

PERU PERU

Informe Anual de los Observatorios
de Sentencias Judiciales y de Medios - 2010

Los derechos de las mujeres en la mira

Los derechos de las mujeres en la mira / Informe Anual 2010



PERÚ

Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales - 2010

Derechos de las mujeres en la mira



Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y
la Justicia de Género.

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

Coordinación y edición: Rossy Salazar
Autores/as: Jeannette Llaja Villena y Beatriz Ramírez Huaroto, Violeta Bermúdez Valdivia, Ronald Gamarra Herrera, Tammy Quintanilla Zapata y Carla Patricia De La Quintana Milla.

Lima, marzo de 2012.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-04318

Corrección, diseño, diagramación e impresión:
Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
Américo Vespucio 110 COVIMA – La Molina
Teléfonos: 348-5571 / 349-6636
info@roblerojo.com
www.roblerojo.com

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo del gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	13
Parte I: ARTÍCULOS JURÍDICOS	17
JEANNETTE LLAJA VILLENA Y BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO <i>La protección al consumidor en casos de discriminación por orientación sexual y el estándar de prueba impuesto por INDECOPI y legitimado por el Poder Judicial</i>	19
1. Antecedentes	19
2. Criterios de valoración probatoria aplicados por INDECOPI en el análisis del caso de discriminación	20
2.1 Primer criterio: Se requiere una mayor actuación probatoria en los casos de discriminación	21
2.2 Segundo criterio: No se puede sancionar la discriminación solo con imputaciones de parte, o con pruebas generadas por la parte agraviada	23
2.3 Tercer criterio: El análisis conjunto de los medios probatorios es relevante para confirmar la inocencia de la empresa denunciada, más no para imputarle responsabilidad en la discriminación	26
3. El Principio pro consumidor y la valoración de las pruebas en los casos de discriminación	28
A modo de colofón	29
Anexo	31
VIOLETA BERMÚDEZ VALDIVIA <i>Uniones de hecho y el derecho a pensión de “viudez”</i>	35
1. La realidad de las uniones de hecho en el Perú	35
2. Antecedentes constitucionales de las uniones de hecho	36
3. Alcances del reconocimiento constitucional de las uniones de hecho	37
4. Los derechos derivados de las uniones de hecho: nuevos aportes del TC peruano	38
4.1. La pensión de viudez: una disposición preconstitucional	41
4.2. La protección constitucional de las familias	41
4.3. Trato desigual no justificado	42
5. Avances necesarios hacia la igualdad en materia familiar	43
5.1. La acreditación de las uniones de hecho	44

6. Reflexiones finales	45
Bibliografía	47
RONALD GAMARRA HERRERA	49
<i>Violación sexual de menores de edad, entre la infamia y la impunidad</i>	
1. Consideraciones generales	49
2. El delito de violación sexual	52
3. Los delitos de violación sexual contra niñas, niños y adolescentes	55
3.1. El caso de las relaciones sexuales consentidas	58
4. El caso de la violación sexual de la adolescente de catorce años, signada con la clave 787, y los términos de la sentencia absolutoria pronunciada	58
5. La prueba y la valoración probatoria tratándose de la violación sexual de menores de edad	59
5.1. La presunción de inocencia. Las actuaciones probatorias deben demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable	60
5.2. La búsqueda “tendencial” de la verdad en los procesos penales y el principio de libre valoración de la prueba	61
5.3. La valoración de la prueba en contextos especiales	61
5.3.1. Pautas o presupuestos particulares de valoración de la prueba	62
5.3.2. Aplicación de pautas o presupuestos de valoración a casos distintos a la violación sexual de menores	62
5.4. La valoración de la prueba tratándose de la violación sexual de menores	64
TAMMY QUINTANILLA ZAPATA	67
<i>Jurisprudencia peruana hacia un combate frontal a la trata sexual</i>	
1. Sentencia del caso planteado	67
2. Contexto peruano sobre explotación sexual adolescente	68
3. Buenas prácticas identificadas de acceso a la justicia	70
4. Una solución jurisprudencial destacada	71
5. Consideraciones a aplicar para un mejor sistema de justicia	73
6. Aportes basados en conclusiones finales	77
Bibliografía	79

Parte II: ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS	81
CARLA DE LA QUINTANA MILLA	83
<i>Los estereotipos y prejuicios machistas ante la violación sexual: Puerta a la impunidad y a la tolerancia social</i>	83
<i>Los medios de comunicación y la trata de personas: Entre la denuncia, la prevención y la anécdota</i>	89
<i>Los medios de comunicación y la violencia contra las mujeres: Análisis de la cobertura periodística durante el 2010 en el Perú</i>	99
CONCLUSIONES	111
APÉNDICE: Extractos de sentencias	119

PRESENTACIÓN

Desde 2009 las instituciones que integramos la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género¹ comenzamos a trabajar en la creación de un Observatorio de Sentencias Judiciales para monitorear y difundir principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de seis países de América Latina². El proyecto, implementado bajo la coordinación de la organización argentina ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, comenzó a incorporar entre 2010 y 2011 el trabajo de relevamiento de decisiones judiciales de otros dos países de la región³.

Con el compromiso renovado en la importancia de visibilizar y analizar las decisiones de las Cortes en las formas en que reconocen o ignoran los derechos de las mujeres, ponemos nuevamente a disposición las publicaciones que recorren las principales decisiones de la justicia en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. La discriminación que enfrentan las mujeres en el respeto de sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales, requieren de la activación de los mecanismos de exigibilidad jurídica previstos en los ordenamientos legales. Sin embargo, el acceso a la justicia es aún difícil de lograr en las condiciones de vulnerabilidad política y económica que viven las mujeres de la región, que no logran transformar masivamente sus demandas en acciones jurídicas.

En América Latina abundan los mandatos legales que condenan la desigualdad y la violación de derechos de las mujeres que, además, se encuentra ampliamente documentada en los informes de los mecanismos de seguimiento de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos⁴. Pero para que el respeto pleno de los derechos de las mujeres se convierta en una demanda de la sociedad, será necesario permear los discursos más amplios que se ven representados, entre otros espacios, en los medios de comunicación.

¹ Las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista son ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Argentina), Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Corporación Humanas (Chile, Colombia y Ecuador), La Cuerda (Guatemala), Equis: justicia para las mujeres (México) y DEMUS – Estudios para la Defensa de la Mujer (Perú). Más información en www.articulacionfeminista.org.

² El Observatorio de Sentencias Judiciales reúne las decisiones de la justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, como uno de los componentes del proyecto «*Monitoring for Empowerment: Women's Rights in the Media and the Courts of Law*», financiado por el Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

³ El relevamiento y análisis de decisiones judiciales de Guatemala y México se incluye en la sección dedicada a Informes Especiales.

⁴ Por ejemplo, en las recomendaciones entregadas a cada país por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y en el Informe Hemisférico del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belem de Pará (MESECVI).

Con ese objetivo, la Articulación Regional Feminista trabaja en el Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios como una herramienta que permite dar seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa dan al tema de la violencia contra las mujeres⁵.

En las publicaciones del año 2010, cada una de las instituciones nacionales presenta los casos más relevantes que recibieron sentencias de las cortes de justicia y los analizan trazando relaciones con el contexto social y político en que se desarrollan.

Difundir los argumentos invocados, los principios legales establecidos y las resoluciones dictadas por los tribunales de justicia sigue siendo un aporte distintivo del Observatorio de Sentencias Judiciales, en contextos en que el acceso a la información pública en materia judicial es una de las grandes deudas pendientes de las democracias latinoamericanas⁶. En situaciones de creciente apertura de la interpretación jurídica, cuando las decisiones no deben tomarse ya por la sola aplicación dogmática de la ley sino de un modo más complejo que integre los códigos, las constituciones, los tratados internacionales y las decisiones de tribunales internacionales, conocer y difundir las decisiones de los tribunales nacionales que forman parte del derecho aplicable es fundamental para consolidar los avances y superar los obstáculos.

La base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales continúa creciendo en la recopilación de decisiones vinculadas con los derechos de las mujeres en temas tales como participación política, trabajo, salud sexual y reproductiva, violencia, derechos civiles, entre otros. De este modo, es posible identificar los casos que se litigan ante la justicia, qué derechos involucran, quiénes llevan adelante estos procesos, qué argumentos se invocan y cómo se resuelven.

Además, la información del Observatorio de Sentencias Judiciales permite tener alguna dimensión de los derechos que aún no logran penetrar en los discursos de la justicia, los argumentos ausentes, colectivos que no logran hacer visibles sus demandas. En ese sentido, la posibilidad de contrastar la información judicial con el monitoreo del Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios y los derechos allí reflejados, abre un área novedosa para las indagaciones sobre la que vale la pena profundizar.

⁵ En algunos de los países de la Articulación Regional Feminista se da seguimiento también a otros temas relevantes como democracia y participación, empleo, salud sexual y reproductiva.

⁶ Enfrentamos un gran reto metodológico asociado a las dificultades de acceso a la información: no todas las decisiones de las cortes de justicia se encuentran disponibles en Internet u otros registros públicos. Además, los repertorios y revistas especializadas que publican sentencias en general suponen un recorte previo respecto de aquellas decisiones que divulgan.

Confiamos que el material reunido en esta publicación y en las bases de datos de acceso público y gratuito construidas a partir del Observatorio de Sentencias Judiciales y del Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios, constituyan un aporte para las organizaciones y activistas que se involucran en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres.

Agradecemos el continuo apoyo e interés en este proyecto y en el trabajo de las organizaciones que integramos la Articulación Regional Feminista. En particular, nuestro agradecimiento al invaluable aporte del Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund para este proyecto.

Buenos Aires, abril de 2011.

Natalia Gherardi
Directora Ejecutiva ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género

INTRODUCCIÓN

La presente publicación se enmarca en el proyecto de la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, que DEMUS integra junto con otras organizaciones feministas de Latinoamérica⁷, la que en el 2009 creó un Observatorio de Sentencias Judiciales⁸ que monitorea y difunde aquellas sentencias de los tribunales superiores de justicia, a fin de determinar el grado de cumplimiento de los derechos de las mujeres y difundir las buenas prácticas en la defensa de éstos derechos; así mismo, la Articulación creó un Observatorio de medios de comunicación, que busca establecer la cobertura de los problemas y los derechos de las mujeres en los periódicos y revistas a nivel nacional, para contribuir al análisis y conciencia de la situación en la que se encuentran.

Es a través de este proyecto compartido que se publica el *Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2010*, que a través de la selección de cuatro sentencias significativas sobre los derechos de las mujeres busca aportar al análisis de las respuestas que el sistema de justicia peruano viene dando frente a sus demandas.

Este informe contiene siete artículos con dos tipos de análisis, que refuerzan su contenido e importancia, uno de tipo jurídico y otro del impacto comunicacional basado en las noticias recopiladas sobre las sentencias analizadas.

