Coordinadora de la Política de Igualdad de Género

Al adoptar esta política, CEJA se compromete públicamente a institucionalizar la perspectiva de género en todo su trabajo interno y a promover su transversalización institucional en los sistemas de justicia de la región, con miras a contribuir a la igualdad de género y así a un efectivo acceso a la Justicia.



### ¿Cómo surge la Política de Igualdad de Género del CEJA? <sup>1</sup>

Hacia fines del año 2016 y comienzos del 2017, un grupo de mujeres de CEJA tomamos conciencia que, a pesar de la trascendencia que la igualdad de género tiene en materias de justicia, derechos humanos, democracia, gobernabilidad, y en la sociedad en general, como organismo veníamos trabajando, desde el año 1999, con nula conciencia de ello. Esto se constató en el diagnóstico institucional que en materia de género se hizo en CEJA<sup>2</sup>, el cual concluyó que el accionar del organismo se llevaba a cabo con una ausencia total de este enfoque.

A su vez, esta situación colocaba a nuestro organismo en incumplimiento respecto a la recomendación internacional que en 2002 nos hiciera la IV Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA IV), sobre la base del mandato del Comité Directivo de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), de “**incorporar la perspectiva de género en el desarrollo de los proyectos para apoyar los procesos de modernización de la justicia de la región**”<sup>3</sup>.

Así, fueron diversos los antecedentes y las personas que colaboraron en que este proceso comenzara a ges-

tarse, para finalmente ser hoy lo que consideramos uno de los desafíos institucionales más trascendentes de los últimos años. Muchas reflexiones e investigaciones, junto a los consejos de grandes mujeres, nos llevaron a plantear el tema a nivel institucional y a conseguir una verdadera voluntad política de avanzar en la materia.

Así, dimos inicio a un proceso de análisis y diagnóstico que culminó en nuevos desafíos y compromisos institucionales. Este proceso fue liderado por un grupo de personas de CEJA y contó con el apoyo de una consultora y especialista. El 2017 fue el año de diseño y creación de nuestra política, y el 2018 el primer año oficial de implementación. La política fue aprobada por el Consejo Directivo de CEJA en diciembre de 2017.

### ¿Por qué asumimos este compromiso?

Porque llegamos a la convicción que, **para mejorar los sistemas de justicia de la región, y así dar cumplimiento efectivo a la misión y objetivos de nuestra institución, se requería con urgencia incorporar la perspectiva de género en todos los ámbitos y alcances de actuación que tiene CEJA.**

Constatamos las profundas desigualdades y violencias estructurales que gran parte de la sociedad experimenta en su cotidiano vivir y, sobre todo, al intentar ejercer su derecho de acceso a la Justicia. Llegamos a la conclusión que, si no promovíamos sistemas de justicia que garantizaran y respetaran la igualdad de género, los objetivos de una justicia más accesible, eficiente y garante del debido proceso, serían (y lo están siendo en realidad), sólo un lindo discurso para gran parte de la sociedad. Si llevamos a cabo nuestra misión de apo-

<sup>1</sup> La versión digital se encuentra disponible en: [http://cejamericas.org/Documentos/2018/POLITICADEIGUALDADDEGENERYO-PLANESTRATEGICOCEJA-Versiondefinitiva\\_abril2018.pdf](http://cejamericas.org/Documentos/2018/POLITICADEIGUALDADDEGENERYO-PLANESTRATEGICOCEJA-Versiondefinitiva_abril2018.pdf)

<sup>2</sup> En 2017, la consultora y especialista Macarena Bravo llevó a cabo el *Diagnóstico Institucional para el plan de igualdad de género en CEJA*, que permitió conocer el punto de partida del CEJA respecto de la igualdad de género. El análisis se organizó por área de actuación, de manera tal que abarcara todos los ámbitos de organización, funcionamiento y actuación del organismo. Sus conclusiones se encuentran en el Anexo de la Política de Igualdad institucional.

<sup>3</sup> Seguimiento del Programa Interamericano. (30 y 31 de julio 2002). Sepia II - Reunión Género y Justicia. Washington, D.C. OEA/Ser.L/II.7.8.

yar reformas y modernizaciones a la Justicia sin enfoque de género, la Justicia podría estar mejorando solo para aquellas personas que tradicional y mayoritariamente han podido gozar de ella (hombres con identidades de género y orientaciones sexuales hegemónicas).

## ¿Qué esperamos y qué nos hemos propuesto al adoptar esta política?

La finalidad última de nuestra política es aumentar la igualdad de género en los sistemas de justicia de nuestra región. Esto quiere decir que todos sus objetivos y actuaciones han sido pensados hacia dicho horizonte. Esperamos que con el tiempo la igualdad de género se haga realmente efectiva, aumente su operatividad, y se inserte en la esencia de la función pública de administración de justicia.

Para contribuir a la realización de dicho resultado, nos comprometimos a incorporar de manera institucional la perspectiva de género en todo nuestro trabajo interno, y también a promover su transversalización en los sistemas de justicia de la región.

Dicho compromiso se pretende llevar a cabo cumpliendo los siguientes objetivos intermedios:

1. Instalar la práctica en los y las profesionales del CEJA de incorporar la perspectiva de género en sus procesos de trabajo y cumplimiento de metas en la región.
2. Fortalecer la posición de CEJA como un organismo técnico de la OEA que realiza sus actuaciones con perspectiva de género, en el desarrollo del acceso a la Justicia en la región.
3. Que los y las operadoras de justicia de la región mejoren su desempeño, con enfoque de género, en el reconocimiento, garantía y protección de los derechos de mujeres y hombres.

Como podrá apreciarse en detalle en la política, ésta fue diseñada en base a Modelo Lógico y Gestión por Resultados, lo que quiere decir que fueron pensados objetivos aún más específicos, así como productos concretos y sus respectivas actividades. A modo de ejemplo esto incluye capacitaciones internas y externas, revisión de contratos, reglamentos, uso de lenguaje no sexista, generación de materiales y cursos de capacitación, y de talleres y estudios que cuenten con perspectiva de género.

## ¿Cómo lo vamos a hacer?

A través de lo que se conoce como la Estrategia Dual, la que integra dos estrategias más específicas: el mainstreaming de género y las políticas específicas de igualdad.

El mainstreaming de género es una política activa y visible de incorporación de la perspectiva de género en todas las actividades, proyectos y políticas del organismo. Según el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) (1997), es el proceso de valorar las implicaciones que tienen para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, de manera que éstos puedan beneficiarse igualmente de ellas y así no se perpetúe la desigualdad.

Para CEJA, la perspectiva de género contribuye a evitar que las personas, así como sus responsabilidades, derechos u oportunidades, dependan del sexo con el que nacieron, de su identidad de género, o de su orientación sexual. Esto nos ayuda a eliminar todos aquellos sesgos y estereotipos de género que se encuentran presentes en la administración de justicia.

Por su parte, las políticas específicas de igualdad son aquellas acciones positivas, concretas y realizadas en determinada área, que llevaremos a cabo con la finalidad de revertir situaciones específicas de discriminación por razón de género. Un ejemplo de esto es que para la contratación de docencias o consultorías priorizaremos mujeres y personas con identidad de género u orientación sexual no hegemónica, pues el diagnóstico nos mostró una brecha de género de más de un 50 por ciento, y en algunos casos incluso de un 100 por ciento. También hemos fomentado la presencia de mujeres en el Consejo Directivo, pues desde el año 1999 a junio de 2017, de un total de 22 personas que lo han integrado, sólo 4 habían sido mujeres (18,18 por ciento). Y de hecho, para esa fecha el consejo estaba integrado exclusivamente por hombres.

## Palabras finales

El año en que comenzamos a implementar esta política fue un año en el cual, internacionalmente y por diversos acontecimientos, no quedó duda alguna sobre la importancia política y pública que la igualdad de género tiene para la sociedad y la humanidad entera. Por este motivo, CEJA sigue trabajando en este compromiso y evaluando constantemente la forma en que mejor podamos impactar. Insistimos en que sin este compromiso los derechos de las personas y la función de justicia se quedan sólo como bonitas letras de una ley. Las personas que actualmente conformamos este organismo, coincidimos en que este es el desafío y proyecto más importante de nuestra institución.

# Coisa julgada sobre questão prejudicial: o necessário equilíbrio entre segurança jurídica e liberdade das partes

*Issue preclusion: the necessary balance between legal certainty and liberty in litigation<sup>1</sup>*

**Lívia Losso Andreatini**

Graduada do 5º ano da Universidade Federal do Paraná. Integrante do grupo de pesquisa "Meios adequados de solução heterônoma de conflitos, dentro e fora do Estado" e da subcomissão do Projeto Afilhada(o) Acadêmica(o).  
Contacto: [livialandreatini@gmail.com](mailto:livialandreatini@gmail.com); [livia@rbcadvogados.com.br](mailto:livia@rbcadvogados.com.br)

## Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a incidência da coisa julgada sobre as questões prejudiciais, prevista no artigo 503 do Código de Processo Civil de 2015. Partindo do estudo dos códigos anteriores e dos motivos que ensejaram a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, o tema é desenvolvido sob dois vieses: a promoção de segurança jurídica pela atribuição de maior estabilidade às decisões judiciais; e a restrição à liberdade das partes na determinação dos limites objetivos da coisa julgada. Palavras-chave: Coisa julgada. Questões prejudiciais. Segurança jurídica. Princípio dispositivo. Limites objetivos.

## Abstract

This paper aims to analyze the incidence over *res iudicata* to merit prejudicial questions under the Brazilian Civil Procedure Code of 2015. Starting with the studies about the

previous Brazilian civil procedure codes and the motives that led to the expansion on the limits of *res iudicata*, the subject is examined through a twofold perspective: the increase of legal certainty due to the incremental stability of judicial decisions; and the decrease of procedural liberty regarding the determination of *res iudicata*'s objective limits. Keywords: *Res iudicata*. Issue preclusion. Legal certainty. Principle of party-presentation. Decisum.

## Sumário

1. Introdução. 2. Limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015. 2.1. Premissa: conceito e noções gerais sobre coisa julgada. 2.2. O estado da arte do CPC/39 ao CPC/2015. 2.3. Os motivos que levaram à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada – segurança jurídica, eficiência e cooperação. 2.4. Requisitos insculpidos no artigo 503, §§1º e 2º, do CPC/2015 para a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial. 3. Princípio dispositivo e liberdade das partes na determinação do objeto litigioso. 4. Segurança jurídica e liberdade das partes: em busca de um ponto de equilíbrio. 5. Conclusão. Referências.

<sup>1</sup> Artigo vencedor do V Prêmio do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) na categoria iniciante.



# 1. Introdução

O legislador processual do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), divergindo do regime restritivo do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), ampliou significativamente os limites objetivos da coisa julgada, que passou a albergar, além da resolução das pretensões formuladas pelas partes, decisões sobre questões prejudiciais incidentais.

O presente ensaio debruça-se sobre a restrição à liberdade das partes no que toca à determinação dos limites objetivos da coisa julgada e a promoção de segurança jurídica pela previsão contida no artigo 503 do CPC/2015. Toma-se como marcos teóricos o conceito de coisa julgada cunhado por José Carlos Barbosa Moreira e a concepção de mérito como pedido qualificado pela causa de pedir.

Analisar-se-á, deste modo, se a opção legislativa de ampliar os limites objetivos da *res iudicata* macula a liberdade das partes no processo (traduzida como disponibilidade processual), bem como se a coisa julgada sobre questão prejudicial, conforme prevista no artigo 503 do CPC/2015, de fato confere maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

## 2. Limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015

### 2.1. Premissa: conceito e noções gerais sobre coisa julgada

Comumente associada à segurança jurídica<sup>2</sup>, a *res iudicata* sempre foi (e continua a ser) objeto de amplos e profundos debates na ciência processual – seja no que toca à sua conceituação,

natureza ou limites objetivos e subjetivos.<sup>3</sup> Sem olvidar as contribuições de Coutoure, Ugo Rocco e Konrad Hellwig, é inconcebível tratar de coisa julgada<sup>4</sup> sem debruçar-se sobre os célebres estudos de Liebman.

Em seu clássico ensaio sobre o tema, Liebman, tecendo críticas à teoria germânica, formula sua teoria adjetiva, pela qual “a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se seus efeitos”.<sup>5</sup>

Entre nós, a teoria liebmaniana foi objeto de reformulação por parte de Barbosa Moreira. Consoante o processualista fluminense, a coisa julgada não seria a imutabilidade dos efeitos da sentença, mas a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença<sup>6</sup>, visto que as partes podem modificar os efeitos dela advindos<sup>7</sup>. Ovídio Baptista da Silva, a seu turno, entende que a imutabilidade se restringe à eficácia declaratória da sentença,<sup>8</sup> não atingindo o comando sentencial.<sup>9</sup>

2 Cf. Neves, Celso. Coisa julgada civil. Coisa Julgada Civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1971, p. 504; Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. II. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2017, p. 668.