Los cuatro primeros corresponden al análisis jurídico de sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre derechos fundamentales de las mujeres, que se concentran en el derecho a la no discriminación; y, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y acceso a la justicia. El primero de estos, es el caso de discriminación por orientación sexual, las autoras evidencian como el INDECOPI y la Corte Suprema de Justicia han establecido un estándar probatorio que no está recogida en nuestra legislación vigente ni mucho menos en la doctrina y jurisprudencia especializada, dejando desprotegida a cualquier persona que pudiera ser objeto de discriminación. En el segundo artículo, se hace un análisis sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que reconoce la pensión de sobreviviente para la persona supérstite de la unión de hecho, en este caso la viuda, el cual es un importante avance en el reconocimiento de los derechos derivados de las uniones de hecho, con las características

⁷ Las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista son: ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Argentina), Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Corporación Humanas (Chile, Colombia y Ecuador), y Demus - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Perú). Más información en <http://www.articulacionfeminista.org>.

⁸ El Observatorio de Sentencias Judiciales es uno de los componentes del proyecto «*Monitoring for Empowerment: Women's Rights in the Media and the Courts of Law*», financiado por el Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

enunciadas por la Constitución vigente. A pesar de esto, sus efectos se aplican al caso concreto pues no constituye precedente vinculante.

En el tercer y cuarto artículo, el autor y la autora se pronuncian sobre el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y acceso a la justicia, de un lado está el caso de una víctima de violencia sexual, de tan solo 14 años de edad, que a pesar del desarrollo normativo correspondiente al principio de debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los casos de violencia contra las mujeres, el imputado fue absuelto por el Poder Judicial haciendo uso de estereotipos de género; por otro lado nos encontramos con el caso de una adolescente de 13 años de edad, víctima de trata sexual, donde la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial actuaron de manera acertada. En este caso, se condenó al imputado a 30 años de pena privativa de libertad, usando en su sentencia jurisprudencia, acuerdos plenarios y analizando los elementos pertinentemente. Sin embargo, la autora brinda recomendaciones que se podrían tomar en cuenta para mejorar el sistema de justicia.

Los tres artículos finales corresponden a un análisis desde el ámbito comunicacional, para evidenciar el tratamiento de las noticias sobre el impacto de dos sentencias y una realidad en nuestro país: la violación sexual, la trata sexual y la violencia contra las mujeres en este año en el Perú. Este análisis permite complementar el análisis hecho desde el ámbito jurídico, para visibilizar el tratamiento de estas sentencias y de la violencia contra las mujeres en el ámbito comunicacional y evidenciar el lugar que ocupan este tipo de noticias vinculadas a los derechos de las mujeres en los medios y el tipo de tratamiento periodístico que se les da.

La metodología de DEMUS para la ubicación de sentencias se ha ido replanteando en el transcurso del trabajo, se evidencia las dificultades para acceder a las sentencias de los tribunales de justicia. De un lado, el acceso a la información virtual sigue siendo limitado, ya que el observatorio de jurisprudencia del Poder Judicial no es actualizado con regularidad. De otro lado, el acceso a sentencias penales sobre violencia sexual es reservado por la judicatura y sólo se brinda información a las partes. Estos obstáculos presentados nos hicieron recurrir a las académicas, a las magistradas del Capítulo de Juezas de la Asociación de Jueces por la Justicia y la Democracia (JUSDEM), y en este año, a raíz de las presentaciones del propio observatorio hemos podido lograr alianzas con algunas cortes para que nos puedan remitir su jurisprudencia, especialmente, la de violencia sexual, pero teniendo los cuidados debidos como borrando los datos de las partes, al igual que los lugares, etc.

En cambio, las sentencias del Tribunal Constitucional siempre son accesibles, porque son colgadas diariamente en su página web. A pesar que su jurisprudencia versa sobre derechos humanos, son pocas las oportunidades en que se pronuncia sobre los derechos de las mujeres. Esto nos invita a reafirmar nuestro compromiso con el trabajo que hemos iniciado.

Confiamos en que el material que ofrecemos por medio de esta publicación invite a reflexionar sobre los derechos de las mujeres ante los tribunales de justicia, y contribuya al debate de dichos derechos, a la luz de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Para).

PARTE I
ARTÍCULOS JURÍDICOS

La protección al consumidor en casos de discriminación por orientación sexual y el estándar de prueba impuesto por INDECOPI y legitimado por el Poder Judicial.

**Jeannette LLaja Villena⁹
Beatriz Ramirez Huaroto¹⁰**

El presente artículo analiza el estándar de prueba que exige INDECOPI y el Poder Judicial a un consumidor que denuncia discriminación. Para ello analiza el proceso administrativo y el posterior proceso judicial contencioso administrativo generados a partir de la denuncia presentada por el señor Christian Manuel Olivera Fuentes contra Supermercados Peruanos S.A. por actos de discriminación por su orientación sexual. La hipótesis a confirmar es que INDECOPI ha construido un estándar de probanza, aplicando criterios de valoración probatoria, que contradicen el artículo 65 de la Constitución vigente¹¹ así como el principio pro consumidor reconocido en el artículo V del Código de Protección y Defensa al Consumidor, o en el derogado artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor.

1. Antecedentes

En su denuncia el señor Olivera alegó que en la cafetería de la tienda Santa Isabel de San Miguel fue intervenido por personal de la tienda cuando tenía muestras de afecto con su pareja (proximidad física y miradas románticas), habiéndoles llamado la atención y solicitándoles que modifiquen su conducta; el señor Olivera denunció la violación a los artículos 5 y 7.B de la Ley de Protección al Consumidor vigente cuando ocurrieron los hechos (agosto de 2004).

La denuncia fue declarada infundada mediante Resolución N° 1039-2005/CPC de la Comisión de Protección al Consumidor, siendo ésta confirmada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI a través de la Resolución Nro. 0665-2006/TDC-INDECOPI.

⁹ Directora de DEMUS- Estudio para la defensa de los derechos de la mujer. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Diplomada en Estudios de Género y egresada de la Maestría en Derecho Constitucional de la misma universidad. Especialista en Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar. DEMUS fue la institución que asumió la defensa legal del señor Christian Manuel Olivera Fuentes a lo largo del procedimiento administrativo y judicial.

¹⁰ Integrante del equipo legal de PROMSEX – Centro de promoción y defensa de los derechos sexuales y reproductivos. Diplomada en Estudios de Género por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Diplomada en Género y Derecho por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Adjunta de docencia del curso de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la PUCP.

¹¹ El artículo 65 de la Constitución establece que «El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios», afirmación que según el Tribunal Constitucional peruano reconoce un derecho subjetivo: el derecho de «defenderse de (...) en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses» este «deber especial de protección» de los derechos de los consumidores se concretiza «también en el plano de la actuación de los órganos administrativos». Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. 0005-2003-AI/TC, Fundamento 43.

Frente a la última resolución, el denunciante presentó demanda contencioso administrativa solicitando la nulidad de su primer extremo¹² alegando que se había vulnerado el “debido proceso administrativo” al exigir un estándar probatorio que desconoce el principio pro consumidor y que, por tanto, viola la Ley de Protección al Consumidor.

En el proceso contencioso administrativo, la Segunda Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia el 10 de junio de 2008 declarando infundada la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 14 de junio de 2010.

2. Criterios de valoración probatoria aplicados por INDECOPI en el análisis del caso de discriminación

Las resoluciones objeto de análisis en el presente artículo son la que emitió INDECOPI declarando infundada la denuncia presentada por el Sr. Olivera y con la que se concluye el proceso administrativo¹³, así como la sentencia emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema en la que se confirma la sentencia que declaró infundada la demanda contencioso administrativa presentada por el Sr. Olivera¹⁴.

Estas resoluciones llegan a la conclusión que el Sr. Olivera no pudo probar que fue objeto de un trato diferenciado por su orientación sexual tal y como lo establecía artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor o el artículo 39 del Código de Protección y Defensa al Consumidor vigente; por lo tanto, no fue necesario exigir a la empresa denunciada que acredite la existencia de causa objetiva y justificada de su actuación. Para llegar a esta conclusión, INDECOPI aplica criterios de valoración de pruebas ajenos a la normatividad vigente y que restringen las posibilidades de probar el trato diferenciado por parte de los agraviados por discriminación. Ellas son:

- Se requiere una mayor actuación probatoria en los casos de discriminación
- No se puede sancionar la discriminación solo con imputaciones de parte, o con pruebas generadas por la parte agraviada.
- El análisis conjunto de los medios probatorios es relevante para confirmar la inocencia de la empresa denunciada, más no para imputarle responsabilidad en la discriminación.

¹²Si bien la resolución de segunda instancia de INDECOPI declaraba infundada la denuncia en su primer extremo, en el segundo dispuso que la Comisión organice y realice operativos destinados a identificar posibles conductas discriminatorias por orientación sexual en establecimientos abiertos al público.

¹³ Resolución 0665-2006/TDC-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

¹⁴ Concretamente analizaremos la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia el 14 de junio de 2010.

El sustento desde el que INDECOPI construye los criterios antes mencionados es el reconocimiento expreso del derecho a la presunción de inocencia de la empresa denunciada, argumento que además es acogido por el Poder Judicial.

*“el presente procedimiento es un procedimiento sancionador, por lo que esta Sala sólo podrá imponer una sanción al establecimiento denunciado en la medida que quedara persuadida de los hechos discriminatorios que son objeto de imputación. En caso contrario, prevalecerá también el derecho constitucional a **la presunción de inocencia de la denunciada**” (Análisis de la Cuestión en Discusión. Punto III.3, página 10 de la Resolución de INDECOPI).*

“tratándose de un procedimiento sancionador, a efectos de imponer una sanción al proveedor, deberá acreditarse que el establecimiento incurrió en una conducta infractora, en este caso discriminatoria por razón del sexo, basada en elementos subjetivos; pues de lo contrario prevalecerá el derecho constitucional a la presunción de inocencia del establecimiento denunciado; en este sentido deberá tenerse en cuenta que la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado y acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada al proveedor del bien o servicio”.(Fundamento Octavo de la sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema).

Como veremos a continuación, si bien se puede reconocer a la empresa denunciada el derecho constitucional a la presunción de inocencia, ésta no debería generar criterios de valoración de prueba que obstaculicen la sanción de la discriminación y la protección al consumidor.

2.1. Primer criterio: Se requiere una mayor actuación probatoria en los casos de discriminación.

Este criterio no ha sido explícitamente recogido en el caso de Crissthian Olivera contra Supermercados Peruanos S.A., sin embargo da cuenta de una tendencia institucional a exigir una mayor carga probatoria a los consumidores que alegan haber sido discriminados, frente a otro tipo de casos.

En un caso resuelto en el año 2011, la Sala de Defensa de la Competencia señaló:

17. [...] en tanto el consumidor acredite un trato desigual, y el proveedor no pruebe causas objetivas y justificadas para dicho proceder, corresponderá sancionar a éste último por el tipo básico previsto en el artículo 7-B° de la Ley de Protección al Consumidor.

La sanción de la forma agravada correspondiente a actos de discriminación requiere de una mayor actuación probatoria acorde con la naturaleza de este tipo de prácticas, a través de diligencias de inspección, sin notificación previa, u otros medios aportados por las partes en ese sentido que permitan a la Administración determinar la existencia de esta clase de infracciones, pues aún cuando el proveedor no logre acreditar una condición objetiva para la limitación o negativa de acceso, dicha situación sólo podría implicar un trato desigual por la selección de clientela injustificada sin llegar a dar cuenta de prácticas discriminatorias, figura agravada de esta práctica. Debe subrayarse que la actuación probatoria dirigida a acreditar prácticas discriminatorias –una vez se haya demostrado la existencia de un trato desigual– no sólo corresponde al denunciante de tal infracción, sino que la autoridad administrativa **estará obligada a verificar por todos los medios disponibles tal conducta por tratarse de un asunto de gran interés público, en virtud del Principio de Verdad Material consagrado en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.**

18. Este colegiado resalta, de conformidad con la norma antes citada, que dentro del análisis de una presunta infracción del artículo 7-B° de la Ley de Protección al Consumidor –en cualquiera de los dos supuestos infractores desarrollados en el acápite anterior– el consumidor deberá, en primer lugar, acreditar siquiera indiciariamente la existencia de un trato desigual. Sólo superada esta valla, en un segundo momento, la Administración invertirá la carga de la prueba y exigirá al proveedor que demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual, lo cual permitirá determinar si se ha contravenido la norma antes señalada mediante **un trato diferenciado ilícito o, si se cuentan con mayores elementos probatorios, mediante prácticas discriminatorias**¹⁵.

Como se puede observar INDECOPI exige “mayores elementos probatorios” a las personas que denuncian discriminación respecto de aquellas que solo denuncian un trato desigual; exigencia probatoria que contradice los criterios que se han ido construyendo en la doctrina y jurisprudencia del derecho constitucional y de los derechos humanos para los casos de discriminación.

¹⁵ Resolución N° 0001-2011/SC2-INDECOPI emitida por la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 el 5 de enero de 2011

Es cierto que hay una mayor exigencia en los casos de discriminación por causas históricamente sospechosas (sexo, raza, etnia y ahora discriminación por orientación sexual), sin embargo, ésta no se dirige a la persona afectada, tal y como lo hace INDECOPI, sino a aquella a la que se le acusa de discriminación y que tiene la obligación de justificar el trato diferenciado que ha realizado. Es decir, se requiere de mayor rigurosidad en la justificación de la diferenciación.

Danós señala que la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada suelen utilizar cuatro test para determinar cuándo una diferencia de trato incurre en discriminación (desigualdad, razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad), sin embargo indica que cuando se está frente a diferenciaciones sobre factores reconocidos por la Constitución se defiende la aplicación del “test de la clasificación sospechosa” en el que la carga para demostrar el carácter justificado de la diferenciación es notablemente más rigurosa que las razones que podrían sustentar una diferenciación de trato simple¹⁶.

A su vez, en el sistema interamericano de derechos humanos se ha establecido que en casos de diferenciación por causas sospechosas de discriminación (sexo, raza, etc) el Estado tiene que someterse a un escrutinio estricto para justificar sus disposiciones. El Estado además de probar la relación de razonabilidad entre medios y fines de la medida estatal, debe satisfacer el requisito de la necesidad, inexistencia medida menos lesiva y la exigencia de interés público imperativo¹⁷.

Dados estos precedentes podemos afirmar que la mayor actuación probatoria exigida por INDECOPI para los casos por discriminación no solo no está recogida en la normatividad vigente, sino que contradice la tendencia de la doctrina y jurisprudencia especializada, y que perjudica al consumidor que alega haber sido víctima de discriminación.

2.2. Segundo criterio: No se puede sancionar la discriminación solo con imputaciones de parte, o con pruebas generadas por la parte agraviada.

Este criterio ha sido recogido por INDECOPI en el proceso administrativo iniciado por Crissthian Olivera contra Supermercados Peruanos S.A. y ha sido ratificado por el Poder Judicial.

En el caso del Sr. Olivera, la Sala de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual señaló:

¹⁶ Danós, Jorge. Los derechos a la igualdad y no discriminación razón de sexo en el Derecho Constitucional. En: Defensoría del Pueblo. Discriminación Sexual y aplicación de la ley. Tomo IV. Lima, Defensoría del Pueblo, 2000.P. 167.

¹⁷ Informe 38/96 del caso 10.506 de la CIDH o la Opinión Consultiva 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*“en el presente caso, los hechos materia de controversia, es decir el qué y el cómo se manifestaban afecto el denunciante y su pareja, y cómo se produjo la intervención de los empleados de Supermercados Peruanos, se sustentan únicamente en las alegaciones de ambas partes. Sin embargo, la que está sometida a evaluación de esta Sala es la conducta de Supermercados Peruano y, como ya se ha señalado, **ésta no puede ser sancionada sólo con imputaciones de parte**, pues para ello es necesario la certeza sobre la infracción cometida, ya sea a través de medios probatorios o indicios que generen un grado razonable de convicción respecto a la veracidad de los hechos denunciados” (resaltado nuestro).*

En un proceso posterior, la Sala de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de INDECOPI, mediante Resolución 01716-2008/TDC, ha ratificado este criterio. La Sala ha señalado que la que está sometida a evaluación es la conducta de la institución denunciada y que “ésta no puede ser sancionada sólo con imputaciones de parte”. En este nuevo caso la Sala citó la resolución emitida en el caso de Crissthian Olivera contra Supermercados Peruanos S.A., evidenciando que se trata de un criterio aplicable a la generalidad de casos de discriminación.

El Poder Judicial ha legitimado este criterio a través de la sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en el proceso contencioso administrativo de Crissthian Olivera contra INDECOPI y Supermercados Peruanos S.A., donde señala:

*“Décimo.- Que, de lo expuesto podemos concluir que no se encuentra acreditado que el recurrente fue víctima de un trato discriminatorio por razón de opción sexual, por consiguiente, no corresponde exigir a Supermercados Peruanos S. A. que acredite la existencia de causa objetiva y justificada para la actitud o trato discriminatorio que se le imputa, **tanto más si las pruebas por el denunciante y la denunciada, al ser de parte, no otorgan certeza de los hechos ocurridos [...]**” (resaltado nuestro)*

Este criterio no está recogido en norma alguna e incluso está a contracorriente de la tendencia del derecho procesal penal, especialidad que aborda los procesos sancionadores de mayor gravedad en nuestra sociedad.

En el derecho penal, en un sentido absolutamente contrario al de INDECOPI, se han generado criterios para dar valor probatorio a las declaraciones del agraviado/a y así enervar el derecho de presunción de inocencia del acusado. El Acuerdo Plenario Nro. 2-2005/CJ-116¹⁸ aprobado por las Salas Penales

¹⁸Acuerdo Plenario Nro. 2 -2005/CJ-116.

Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que:

“Tratándose de declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y , por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- a) *Ausencia de incredulidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la disposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.*
- b) *Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.*
- c) *Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior¹⁹”.*

La restricción probatoria que impone INDECOPI a las personas que denuncian discriminación no solo se reduce a descartar de plano el valor probatorio de la sola imputación de parte, sino que se amplía a aquellos medios probatorios que son generados por ellas, tal como lo señala la sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema antes citada.

Una revisión de la jurisprudencia emitida por la Sala de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de INDECOPI desde el año 2004, por casos de discriminación en locales abiertos al público, da cuenta de la existencia de dieciséis procesos.

Quién interpone la denuncia	Se declara fundada la denuncia	Se declara infundada la denuncia	Total
De parte	3	7	10
De oficio por la Comisión de Protección al Consumidor	5	1	6
Total	8	8	16

¹⁹ Párrafo c del punto 9 del Acuerdo Plenario Nro. 2 -2005/CJ-116: «Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del co imputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo co imputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada».

Como se puede observar la casi totalidad de casos iniciados por la Comisión de Protección al Consumidor han sido declarados fundados, mientras que la mayoría de los iniciados de parte fueron declarados infundados, situación que como veremos a continuación está relacionada al estándar probatorio exigido por INDECOPI para declarar fundada la denuncia.

De las ocho denuncias que fueron declaradas fundadas en siete se tuvo que probar el trato diferenciado²⁰, siendo la prueba por excelencia el informe de la diligencia de inspección realizada por funcionarios de INDECOPI. Solo en dos casos la resolución de INDECOPI estuvo basada en otros medios probatorios: la constatación policial de que se impedía el ingreso del denunciante a un local abierto al público y un video producido por un medio de comunicación que fue la base de la denuncia de oficio con la que se inició el proceso administrativo.

Este balance da cuenta de un estándar probatorio inalcanzable para un consumidor razonable que decide denunciar la discriminación de la que ha sido objeto. Un consumidor razonable no está en la capacidad de generar una inspección administrativa (como lo hace INDECOPI cada vez que denuncia de oficio), ni tendría que estar obligado a exponerse a otro evento de discriminación con la compañía de la Policía Nacional del Perú o un medio de comunicación.

INDECOPI ha señalado que el consumidor razonable “antes de tomar decisiones de consumo, adopta precauciones comúnmente razonables y se informa adecuadamente acerca de los bienes o servicios que les ofrecen los proveedores”²¹. Con la aplicación del estándar probatorio establecido por INDECOPI el “consumidor razonable” debería actuar previendo que va a ser discriminado, y por lo tanto agenciándose de pruebas de esta situación (certificación notarial, policial, etc.) de lo contrario está en total desprotección, pues toda denuncia realizada será declarada infundada.

2.3. Tercer criterio: El análisis conjunto de los medios probatorios es relevante para confirmar la inocencia de la empresa denunciada, más no para imputarle responsabilidad en la discriminación.

La Sala de Defensa de la Competencia, refiriéndose a actas redactadas por el personal que intervino al Sr. Olivera y que fueron presentadas por Supermercados Peruanos S.A. señala:

²⁰ En el octavo caso no existió controversia en la diferencia de trato y se sancionó a la entidad denunciada porque ésta no pudo justificar objetivamente su diferenciación.

²¹ Ver en la página web de INDECOPI. <http://www.bvindecopi.gob.pe/boletin/2004/bccd0412.pdf>

“En todo caso, estos documentos no pueden ser utilizados para acreditar la conducta infractora de Supermercados Peruanos, dado el carácter de declaración de la propia parte infractora – de igual valor probatorio que su negativa rotunda de los hechos – y que se han tenido a la vista para acreditar que efectivamente hubo una intervención”. (resaltado nuestro)

“Como puede apreciarse, estos documentos únicamente corroboran que la denunciada realizó una intervención pidiendo al denunciado y su pareja modificar su conducta frente a actos de intimidad que consideraron *excesivos* para ser realizados en público. Asimismo, las expresiones allí contenidas deben ser tomadas en cuenta como las expresiones propias de empleados de esos niveles de representación y formación que, únicamente acreditan las razones por las cuales intervinieron a la pareja” (resaltado nuestro)

El Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a los procesos administrativos, establece que *“todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada”*²², sin embargo, INDECOPI establece que los documentos proporcionados por la empresa denunciada son valoradas en tanto confirmen la posición esbozada por su defensa, más no si de ella se desprenden conclusiones adversas; además, peligrosamente desvincula la actuación de los trabajadores con la responsabilidad de la empresa denunciada.²³

La revisión de las dieciséis resoluciones de la Sala de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual emitidas desde el 2004 sobre casos de discriminación en locales abiertos al público dan cuenta que en un solo caso la Sala otorgó un valor de prueba indiciaria a la prueba testimonial²⁴ y señaló como relevante *“el análisis conjunto de los medios probatorios aportados por el denunciado, así como aquellas pruebas que las mismas denunciadas han ofrecido en su denuncia”*. Lamentablemente este razonamiento, que debería extenderse a todos los casos, solo se utilizó para declarar infundada la denuncia de discriminación²⁵.