3 Já alertava Barbosa Moreira: “Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura de soluções” (Moreira, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, vol. 416, jun. 1970 p. 9-17, p. 9)

4 A referência à “coisa julgada” remete-se à coisa julgada material. Isso porque a chamada “coisa julgada formal” trata-se de modalidade de preclusão, não se confundindo com a verdadeira coisa julgada (i.e., com a coisa julgada material). Nesse sentido, Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. Novo Curso de Processo Civil, vol. II, Op. cit, p. 669: “É [a coisa julgada formal], isso sim, uma modalidade de preclusão (preclusão temporal), a última do processo. Que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida.” Entendendo que o conceito de coisa julgada material e formal refere-se ao comando, não à coisa julgada, Wambier, Luiz Rodrigues; Talamini, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, vol. 2. 16. ed. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2016, p. 794.

5 Liebman, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. Buzaid, Alfredo. Benvindo, Aires (trad. por). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 6.

6 Moreira, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista de Processo*, Op. cit., p.16-17.

7 *Ibidem*, p. 11.

8 Silva, Ovídio Araújo Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada. In: *Sentença e coisa julgada*, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 105.

9 Talamini, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 38.

O presente ensaio adota como premissa teórica a formulação de Barbosa Moreira. Isso porque, diferentemente do que defendia Ovídio Baptista, as partes não ficam vinculadas necessariamente à declaração jurisdicional; elas podem abdicar do que fora declarado na sentença, i.e., estabelecer outra solução para a questão.<sup>10</sup> Fica-lhes vedado, contudo, obter novo pronunciamento contrário ao conteúdo do dispositivo que transitou em julgado.<sup>11</sup>

A atual codificação processual alinha-se à teoria adjetiva de Liebman, dispondo, em seu artigo 502, que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.<sup>12</sup> O legislador substituiu o termo “eficácia” por “autoridade”, mas perdeu a oportunidade de apaziguar os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do conceito de coisa julgada.<sup>13</sup>

Em contrapartida, inovou grandemente na previsão concernente aos limites objetivos da coisa julgada, que passaram a atingir também as questões prejudiciais incidentais.

## 2.2. O estado da arte do CPC/39 ao CPC/2015

A compreensão dos motivos que levaram ao atual regramento dos limites objetivos da coisa julgada impõe a análise das sucessivas alterações pelas quais o instituto passou no CPC/39 ao CPC/73 e neste para o código vigente.

O CPC/39 não disciplinava com precisão quais seriam os limites objetivos da coisa julgada. Contraditoriamente, em seu artigo 287, dispunha que “a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas”, subentendendo que a coisa julgada restringir-se-ia à decisão das pretensões deduzidas pelas partes. Ao revés, no parágrafo único do mesmo artigo, previa que “considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”, inferindo que a *res iudicata* abrangeria ao menos parte dos fundamentos da sentença.<sup>14</sup>

Nesse panorama, os autores divergiam: grande parte da doutrina, com base no parágrafo único do artigo 287 e influenciados por Savigny, sustentavam que a coisa julgada se estendia às questões analisadas na fundamentação, a despeito de não haver demanda específica nesse sentido;<sup>15</sup> e parcela minoritária defendia, com lastro nas lições de Chiovenda e de Liebman, a restrição da *res iudicata* ao dispositivo da sentença, passando ao largo de sua motivação.<sup>16</sup>

Diante do cenário de incerteza instalado pelo CPC/39, o legislador do CPC/73 previu de maneira bastante clara, no artigo 469, que o manito da coisa julgada albergaria tão somente a parte dispositiva da sentença de mérito, a qual dizia respeito apenas às pretensões formuladas pelas partes.<sup>17</sup> As questões prejudiciais

10 *Ibidem*, p. 40-41.

11 *Idem*.

12 A guinada teórica foi comemorada por alguns doutrinadores, mas também foi objeto de críticas por outros. Para Antônio do Passo Cabral, “a substituição do termo “eficácia” por “autoridade”, embora seja a positivação da tese mais popular na tradição brasileira, parece-nos uma definição equivocada no direito contemporâneo (...). Como já tivemos a oportunidade de sustentar, dizer que a coisa julgada não é um efeito da sentença não implica que a coisa julgada não possa ser efeito de mais nada no ordenamento.” (Cabral, Antônio do Passo. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. Alvim, Teresa Arruda (coord. por). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1281).

13 Dell'ore, Luiz. Conceito e limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. Processo em jornadas. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. (coord. por). Salvador: Editora Juspodivm, p. 668-681, p. 671.

14 Siqueira, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada: análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 2015*. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018, p. 464.

15 Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 29.

16 Deste modo: Moreira, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese de concurso para docência livre de Direito Judiciário. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1967, p. 74-80.

17 Sobre o CPC/73, leciona Barbosa Moreira: “A disciplina atual é de ofuscante nitidez e repele toda e qualquer tentativa de raciocinar, em matéria de limites objetivos da *res iudicata*, com o que quer que não se inclua no dispositivo da sentença. Não há cogitar, nesse contexto, de questões, ainda daquelas cuja solução constitua premissa necessária da conclusão a que chegou o órgão jurisdicional”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada – limites objetivos*, in.: *Direito aplicado*, vol. II, Rio de Janeiro, 2000, p. 448).

não seriam acobertadas pela coisa julgada, nos termos do inciso III do artigo 469, caso não houvesse pedido específico para tanto – ou seja, caso não fosse proposta ação declaratória incidental. Dessa maneira, somente a resolução da demanda estaria inserida no espectro da coisa julgada, não seu antecedente lógico.<sup>18</sup>

Tratava-se, destarte, da teoria restritiva,<sup>19</sup> pautada por viés eminentemente privatista, pois cabia às partes a determinação dos pedidos (i.e., do objeto litigioso) e, conseqüentemente, dos limites objetivos da coisa julgada.<sup>20</sup> Assim, havia forte correspondência entre os pedidos aduzidos pelas partes e as questões que seriam imutabilizadas.

A *res iudicata* teve seus limites redefinidos uma vez mais com a entrada em vigor do CPC/2015. Mantendo em parte o regime estabelecido pelo CPC/73, artigo 504 do CPC/2015 prevê que não fazem coisa julgada, *in verbis*, “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (artigo 504, inciso I) e nem “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (artigo 504, inciso II).

Outrossim, a coisa julgada continua a incidir apenas sobre o dispositivo da sentença. O *decisum*, no entanto, passou a ser composto não apenas pela resolução dos pedidos deduzidos pelas partes, mas também pela resolução da questão prejudicial<sup>21</sup>, desde que preenchidos certos requisitos, nos termos do artigo 503, §§1º e 2º, do CPC/2015.<sup>22</sup>

18 Alvim, Teresa Arruda. O que é abrangido pela coisa julgada no Direito Processual Civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 230, abr. 2014, p. 75-89, n. 2.

19 *Idem*.

20 Cabral, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 151-152.

21 Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Miti-diero, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2017, p. 616.

22 Luiz Dellore salienta que a opção legislativa não foi pacífica no Congresso Nacional e que “(...) essa questão relativa aos limites objetivos da coisa julgada foi uma das

A nova codificação processual, deste modo, não inovou apenas no conceito de *res judicata*, mas também em seus limites objetivos. Inspirando-se no regime norte-americano do *collateral estoppel*<sup>23-24</sup>, o CPC/2015 ampliou significativamente os limites objetivos da coisa julgada ao instituir dois regimes para sua formação: um concernente ao objeto do processo (os pedidos expressamente formulados pelas partes) e outro atinente às questões prejudiciais.<sup>25</sup>

As razões determinantes à alteração promovida na nova legislação processual, destarte, demandam especial atenção.

### 2.3. Os motivos que levaram à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada - segurança jurídica, eficiência e cooperação

É cediço que a determinação dos limites objetivos da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva é uma opção de política legislativa.<sup>26</sup> Nada obstante, algumas razões de ordem jurídica foram determinantes ao abandono da teoria restritiva plasmada no CPC/73. Nesse diapasão, ainda sob a égide do CPC/73 a doutrina já sustentava a necessidade de superar o dogma de que a coisa julgada deveria recair somente sobre o objeto litigioso do processo.<sup>27</sup>

.....  
mais alteradas ao longo da tramitação do Código. (...) Isso cabalmente demonstra, inclusive por parte do legislador, a dúvida em relação ao caminho a ser trilhado” (Dellore, Luiz. Conceito e limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Processo em jornadas*, Op. cit., p. 668-681, p. 672).

23 Marinoni, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2018, p. 27.

24 Nada obstante a influência do regime da coisa julgada do Common Law no CPC/2015, deve-se salientar que a codificação brasileira não adotou o *collateral estoppel*, apenas nele se inspirou. Nesse sentido: Alvim, Teresa Arruda. O que é abrangido pela coisa julgada no Direito Processual Civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança, *Revista de Processo*, Op. cit., n. 4.1.

25 Didie JR, Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In.: *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 94.

26 Por todos, Monteleone, Girolamo. *Diritto Processuale Civile*, 3. ed., Padova: Cedam, 2002, p. 531-532.

27 Nesse sentido, Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 216, fev. 2013, p. 431-438, *passim*.

A primeira (e mais evidente) dessas razões concerne à segurança jurídica, precipuamente à eliminação das contradições lógicas (coerência). Explica-se: durante a vigência do CPC/73, era possível que uma questão prejudicial já decidida fosse novamente apreciada pelo Estado-juíz e julgada de modo diverso. Deste modo, o regime do CPC/73 transmitia certo descrédito ao jurisdicionado, pois permitia que a mesma questão prejudicial fosse objeto de cognição mais de uma vez, gerando inclusive decisões contraditórias.<sup>28</sup> Nesse contexto, a lei processual permitia a “flagrante colisão entre premissas de diferentes decisões, proferidas pelo mesmo juízo sobre o mesmo arcabouço fático”.<sup>29</sup>

Para Cândido Rangel Dinamarco, tais incongruências eram tão somente conflitos teóricos, vez que não havia impedimento prático ao cumprimento de sentenças contraditórias no que toca à resolução da questão prejudicial.<sup>30</sup> Em termos fáticos as ponderações do professor paulista justificam-se, pois não havia óbice

ao cumprimento de decisões cuja motivação fosse incongruente com decisão proferida anteriormente, mas cujo objeto litigioso fosse diverso. Ou seja, preponderava a noção de que a coisa julgada deveria evitar conflitos práticos entre os julgados e que os conflitos lógicos ou teóricos, em que pese indesejáveis, não diziam respeito à *res judicata*.<sup>31</sup>

No entanto, é patente que tais incongruências sistêmicas promoviam descrédito e maculavam a coerência do direito. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni acertadamente pontua que tais contradições são incompatíveis com um sistema processual que promova a tutela dos direitos e a eliminação dos conflitos.<sup>32</sup>

O segundo motivo refere-se à eficiência e à economia processual.<sup>33</sup> Se o nível de cognição das questões prejudiciais revela-se profundo o bastante para gerar uma decisão de mérito, razão não há para que a autoridade da coisa julgada permaneça restrita ao *decisum*.<sup>34</sup> Trata-se, destarte, “do dever de o legislador estruturar o processo de modo a permitir o alcance da tutela efetiva e tempestiva com o menor desgaste possível do Estado”.<sup>35</sup> Evita-se assim a rediscussão da mesma questão em futuros processos, de modo a promover a economia e eficiência processual (ou agilidade procedimental).

Por fim, a coisa julgada sobre questão prejudicial incidental encontra respaldo também nos princípios da boa-fé e da cooperação,

28 Ilustra-se a situação a partir do exemplo comumente citado pela doutrina (e, quiçá, o mais didático): em uma ação de alimentos, na qual não havia pedido expresso para que fosse declarada a paternidade (ou seja, em que não fora ajuizada ação declaratória incidental e em que tal pedido não fora deduzido), era possível que fosse declarada a paternidade para fins de condenação em alimentos. Tal antecedente lógico, conforme dispunha o CPC/73, não era albergado pela coisa julgada. Posteriormente, em eventual petição de herança, era plenamente possível que a questão da paternidade fosse julgada de modo diverso, de sorte que a filiação não fosse reconhecida. Utilizam-se desse exemplo Wambier, Luiz Rodrigues; Talamini, Eduardo. Curso avançado de processo civil, vol. 2, Op. cit., p. 799; MARINONI, Luiz Guilherme; Arehart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, vol. II, Op. cit., p. 683; Didier JR, Fredie, Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 547.

29 Silva, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 189.

30 Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. 3.ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2003, p. 313. Influenciado por Chiovenda, que afastava as teorias que ligavam a coisa julgada à busca pela verdade, o professor paulista ressalta: “Evitar conflitos práticos é o resultado que se coaduna com o escopo pacificador da própria jurisdição, a qual não se exerce para fixar teses jurídicas nem para a descoberta da verdade dos fatos como um objetivo em si próprio” (Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. Op. cit., p. 314).

31 Siqueira, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada...* Op. cit., p. 471.

32 Marinoni, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. Op. cit., p. 217. “A coisa julgada sobre questão tem grande importância para evitar decisões díspares a respeito de situações que exigem o mesmo tratamento”. (Marinoni, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. Op. cit., 2018, p. 218).

33 Consoante a exposição de motivos do CPC/2015, a coisa julgada sobre questões prejudiciais foi adotada justamente em prol da eficiência. Nestes termos, “4) O novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais”.

34 Alvim, Teresa Arruda. O que é abrangido pela coisa julgada no Direito Processual Civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, Op. cit., n. 2.