²² Artículo 197 del Código Procesal Civil.

²³ La revisión del expediente da cuenta que las actas en cuestión evidencian que el personal de Supermercados Peruanos solicitó al Sr. Olivera y a su pareja que cesen sus muestras de afecto, llegando a señalar que la administradora de la tienda *«había tratado con ellos sobre su actitud y que mantengan la cordura»*. Asimismo, dan cuenta que la intervención se produjo porque *«dos personas masculinas que estaban cometiendo actos de homosexualidad a vista y paciencia de todo el público...dos personas del mismo sexo se besaban y acariciaban»* y *«dichas personas estaban en actitudes homosexuales (acariciándose)»*. En las actas se hace clara alusión a que la intervención se dio por la queja de un cliente y porque se cometían actos de homosexualidad, en ellas no se señala que los actos de intimidad eran considerados excesivos, tal y como lo establece INDECOPI.

²⁴ Resolución N° 1587-2009/SC2-INDECOPI de fecha 14 de setiembre de 2009, numeral 51.

²⁵ Ídem, numeral 53.

Es claro que el respeto al derecho de presunción de inocencia de la empresa denunciada no debería tener como correlato que INDECOPI haga una valoración “conjunta” o “compartimentalizada” de los medios probatorios dependiendo de cuál tiene consecuencias más beneficiosas para la empresa.

3. El Principio Pro consumidor y la valoración de las pruebas en los casos de discriminación.

El argumento jurídico desde el que INDECOPI construye los criterios de valoración de prueba antes descritos y que evidentemente perjudican a la persona que denuncia discriminación, es el reconocimiento expreso del derecho a la presunción de inocencia de la empresa denunciada.

Como se ha indicado es posible reconocer a la empresa denunciada el derecho constitucional a la presunción de inocencia, más aún si éste tiene su correlato en el principio de licitud reconocido por el derecho administrativo y por el cual se presume que los administrados han actuado pegados a sus deberes mientras no se cuenten con evidencias en contrario. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho no debe significar la generación de criterios de valoración de prueba que obstaculizan la sanción de la discriminación y la eventual protección al consumidor.

Así como INDECOPI tiene la obligación de respetar el derecho a la presunción de inocencia de la entidad denunciada, también tiene el “deber especial de protección” al consumidor. Según el Tribunal Constitucional el artículo 65 de la Constitución reconoce el derecho subjetivo del consumidor a defenderse en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses²⁶ y los órganos administrativos tienen el “deber especial de protección” de los derechos de los consumidores²⁷. Además, INDECOPI tiene que ejercer una acción tuitiva a favor de los consumidores conforme el principio pro consumidor reconocido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

La generación de criterios de valoración de pruebas arbitrarios y a contracorriente de lo avanzado en el derecho procesal penal y el derecho procesal civil, o en materia de discriminación en los derechos humanos o el derecho constitucional, dan cuenta que INDECOPI no está cumpliendo su deber.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. 0858-2003-AA/TC, Fundamento 10.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. 0005-2003-AI/TC, Fundamento 43

A modo de colofón

Adicionalmente a la generación de criterios de valoración de prueba que perjudican a las personas que denuncian discriminación queremos detenernos en dos preocupaciones adicionales:

- *La resistencia particular de INDECOPI a abordar seriamente los casos de discriminación por orientación sexual.*

La revisión de las resoluciones sobre discriminación en locales abiertos al público dan cuenta de que la mayor parte de procesos tramitados en INDECOPI están referidos a denuncias de discriminación por origen nacional y racial; es más, la totalidad de casos iniciados de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor denuncian este tipo de discriminación.

Según el segundo extremo de la Resolución 0665—2006/TDC—INDECOPI emitida por la Sala de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual en el caso del Sr. Olivera, la Comisión de Protección al Consumidor está en la obligación de organizar y realizar operativos destinados para identificar posibles conductas discriminatorias por orientación sexual en establecimientos abiertos al público.

Han pasado cinco años desde la emisión de la resolución y hasta el momento la Comisión no ha realizado operativo alguno. La falta de investigación de casos de discriminación por orientación sexual no solo evidencia que la Comisión no cumple con lo ordenado por la Sala de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual, sino que INDECOPI está incumpliendo con su deber de protección al consumidor, legitimando socialmente esta violación de derechos humanos.

- *La falta de manejo conceptual en materia de discriminación por parte de la Corte Suprema.*

Finalmente es preciso señalar que la sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia no solo legitima los criterios de valoración de prueba generados por INDECOPI en contra de los intereses de los consumidores, sino que evidencia un desconocimiento del abordaje jurídico de la discriminación.

La Sala Civil señala que “a efectos de imponer una sanción al proveedor, deberá acreditarse que el establecimiento incurrió en una conducta infractora, en este caso discriminatoria por razón del sexo, basada en elementos subjetivos”. En primer lugar desconoce que desde la aprobación del Código Procesal Constitucional la “orientación sexual” es una causa sospechosa de discriminación independiente del “sexo” al que alude; y en segundo lugar,

desconoce que desde el año 1982, fecha en la que se ratificó la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer²⁸, el ordenamiento jurídico proscribiera la discriminación directa (intencional), pero también la discriminación indirecta o por resultado; por lo que no puede exigir para todos los casos la prueba de los elementos subjetivos de la discriminación.

Asimismo, la Sala se equivoca al establecer que el recurrente debió acreditar que fue víctima de trato discriminatorio por razón de su opción sexual para luego exigir a Supermercados Peruanos S.A. que acredite la existencia de causa objetiva y justificada para la actitud o trato discriminatorio (fundamento décimo de la sentencia). La Sala olvida que el recurrente solo debió acreditar el trato diferenciado por una causa sospechosa y que la discriminación se configura cuando el denunciado no puede justificar su accionar.

El desconocimiento de nociones básicas del abordaje jurídico de la discriminación evidencia la precariedad desde la que se está procesando esta grave violación de derechos humanos, que ahora se traduce en la afectación de los derechos del consumidor.

²⁸ Adoptada por Resolución Legislativa 23432 del 4 de junio de 1982

ANEXO

Resoluciones sobre casos publicados en la página web de INDECOPI en los que se abordan denuncias de discriminación en establecimientos abiertos al público²⁹.

Nº de Resolución	Denunciante	Denunciado	Resumen del caso	Sentido de la resolución	Fundamento
000221-2004/TDC (2 de junio de 2004)	José Luis Palma, Gilbert Palma Escalante, Mariano Arturo Palma Pineda, Redi Moscoso Cusi	Mamá América S.A.C. -, Pub Mamá América	Discriminación por origen nacional y racial en el ingreso a una discoteca	Se confirmó la resolución que declaró fundada la pretensión	La diferencia de trato no tenía motivos objetivos que la justificaran lo que fue acreditado por la denuncia y posteriormente fue corroborado por un funcionario público en el marco de la diligencia de inspección.
000407-2004/TDC (27 de agosto de 2004)	Comisión de Protección al Consumidor (Procedimiento de oficio ante resultados de diligencia de inspección)	David Yabar Rosell - Pub Spoon	Discriminación por origen nacional y racial en el ingreso a una discoteca	Se confirmó la resolución que declaró fundada la pretensión	La diferencia de trato no tenía motivos objetivos que la justificaran lo que fue acreditado por un funcionario público en el marco de la diligencia de inspección.
000565-2004/TDC (6 de octubre de 2004)	Comisión de Protección al Consumidor (Procedimiento de oficio ante resultados de diligencia de inspección)	Inversiones Illapa S.R.L. - Ukukus Pub	Discriminación por origen nacional y racial en el ingreso a una discoteca	Se confirmó la resolución que declaró fundada la pretensión	La diferencia de trato no tenía motivos objetivos que la justificaran lo que fue acreditado por un funcionario público en el marco de la diligencia de inspección.
000904-2004/TDC (7 de diciembre de 2004)	Rosario Tomasa Véliz Rojas	Corporación Turística Peruana S.A.C.	Diferencia de trato en la permanencia y el ingreso a un casino	Se confirmó la resolución que declaró infundada la pretensión	La diferencia de trato tenía un motivo objetivo (la conducta de la denunciante afectaba el normal desenvolvimiento de las actividades de la empresa)

²⁹ En la lista no se ha tomado en cuenta el caso de Crissthian Olivera contra Supermercados Peruanos S.A. el que es objeto de análisis en el presente artículo.

Nº de Resolución	Denunciante	Denunciado	Resumen del caso	Sentido de la resolución	Fundamento
000939-2005/TDC (26 de agosto de 2005)	Comisión de Protección al Consumidor (Procedimiento de oficio ante resultados de diligencia de inspección)	United Disco S.A. - Discoteca Aura	Discriminación racial en el ingreso a una discoteca	Se confirmó la resolución que declaró fundada la pretensión	La diferencia de trato no tenía motivos objetivos que la justificaran lo que fue acreditado por un funcionario público en el marco de la diligencia de inspección, con la concurrencia de un video.
001415-2006/TDC (13 de setiembre de 2006)	Comisión de Protección al Consumidor (Procedimiento de oficio ante resultados de diligencia de inspección)	Gesur S.A.C. - Café del Mar	Discriminación racial en el ingreso a una discoteca	Se confirmó la resolución que declaró fundada la pretensión	La diferencia de trato no tenía motivos objetivos que la justificaran lo que fue acreditado por un funcionario público en el marco de la diligencia de inspección
001029-2007/TDC (18 de junio 2007)	Comisión de Protección al Consumidor (Procedimiento de oficio ante prueba de video de un programa de televisión)	Gesur S.A.C. - Café del Mar	Discriminación racial en el ingreso a una discoteca	Se confirmó la resolución que declaró fundada la pretensión	La diferencia de trato no tenía motivos objetivos que la justificaran lo que fue acreditado por un video, presentado es un medio de prueba idóneo
000679-2008/TDC (3 de abril de 2008)	Renzo Germán Rojas Ríos	Raymi & Games S.A.C - Casino 777	Restricción en el ingreso a un casino.	Se confirmó la resolución anterior que declaró infundada la pretensión	El trato diferenciado estuvo fundamentado en causa objetiva (no se presentó DNI para acreditar la mayoría de edad necesaria para entrar al establecimiento)

Nº de Resolución	Denunciante	Denunciado	Resumen del caso	Sentido de la resolución	Fundamento
001716-2008/TDC (27 de agosto de 2008)	Arturo Zuel Gomez y Gavina Gomez de Pfara	Federación Deportiva Peruana de Natación	Discriminación racial. Se obstaculizó el ingreso a las instalaciones de la piscina de la Federación.	Se confirmó la resolución anterior que declaró infundada la pretensión	No hay prueba que sustente la discriminación, solo las alegaciones propias. Las declaraciones de parte no son suficientes. Se considera que como la afectada ingresó efectivamente no se produjo la discriminación.
1587-2009/SC2-INDECOPI (14 de setiembre de 2009)	Tatiana Del Carmen Bardales Solís Zolla Aurora Tovar Canales Gianna Cabrera Marcet	P & G Negocios S.R.L. - Bar Discoteca Phuket	Restricciones en el ingreso a un pub	Se revocó la resolución anterior que declaró fundada la pretensión	El trato diferenciado estuvo fundamentado en causa objetiva (las denunciantes, clientas asiduas del local, no mantenían un nivel de conducta apropiado frente a terceras personas).
1832-2009/SC2-INDECOPI (21 de octubre de 2009)	Aristóteles Miguel Ramos Escate	INVERSIONES DUMACHS S.A.C. - Discoteca Kenko	Diferencia de trato en el retiro de un establecimiento	Se confirmó la resolución anterior que declaró infundada la pretensión	El trato estuvo fundamentado en causa objetiva (el denunciante tuvo un altercado con violencia física)
1896-2009/SC2-INDECOPI (28 de octubre de 2009)	María Carmela Angulo Holguín	Juan Francisco Díaz García - Restaurante Amaretto	Diferencias injusticadas en el servicio brindado dentro del restaurante	Se confirmó la resolución anterior que declaró infundada la pretensión	La denunciante no acreditó, ni siquiera a nivel indiciario, que el denunciado haya practicado actos de discriminación o de trato diferenciado ilícito contra ella.

Nº de Resolución	Denunciante	Denunciado	Resumen del caso	Sentido de la resolución	Fundamento
1936-2009/SC2-INDECOPI (29 de octubre de 2009)	Ernesto Grgicevic Velarde	Asociación Cultural Brisas del Titicaca	Restricciones en el ingreso a un local público	Se confirmó la resolución anterior que declaró fundada la pretensión	Se impidió el ingreso al denunciante sin mediar causas objetivas y justificadas para lo cual éste presentó una constatación policial de los hechos.
0963-2010/SC2-INDECOPI (10 de mayo de 2010)	Comisión de Protección al Consumidor (Procedimiento de oficio ante resultados de diligencia de inspección)	Huaríngas S.A.C.	Discriminación racial en el ingreso a un local público	Se revocó la resolución anterior que declaró fundada la pretensión	Se declaró nula la inspección realizada, que era el único medio probatorio.
1731-2010/SC2-INDECOPI (11 de agosto de 2010)	Augusto Barrón Velis	Mamabars S.A. - Discoteca Mama Batata	Restricciones en el ingreso a una discoteca	Se confirmó la resolución impugnada que declaró fundada la pretensión	La exclusión del denunciante de la clientela fue injustificada sin llegar a configurar discriminación en sentido estricto.

Uniones de hecho y el derecho a pensión de “viudez”

Violeta Bermúdez Valdivia
Abogada, Profesora de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. La realidad de las uniones de hecho en el Perú

Las uniones de hecho es decir las relaciones de pareja entre personas que no están casadas entre sí, han sido siempre una realidad en el Perú y constituyen una forma de familia para muchas personas. En efecto, si tenemos en cuenta las cifras disponibles sobre evolución del estado conyugal en el Perú, en el año 1993, las diferencias entre el estado de conviviente y casada eran notorias: 17% versus 35%, respectivamente³⁰.

En el caso de las mujeres rurales el porcentaje de convivientes era mayor. Estos datos se muestran más o menos constantes entre los años 1993 y 2003. Así, en base a información del Censo de Población y Vivienda 1993 y la Encuesta Nacional de Hogares de los años 2001-IV trimestre, 2002-IV trimestre y 2003, las mujeres rurales convivientes eran el 23.28% de total de población femenina de dichas áreas, y en el 2003, llegaban a 22.24%, en comparación con 35,11% y 31,78% de casadas.

Ello se explicaría en gran medida por la costumbre arraigada de iniciar la vida en pareja con una relación de convivencia, práctica conocida en algunas zonas del país como “servinakuy”³¹. De otro lado, la lejanía de las autoridades municipales y en general del propio Estado de muchas comunidades rurales tiene como resultado que en la realidad muchas familias se formen a partir de instituciones consuetudinarias como la mencionada.

Si analizamos cifras más recientes en relación al estado civil de las personas, concretamente los datos del Censo de Población y Vivienda 2007, apreciamos que de un total de 20, 850,502 personas mayores de 12 años censadas, 5,124,925 declaró su estado de conviviente. De acuerdo con la definición del indicador por el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI, conviviente “es la personas que vive con su pareja sin haber contraído matrimonio civil o religioso”³².

³⁰ <http://www.fao.org/Regional/Lamerica/mujer/docs/peru/cap5.pdf>

³¹ CFR. CORNEJO CHAVEZ, Héctor: Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Ediciones Studium, páginas 82-88.

³² En: <http://ineidw.inei.gob.pe/ineidw/gmCedulaCensalConsulta.jsp?cod=75> Consultado el 26 de febrero de 2011.

En consecuencia, aproximadamente un 24.5% de la población mayor de 12 años en el Perú viviría en uniones de hecho. Cabe indicar, que resulta curioso que la entidad nacional encargada de las estadísticas en el Perú tome como referencia la edad mínima de 12 años, cuando legalmente una persona tiene aptitud nupcial y, por lo tanto, para formar uniones de hecho válidas, a partir de los 16 años siempre que cuenten con la dispensa correspondiente; caso contrario la regla general es que la edad para contraer matrimonio y formar uniones de hecho es la de 18 años.

2. Antecedentes constitucionales de las uniones de hecho

Si bien, como se ha indicado las uniones de hecho constituyen una realidad muy frecuente para muchas personas en el Perú, no fue sino hasta el año 1979, en que la Constitución introdujo en el derecho nacional el reconocimiento constitucional de las uniones de hecho. El artículo 9° de dicha Constitución reconoció las uniones de hecho como una fórmula convivencial generadora de estado de familia. Así estableció:

“ Artículo 9° .- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”

Esta figura conocida doctrinariamente como “concubinato” otorga a los integrantes de una pareja heterosexual derechos similares a los que se generan en la unión matrimonial sobre los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión de hecho, siempre que esta unión cumpla con las condiciones establecidas por la ley; es decir, que se trate de varón y mujer, que ambos estén en condiciones de aptitud nupcial, que la vida en común haya durado por lo menos dos años continuos y que dicha convivencia persiga fines y cumpla deberes similares a los del matrimonio³³.

Este precepto constitucional fue recogido posteriormente por la Carta Constitucional vigente de 1993. Así en el artículo 5°, reconoce a las uniones de hecho equiparándolas a las uniones matrimoniales, en lo que respecta a los derechos patrimoniales:

“Artículo 5° .- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

³³ Artículo 326° Código Civil: «La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (...)»

Los efectos, sin embargo, son distintos a los que la ley otorga a las uniones matrimoniales. En tal sentido, no ha sido excepcional que se presenten algunos problemas en el reconocimiento de los derechos derivados de estas uniones.

El Tribunal Constitucional peruano ha conocido de algunos de estos casos, fundamentalmente, relacionados con el derecho a la pensión para la pareja supérstite de la unión de hecho (lo que equivale a la pensión de “viudez” en caso de vínculo matrimonial) y ha establecido un importante criterio interpretativo en la Sentencia recaída en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC -en adelante sentencia del TC- que analizaremos a continuación.

3. Alcances del reconocimiento constitucional de las uniones de hecho

Como se ha mencionado, fue la Carta de 1979 la que estableció en su artículo 9° que “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

Como indica bien la sentencia del TC, en el debate de la asamblea constituyente se argumentó que la incorporación de este artículo era una razón de justicia, pues se trataba de reconocer un hecho de la realidad dado que muchos hogares se forman a partir de relaciones de hecho y en casos de abandono o disolución por voluntad de una de las partes, por lo general las mujeres quedaban desamparadas. Así lo argumentaron los constituyentes Polar, Cornejo Chávez, Rivera Tamayo, Malpica, Alayza Grundi, entre otros; en contraste con posiciones como las de los constituyentes Valle Riestra y Aramburú Menchaca que no se mostraron partidarios del reconocimiento constitucional de estas uniones³⁴.

Se dejó al legislador la regulación del tiempo y las condiciones para que esta unión tuviera los efectos descritos por el artículo 9° de la Constitución. El Código Civil de 1984 así lo hizo en su artículo 326°, disponiendo que:

“Artículo 326°.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable,

³⁴COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979: Diario de los Debates, Tomo I. Publicación Oficial, páginas 326-332.

siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. (...)”

Por su parte, el constituyente de 1993 no dio mayor debate³⁵ a la fórmula de reconocimiento de las uniones de hecho establecida en la Carta de 1979. Como se ha visto, el texto final aprobado es muy similar; aunque elimina la frase “por el tiempo y las condiciones que señala la ley”, lo que podría interpretarse que el requisito legal de los 2 años mínimos de duración resultaría arbitrario³⁶.

Es indudable, por tanto, que estamos ante una figura que extiende las consecuencias patrimoniales de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho entre dos personas aptas para contraer matrimonio y que –por cualquier razón– no lo han hecho y sin embargo viven bajo lo que se denomina como “aparición de estado matrimonial”³⁷. Estamos entonces, ante una relación de pareja pública y notoria como lo reconoce la sentencia del TC en su fundamento 19. Además se trata de una relación estable que –de conformidad con lo establecido por el Código Civil, cumple con finalidades y deberes semejantes a los del matrimonio; es decir, hacer vida en común. Asimismo, los integrantes de la unión de hecho se deben fidelidad y asistencia recíprocas, tienen el derecho-deber de participar en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo. A ambos les corresponde fijar y mudar el domicilio común, sostener a la familia, brindarse ayuda y colaboración mutuas³⁸.

De esta manera, podemos afirmar que las uniones de hecho en el Perú generan efectos personales y patrimoniales entre sus integrantes, siempre que cumplan con las características mencionadas en la Constitución y en el Código Civil. Estas consecuencias han sido explicitadas también por la sentencia del TC en sus fundamentos del 20 al 23.

4. Los derechos derivados de las uniones de hecho: nuevos aportes del TC peruano

La sentencia en comentario surge a propósito del recurso de agravio constitucional interpuesto por Janet Rosas Domínguez, contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura del 31 de mayo de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Provisional (ONP) a fin de solicitar el otorgamiento

³⁵ Cfr. CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: DIARIO DE LOS DEBATES, Debate Constitucional 1993, Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo I. Publicación Oficial, página 636.

³⁶ Ver: CABELLO MATAMALA: Carmen Julia: «El Concubinato». En: DERECHO DE FAMILIA, Selección de Textos. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, página 262.

³⁷ PLÁCIDO, Alex: Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, página 249.

³⁸ Cfr. Título II del Libro III del Código Civil, Relaciones personales entre los cónyuges.

de una pensión de viudez, en base a una declaración judicial de unión de hecho.

Como lo recuerda bien la sentencia, ésta no es la primera vez en que el TC se pronuncia sobre una pretensión similar. En tal sentido, en el fundamento 4 se menciona, entre otras, la sentencia del Expediente 03605-2005-PA/TC en la que se argumentó lo siguiente:

“ i) Puesto que la Norma Fundamental quiere favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional, no es posible tratar igual al matrimonio y a las uniones de hecho; ii) Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a los integrantes de la unión de hecho a asumir los efectos previsionales propios del matrimonio; iii) Solo podrían generarse derechos pensionarios entre las parejas de hecho si la norma específica así lo dispone; iv) La Norma constitucional reconoce la relación concubiniaria para efectos sólo de naturaleza patrimonial mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario”³⁹.