35 Marinoni, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. Op. cit., p. 223.



pressupostos éticos do CPC/2015<sup>36</sup> que se relacionam intimamente.

A boa-fé refere-se à necessidade de proteção da confiança legítima e ao exercício probo das posições jurídicas pelos sujeitos processuais, evitando-se abusos.<sup>37</sup> Dela decorre a vedação ao *venire contra factum proprium*, a máxima da proibição de comportamentos processuais contraditórios, que afrontem expectativas processuais.<sup>38</sup> Sua razão de ser reside tutela da confiança e “das legítimas expectativas decorrentes da conduta inicial vinculante”.<sup>39</sup>

A cooperação, por sua vez, manifesta-se sob dois aspectos: como princípio e como modelo processual. Como princípio, desdobra-se em quatro deveres que regem a atuação dos sujeitos processuais: são os deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio.<sup>40</sup> Como modelo, a colaboração pressupõe a conformação do processo como verdadeira “comunidade de trabalho”<sup>41</sup>, em que o magistrado ocupa posição paritária no diálogo e assimétrica na decisão.<sup>42</sup>

Nesse diapasão, consoante Luiz Guilherme Marinoni, submeter à apreciação jurisdicional questão anteriormente decidida macula a vedação do comportamento contraditório, bem como a postura cooperativa que das partes se espera, pois representa a tentativa de “desconstruir o que se colaborou para criar no processo anterior”.<sup>43</sup>

Dito de outro modo, a coisa julgada sobre questão prejudicial vem a concretizar a boa-fé objetiva na sua dimensão do *venire contra factum proprium*, princípio fundante do *collateral estoppel*.<sup>44</sup> Simultaneamente, tutela o princípio cooperativo ao preservar o que fora produzido na “comunidade de trabalho”.<sup>45</sup>

Ademais, em se tratando do princípio cooperativo, necessário ponderar que a coisa julgada sobre questão pressupõe a concretização da cooperação em seus dois âmbitos. A coisa julgada sobre questão homenageia o princípio cooperativo ao estabilizar questões decididas em processo anterior. Simultaneamente, impõe a observância do modelo cooperativo, gravando a postura simétrica do magistrado em seu diálogo com as partes<sup>46</sup>; tal diálogo, assim como o contraditório, são imprescindíveis a que as partes não sejam surpreendidas com a formação de coisa julgada sobre questão que acreditavam não ser elemento relevante para o julgamento da causa.

Portanto, em homenagem a tais valores – segurança jurídica, eficiência e cooperação –, a política legislativa pendeu para a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. Mas a concretização de tais valores passa necessariamente pela adequada previsão legal acerca das condições exigidas para que a questão prejudicial seja imutabilizada pela coisa julgada.

36 Artigo 5º, CPC/2015: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”; artigo 6º, CPC/2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

37 Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Op. cit., p. 161.

38 Tunala, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: A proibição de venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 325.

39 *Ibidem*, p. 317.

40 Wambier, Luiz Rodrigues; Talamini, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 83.

41 Mitidiero, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 65

42 *Ibidem*, p. 64-65.

43 Marinoni, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. Op. cit., 2018, p. 211.

44 *Ibidem*, p. 210.

45 A expressão é empregada por Daniel Mitidiero, que preleciona: “A colaboração é um modelo que visa dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa a dar feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes – com um aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil”. (Mitidiero, Daniel. *Colaboração no Processo Civil...*, Op. cit., p. 52).

46 Tais apontamentos foram feitos por Daniel Mitidiero na qualidade de membro da banca examinadora da tese de André Luiz Bäuml Tesser. A defesa ocorreu em 13/08/2018 na Universidade Federal do Paraná (UFPR).



## 2.4. Requisitos insculpidos no artigo 503, §§1º e 2º, do CPC/2015 para a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial

Se, por um lado, o legislador retirou das partes o monopólio na determinação dos limites objetivos da coisa julgada, por outro, teve o cuidado de elencar requisitos expressos para que a questão prejudicial seja acobertada pela *res iudicata*. E são tais condições que diferem os regimes jurídicos de formação da coisa julgada sobre o objeto do processo se comparado ao da resolução de questões prejudiciais, visto que tais requisitos inexistem em se tratando da coisa julgada sobre as questões principais.<sup>47</sup>

Primeiramente, mister elucidar a matéria sobre a qual recairá o manto da coisa julgada, em que pese não ser deduzida como pedido principal. Trata-se da questão prejudicial incidental.<sup>48</sup>

Questão refere-se à matéria controvertida. Doutrinariamente, ponto e questão são tratados como conceitos diversos. Enquanto ponto refere-se a uma afirmação incontroversa, a questão diz respeito à matéria controvertida, ou seja, sobre a qual as partes discordam. Por força da expressa previsão legal<sup>49</sup>, pontos prejudiciais, sobre os quais não há controvérsia,

não são acobertados pela coisa julgada; apenas o são as questões prejudiciais incidentais.

Prejudicial, destarte, diz respeito a “questões de cuja solução dependa o *teor* ou *conteúdo* da solução de outras”.<sup>50</sup> A questão prejudicial constitui então antecedente lógico da conclusão da sentença<sup>51</sup>, i.e., passo necessário e determinante à solução das pretensões deduzidas (tomadas neste ensaio como sinônimo de pedido e de mérito). Exemplo é a validade do contrato na demanda em que se pleiteia sua execução.

Além disso, parcela majoritária da doutrina sustenta que apenas relações jurídicas constituem prejudiciais incidentais aptas à formação de coisa julgada material.<sup>52</sup> Assim sendo, questões de fato e de direito não se submetem à previsão do artigo 503, CPC/2015.

Incidental, por sua vez, é a matéria que não fora deduzida inicialmente, mas que desponha durante o trâmite processual; ou seja, que não constitua o objeto do processo, o pedido principal.<sup>53</sup> Aliás, se a matéria prejudicial incidental for expressamente pedida pela parte, torna-se questão principal, submetendo-se ao regime tradicional da coisa julgada.

47 Assim preleciona Fredie Didier: “Há dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada, no processo civil, que variam conforme o objeto da coisa julgada. Se a coisa julgada for relativa à resolução da questão principal (artigo 503, *caput*), aplica-se o regime jurídico comum e tradicional (...). Se a coisa julgada for relativa à resolução de questão prejudicial incidental, há uma diferença: o legislador impede a sua formação, em algumas situações previstas nos §§1º e 2º do artigo 503, unicamente aplicáveis a esse regime de coisa julgada” (Didier JR, Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.6, n.1, jan-apr., 2015, p. 81-94, p. 87).

48 O regime de formação de coisa julgada material sobre questão prejudicial não se aplica à declaração de autenticidade/falsidade de documento, para a qual se exige pedido declaratório expresso, nos termos do artigo 430, CPC/2015.

49 O §1º do artigo 503, CPC/2015 dispõe expressamente: “O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo (...)”. A previsão legal refere-se tão somente à questão prejudicial, de modo que pontos não são imutabilizados pela coisa julgada.

50 Moreira, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Op. cit., p. 29. O processualista fluminense realiza ainda a distinção entre questões prejudiciais e preliminares, ensinando que “reservar-se-á a expressão “questões preliminares” para aquelas de cuja solução vá depender a de outras não no seu *modo de ser*, mas no seu próprio *ser*” (Moreira, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Op. cit., p. 29-30).

51 Theodoro Júnior, Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In.: *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Didier JR, Fredie; Cabral, Antonio do Passo (coord. por). Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 165-188, p. 169.

52 Assim, Didier JR, Fredie, Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova...* Op. cit., p. 547. De modo diverso, Luiz Guilherme Marinoni ressalta: “(...) a doutrina já tinha apontado para a impropriedade de se pensar que questão prejudicial é apenas aquela que pode ser objeto de ação declaratória autônoma”. (Marinoni, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. Op. Cit., p. 231).

53 Redondo, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 248, out. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43-67, n. 7.2.

Não é, contudo, toda questão prejudicial incidental que transitará em julgado. Para tanto, é necessário o preenchimento cumulativo dos requisitos elencados no artigo 503, §§1º e 2º, CPC/2015. Nesse diapasão, é ainda necessário que: (i) haja decisão expressa sobre a questão prejudicial (artigo 503, *caput*, CPC/2015); (ii) a análise da questão prejudicial seja imprescindível à resolução do mérito (artigo 503, §1º, inciso I, CPC/2015); (iii) a questão prejudicial seja objeto de amplo e prévio contraditório (artigo 503, §1º, inciso II, CPC/2015); (iv) sejam observadas as regras de competência absoluta (artigo 503, §1º, inciso III); (v) por fim, que não haja restrições probatórias ou cognitivas (artigo 503, §§1º e 2º, CPC/2015).<sup>54</sup>

A questão prejudicial deve ser (i) expressamente decidida. Em outras palavras, o magistrado deve se manifestar de forma expressa, clara, analítica e fundamentada sobre a questão prejudicial.<sup>55</sup>

Ademais, a análise da questão prejudicial deve ser (ii) imprescindível à resolução de mérito. Observa-se, sobre tal requisito, duas correntes interpretativas. Para uma delas, referida previamente constitui um *plus* à prejudicialidade. Isto é, a questão deve, no caso concreto, determinar a forma como o mérito será resolvido.<sup>56</sup> Em sentido oposto, parcela da doutrina entende que não há necessidade de que a questão prejudicial seja concretamente decisiva à resolução do mérito – “basta que em tese ela se ponha como tal”.<sup>57</sup>

Explica-se a partir do exemplo anteriormente citado: em eventual ação de petição de herança, caso o magistrado entenda que o autor é filho do *de cujus*, mas que não há bens a serem partilhados, deve julgar improcedente o pedido de herança. Consoante a primeira corrente interpretativa, a questão da filiação faz coisa julgada (desde que observados os requisitos), vez que prejudicial ao pedido de herança. Já para a segunda, não haverá formação de coisa julgada sobre a questão da filiação porque ela não foi, *in concreto*, determinante à decisão de mérito.

O debate é essencial para determinar se questões decididas desfavoravelmente ao vencedor ou favoravelmente ao sucumbente formam coisa julgada material. E mais: para determinar se há interesse recursal do vencedor que foi sucumbente apenas na questão prejudicial. As respostas para tais indagações não são unânimes e é inegável que esta dubiedade interpretativa promove insegurança acerca de quais questões foram imutabilizadas pela coisa julgada.

O requisito do (iii) amplo e prévio contraditório, por sua vez, determina que seja conferida às partes a possibilidade de influenciar a decisão.<sup>58</sup> Fala-se em “possibilidade” justamente para coibir que a inércia da parte na defesa de seus interesses não se torne um artifício para afastar a formação da coisa julgada.<sup>59</sup> Por esse motivo, o CPC prevê expressamente que não há coisa julgada sobre a questão prejudicial em caso de revelia.

A disposição não é isenta de críticas, pois a revelia não impede o contraditório. Se o réu teve ciência de demanda contra si proposta e deliberadamente ausentou-se do processo, houve manifestação do contraditório.<sup>60</sup>

.....  
<sup>54</sup> Sobre os pormenores dos requisitos elencados no §1º do artigo 503, CPC/2015 – temática ampla ao presente suporte –, Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. Op. Cit., p. 225 e ss; Wambier, Luiz Rodrigues; Talamini, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. II, Op. cit., p. 800 e ss; Siqueira, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada...* Op. cit., p. 463 e ss.

<sup>55</sup> Redondo, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, Op. cit., n. 7.2.

<sup>56</sup> Lucca, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 252. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 4.4; Siqueira, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada...* Op. cit., p. 485-486.

<sup>57</sup> Talamini, Eduardo. Comentários aos arts. 502 a 508. In.: *Código de Processo Civil anotado*. Tucci, Rogério Cruz e

.....  
(coord. por). Rio de Janeiro, GZ, 2016, p. 717. Igualmente, Silva, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Op. cit., p. 155.

<sup>58</sup> Silva, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Op. cit., p. 156-157.

<sup>59</sup> *Idem*.

<sup>60</sup> Lucca, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Op. cit., n. 4.5.

Impõe-se ainda que (iv) o juiz seja competente para julgar a questão como se principal fosse. A condição é coerente e legítima a imutabilização da questão prejudicial.<sup>61</sup> Nestes termos, não há óbice a que o juiz conheça de questões prejudiciais e as decida incidentalmente como pressuposto lógico da decisão; a questão prejudicial somente não se tornará imutável, podendo ser rediscutida em outros processos.<sup>62</sup>

Para arrematar, (v) não pode haver restrições probatórias ou cognitivas no processo. Exige-se, outrossim, cognição plena sobre a questão prejudicial incidental. Deste modo, infere-se, a uma primeira vista, que procedimentos com restrições probatórias – seja por força de lei (como no mandado de segurança), seja por vontade das partes (na celebração de negócios jurídicos processuais) – ilidem a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial. Em igual sentido, depreende-se que limitações cognitivas (como as existentes em ações possessórias) coíbem o regime “especial” de coisa julgada.