Sin embargo, la sentencia del Expediente 09708-2006-PA/TC se apartó del criterio anterior del Tribunal e interpretó que:

“De acuerdo al artículo 5° de la Constitución así como el artículo 326 del Código Civil (CC), la unión de hecho daba lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero al haberse comportado los convivientes como cónyuges, al asumir finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio, la conviviente habría adquirido el derecho a la pensión de viudez. Se consideró además que las pensiones tenían la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia”⁴⁰.

Es interesante apreciar que en este criterio, los magistrados del TC toman en cuenta el concepto de sociedad de gananciales para considerar que dado que las pensiones sirven para el sustento de la familia, forman parte de la sociedad de gananciales. Sobre el particular conviene tener presente que:

√ En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios (de cada cónyuge o de cada integrante de la unión de

³⁹ Citado en: Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 06572-2006-PA/TC.

⁴⁰ *Ibidem*.

hecho) y bienes de la sociedad, conocidos también como bienes sociales.

- √ Son bienes sociales todos los que no se encuentran detallados en el artículo 302° del Código Civil⁴¹, además los que cualquiera de los cónyuges –para el caso, los integrantes de la unión de hecho- adquiera por su trabajo, industria o profesión; así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor, de acuerdo al artículo 310° del Código Civil.

Esto significa que la pensión de jubilación es un bien social pues se trata de un ingreso que percibe la persona en razón de su trabajo (si bien del trabajo realizado) siempre que cumpla con las condiciones de tiempo de aportación y edad, exigidas por el Sistema Nacional de Pensiones.

- √ No obstante, una vez producido el fallecimiento del titular de la pensión de jubilación, ésta deja de operar para dar paso a las pensiones de viudez, de orfandad o de ascendientes, según corresponda⁴². Del mismo modo, una vez fallecido el o la cónyuge –o uno de los integrantes de la unión de hecho- fenece el régimen de sociedad de gananciales.

En definitiva, si bien las pensiones de jubilación pueden ser calificadas como bienes sociales y por lo tanto forman parte de la sociedad de gananciales, una vez fenecido el régimen patrimonial por fallecimiento de uno de sus integrantes, ya no correspondería hablar de bienes sociales.

Por ello, resulta importante que el TC en la sentencia bajo comentario haya profundizado la argumentación que sustenta el derecho de la demandante de percibir la pensión de viudez, en base a la acreditación de su unión de hecho con el pensionista fallecido.

⁴¹ «Artículo 302°.- Son bienes propios de cada cónyuge: 1. Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales. 2. Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella. 3. Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito. 4. La indemnización por accidentes o seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad. 5. Los derechos de autor e inventor. 6. Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio. 7. Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio. 8. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio. 9. Los vestidos y objetos de uso personal, asó como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia».

⁴² MEF- Dirección General de Asuntos Sociales: Informe Trimestral: Los Sistemas de Pensiones en el Perú. Mayo, 2004. En: http://www.mef.gob.pe/ESPEC/sistemas_pensiones.pdf

4.1 La pensión de viudez: una disposición preconstitucional

La sentencia del TC señala que estamos ante un precepto legal (el Decreto Ley 19990) que fue elaborado en el contexto de la vigencia de la Constitución de 1933, ya derogada, y por lo tanto resulta razonable que no incluya ninguna mención a la pareja de hecho supérstite, pues las uniones de hecho recién fueron reconocidas constitucionalmente en el año 1979 y posteriormente por la Constitución de 1993.

En tal sentido, estamos ante una norma preconstitucional, es decir que fue promulgada con anterioridad al reconocimiento constitucional de la institución bajo análisis⁴³. Esta norma, “como cualquier otra, deber ser interpretada y aplicada tomando en cuenta los derechos, principios y valores recogidos en la Carta Fundamental vigente”⁴⁴.

Desde esta perspectiva, al contar hoy con un texto constitucional que protege a la familia y al ser la unión de hecho una forma de familia, la sentencia del TC analiza la finalidad de la pensión de sobrevivientes llegando a la conclusión que estamos ante un ingreso económico que tiene por objetivo “preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante”⁴⁵.

De esta manera, toma en cuenta que además de las relaciones patrimoniales, las uniones de hecho generan relaciones personales y familiares de apoyo mutuo, dependencia y solidaridad que es necesario atender ante la ausencia de uno de ellos. Recordemos que estamos ante una pareja de personas que –sin tener impedimento para contraer matrimonio- han formado una relación de hecho estable, bajo la apariencia del estado matrimonial.

4.2 La protección constitucional de las familias

Asimismo, la sentencia del TC deja en claro que el constituyente optó por proteger a todo tipo de familia, al no reconocer un modelo específico de ella. En ese sentido, el texto constitucional vigente “dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual

⁴³ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis María: La derogación de las leyes. Civitas Monografías, Madrid 1990, páginas 205-209.

⁴⁴ Fundamento 29 de la Sentencia del TC del Expediente N° 06572-2006-PA/TC.

⁴⁵ Fundamento 31 de la Sentencia del TC del Expediente N° 06572-2006-PA/TC.

manera tendrá que ser apreciado el artículo 13° que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación”⁴⁶.

El TC refuerza los alcances de su apreciación citando a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la que “ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos”⁴⁷. A partir de ello queda explícito que el supremo intérprete de la constitución reconoce que en la realidad social existen diversas formas de organización familiar, entre las que se encuentran las uniones de hecho.

En consecuencia, resulta acorde con la norma constitucional la protección constitucional de todos los tipos de familia. Bajo esta tutela constitucional, se explica que la persona que vivió en una relación de hecho y que sobrevive a su pareja pensionista pueda recibir la denominada pensión “de viudez”.

4.3 Trato desigual no justificado

Otro aspecto relevante que destaca la sentencia del TC es la desigualdad que existe entre el trato que reciben las parejas de hecho, por parte de los sistemas público y privado de pensiones. En ese sentido, “en la legislación del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones se establece que el conviviente tiene derecho a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y es potencial beneficiario de la pensión de jubilación de su compañero”⁴⁸.

Si se compara esta disposición con las personas afiliadas al sistema público de pensiones, cuyas parejas de hecho no podrían acceder a una pensión de sobrevivencia en caso de fallecimiento del titular, podemos afirmar que estamos ante una situación de evidente discriminación. Ello, porque en contraste con la normativa del sistema público de pensiones, a las parejas de personas afiliadas al sistema privado de pensiones si se les reconoce expresamente este derecho. Por lo tanto, como bien señala el Tribunal “a una misma situación se le da trato diferenciado”⁴⁹.

Corresponde por lo tanto, subsanar este trato diferente que resulta discriminatorio a la luz de la Constitución y de otras normas internacionales sobre derechos humanos, particularmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de

⁴⁶ Fundamento 7 de la Sentencia del TC del Expediente N° 06572-2006-PA/TC.

⁴⁷ Fundamento 9 de la Sentencia del TC del Expediente N° 06572-2006-PA/TC.

⁴⁸ PLÁCIDO, Alex. Ob.cit. página 254.

⁴⁹ Fundamento 35 de la Sentencia del TC del Expediente N° 06572-2006-PA/TC.

San José de Costa Rica y la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer de 1979.

5. Avances necesarios hacia la igualdad en materia familiar

La Sentencia del TC del Expediente N° 06572-2006-PA/TC constituye, sin lugar a dudas, un paso importante hacia la igualdad en las relaciones de pareja matrimoniales y no matrimoniales. El hecho que el Estado peruano promueva el matrimonio, no debe significar que deje en desamparo a quienes han formado hogares estables de hecho cumpliendo fines similares a los de la unión matrimonial y este principio es dejado en claro por el TC.

Tengamos en cuenta que el derecho a contraer matrimonio, como cualquier otro derecho, implica la posibilidad de ejercerlo o no. Por lo tanto, las familias de hecho merecen similar protección constitucional que aquellas fundadas en la unión matrimonial. En este aspecto, la Constitución peruana no hace distinción alguna, pues en su artículo 4° establece que la comunidad y el estado protegen a la familia en general, es decir sin hacer diferencia en la forma de organización o constitución de la misma.

Donde si hace distinción es en el tipo de unión que promueven. El mismo dispositivo señala que la comunidad y el Estado “promueven el matrimonio” y se entiende que esto sea así, pues hasta ahora el matrimonio tiene como consecuencia una serie de certezas jurídicas. Así, es más fácil acreditar la unión matrimonial ya que existe una partida o acta de matrimonio; en principio la filiación está determinada y no se requiere de la figura del reconocimiento; de otro lado, basta con acreditar el vínculo conyugal para tener el derecho de alimentos, de herencia, pensiones, etc. Asimismo, al contraer matrimonio surge claramente la imposibilidad de casarse con otra persona, cosa que no sucede con las uniones de hecho, pues los dos están libres de impedimento matrimonial.

Sin embargo, ello no justifica dar un tratamiento “de segunda categoría” a las uniones de hecho, pues son tan generadoras de familia como lo son las uniones matrimoniales. Por ello, la sentencia del TC cobra gran importancia pues el criterio interpretativo establecido reconoce a los sobrevivientes de las uniones de hecho, derechos equivalentes a los que tienen los cónyuges supérstites de pensionistas fallecidos.

Ello, se suma a los derechos que actualmente se reconocen en otros campos como en el Derecho Laboral donde “se reconoce que el conviviente supérstite tiene derecho al 50% del monto total acumulado de la compensación por tiempo de servicios y sus intereses, que a su solicitud le será entregado por el depositario en caso de fallecimiento del trabajador compañero (D.S. N° 001-97-TR-T.U.O. del D.Leg.N° 650, artículo 54). De otra parte, se admite que el

conviviente sea beneficiario del seguro de vida a cargo del empleador, de su compañero trabajador (D.Leg. N° 688, artículo 1)”⁵⁰.

Es decir, para el derecho peruano, la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes similar a la que se produce en la unión matrimonial, además de los otros derechos mencionados.

Esto significa que, el artículo 326° del Código Civil que regula las uniones de hecho requiere ser actualizado a la luz de los alcances de otras ramas del derecho, de los aportes de la interpretación del Tribunal Constitucional y de la experiencia comparada que va equiparando cada vez más en deberes y derechos a las uniones de hecho y el matrimonio.

En el Perú existe un precedente en este sentido en las conclusiones de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional formada durante el gobierno de transición en el año 2001. Este grupo de estudio propuso reconocer que la unión estable de varón y mujer libres de impedimento matrimonial genera derechos hereditarios y alimentarios; así como una comunidad de bienes. Dicha propuesta quedó redactada de la siguiente manera:

“Uniones de hecho.- Reconocer que la unión estable de varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, genera derechos hereditarios y alimentarios así como da lugar a una comunidad de bienes. La ley regula este derecho”⁵¹.

Por lo tanto, la ampliación de los derechos derivados de las uniones de hecho es un tema sobre el cual todavía queda mucho por desarrollar. El contenido de la sentencia analizada será sin duda un importante insumo para ello.