Essa conclusão, entretanto, não é acertada, pois recai em generalizações. O §2º do artigo 503 afasta expressamente a formação de coisa julgada quando houver restrições probatórias ou limitações à cognição impeditivas à análise da questão prejudicial.<sup>63</sup> É plenamente possível, por exemplo, a decisão sobre questão prejudicial por meio de prova documental em mandado de segurança se referida questão não demandava provas pericial e testemunhal.<sup>64</sup>

Da apertada síntese acerca dos requisitos exigidos para a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial, nota-se a existência de inúmeras divergências interpretativas sobre eles. Válido, portanto, indagar se o sistema delineado pelo CPC/2015 efetivamente promoveu maior segurança jurídica, evitando decisões contraditórias em termos lógicos; ou

se, ao revés, complexificou a identificação dos limites objetivos da coisa julgada a ponto de torna-lo inseguro.

### 3. Princípio dispositivo e liberdade das partes na determinação do objeto litigioso

O princípio dispositivo é geralmente tido como sinônimo do princípio da inércia jurisdicional ou da demanda.<sup>65</sup> Assim, pelo princípio dispositivo “incumbe àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido jurisdicionalmente (...) colocar em movimento o aparato judiciário”.<sup>66</sup>

A relevância do princípio dispositivo, no entanto, ultrapassa a mera inércia jurisdicional e aproxima-se do que Fredie Didier denomina de “princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo”. Consoante o professor baiano, o princípio em comento permite que as partes, pela sua vontade, delimitem o objeto litigioso do processo e do recurso.<sup>67</sup> Nesse diapasão, a máxima que rege o princípio dispositivo no que toca à disponibilidade da demanda e determinação do objeto litigioso é: a jurisdição só age nos limites em que é provocada.<sup>68</sup> E esta manifestação do princípio dispositivo é a que assume maior relevância ao presente tema.

61 *Ibidem*, n. 4.6.

62 *Idem*.

63 Redondo, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, Op. cit., n. 7.5.

64 *Idem*.

65 Ovídio Baptista da Silva é um dos poucos que distingue precisamente o princípio da demanda do princípio dispositivo: “Pelo princípio da demanda, o juiz fica limitado aos pedidos formulados pelas partes, ao passo que pelo princípio dispositivo seu poder fica demarcado pela iniciativa das partes quanto ao modo de condução da causa e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a essa determinada lide” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 51).

66 Wambier, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. II, Op. cit., p. 82.

67 Didier JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 17. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 132-135. De igual modo, Rodrigo Ramina de Lucca salienta: “O princípio dispositivo é um princípio de liberdade que traduz o necessário respeito e preservação da autonomia privada no âmbito processual” (Lucca, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, 2018, p. 38).

68 Wambier, Luiz Rodrigues; Talamini, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. II, Op. cit., p. 82.

Na vigência do CPC/73, as partes detinham o monopólio na determinação dos limites objetivos da coisa julgada, pois a *res iudicata* restringia-se aos pedidos deduzidos expressamente por elas. Explica-se: havia projeção do objeto do processo no dispositivo da sentença; as partes delimitavam o objeto do processo ao formularem seus pedidos e, em observância ao princípio da correlação, o dispositivo refletia a vontade dos litigantes.<sup>69</sup> Em última instância, durante a vigência do CPC/73, perdurou a concepção de que as partes determinavam a incidência da coisa julgada, que permanecia adstrita ao âmbito dos pedidos. Assim sendo, havia necessidade de que expressassem inequívoca vontade de deduzir determinada pretensão à apreciação jurisdicional para que a questão transitasse em julgado.<sup>70</sup>

Destarte, a cognição sobre questões que não eram objeto de pretensão das partes (v.g. questões prejudiciais não eram deduzidas em ação declaratória incidental), não era imutabilizada pela coisa julgada. Havia estrita correlação entre o objeto litigioso (mérito) e os limites objetivos da coisa julgada.

Necessário ressaltar que, no presente ensaio, parte-se da concepção de que o objeto litigioso é composto pelas pretensões deduzidas em juízo (pedidos) qualificadas pela causa de pedir.<sup>71</sup> Por óbvio, caso o réu apresente reconvenção ou pedido contraposto, deduzindo pretensões em face do autor, há acréscimo na formação do objeto litigioso. Nada obstante, caso o réu apenas resista à pretensão deduzida pelo autor, não há o que se falar em ampliação do objeto litigioso (mérito).<sup>72</sup> A resistência não

possui lastro em si mesma, tendo razão de ser apenas em decorrência do pedido formulado pelo autor. Ou seja, o réu não deduz pretensões, apenas a elas resiste.

O regime adotado pelo CPC/73, que correlacionava estritamente os limites objetivos da coisa julgada às pretensões deduzidas, não era imune a críticas. Parcela da doutrina considerava-o excessivamente privatista e estático, visto que o objeto litigioso e, conseqüentemente, os limites objetivos da coisa julgada, permaneciam à mercê da vontade das partes.

Assim, em interpretação ao princípio dispositivo, às partes era conferido o poder de determinar quais matérias seriam alcançadas pela coisa julgada.<sup>73</sup> Nesse toar, interesses públicos relevantes num regime de estabilidade processual, como harmonia entre julgados, eficiência e igualdade, eram negligenciados.<sup>74</sup> Sendo a coisa julgada instituto constitucional e pertencente ao direito público, seu campo de incidência não deveria restar completamente submetido ao voluntarismo das partes.<sup>75</sup>

A nova codificação, por meio do artigo 503, rompe com o monopólio das partes sobre os limites objetivos da coisa julgada. Ao determinar a formação de coisa julgada além dos pedidos, de forma a abarcar também a questão prejudicial incidental, o CPC/2015 expande os limites objetivos da coisa julgada independentemente de pedido da parte, i.e., de modo automático; tem-se então a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada por determinação legal<sup>76</sup> – não por pedido expresso da parte.

69 Cabral, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...* Op. cit., p. 151.

70 Exceções existiam no que concerne aos pedidos considerados implícitos, como condenação em custas, honorários de sucumbência etc.

71 Do mesmo modo Tucci, Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131.

72 Em oposição, Fredie Didier inclui, dentre o objeto litigioso, o contradireito do réu (exercido contra o autor), como ocorre nos casos de compensação, exceção de contrato não cumprido, prescrição e direito de retenção.

73 Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença, *Revista de Processo*, Op. cit., p. 431-438.

74 Cabral, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, Op. cit., p. 150.

75 *Ibidem*, p. 152.

76 Didier JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, Op. cit., p. 86. Nesse sentido é o Enunciado N° 165 do FPPC, pelo qual: “A análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do artigo 503, está sujeita à coisa julgada, independentemente de provocação específica para o seu reconhecimento”.



Houve, outrossim, limitação à liberdade das partes na determinação do que será imutabilizado pela *res iudicata* em prol dos princípios da segurança jurídica, economia processual e boa-fé. Mas tal escolha legislativa – assim como a do CPC/73 – não permanece incólume a críticas.

#### 4. Segurança jurídica e liberdade das partes: em busca de um ponto de equilíbrio

O CPC/2015 retirou das partes o monopólio da determinação dos limites objetivos da coisa julgada, os quais, com a coisa julgada sobre questão prejudicial incidental, foram ampliados pela lei processual.

A nova realidade imposta pelo CPC/2015 pressupõe uma dentre duas possíveis interpretações: houve limitação na liberdade das partes na determinação do objeto litigioso, que passou a ser composto pelos pedidos (como já ensinava Schwab<sup>77</sup>) e, também, pelas questões prejudiciais de mérito, de modo que o Estado-juiz aprecia tal objeto litigioso e esses são os limites objetivos da coisa julgada. Ou, então, que as questões prejudiciais não compõem o objeto litigioso, de modo que os limites objetivos da coisa julgada não possuem mais estrita correspondência com o objeto litigioso (premissões deduzidas em juízo).<sup>78</sup>

77 Schwab, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el Proceso Civil*. Banzhaf, T. A (trad. por). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968, p. 241-252.

78 Antonio do Passo Cabral parece ater-se a essa segunda perspectiva ao assentar, ainda sob a vigência do CPC/73, que “(...) não haveria qualquer dificuldade em pensar um modelo de coisa julgada e preclusões desatrelado do objeto do processo. Nesse sentido, não seria nada estranho ao processo civil se a estabilidade da decisão atingisse outros conteúdos não postos pelas partes” (Cabral, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, Op. cit., p. 152). Manifesta igual entendimento Thiago Ferreira Siqueira: “(...) a ampliação da coisa julgada para as questões prejudiciais incidentais não modifica, ao contrário do que já se chegou a sustentar, o modo como deve ser enxergado o objeto do processo. Na verdade, o que ocorre nestes casos é que a coisa julgada alcança conteúdos que não integram o mérito da causa, e tampouco o objeto do julgamento”. (Siqueira, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada...*, Op. cit., p. 39).

A segunda perspectiva parece mais acertada. Com efeito, as questões prejudiciais incidentais não compõem o objeto litigioso. São antecedentes lógicos à análise das pretensões deduzidas em juízo (mérito), mas não o compõem. Destarte, a conclusão inexorável é de que o CPC/2015 rompeu com a premissa de que os limites objetivos da coisa julgada permanecem restritos aos pedidos formulados pelas partes.

Seja como for, é inegável que a liberdade das partes na delimitação das questões que serão imutabilizadas pela *authoritas rei iudicatae* foi significativamente reduzida. Isto é, a nova codificação processual mitigou a liberdade das partes acerca de quais questões formarão coisa julgada. Cabe investigar, nesse cenário, se o aumento da segurança jurídica foi proporcional ou superior à restrição na liberdade das partes.

Segurança jurídica (representada pela eliminação de contradições lógicas), eficiência (consubstanciada na economia processual) e cooperação (materializando-se na boa-fé) – estes são, *a priori*, os benefícios e motivos que levaram à extensão da coisa julgada sobre as questões incidentais, nos termos do artigo 503, §§1º e 2º, CPC/2015.

As implicações práticas da adoção desse novo regime, contudo, não se encontram em estrita consonância com os motivos que levaram à sua adoção.

Em primeiro lugar, necessário perquirir se houve, efetivamente, incremento no que toca à segurança jurídica a partir da coisa julgada sobre questão prejudicial. Tal indagação deve ser analisada sobre dois prismas: a vedação à discussão de questões prejudiciais já decididas e os requisitos elencados pela legislação processual para a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

A coisa julgada sobre questão prejudicial eliminou, como exposto, eventuais contradições



lógicas advindas do CPC/73. No atual panorama, não é mais possível que a mesma questão prejudicial seja decidida de forma contraditória em dois processos, pois sobre ela recairá o manto da coisa julgada na primeira em vez que decidida, se presentes os requisitos. Inegável, outrossim, o incremento da segurança jurídica.

De outra parte, aumentou-se a insegurança jurídica devido às possíveis interpretações dos incisos do artigo 503, §§1º e 2º, CPC/2015. Com efeito, houve perda de clareza e de previsibilidade quanto à formação da coisa julgada.<sup>79</sup>

Se caminhamos em direção a um sistema no qual se retira das partes a plena liberdade na determinação dos limites objetivos da coisa julgada, é imperativo salvaguardar ao menos previsibilidade acerca de quais questões serão imutabilizadas. E esse é o escopo do artigo 503, §§1 e 2º, CPC/2015. O impasse reside na antiga problemática existente entre texto e norma: ainda que os requisitos estejam expressamente previstos na codificação, são inúmeras as interpretações a eles atribuíveis.

Ademais, imperioso ressaltar que os custos e o tempo do processo aumentarão (é o que ocorre nos países que adotam o *collateral estoppel*). Tem-se a imposição de que, questões que serviriam apenas como antecedentes lógicos à decisão do pedido principal e que as partes não voltariam a discutir, transitem em julgado – mesmo que as partes assim não o desejassem. Nesse panorama, há quem advogue pela possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais a fim de afastar a incidência da coisa julgada sobre a questão prejudicial.<sup>80</sup>

Além disso, a coisa julgada sobre questão prejudicial, conforme prevista na legislação em vigor, promove diversas indagações às quais o

código mantém-se silente: a questão prejudicial decidida desfavoravelmente ao vencedor transita em julgado? Há interesse recursal para impugnar de forma autônoma a questão prejudicial? O magistrado deve decidir sobre todas as questões prejudiciais ou subsiste o princípio da razão mais líquida? Qual o alcance da expressão “contraditório efetivo” contida no inciso II, §1º do artigo 503, CPC? Em verdade, tais perguntas são apenas algumas diante das diversas incertezas que a nova legislação promoveu ao prever a coisa julgada sobre questão prejudicial.

Perde-se também em segurança jurídica no que concerne à previsibilidade do que será objeto da coisa julgada, que é reduzida no momento em que se rompe a vinculação entre a *res judicata* e o objeto do processo. Isso porque, como exposto, a imutabilidade passa a atingir não apenas os pedidos formulados pelas partes, mas também os antecedentes lógicos que eventualmente surjam na dinâmica do processo.<sup>81</sup> Tais questões prejudiciais, destarte, não são totalmente previsíveis às partes, nada obstante comporem a causa de pedir (não integrando, a nosso ver, o objeto litigioso).

## 5. Conclusão

O instituto da coisa julgada é gravado pelo interesse público. Simultaneamente, serve à tutela dos direitos de particulares, que optaram por deduzir suas pretensões perante o Poder Judiciário e dele obter tutela. Por isso, o instituto deve conciliar a natureza pública da prestação jurisdicional com os interesses privados dos particulares, que se traduz na disponibilidade processual (tomada como sinônimo de princípio dispositivo).

A opção legislativa de conceber dois regimes distintos para a coisa julgada, ampliando seus limites objetivos a fim de que o manto da *res*

79 Siqueira, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada...*, Op. cit., p. 478.

80 Assim defende Redondo, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, Op. cit., n. 7.6.12.

81 Siqueira, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada...* Op. cit., p. 26.

*iudicata* albergue também questões prejudiciais incidentais (desde que preenchidas cumulativamente certas condições) visou à promoção da segurança jurídica, da boa-fé e da economia processual. Nada obstante, restringiu a liberdade das partes na determinação do que será imutabilizado pela coisa julgada.

Nesse cenário, as diversas indagações que surgem ao se analisar o regime especial de coisa julgada do CPC/2015 evidenciam que o ponto de equilíbrio entre segurança jurídica e liberdade das partes, em verdade, não é facilmente mensurável. A opção legislativa – embora louvável em seus motivos – propiciou maior insegurança às partes acerca das questões que formarão coisa julgada. Trazendo à baila os ensinamentos de Humberto Ávila, “na busca por segurança – eis o paradoxo –, o homem terminou por sentir-se mais inseguro”.<sup>82</sup>

Sob outra perspectiva, é natural que alterações legislativas (precipualemente toda uma nova codificação) suscitem dúvidas acerca de sua interpretação e aplicação.<sup>83</sup>

A título conclusivo, depreende-se que o instituto da coisa julgada sobre questão prejudicial não representa violação ao princípio dispositivo. Partindo da premissa que a questão prejudicial incidental não compõe o objeto litigioso (mérito), às partes ainda pertence o monopólio na determinação do objeto litigioso. Na mesma linha, o magistrado ainda decidirá o mérito nos limites das pretensões formuladas pelas partes, não havendo o que se falar em mitigação do princípio da correlação.

Ainda, a ocorrência de contradições lógicas por decisões diversas acerca de uma mesma questão prejudicial foi reduzida significativamente

(permanecendo apenas se os requisitos dos §§1º e 2º do CPC não forem preenchidos). Aumentou-se assim a estabilidade das decisões judiciais, a coerência do direito e a credibilidade do judiciário. Em contrapartida, incrementou-se a imprevisibilidade acerca de quais questões formarão coisa julgada.

É impossível antever se a coisa julgada sobre questão prejudicial, nos termos do 503 do CPC/2015, foi exitosa em promover segurança jurídica. Não se trata, afinal, de uma balança exata em que se mede segurança jurídica em um prato e, em outro, liberdade das partes. Trata-se da conciliação de ambos os princípios, essenciais ao devido processo legal que tutela direitos, na medida em que a liberdade das partes somente se concretiza em um modelo processual gravado pela segurança jurídica.

## Referências bibliográficas

Alvim, Teresa Arruda. (abril de 2014). O que é abrangido pela coisa julgada no Direito Processual Civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 230, p. 75-89.

Ávila, Humberto. (2014). *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros

Cabral, Antônio do Passo. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Alvim, Teresa Arruda (coord. por). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

(2014). *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPodivm.

Dellore, Luiz. *Conceito e limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. Processo em jornadas*. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. (coord. por). Salvador: Editora Juspodivm, p. 668-681.

Didier JR, Fredie. (2018). *Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015*, In.: Coisa julgada e outras estabilidades processuais. Salvador: Editora Juspodivm.

(2015). *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 17. ed. Salvador: Editora Juspodivm.

<sup>82</sup> Ávila, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

<sup>83</sup> De mais a mais, a coisa julgada sobre questão prejudicial não é o único tema sobre o qual a doutrina manifesta grande divergência – basta pensar nos debates acalorados acerca das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento (artigo 1.015, CPC/2015) ou, então, sobre negócios jurídicos processuais (artigo 190, CPC/2015).

- Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.6, n.1, jan-abr., 2015, p. 81-94.
- Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria. (2015). *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11.ed. Salvador: Juspodivm.
- Dinamarco, Cândido Rangel. (2003). *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. 3.ed. Editora Malheiros: São Paulo.
- Liebman, Enrico Tullio. (1984). *Eficácia e autoridade da sentença*. Buzaid, Alfredo. BENVINDO, Aires (trad. por). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. (fevereiro, 2013). A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 216, p. 431-438.
- Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. (2012). São Paulo: Saraiva.
- Lucca, Rodrigo Ramina de. (2016). Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 252. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 79 - 110.
- (2018). *Disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo.
- Marinoni, Luiz Guilherme. (2018). Coisa julgada sobre questão. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.
- Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. (2015). Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. II. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*.
- Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. (2017). Novo Código de Processo Civil Comentado. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.
- Mitidiero, Daniel. (2015). Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3. ed. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*.
- Monteleone, Girolamo. *Diritto Processuale Civile*, 3. ed., Padova: Cedam, 2002.
- Moreira, José Carlos Barbosa. (1970). Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 59, vol. 416, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 9-17.
- (2000). *Coisa julgada – limites objetivos*, in.: Direito aplicado, vol. II, Rio de Janeiro, p. 439-461.
- (1967). *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese de concurso para docência livre de Direito Judiciário. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.
- Neves, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.
- Redondo, Bruno Garcia. (outubro, 2015). Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 248, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43-67.
- Schwab, Karl Heinz. (1968). *El objeto litigioso en el Proceso Civil*. Banzhaf, T. A (trad. por). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Silva, Ovídio Araújo Baptista da. (1988). *Eficácias da sentença e coisa julgada*. In: Sentença e coisa julgada, Porto Alegre: Fabris.
- (2006). *Curso de Processo Civil*, vol. 1, 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Silva, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná, 2016.
- Siqueira, Thiago Ferreira. (2018). *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada: análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 2015*. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo.
- Talamini, Eduardo. (2005). Coisa Julgada e sua revisão. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*.
- (2016). Comentários aos arts. 502 a 508. In.: Código de Processo Civil anotado. TUCCI, Rogério Cruz e. (coord. por). Rio de Janeiro, GZ.
- Theodoro Júnior, Humberto. (2018). *Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil*. In.: Coisa julgada e outras estabilidades processuais. Didier JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord. por). Salvador: Editora Juspodivm, p. 165-188.
- Tucci, Rogério Cruz. (2001). A causa petendi no processo civil. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.
- Tunala, Larissa Gaspar. (2015). *Comportamento processual contraditório: A proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Editora Juspodivm.
- Wambier, Luiz Rodrigues; Talamini, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- (2016). *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

# Justiça multiportas à brasileira

## Hanna Gevartosky

Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Contacto: [hannahgevartosky@gmail.com](mailto:hannahgevartosky@gmail.com)

## Resumo

O sistema de múltiplas portas foi apresentado inicialmente pelo professor Frank Ernest Arnold Sander em abril de 1976 na Pound Conference. A principal proposta desse modelo é a identificação do tipo de conflito e o seu encaminhamento, antes da judicialização, para a técnica mais adequada ao seu tratamento. A solução adjudicada é apenas uma opção dentre outros meios, incluídos os consensuais e extrajudiciais. O ordenamento jurídico brasileiro incorporou os meios consensuais aos procedimentos judiciais, porém não é possível afirmar que adotamos o modelo norte-americano de múltiplas portas. Apesar das vantagens apresentadas pela disponibilização de diversos métodos para a resolução de conflitos, ainda assim há alguns obstáculos a serem enfrentados para garantir a sua plena eficácia no Brasil.

**Palavras-chave:** Técnicas Multiportas; Arbitragem; Conciliação; Mediação; Negociação; Métodos Adequados de Solução de Conflitos.

**Abstract:** The multi-door courthouse system was initially introduced by Professor Frank Ernest Arnold Sander in April 1976 at the Pound Conference. The main proposal of this model is the identification of the type of conflict and its referral, prior to the judicialization, to the technique most appropriate to its treatment. The adjudicated solution is only one option among other means, including consensual and extrajudicial ones. The Brazilian legal

system incorporated the consensual means to judicial proceedings, but it is not possible to affirm that we adopted the North American multi-door courthouse system. Despite the advantages presented by the availability of several methods for the resolution of conflicts, there are still some obstacles that need to be faced in order to guarantee its full effectiveness in Brazil.

**Key-words:** Multi-door Courthouse System; Arbitration; Conciliation; Mediation; Negotiation; Alternative Dispute Resolution.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O sistema de múltiplas portas. 2.1. Justiça multiportas à brasileira. 3. Os meios adequados de solução de conflitos e sua recepção pela legislação pátria. 4. A realização da audiência de conciliação ou mediação no Código de Processo Civil. 4.1 Dispensa da audiência de mediação ou conciliação. 4.2 Dispensa da audiência e validade do procedimento. 5. conclusões. 6. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

O Direito Processual Civil está passando por uma profunda transformação, na qual a solução adjudicada estatal deixa de ter primazia na distribuição da justiça.

Essa mudança de diretriz é verificada não só no Brasil como na maioria dos sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*) e decorre da

busca pela satisfação das partes com a solução dada ao litígio em oposição a insistência na solução adjudicada adversarial, incerta<sup>1</sup> e, na grande maioria das vezes, tardia.

Assim, ampliou-se os instrumentos de distribuição da justiça, incluídos, entre eles, os mecanismos adequados de solução de conflitos, dentre os quais tem se destacado a conciliação, a mediação e a negociação, além das formas combinadas de uns e outros<sup>2</sup>.

O sistema de múltiplas portas idealizado por Frank E. A. Sander reflete a tendência contemporânea de desjudicialização e tratamento adequado dos conflitos através do direcionamento de cada uns dos litígios ao método mais adequado para a sua solução.

Nesse contexto, a decisão judicial passa a ser vista como espécie do gênero jurisdicional que “abrange toda decisão de controvérsia no âmbito judicial ou administrativo”<sup>3</sup> (jurisdição em sentido amplo).

Resta evidente, portanto, que no modelo de múltiplas portas a Justiça Estatal deixa de ser o canal mais indicado para a resolução de toda e qualquer controvérsia<sup>4</sup> e, nos casos que comportam autocomposição ou aplicação de outra técnica de composição, passa a ser a *ultima ratio*.

A proposta do presente artigo é analisar o sistema de múltiplas portas proposto por Frank E. A. Sander e verificar se o ordenamento jurídico brasileiro realmente adotou o modelo multiportas norte-americano. Respondida a questão, analisar-se-á o sistema adotado pelo Brasil e os desafios para a sua aplicação.

## 2. O sistema de múltiplas portas

O modelo *Multi-door Courthouse*<sup>5</sup> foi apresentado inicialmente pelo professor Frank Ernest Arnold Sander da Universidade de Harvard em abril de 1976 em uma conferência (Pound Conference) convocada pelo presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger<sup>6</sup>, para discutir os problemas enfrentados na administração da Justiça americana<sup>7</sup>.

Frank E. A. Sander<sup>8</sup> vislumbrou a ideia de se introduzir no âmbito do Poder Judiciário americano a oferta de várias opções para a resolução das disputas.

Neste modelo, um centro especializado localizado no Judiciário deveria auxiliar os jurisdicionados na análise dos seus conflitos e, a partir de sua compreensão e classificação, encaminhar o conflito para o mecanismo mais adequado ao seu tratamento. A solução adjudicada seria apenas uma opção dentre outros meios, incluindo a mediação e a arbitragem.<sup>9</sup>

1 Em razão da dispersão jurisprudencial, pode-se afirmar que ainda não atingimos a segurança jurídica necessária para a previsão do resultado do processo quando do ingresso no Judiciário.

2 Mancuso, Rodolfo de Camargo. (2015). Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 404.

3 Meirelles, Hely Lopes. (2003). *Direito administrativo brasileiro*. 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, p. 79.

4 Nesse sentido, alertam Alexandre Servino Assed e Larissa Davidovich que: “A ideia de que só o Judiciário estaria apto a solucionar desavenças de todas as naturezas gradativamente vem perdendo força e ganhando novos contornos.” (Assed, Alexandre Servino; Davidovich, Larissa. *A nova lei de mediação: comentários e reflexões*. In: Almeida, Tania; Pelajo, Samantha y Jonathan, Eva (Coords). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 333).

5 Inicialmente, o nome dado por Frank E. A. Sander era “*Varieties of dispute processing*”. A expressão “*Multi-door courthouse*” foi adotada posteriormente.

6 Warren, E. Burger, foi o 15º presidente da Suprema Corte entre os anos de 1969 e 1986.

7 Sander, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*. In: Levin, L. A.; Russel, W. R. (Edit.). *The pound conference: perspectives on justice in the future*. Saint Paul: West Publishing Co., 1979.

8 V. Sander, Frank E. A. *The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000*. HeinOnline: 3 Barrister 18, 1976.

9 V. Moffit, Michael. L. *Special Section: Frank Sander and his legacy as an ADR pioneer*. Disponível em: [https://law.uoregon.edu/images/uploads/entries/Michael\\_Moffitt-Before\\_the\\_Big\\_Bang-The\\_Making\\_of\\_an\\_ADR\\_Pioneer.pdf](https://law.uoregon.edu/images/uploads/entries/Michael_Moffitt-Before_the_Big_Bang-The_Making_of_an_ADR_Pioneer.pdf). Acesso em 13 de junho de 2018.