5.1 La acreditación de las uniones de hecho

Otro aspecto importante, aunque no tratado por la sentencia comentada, es el problema práctico de la acreditación de las uniones de hecho de acuerdo a las condiciones establecidas por la ley. Si bien en el Perú se ha avanzado en lograr que el reconocimiento de las uniones de hecho se efectúe por la vía notarial, se requiere mayor difusión y simplificación de los trámites a efectos que aquellas parejas que viven en uniones de hecho puedan

⁵⁰ PLACIDO, Alex: Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2002. p.254

⁵¹ MINISTERIO DE JUSTICIA: Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, Lima 2001, p.28.

registrarlas y contar con un instrumento público que acredite su relación. Durante el 2010, el Congreso Peruano aprobó la Ley N° 29560 que amplió los asuntos no contenciosos que son de competencia de las y los notarios públicos, al incluir la declaración notarial de la unión de hecho. Mediante este procedimiento, las parejas que reúnen los requisitos del artículo 326 del Código Civil (pareja heterosexual, libres de impedimento matrimonial que conviven para alcanzar finalidades semejantes a las del matrimonio y cuya unión haya durado más de dos años) pueden solicitar al notario público la declaración del reconocimiento de su unión. Para tal efecto, deben acompañar a su solicitud la declaración de los solicitantes, la de dos testigos, el certificado domiciliario y el certificado negativo de unión de hecho expedido por el registro personal. Cumplidos los requisitos, el/la notario/a dispone la publicación de un extracto de la solicitud. Transcurrido el término de 15 días de publicado el aviso y si nadie formula oposición, se procede a extender la escritura pública de reconocimiento de la unión de hecho. De formularse oposición se suspende el trámite notarial y lo actuado se deriva al juez correspondiente.

La posibilidad de contar con un trámite simplificado para reconocer y posteriormente registrar las uniones de hecho resulta de suma importancia para ejercer derechos derivados de esta forma de organización familiar como el reconocido a la accionante en el caso analizado. En esta ruta, diversas legislaciones han optado por crear registros oficiales en los cuales se puede inscribir las respectivas uniones de tal manera que, en su oportunidad, se pueda contar con la prueba de existencia de vínculo y no tenga que iniciarse un proceso de reconocimiento de unión de hecho como etapa previa. Así lo hizo la Ley N° 1,004 de la Ciudad de Buenos Aires en cuyo artículo 2° creó el Registro Público de Uniones Civiles, entre cuyas funciones estableció la inscripción de la unión civil a solicitud de ambos integrantes, previa verificación de los requisitos previstos en la ley.

6. Reflexiones finales

Las uniones de hecho son una realidad en el Perú y constituyen formas de organización de muchas familias.

El alcance de la sentencia comentada del Tribunal Constitucional que reconoce la pensión de sobreviviente para la persona supérstite de la unión de hecho es un importante avance en el reconocimiento de los derechos derivados de las uniones de hecho, con las características enunciadas por la Constitución vigente.

En tal sentido, contribuye al logro de la igualdad en materia familiar, pues reconoce que tanto las familias surgidas de uniones matrimoniales como

las no matrimoniales merecen el amparo constitucional de los derechos de quienes las conforman.

No obstante la importancia de esta sentencia, sus efectos se aplican al caso concreto pues no constituye precedente vinculante. En tal sentido y con el objetivo de extender este derecho a todas las personas que se encuentren en situación similar a la de la recurrente, sería recomendable que el Tribunal Constitucional peruano convierta esta doctrina jurisprudencial fijada por una Sala del mismo, en precedente vinculante.

De esta manera, todos los poderes públicos, particularmente la Oficina de Normalización Provisional, entidad encargada de “reconocer, declarar, calificar, verificar, otorgar, liquidar y pagar derechos pensionarios con arreglo a ley, del Sistema Nacional de Pensiones al que se refiere el Decreto Ley N° 19990”⁵², quedarán obligados a reconocer tal derecho a todas las personas que lo soliciten y que se encuentren en situación similar a la de la demandante en el recurso de agravio que ha dado lugar a la comentada resolución.

⁵² <http://www.onp.gob.pe/inicio.do>

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, Samuel: Constitución y Procesos Constitucionales. Palestra. Cuarta Edición actualizada. Lima, 2010
- CABELLO MATAMALA: Carmen Julia: “El Concubinato”. En: DERECHO DE FAMILIA, Selección de Textos. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008,
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor: Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Ediciones Studium; Lima, Perú, 1982.
- COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979: Diario de los Debates, Tomo I. Publicación Oficial.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: DIARIO DE LOS DEBATES, Debate Constitucional 1993, Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo I. Publicación Oficial.
- DIEZ-PICAZO, Luis María: La derogación de las leyes. Civitas Monografías, Madrid 1990.
- PLÁCIDO, Alex: Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica, Lima, 2002
- MEF- Dirección General de Asuntos Sociales: Informe Trimestral: Los Sistemas de Pensiones en el Perú. Mayo, 2004. En: http://www.mef.gob.pe/ESPEC/sistemas_pensiones.pdf
- MINISTERIO DE JUSTICIA: Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, Lima 2001,
- VEGA MERE, Yuri: Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. Motivensa Editora Jurídica. Tercera edición. Lima, Perú, 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 06572-2006-PA/TC.
- Código Civil Peruano 1984
- Constituciones peruanas de 1933, 1979 y 1993.

- Manuela Ramos, Comisión Andina de Juristas, Defensoría del Pueblo: Instrumentos internacionales de protección de los derechos de las mujeres. Lima, 1997.
- <http://www.onp.gob.pe/inicio.do>
- <http://www.fao.org/Regional/Lamerica/mujer/docs/peru/cap5.pdf>
- <http://ineidw.inei.gob.pe/ineidw/gmCedulaCensalConsulta.jsp?cod=75>

Violación sexual de menores de edad, entre la infamia y la impunidad

Ronald Gamarra Herrera
Abogado

1. Consideraciones generales

Más allá de los comentarios propios sobre la construcción, pertinencia y legalidad de la argumentación contenida en una sentencia, como por ejemplo la pronunciada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema con fecha 13 de mayo de 2009, que declara la nulidad de la sentencia recurrida y en vía de reforma decide la absolución de quien había sido inicialmente condenado por la comisión del delito de violación sexual contra una menor de edad (Expediente R.N. N° 5300-2008 Lima)⁵³, que es necesario realizar; el análisis de una decisión judicial es muchas veces también una excelente oportunidad de afirmación de derechos -en este caso, los de las mujeres-, de constatación de una realidad lacerante e infame -la violencia contra las mujeres-, y de exposición pública de los límites de la respuesta de la judicatura a un primerísimo problema de derechos humanos -la ausencia de perspectiva de género en el análisis de la naturaleza de los delitos contra libertad sexual de las mujeres-.

En ese entendido, sean mis primeras palabras para recordar que las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia; y que, a nivel internacional y regional, los sistemas de protección de los derechos humanos han reafirmado el derecho de las mujeres a no ser objeto de discriminación y violencia, al tiempo que los tratados y la jurisprudencia internacional ha ratificado el deber del Estado de actuar con la debida diligencia para proteger los derechos humanos y los derechos de las mujeres, y en las últimas décadas en los espacios nacional e internacional se han arbitrado medidas tendientes a la investigación y juzgamiento de la violencia contra la mujer.

De allí que por ejemplo los principios de igualdad y no discriminación forman parte del núcleo central de los sistemas internacional e interamericano de protección de los derechos humanos y de los instrumentos que obligan a los Estados. Entre estos últimos podemos mencionar según se trate: de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros; y, de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Belem do Pará.

⁵³ Observatorio de sentencias judiciales de la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia, disponible en <http://www.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1141&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&cnl3=2>

Como dice la Comisión Interamericana de Derechos humanos “El artículo 1 de la Convención Americana dispone que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar todos los derechos y libertades en ella reconocidos, sin discriminación por razones de sexo, entre otras condiciones. Además, y de acuerdo con el principio de no discriminación, el artículo 24 reconoce el derecho a igual protección ante la ley y de la ley, y el artículo 17 dispone que el Estado debe garantizar el igual reconocimiento de los derechos y «la adecuada equivalencia de responsabilidades» para los cónyuges dentro del matrimonio. Al reconocer los derechos fundamentales de todas las personas, sin distinción alguna, la Convención protege derechos básicos como el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad personal (artículos 4, 5 y 7). La trata de mujeres está expresamente prohibida en el Artículo 6 y los derechos de los niños son materia de medidas especiales de protección de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19.

Cuando el ejercicio de alguno de esos derechos no esté garantizado *de jure* y *de facto* en la esfera de su jurisdicción, los Estados partes, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, están comprometidos a adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para ponerlos en práctica. Además, la Convención Americana exige que el sistema interno ofrezca un recurso judicial efectivo y accesible a las personas que aleguen la violación de los derechos protegidos por la legislación nacional o la Convención.

Cuando no hay acceso a estos recursos o cuando éstos no son efectivos, el sistema interamericano ofrece una vía complementaria a través del sistema de peticiones individuales”⁵⁴.

Por su parte, la Convención de Belen do Pará “reconoce expresamente la relación que existe entre la discriminación y la violencia contra la mujer, indicando que dicha violencia es reflejo de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, y que el derecho de la mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados del comportamiento”; define la violencia contra la mujer como “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”; “establece que la violencia afecta a las mujeres de múltiples maneras, obstaculizando el ejercicio de otros derechos fundamentales de naturaleza civil y política, así como los derechos económicos, sociales y culturales”; y “dispone que los Estados partes deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, juzgar y sancionar la violencia contra las mujeres que ocurra en las esferas pública y privada,

⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití, 2009.

dentro del hogar o en la comunidad, perpetrada por particulares o por agentes del Estado”⁵⁵.

También cabe recordar que la adhesión a los tratados internacionales y los subsecuentes compromisos internacionales han llevado a los estados a adecuar la estructura pública para instalar entidades cuya función es promover los derechos de las mujeres, la igualdad de género y la no discriminación, y en consecuencia combatir la violencia ejercida contra ellas; establecer, unos más otros menos, políticas públicas para enfrentar dicha violencia; y, adoptar planes nacionales en esa dirección.

La realidad, sin embargo, nos grita que así como la violencia contra una persona en base a su género y especialmente la violencia sexual dirigida contra mujeres y niñas no es un fenómeno nuevo en la historia del hemisferio e incluso de la humanidad, así tampoco es un asunto del pasado, y que hoy en día tal violencia conlleva repercusiones negativas para las mujeres, y la sociedad en su conjunto, manifestándose con agudas características de gravedad, extensión y persistencia. Todo ello además en un contexto marcado por la falta de debida diligencia del Estado para prevenir la violencia contra las mujeres y la ausencia de una objetiva investigación y adecuada sanción de la misma (impunidad)⁵⁶. En ese sentido, sin duda alguna, la violencia contra la mujer es un problema actual, serio y prioritario de derechos humanos.

Nos lo recuerda por ejemplo el caso de la adolescente de 14 años, signada con la clave 787, quien fue violada sexualmente el 08 de diciembre de 2004, conforme se acredita con la declaración de la agraviada, el certificado médico legal, el protocolo de la pericia psicológica y tres declaraciones testimoniales, y en circunstancias en las que según su declaración y la correspondiente acusación del Ministerio Público “fue enviada por su abuela a la casa del encausado... a dejar alfalfa”. Estadísticamente, ella forma parte de las 5721 personas que fueron agredidas sexualmente ese año: de las cuales 4,075 eran mujeres (71%), y más específicamente, 2374 tenían – como ella- entre catorce y diecisiete años de edad⁵⁷.

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití, 2009.