Assim, no sistema multiportas pensado por Frank Sander, especialistas seriam treinados para receber os cidadãos em centros especializados nos fóruns e Tribunais de Justiça e analisar os conflitos apresentados. Após escutar a descrição do conflito, o especialista deveria apresentar ao cidadão as várias opções disponíveis para a solução de conflitos e indicar aquela que seria mais adequada para solução de seu problema em particular.<sup>10</sup>

Deste modo, no sistema de múltiplas portas, o jurisdicionado, diante das peculiaridades do caso concreto, seria orientado a optar pelo meio mais adequado de resolução do seu problema, seja ele auto ou heterocompositivo<sup>11</sup>.

Assim sendo, na estrutura alicerçada no *Multi-door Courthouse*, para cada tipo de controvérsia, há uma determinada forma de solução mais adequada, de modo que, em certos casos, a melhor solução será obtida pela mediação, enquanto em outros, pela conciliação, outros ainda pela arbitragem e, finalmente, os que serão melhor resolvidos pela decisão do juiz estatal ou qualquer outro meio considerado adequado<sup>12</sup>.

Após a Resolução N° 125/2010 do CNJ, a promulgação da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil, a doutrina brasileira tem difundido que o Brasil adotara um sistema de justiça multiportas.

Não obstante o entendimento doutrinário, questiona-se se é possível afirmar peremptoriamente que o Brasil adotou o sistema

idealizado por Frank E.A. Sander ou se deve ser reconhecido que o ordenamento nacional importou a ideia do modelo multiportas norte-americano e implementou-a à brasileira?

## 2.1 Justiça multiportas à brasileira

A principal característica do modelo idealizado por Frank Sander, como visto, é que as demandas seriam ouvidas/recebidas em centros especializados instalados nos Tribunais, onde assessores, após o diagnóstico do conflito, encaminhariam os casos ao(s) procedimento(s) mais adequado(s) à sua solução.

O objetivo do modelo norte-americano é a identificação do tipo de conflito e o seu encaminhamento, antes da judicialização, para a técnica mais adequada ao seu tratamento, buscando-se resultados mais eficientes e garantindo-se a concretização do direito.

Haja vista que o modelo adotado pelo Brasil não compreende a análise prévia dos conflitos por assessores e o seu posterior direcionamento para o meio mais adequado de solução<sup>13</sup>, mas sim o ajuizamento da ação judicial e o posterior encaminhamento do caso para a autocomposição (mediação ou conciliação)<sup>14</sup>, pode-se afirmar que o que se extraiu e adotou da ideia do sistema de múltiplas portas idealizado por Frank Sander foi a necessidade da disponibilização aos jurisdicionados de outros métodos, além da solução adjudicada, igualmente capazes de compor o conflito, garantindo-se o acesso à ordem jurídica com a efetiva proteção do direito material<sup>15</sup>.

Assim sendo, tem-se que, a rigor, o Brasil não adotou o modelo norte-americano em sua integralidade, com a disponibilização de um

10 Kessler, Gladys y Finkelstein, Linda. *The evolution of a multi-door courthouse*. 37 Cath. U. L. Rev. 577 (1988), p. 580 (577-590). Disponível em: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol37/iss3/2>. Acesso em 13 de junho de 2018.

11 Azevedo, André Gomma. (2002) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, vol. 3, p. 301.

12 Cabral, Antonio de Passo y Cunha, Leonardo Carneiro da. (2016) *Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (Collaborative Law): "Mediação sem Mediador"*. In: Almeida, Tania; Pelajo, Samantha; Jonathan, Eva. (Coords.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-710. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9), p. 709-710.

13 Por exemplo: arbitragem, mediação, conciliação, minijulgamento, med-arb, entre tantas outras possibilidades.

14 V. artigo. 334 do CPC.

15 Pantoja, Fernanda Medina; Almeida, Rafael Alves de. (2016). *Os Métodos "Alternativos" de Solução de Conflitos (ADRs)*. In: Almeida, Tania; Pelajo, Samantha; Jonathan, Eva (Coords). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, p. 67.

especialista para análise do conflito antes da sua judicialização e encaminhamento do caso para o método mais adequado para resolvê-lo.

O que se adotou, como restará explicitado a seguir, foi a ideia do incentivo ao tratamento adequado do conflito e a imposição da obrigatoriedade da tentativa de autocomposição no início do procedimento comum, ou seja, após a instauração do processo.

### 3. Os meios adequados de solução de conflitos e sua recepção pela legislação pátria

O emprego de meios adequados de solução de conflitos, segundo leciona Mauro Cappelletti, não é uma ideia nova, posto que a mediação, a conciliação e a arbitragem sempre foram elementos importantes em matéria de solução de conflitos<sup>16</sup>.

Não obstante, aponta o jurista que “as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas”<sup>17</sup> e essas razões estariam diretamente ligadas à terceira onda do movimento de acesso à justiça<sup>18</sup>, voltada à busca pela qualidade dos resultados obtidos por meio da jurisdição e dos equivalentes jurisdicionais.

Observa-se, portanto, a existência de um movimento de adoção de mecanismos adequados para solução de conflitos, com estímulo à utilização dos meios autocompositivos<sup>19</sup>.

De fato, com vistas a obter maior eficiência na prestação jurisdicional, no Brasil, ocorreram inúmeras reformas legislativas e mesmo medidas administrativas foram tomadas na tentativa de gerar um processo mais célere, justo e menos complexo.

Aponta-se como exemplo a criação dos Juizados Especiais Cíveis que surgiram como um novo modelo processual voltado a atender as demandas de baixo valor e pouca complexidade<sup>20</sup>, construído com base na efetivação da garantia do acesso à justiça<sup>21</sup> e nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e incentivo à conciliação das partes<sup>22</sup>.

Posteriormente, os meios consensuais, principalmente a mediação e a conciliação, ganharam considerável impulso com a assinatura, em 2009, pelos chefes dos três Poderes da República, do “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo”<sup>23</sup>, que consolidou a política nacional de estímulo à solução consensual de conflitos<sup>24</sup>.

Na sequência, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 2010, a Resolução nº125<sup>25</sup>, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade<sup>26</sup>, deixando ao Poder Judiciário a

16 Cappelletti, Mauro. (Abr-Jun 1994) Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 88.

17 Cappelletti, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*, cit., p. 88.

18 Cappelletti, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*, cit., p. 88.

19 O instituto da mediação está regulamentado nos Estados Unidos, na Argentina, no Uruguai, no Japão, na Austrália, na Itália, na Espanha, na França, dentre outros países. O Conselho da União Europeia, inclusive, emitiu a Diretiva Nº 52, de 21 de maio de 2008 que incentiva a adoção da mediação pelos países membros.

20 Artigo 3º da Lei Nº 9.099/95.

21 Watanabe, Kazuo. *Modalidade de Mediação*. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto—Modalidade-de-mediacao—Kazuo-Watanabe.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2018.

22 Artigo 2º da Lei Nº 9.099/95.

23 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/outras/iipacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/outras/iipacto.htm).

24 Zaneti JR., Herme y; Cabral, Trícia Navarro Xavier. (2016). *Apresentação*. In: ZANETI JR., Hermes; Cabral, Trícia Navarro Xavier (Coords.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 6. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9).

25 Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Resolução Nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 10 de julho de 2018.

26 Almeida Neto, Joaquim Domingo. (2016). *A Mediação no Contexto Judiciário e os Meios Adequados de Resolução de*

incumbência de oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias além dos adjudicatórios, em especial os meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Afinado com a Resolução N°125/2010 do CNJ está o novo Código de Processo Civil que, conforme exposição de motivos de PLC 8.046/2010, dá ênfase aos meios consensuais como forma de composição justa dos conflitos<sup>27</sup>.

O Código de Processo Civil (CPC) prestigiou a utilização da mediação e da conciliação como métodos de solução de conflitos e, logo no capítulo das Normas Fundamentais do Processo Civil, estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos<sup>28</sup>. Em seguida, afirma que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial<sup>29</sup>.

Mais que estimular a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos<sup>30</sup>, o novo Código de Processo inovou e previu a realização obrigatória da audiência de mediação ou conciliação antes da apresentação da contestação, a qual, segundo a lei, somente não será realizada nos casos em que ambas as partes manifestarem desinteresse na composição<sup>31</sup> ou quando o conflito não admitir composição<sup>32</sup>.

.....  
*Disputas*. In: Almeida, Tania; Pelajo, Samantha y Jonathan, Eva. (Coords). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, p.727.

27 Item 2º do PLC 8.046/2010: “Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.”

28 Artigo 3º, § 2º da Lei N° 13.105/15.

29 Artigo 3º, § 3º da Lei N° 13.105/15.

30 Vide artigo 3º, §3º da Lei N° 13.105/2015.

31 No tocante à discussão doutrinária acerca da obrigatoriedade de comparecimento na audiência de mediação ou conciliação, importante destacar que não há que se falar em violação ao princípio da autonomia da vontade, uma vez que a obrigatoriedade diz respeito ao comparecimento à audiência e não à composição.

32 Artigo 334, *caput* e parágrafos da Lei N° 13.105/2015.

Para viabilizar a realização da audiência de mediação e de conciliação e estimular a utilização dos métodos de solução consensual de conflitos, além de prever a audiência de mediação ou conciliação *initio litis*, o novo Código Processual, assim como a Resolução N°125/2010 do CNJ, também determinou a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e regulamentou a atuação dos conciliadores e mediadores como auxiliares da justiça<sup>33</sup>.

Posteriormente à promulgação do novo CPC, o legislador elaborou a Lei de Mediação<sup>34</sup> que dispõe sobre a mediação entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos envolvendo a administração pública, seja no âmbito judicial ou no extrajudicial<sup>35</sup>.

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil e também da Lei de Mediação, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, incorporou, definitivamente, os meios consensuais como formas de resolução de conflitos<sup>36</sup>.

Atualmente, portanto, pode-se afirmar que os marcos regulatórios que regem a aplicação dos métodos consensuais no Brasil, além da Resolução N° 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (norma administrativa), são o novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação<sup>37</sup>.

.....  
33 Artigo 165 e seguintes da Lei N° 13.105/2015.

34 Brasil. Lei N° 13.140, de 26 de junho de 2015. *Lei de Mediação*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm).

35 Zanetti JR., Hermes y Cabral, Trícia Navarro Xavier. (2016). *Apresentação*. In: Zanetti JR., Hermes y Cabral, Trícia Navarro Xavier (Coords.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 7. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9).

36 Segundo Mauro Cappelletti: “(...) há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’ são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso.” (Cappelletti, M. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, n. 74, abr.-jun. 1994, p. 90).

37 Grinover, Ada Pelegrini. (2015). *Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC*. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, p. 1.

Pode-se falar, assim, em um minissistema brasileiro<sup>38</sup> de métodos consensuais de solução judicial de conflitos formado pelos marcos regulatórios referidos.

Demonstra-se, desta forma, que a distribuição da justiça pode ser feita mediante instrumentos judiciais e extrajudiciais ou ambos<sup>39</sup>, que devem ser escolhidos de acordo com as peculiaridades do conflito e sua aptidão para solucioná-lo da forma mais adequada<sup>40</sup>.

Portanto, observa-se que o Brasil adotou do sistema multiportas a ideia da necessidade de oferecimento de vários métodos adequados de solução de conflitos, mas não o procedimento em si considerado de análise prévia do conflito por um especialista e de orientação para o seu adequado encaminhamento e tratamento.

Na realidade, o ordenamento brasileiro optou por um procedimento diferente do inicialmente pensado por Frank Sander e previu o encaminhamento do conflito ao meio autocompositivo mais adequado somente após o ajuizamento da ação judicial.

Assim sendo, pode-se afirmar que houve um “abrasileiramento” do modelo norte-americano. Resta saber, portanto, se o modelo adotado pelo Brasil está sendo eficaz e se está cumprindo com o quanto pretendido.

## 4. A realização de audiência de conciliação ou mediação no Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil tem como premissa o incentivo à solução consensual dos conflitos e, para tanto, prestigiou o emprego da mediação e da conciliação (artigo 3º, § 2º e §3º), prevendo que devem ser estimuladas, sempre que possível, por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

A fim de operacionalizar a adoção dos meios consensuais de solução de conflitos, o legislador regulamentou as figuras do mediador e do conciliador judiciais como auxiliares da justiça<sup>41</sup> e, assim como a Resolução Nº 125/2010 do CNJ, determinou a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos “responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”<sup>42</sup>.

Além disso, como adiantado, o legislador inovou e estabeleceu que o primeiro ato do procedimento comum será, como regra, a citação do réu para comparecimento à uma audiência inicial de tentativa de conciliação ou de mediação, sendo a apresentação da contestação postergada para os casos em que a autocomposição não for alcançada.

Assim, o Código de Processo Civil, ao disciplinar o Procedimento Comum, estabelece que o juiz, ao proferir o despacho liminar positivo da petição inicial, deverá designar audiência de conciliação ou mediação antes da apresentação da defesa pelo réu.

Deste modo, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais (arts. 319 e 320 do CPC), o juiz designará audiência de mediação ou conciliação com antecedência mínima de 30

.....  
<sup>38</sup> Expressão cunhada pela Profa. Ada Pellegrini Grinover em: *Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC*. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controversas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, p. 2.

<sup>39</sup> Além das técnicas puras de resolução de conflitos, há formas híbridas que mesclam métodos heterocompositivos e métodos autocompositivos de composição de litígios.

<sup>40</sup> Almeida Neto, J. D. *A Mediação no Contestado Judiciário e os Meios Adequados de Resolução de Disputas*, cit., p. 714.

.....  
<sup>41</sup> Artigo 149 do CPC.

<sup>42</sup> Artigo 165 do CPC.

(trinta) dias, devendo ser citado o réu com, pelo menos, 20 (vinte) dias de antecedência (artigo 334, CPC).

No mandado citatório do réu ou na intimação do autor deverá constar a data, o local e a hora da audiência, bem como a advertência de que a ausência injustificada de qualquer uma das partes acarretará na aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça<sup>43</sup>.

A opção do legislador pela obrigatoriedade da realização da audiência de mediação ou conciliação resta evidenciada, além da imperatividade do verbo “designará” (artigo 334, *caput*, CPC), pela punição imposta em caso de não comparecimento injustificado de qualquer das partes. Nestes casos, o Código prevê a aplicação de multa de até 2 por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertida em favor da União ou do Estado (artigo 334, §8º)<sup>44</sup>.

O mediador ou conciliador (artigo 334, §1º, NCPC), onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou mediação<sup>45</sup>, observando o disposto nos arts. 165 a 175 do

CPC, bem como as disposições da lei de organização judiciária e da Lei de Mediação<sup>46</sup>.

O Código Processual prevê ainda que poderá haver mais de uma sessão de mediação ou conciliação<sup>47</sup>, desde que não exceda o prazo de dois meses (artigo 334, §2º, CPC)<sup>48</sup>.

A audiência somente não se realizará nos casos envolvendo direitos que não admitem transação (artigo 334, §4º, CPC)<sup>49</sup> ou se ambas as partes manifestarem expressamente o seu desinteresse na composição consensual (o autor, na inicial, e o réu, após ser citado, por petição, até 10 (dez) dias antes da audiência designada)<sup>50</sup>.

Assim, se alguns direitos pleiteados não admitirem transação, enquanto os outros admitirem, deve o Juiz designar a audiência para a composição do litígio nos direitos em que se pode transigir. Logo, neste caso, é possível que o acordo seja parcial, cobrindo apenas a

.....

43 Na audiência judicial, as partes deverão estar acompanhadas obrigatoriamente de seus advogados ou defensores públicos (artigo 334, §9º, CPC). Essa exigência contém a ideia de que a advocacia é função essencial à administração da justiça, bem como atende aos princípios da ampla defesa e do contraditório. A obrigatoriedade do comparecimento dos procuradores não significa, no entanto, a obrigatoriedade de comparecimento pessoal das partes, as quais podem ser representadas por seu procurador ou outro representante desde que tenha poderes específicos para transigir e negociar, nos termos do §10º ao artigo 334, CPC.

44 Apesar de o artigo fazer referência específica à audiência de conciliação, uma interpretação sistemática permite concluir pela aplicação da multa também nos casos de mediação.

45 A legislação prevê que os mediadores e conciliadores devem possuir capacitação específica para aplicação das técnicas consensuais, razão pela qual a legislação prioriza a sua atuação nos locais em que esses profissionais estejam presentes. Nos locais onde não há conciliadores/mediadores judiciais disponíveis, tem-se admitido que a audiência seja conduzida pelo juiz. Neste caso, em respeito ao princípio da confidencialidade, entende-se que o juiz da causa deve ser diverso daquele que conduzirá a audiência, a fim de que sua imparcialidade como julgador não reste contaminada. Na prática, porém, o que se tem observado é que o juiz que conduz a audiência é o mesmo que julga o caso, em grave ofensa ao princípio da confidencialidade e com grande prejuízo à eficácia dos métodos autocompositivos.

.....

46 Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sergio Cruz.; Mitidiero, Daniel. (2015) *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, p. 355.

47 A legislação prevê ainda que as audiências devem ser paudadas com prazo nunca inferior a 20 (vinte) minutos entre si e organizadas de modo separado das demais audiências realizadas pela Vara Cível (artigo 334, §12º, CPC). O dispositivo assegura um intervalo mínimo entre as audiências de conciliação ou mediação, mas o referido intervalo, nos termos do enunciado 583 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, não se confunde com o tempo de duração da sessão, a qual deve durar o tempo necessário para o tratamento adequado do conflito, podendo estender-se em mais de uma sessão.

48 Embora o prazo máximo fixado pela lei seja de 2 (dois) meses, defende a Profa. Ada Pellegrini Grinover que as partes, de comum acordo, poderão pedir a dilação do prazo, com base no princípio da autonomia da vontade e no disposto no artigo 190 (Grinover, Ada Pellegrini. *Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC*. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores, São Paulo, Atlas, 2015, p. 18).

49 Importante ressaltar que a admissibilidade da autocomposição não se confunde com a disponibilidade do direito, direitos indisponíveis, mas transigíveis, também podem ser submetidos à solução consensual (artigo 3º, §2º da Lei de Mediação). Ademais, os conflitos envolvendo a Administração Pública também podem ser submetidos à autocomposição (artigo 32 e segs. da Lei de Mediação).

50 Havendo litisconsórcio, todos devem manifestar desinteresse (artigo 334, §6º, CPC), e o prazo para a defesa tem termo inicial autônomo para cada um deles (artigo 335, §1º, CPC).



parte disponível do objeto do litígio<sup>51</sup>. Admitte-se também que o objeto do acordo seja mais amplo que o objeto do processo, podendo, inclusive, incluir terceiros estranhos à relação jurídica processual (artigo 515, §2º do CPC).

Além disso, em reforço do estímulo à composição consensual dos conflitos, o novo Código autoriza que a audiência de conciliação ou mediação seja realizada pela internet ou qualquer outro meio de comunicação que permita a negociação à distância<sup>52</sup>, desde que as partes estejam de acordo (artigo 334, §7º do CPC e artigo 46 da Lei de Mediação).

Resta comprovada, portanto, a obrigatoriedade da designação da audiência inicial de tentativa de mediação ou conciliação. A grande questão, após dois anos de vigência do Código, é a inobservância, pelos magistrados, da referida obrigatoriedade.

Apesar de a letra da lei ser bem clara no tocante às hipóteses de não realização da audiência, na prática, o que se tem visto é a não designação da audiência sob as mais variadas justificativas, conforme restará demonstrado no tópico a seguir.

#### 4.1 Dispensa da audiência de mediação ou conciliação

O Código de Processo Civil, como visto, estabelece a obrigatoriedade da realização da audiência preliminar de mediação ou conciliação, podendo a mesma ser dispensada só nas hipóteses legais, porém, o que se tem visto na prática é que muitos juízes e Tribunais, ignorando a imperatividade do tempo verbal empregado no artigo (“designará”), estão deixando de designar a audiência por inúmeros motivos.

51 Grinover, Ada Pellegrini. (2015). *Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC*. In *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores, São Paulo, Atlas, p. 19.

52 Exemplo disso é o lançamento, pelo CNJ, da plataforma de Mediação Digital.

Um dos motivos pelos quais a audiência não está sendo designada é a invocação da violação da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII da CF e artigo 139, II do CPC).

Em muitos casos, os magistrados têm justificado a dispensa da audiência com base na demora para o agendamento e a realização da mesma, acrescentando que eventual audiência poderia ser designada, a qualquer tempo e futuramente, caso verificado o interesse.

Ocorre que, inobstante a indisponibilidade de datas para a realização das audiências<sup>53</sup>, entende-se que referida justificativa está relacionada a um obstáculo estrutural (ausência de CEJUSCs e profissionais suficientes para atendimento da demanda), que não justifica a dispensa da audiência e a inobservância da determinação legal, mas exige a implantação do quanto determinado pelo Código, seja na designação da audiência, seja quanto a implantação dos CEJUSCs<sup>54</sup>.

Ademais, nos casos em que houver a composição e a mesma for obtida nesta audiência inicial, a duração razoável do processo não restará comprometida, pelo contrário, haverá o tratamento adequado do conflito e o encerramento célere da contenda<sup>55</sup>, de modo que a invocação da violação à duração razoável do

53 Em São Paulo, por exemplo, o período de espera ultrapassa 1 (um) ano.

54 Nesse sentido, Marcelo Mazzola: “Preocupa-nos, por exemplo, a ideia de que a falta de estrutura de determinado foro possa ser considerada argumento legítimo para justificar a dispensa da audiência de mediação. Ora, não é a lei que deve adequar-se aos juízes, mas, sim, o contrário. Aliás, todos os tribunais tiveram tempo de sobra para se estruturar e criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)”. (Mazzola, Marcelo. *Dever de comprometimento do juiz e a audiência de mediação do artigo 334 do NCPC. Críticas aos dribles hermenêuticos e à sua designação aleatória*. Arruda Alvim, T. y Didier JR., F. (Orgs.). *Processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 388–Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. IV).

55 Mazzola, Marcelo. (2018). *Dever de comprometimento do juiz e a audiência de mediação do artigo 334 do NCPC. Críticas aos dribles hermenêuticos e à sua designação aleatória*. Arruda Alvim, T. y Didier JR., F. (Orgs.). *Processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 385 (Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. IV).

processo não seria motivo suficiente para desobedecer a previsão da lei.

Outro motivo usualmente evocado para a dispensa da realização da audiência logo no início do procedimento comum é a possibilidade de designação de audiência a qualquer momento.

Não obstante exista essa possibilidade, entende-se que quanto mais o processo se desenvolve, com a troca de acusações pelas partes e o escalonamento do conflito, mais difícil é de se obter uma solução consensual<sup>56</sup>. Daí a importância da realização da audiência antes mesmo da apresentação da contestação, de modo que a justificativa de que a composição pode ser tentada a qualquer momento não é válida.

Outra fundamentação recorrente para a dispensa da audiência é a demonstração, por uma das partes, de desinteresse na sua realização, invocando-se o princípio da voluntariedade que orienta a aplicação dos métodos consensuais para justificar que, caso uma das partes demonstre desinteresse na autocomposição, não haveria possibilidade de composição e, assim, não haveria necessidade de realização da audiência inicial.

Ocorre que, por mais que a mediação e a conciliação sejam orientadas pela voluntariedade das partes, a lei é impositiva ao prever que a dispensa da audiência só pode ocorrer quando ambas as partes manifestem desinteresse, de modo que, no caso de apenas uma das partes se manifestar neste sentido, a audiência deve ser designada, sendo a presença das partes obrigatória, sob pena de multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

Além das justificativas acima apresentadas, muitas outras ainda são empregadas para

fundamentar a dispensa da designação da audiência obrigatória<sup>57</sup>, porém, dentre elas, verificam-se algumas hipóteses de dispensa justificada da realização da audiência sem violação do dispositivo legal<sup>58</sup>, quais sejam:

- Realização de mediação extrajudicial prévia<sup>59</sup>;
- Existência de negócio jurídico processual afastando a realização da audiência<sup>60</sup>;
- Existência de medida protetiva ou determinação judicial específica que indique sério conflito entre as partes<sup>61</sup>;

Nesses casos peculiares, a dispensa seria admissível e recomendável, não havendo violação ao dispositivo legal.

Não obstante, afora essas hipóteses específicas de dispensa justificada, o que se observa na prática é que, como adiantado, a audiência inicial obrigatória de mediação ou conciliação tem sido frequentemente dispensa por motivos distintos dos previstos na lei. Tal prática é contrária ao espírito do Código de incentivo à autocomposição, o que leva ao questionamento sobre a validade do procedimento nos casos em que a audiência deveria ter sido realizada, mas não foi designada pelo juiz.

56 Mazzola, Marcelo. *Dever de comprometimento do juiz e a audiência de mediação do artigo 334 do NCPC. Críticas aos dribles hermenêuticos e à sua designação aleatória*. Alvim, Teresa Arruda. y Didier JR., Fredie. (Orgs.). *Processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 387 (Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. IV).

57 São exemplos a violação da garantia do acesso à justiça; a violação do princípio da eficiência (artigo 8º do CPC), entre outros.

58 V. Mazzola, Marcelo. *Dever de comprometimento do juiz e a audiência de mediação do artigo 334 do NCPC. Críticas aos dribles hermenêuticos e à sua designação aleatória*. Alvim, Teresa Arruda. y Didier JR., Fredie. (Orgs.). *Processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 390-392 (Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. IV).

59 Enunciado 29 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos: “Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado.”

60 Cf. artigo 190 do CPC.

61 Enunciado 639 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “O juiz poderá, excepcionalmente, dispensar a audiência de mediação ou conciliação nas ações de família, quando uma das partes estiver amparada por medida protetiva.”

## 4.2 Dispensa da audiência e validade do procedimento

A não designação da audiência de mediação ou conciliação no início do procedimento comum nos casos obrigatórios ensejaria a nulidade de todo o procedimento?

O STJ ainda não decidiu sobre a questão, mas, a título de ilustração, analisou-se os entendimentos adotados pelos Tribunais de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná<sup>62</sup>.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entende que não haveria nulidade na não designação da audiência de mediação ou conciliação em nenhuma hipótese, seja porque a designação da audiência seria mera faculdade do julgador<sup>63</sup>; ou porque “a falta de realização de audiência de conciliação jamais implicou nulidade (artigo 334, CPC), já que as partes podem transigir a qualquer momento”<sup>64</sup>; e mesmo nos casos em que somente uma das partes tenha manifestado desinteresse<sup>65</sup>, o Tribunal paulista entende que não há nulidade na inobservância do dispositivo legal (artigo 334 do CPC), haja visto que a composição pode ser realizada a qualquer momento.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na mesma linha do Tribunal paulista, entende que não haveria nulidade na ausência de designação da audiência inicial, em razão de a mesma, segundo o Tribunal mineiro, não ser obrigatória, podendo as partes transacionarem a qualquer momento<sup>66</sup>.

Também o Tribunal de Justiça do Espírito Santo não verifica a existência de nulidade procedimental na dispensa da audiência de conciliação ou mediação, sob a justificativa de que o mero desinteresse demonstrado por apenas uma das partes bastaria para a não realização da audiência, mesmo porque a sua designação seria mera faculdade do juiz, que deveria observar os princípios da celeridade e economia processual<sup>67</sup>. Além disso, o Tribunal capixaba entende que a nulidade por ausência de realização da audiência inicial somente ocorreria caso demonstrado efetivo prejuízo para as partes<sup>68</sup>.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui decisões no sentido de que o procedimento seria nulo por desrespeito às normas procedimentais impositivas<sup>69</sup> e no sentido de que não haveria qualquer nulidade, pois as partes poderiam, a qualquer tempo, buscar a composição extrajudicial<sup>70</sup>.

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui decisões em ambos os sentidos. Seguindo a linha de que não haveria nulidade na ausência de designação da audiência, o Tribunal entende que, se a parte não demonstra nenhum indicativo de que teria interesse em transigir, seria desnecessária a designação da audiência<sup>71</sup>. Por outro lado, o Tribunal possui decisão no sentido de que seria necessária a manifestação expressa de desinteresse de ambas as partes para a dispensa da audiência<sup>72</sup>.

62 A pesquisa fora realizada somente nos Tribunais do Sul e Sudeste.

63 TJSP–Apelação 1001273-35.2016.8.26.0584; Relator(a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Pedro - 2ª Vara; j: 14/03/2017.

64 TJSP–Apelação 1014188-27.2016.8.26.0161; Relator(a): Melo Colombi; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 3ª Vara Cível; j: 18/05/2018.

65 TJSP–Apelação 1003464-28.2017.8.26.0484; Relator(a): Tavares de Almeida; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Promissão - 1ª Vara Judicial; j: 30/05/2018.

66 TJMG - Agravo de Instrumento 1.0000.17.040809-0/001, Relator(a): Des.(a) Domingos Coelho, Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível; j: 16/08/2017.

67 TJES–Apelação 0041087-50.2009.8.08.0024; Relator(a): Des(a). Wallace Pamdolpho Kiffer; Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível; j: 14/08/2017.

68 TJES–Apelação 0005687-53.2016.8.08.0048; Relator(a): Des(a). Manoel Alves Rabelo; Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível; j: 15/05/2017.

69 TJRJ – Apelação 0038360-92.2016.8.19.0210; Relator(a): Des(a). Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio; Órgão Julgador: 27ª Câmara Cível; j: 21/03/2018.

70 TJRJ – Apelação 0213722-56.2016.8.19.0001; Relator(a): Des(a). Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytch; Órgão Julgador: 21ª Câmara Cível; j: 15/05/2018.

71 TJRS–Apelação Cível Nº 70075088120, Relator(a): Pedro Celso Dal Pra; Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível; j: 14/12/2017.

72 TJRS–Agravo de Instrumento Nº 70072501646, Relator(a): Sandra Brisolara Medeiros; Órgão Julgador: 7ª

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina igualmente possui julgados aplicando a nulidade do procedimento em razão da inobservância do preceito legal e do incentivo dado pela lei à resolução amigável das controvérsias<sup>73</sup>, porém, em outros casos, afasta a nulidade do procedimento por inexistência de demonstração de prejuízo às partes e pela possibilidade de auto-composição extrajudicial a qualquer tempo<sup>74</sup>.

Por fim, o Tribunal de Justiça do Paraná possui julgados no sentido de que haveria nulidade do procedimento em razão do prejuízo pela não designação da audiência para tentativa de autocomposição<sup>75</sup>, mas, por outro lado, possui julgados afastando a nulidade processual ante a ausência de designação da audiência prévia à contestação sob a justificativa de que as partes poderiam se compor a qualquer momento<sup>76</sup>, e que não haveria prejuízo na sua dispensa quando uma das partes manifestasse desinteresse na composição<sup>77</sup>, sendo prestigiados os princípios da celeridade e economia processual<sup>78</sup>.

Observa-se que, conforme adiantado, muitos são os motivos que levam à dispensa da designação da audiência de conciliação ou mediação e esses motivos têm sido empregados para fundamentar a ausência de reconhecimento de nulidade dos casos em que houve dispensa da audiência inicial com inobservância dos preceitos legais.

.....  
Câmara Cível; j: 29/03/2017.

**73** TJSC–Apelação Cível n. 0306526-47.2017.8.24.0008, Relator(a): Des. Denise Volpato, Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível; j: 15/05/2018.

**74** TJSC–Agravo de Instrumento N° 4019065-74.2017.8.24.0000, Relator(a): Des. Jaime Machado Junior; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Comercial; j: 03/05/2018.

**75** TJPR–Apelação Cível N° 1653811-3, Relator(a): Jefferson Alberto Johnsson; Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível; j: 07/02/2018.

**76** TJPR–Apelação Cível N° 1711606-4–Goioerê–Relator(a): José Augusto Gomes Aniceto; Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível; j: 28/09/2017.

**77** TJPR–Apelação Cível N° 1725544-8–Chopinzinho–Relator(a): Francisco Luiz Macedo Junior; Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível; j: 03/05/2018.

**78** TJPR–Apelação Cível N° 1704176-0–Região Metropolitana de Londrina–Foro Central de Londrina–Relator(a): Lenice Bodstein; Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível; j: 29/11/2017.

Por outro lado, alguns são os julgados que reconhecem a necessidade de observância da determinação legal, porém, ainda são menos numerosos que os julgados admitindo a dispensa, fora das hipóteses legais, da realização da audiência inicial.

Assim, em vista do panorama acima delineado, verifica-se que a jurisprudência tem se encaminhado para a criação de novas hipóteses de dispensa da audiência de conciliação ou mediação do início do procedimento comum em desconformidade com a norma legal e que tais descumprimentos da norma do artigo 334 CPC não tem ensejado, na grande maioria das vezes, a nulidade do procedimento.

Dessarte, caso sejam admitidas essas novas hipóteses de dispensa, ou pior, se entenda pela não obrigatoriedade da designação da audiência do artigo 334 do CPC/2015, a previsão do referido artigo pode tornar-se “letra morta”, assim como ocorreu com a audiência prevista no artigo 331 do CPC/73, o que representaria uma grande perda para o processo civil brasileiro, haja vista os benefícios e a importância de se ofertar aos jurisdicionados meios adequados de tratamento de conflitos.

Por isso, se faz necessária uma reflexão, ainda neste período inicial de interpretação e aplicação do Código de Processo Civil, sobre qual caminho deseja-se seguir, se pelo caminho do tratamento adequado dos conflitos, através do direcionamento de cada uns dos litígios ao método mais adequado para a sua solução, ou se pelo caminho da solução judicial adjudicatória. Esta decisão moldará a atuação futura do Judiciário, dos profissionais do direito (advogados, defensores públicos, promotores, servidores, etc.) e poderá direcionar a evolução da aplicação dos meios consensuais.

## Conclusões

O ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não adotar integralmente o modelo de múltiplas portas norte-americano, incentiva o tratamento adequado dos conflitos e disponibiliza aos jurisdicionados outros métodos de solução de controvérsias, além da solução adjudicada.

De fato, o Código de Processo Civil traz uma grande quantidade de disposições a respeito dos métodos de solução consensuais de conflitos e, mais do que isso, amplia sobremaneira a interação entre tais métodos e o Judiciário.

O papel desempenhado pela conciliação e pela mediação dentro da nova sistemática processual civil revela a importância que o legislador brasileiro confere, na Lei nº 13.105/15, aos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, como forma de garantir o acesso à justiça, proporcionar maior celeridade na resolução dos conflitos, desafogar o Judiciário e promover uma cultura de paz.

Não obstante os esforços empreendidos pelo legislador, o emprego dos meios consensuais e a realização da audiência obrigatória encontram óbice na cultura e em questões educacionais e estruturais e, para garantir sua efetividade, se faz necessária a mudança de postura da sociedade e dos operadores do direito.

Neste novo cenário, além dos advogados, defensores públicos e promotores, o juiz tem papel essencial tanto no estímulo à autocomposição, com a designação da audiência prévia, quanto no controle da adequação dos procedimentos autocompositivos, sobretudo na triagem dos casos que serão submetidos a cada uma das formas de solução de controvérsias, o que é fundamental para o sucesso das técnicas perante aos jurisdicionados.

Em suma, reconhece-se os méritos da adoção dos meios consensuais de resolução de controvérsias pelo ordenamento jurídico brasileiro e espera-se que, com o seu emprego

adequado, possam constituir efetivamente um modo de assegurar aos jurisdicionados um verdadeiro e adequado acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

Não obstante, para que esse objetivo seja alcançado, há a necessidade de instalação da estrutura necessária e uma mudança de postura de todos os envolvidos na prestação jurisdicional, juntamente com uma ampla campanha de esclarecimento e conscientização da sociedade em geral.

Portanto, o sucesso ou insucesso do modelo de múltiplas portas adotado pelo Brasil dependerá da disponibilização da estrutura necessária e da preparação de todos os operadores do direito, bem como da divulgação e esclarecimentos quanto à natureza e objetivos desses instrumentos consensuais junto aos diversos segmentos sociais.

## Referências bibliográficas

Almeida Neto, Joaquim Domingos. (2016). *A Mediação no Contestado Judiciário e os Meios Adequados de Resolução de Disputas*. In: Almeida, T.; Pelajo, S.; Jonathan, E. (Coords). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, p. 713-737.

Assed, Alexandre Servino.; Davidovich, Larissa. (2016). *A nova lei de mediação: comentários e reflexões*. In: Almeida, Tania; Pelajo, Samantha; Jonathan, Eva (Coords). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm.

Azevedo, André Gomma. (2002). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, vol. 3.

Cabral, Antonio de Passo.; Cunha, Leonardo Carneiro da. (2016). *Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (Collaborative Law): "Mediação sem Mediador"*. In: Zaneti JR., Hermes y Cabral, Trícia Navarro Xavier (Coords.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9).



- Cappelletti, Mauro. (Abr.-Jun. 1994). Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, N° 74.
- Grinover, Ada Pellegrini. (2015). *Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC*. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controversadas*. Vários autores. São Paulo: Atlas.
- Kessler, Gladys y Finkelstein, Linda. *The evolution of a multi-door courthouse*. 37 Cath. U. L. Rev. 577 (1988), p. 580 (577-590). Disponível em: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol37/iss3/2>.
- Mancuso, Rodolfo de Camargo. (2015). Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: *Revista dos Tribunais*.
- Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sergio Cruz. y Mitidiero, Daniel. (2015). *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT.
- Mazzola, Marcelo. (2018). *Dever de comprometimento do juiz e a audiência de mediação do artigo 334 do NCPC. Críticas aos dribles hermenêuticos e à sua designação aleatória*. Alvim, Teresa Arruda y Didier JR., Fredie (Orgs.). *Processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 373-397 (Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, v. IV).
- Meirelles, Hely Lopes. (2003). *Direito administrativo brasileiro*. 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros.
- Moffit, Michael L. *Special Section: Frank Sander and his legacy as an ADR pioneer*. Disponível em: [https://law.uoregon.edu/images/uploads/entries/Michael\\_Moffitt-Before\\_the\\_Big\\_Bang-The\\_Making\\_of\\_an\\_ADR\\_Pioneer.pdf](https://law.uoregon.edu/images/uploads/entries/Michael_Moffitt-Before_the_Big_Bang-The_Making_of_an_ADR_Pioneer.pdf).
- Pantoja, Fernanda Medina; Alves, Rafael Alves de. (2016). *Os Métodos "Alternativos" de Solução de Conflitos (ADRs)*. In: Almeida, Tania; Pelajo, Samantha; Jonathan, Eva. (Coords). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, p. 55-69.
- Sander, Frank E. A. (1976). *The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000*. HeinOnline: 3 Barrister 18, 1976.
- Sander, Frank E. A. (1979). *Varieties of dispute processing*. In: Levin, L. A. y Wheeler, R. R. (Edit.). *The pound conference: perspectives on justice in the future*. Saint Paul: West Publishing Co.
- Watanabe, Kazuo. *Modalidade de Mediação*. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>.
- Zaneti JR, Hermes y Cabral, Trícia Navarro Xavier. (Coords.). (2016) *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9).