⁵⁶ En el tema de la impunidad de los crímenes hay que incluir claramente las violaciones sexuales producidas en el contexto del conflicto armado interno, denunciadas oportunamente por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en las que simplemente la maquinaria estatal no ha hecho mayores esfuerzos de investigación de los hechos, poco por la individualización del o los autores materiales de los delitos sexuales perpetrados, y casi nada por analizar la existencia de otras formas de participación criminal. Véase, entre otros, Instituto de Defensa Legal. Protocolo para la investigación de casos de violación sexual en el conflicto armado interno. Lima, 2010; María Jennie Dador Tozzini. Mujeres sobrevivientes víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno en busca de a justicia; y, Rocio Villanueva Flores. Respuesta del sistema de administración de justicia peruano frente a los casos de violencia sexual contra mujeres ocurridos durante el conflicto armado interno. Estos dos últimos textos aparecen en: Seminario Internacional. Justicia y Reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno. Lima, 2007.

⁵⁷ Policía Nacional del Perú. Anuario estadístico policial. Año 2004

Ella, además, es una de tantas adolescentes que sufrió la desprotección, la inoperancia del sistema de justicia penal: parte y víctima de un proceso adelantado por un juzgado y una sala penal no especializadas en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales, conducido sin la debida atención a la tutela jurisdiccional efectiva de los menores de edad sin apego al principio del interés superior del niño, y prolongado excesivamente en el tiempo (concluido después de cuatro años y cinco meses de perpetrado el delito); para, finalmente, encontrarse con una sentencia judicial que se pronuncia por la absolución de quien ella sindicaba como su agresor, es decir por la impunidad⁵⁸.

La falta de adecuada respuesta del sistema de justicia penal al problema de la violencia contra las mujeres, y específicamente contra las mujeres menores de edad, no es patrimonio de los órganos judiciales a cargo de las investigaciones y juicio de tales delitos bajo la cobertura del antiguo Código de Procedimientos Penales, como fue el caso de la menor de 14 años que comentaremos. Lamentablemente, las entidades de la reforma procesal penal tampoco han asumido una perspectiva de género en el análisis de la naturaleza de los delitos contra libertad sexual de las mujeres, al tiempo que para algunos de sus integrantes pareciera que la necesidad de un mayor nivel del marco probatorio de cargo –propio del sistema acusatorio garantista– eleva la exigencia de las garantías que deben rodear a la declaración de la víctima de crímenes perpetrados en la clandestinidad para concederle virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado⁵⁹.

La complejidad de la problemática de la violencia contra las mujeres, y específicamente la violación sexual de menores de edad, exige un mayor esfuerzo de la comunidad para demandar al Estado la promoción de los derechos de las mujeres y el otorgamiento de una efectiva protección para evitar la agresión, y de producirse ésta, contar con el concurso de fiscales y jueces capacitados y con perspectiva de género, que formen parte de un sistema especializado de justicia, y que en su actuación atiendan a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

2. El delito de violación sexual

De acuerdo con lo mejor de la jurisprudencia internacional en materia de justicia de género, entendemos por violación sexual “invasión física de naturaleza sexual” (causa “*Prosecutor v. Akayesu*” del Tribunal Penal Internacional de Ruanda)(Caso No. ICTR-96-4-T –Cámara de Juicio, Octubre

⁵⁸ En la jurisprudencia peruana en general –aunque no en este caso– se observa con marcada preocupación la absolución de acusados de violación sexual de menores en atención a estereotipos de género (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. R. N. N° 4057 – 2009, Lima, veinticuatro de febrero de dos mil diez) o de ignorancia de la pericia psicológica practicada a la menor (Sala penal Permanente de la Corte Suprema. R. N. N° 4057 – 2009, Lima, veinticuatro de febrero de dos mil diez).

⁵⁹ Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Huaura. Sentencia de fecha 30 de julio de 2008 recaída en el Exp. N° 2006-01011-14-1308-JR-PE-1

2, 1998); definición en la que los elementos objetivos del crimen de violación son: “i) Penetración sexual, incluso leve de a) la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador u otro objeto utilizado por el perpetrador, o b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador, u otro objeto.; ii) Bajo coerción o fuerza o amenaza contra la víctima o una tercera persona” (caso “Prosecutor v. Furundzija” del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia) Ello por cierto, con la precisión de que para que no se configure violación, el consentimiento debe ser dado como resultado de la libre voluntad de la víctima evaluada en el contexto de las circunstancias existentes (caso “Prosecutor v. Kunarac” del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia)⁶⁰.

Entre nosotros, el artículo 170 del Código Penal (conforme a la modificación introducida por la Ley N° 285251) tipifica la violación sexual empleando la siguiente fórmula: “El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”, y establece como pena la privación de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. La norma contiene circunstancias de agravación, atendiendo a supuestos en los que “la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos”, “si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima”, “si fuera cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública”, “si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años”, o “si el autor tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave”, considerándose en cada uno de estos casos que la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años de privación de la libertad e inhabilitación.

En cuanto a la participación criminal en la comisión del delito de violación sexual conviene señalar –siguiendo autorizada jurisprudencia- que “Los delitos sexuales, específicamente, el delito de violación, fueron tradicionalmente definidos como “delitos de propia mano” en razón de considerarse que se requería para su comisión la realización corporal, es decir “que sólo pueden ser llevados a cabo mediante la propia ejecución corporal de las acciones típicas” (ROXIN, C., Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p.443).

La calificación de los delitos contra la libertad sexual como delitos de propia mano, si bien puede considerarse como mayoritaria, se encuentra

⁶⁰ Es de indicar que si bien en un primer momento, el Tribunal Penal Internacional de Ruanda insistió, por amplia, en la definición contenida en el caso Akayesu (caso «Prosecutor v. Muesma»), posteriormente expresó el consenso de que tanto la definición en el caso Akayesu cuanto los elementos objetivos del crimen de violación sexual establecidos en el caso Kunarac no eran incompatibles o sustancialmente diferentes en su aplicación.

actualmente cuestionada en la doctrina, particularmente desde quienes defienden la teoría objetivo material del dominio del hecho, y sobre la base de una adecuada concepción del bien jurídico protegido.

En tal sentido, se ha considerado que, detrás de la concepción de que sólo puede ser autor quien obtiene el “beneficio” sexual y no todos los demás que hayan realizado conductas también previstas en el tipo, por división de funciones (como pueden ser la fuerza o la intimidación), parece subyacer la idea de que estos delitos exigen la presencia de placer, lascivia o fines o móviles de contenido libidinoso que, por propia definición, sólo pueden contemplarse de manera individual. (Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Dir. Zaffaroni y Baigún, Hammurabi, 2007, Artículos 118 y 119 a cargo de Javier De Luca y Julio López Casariego, p. 471 y ss) 214

Tal idea resulta errónea, atento a que los delitos sexuales no se caracterizan por el “placer” o “rérito” sexual de un sujeto, sino por el *ultraje sexual de la víctima*, por una *afectación a su libertad sexual*.

Conforme tal perspectiva, autor de este delito será quien domine el hecho, es decir, quien tenga el poder de decidir o determinar la configuración central del acontecimiento, porque puede detener o proseguir la realización del suceso íntegro; y partícipes serán quienes realicen aportes sin ese poder. Consecuentemente, cabe concluir que la figura penal admite todas las formas de autoría (individual, mediata, coautoría paralela y funcional) y participación (complicidad e instigación) (Cfr. Javier De Luca y Julio López Casariego, Ob. Cit)⁶¹.

Finalmente, y en el extremo de las obligaciones del Estado, es de tener en cuenta que la violación sexual constituye violencia basada en el género –en puridad y teniendo en cuenta a las víctimas de la agresión, un hecho de violencia especialmente dirigido contra la mujer- en los términos de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer⁶²; que el Estado peruano ha suscrito tal Convención, por lo que se halla obligado a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, en todo tiempo y circunstancia: es decir, a esclarecer los hechos de violencia contra la mujer y sancionar a sus autores en un juicio con las

⁶¹ Resolución del Juzgado N° 1 de Tucumán, de fecha 27 de diciembre de 2010, recaída en la causa caratulada «Actuaciones Complementarias de Arsenales Miguel de Azcuénaga Ccd s/ Secuestros y Desapariciones. Expediente N° 443/84 y conexos.

⁶² De conformidad con el artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la violencia se concreta vía «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».

debidamente garantías, aplicando, en su caso, si correspondiere, una sanción proporcionada al injusto⁶³. Y que, en esa dirección, por ejemplo, i) los legisladores y los concretos responsables de la persecución penal no gozan de discreción en la decisión acerca de la promoción o continuación de la persecución penal⁶⁴; ii) el Presidente de la República y los congresistas se hallan con impedimento para extender la concesión de las amnistías y los indultos a los autores de tal delito; y iii) tras el dictamen de la Corte Suprema de Justicia favorable a la solicitud de extradición activa del autor de una violación sexual, el Consejo de Ministros no tiene otra alternativa más que acceder al pedido de extradición (pudiéndose considerar incluso que la demora en su aprobación resultaría contraria a las obligaciones asumidas internacionalmente al hacerse parte de la Convención de Belem do Pará).

3. Los delitos de violación sexual contra niñas, niños y adolescentes

Los menores de edad tienen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos, por lo que deben ser protegidos de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y de abusos físicos, mentales y sexuales. Ciertamente, poseen además “derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Por tanto, el Estado debe tomar medidas especiales orientadas a proteger especialmente a los niños, con un mayor cuidado y responsabilidad de acuerdo al principio del interés superior del niño. Este deber, por su parte, se ve reforzado por la especial vulnerabilidad y exposición

⁶³ Según el artículo 7 de la referida Convención, los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique la propiedad; e. tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

⁶⁴ A este respecto, resulta aleccionador la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, de fecha 7 de diciembre de 2010, recaída en la causa caratulada Ortega, René Vicente s/ recurso de casación. **Expediente N° 13.245. En ella, los magistrados rechazan el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial y confirman la decisión recurrida, precisando que en un caso de abuso sexual «En tanto la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito -impunidad-, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos como los que conforman el objeto de requerimiento fiscal», que la Convención de Belem do Pará condena todas las formas de violencia contra la mujer y obliga a los Estados Partes a investigar, juzgar y sancionarlas, y que «la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley 24.632» por lo que «el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal». Puede revisarse también, resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, de fecha 30 de noviembre de 2010, recaída en la causa caratulada Calle Aliaga, Marcelo s/Recurso de casación. **Expediente N° 13.240.****

que tienen las niñas a actos de violencia contra las mujeres, reconocido por la Convención de Belém do Pará⁶⁵.

Pese a la afirmación de sus derechos y la necesidad de una especial protección estatal, como nos lo recuerda el caso de la adolescente de catorce años, signada con la clave 787, quien fue violada sexualmente el 08 de diciembre de 2004, cierto es que la violencia es una infamia que se abate sobre la niñez⁶⁶ y que la violación sexual de niños, niñas y adolescentes es un crimen cotidiano⁶⁷.

Ahora bien, el impacto de este tipo de violencia, que tiene lugar “entre paredes”, en “espacios errados”, “en ámbitos privados”, sin más testigos directos que las propias menores agredidas, y en el que un porcentaje importante de los abusadores son cercanos al o del entorno del menor (familiares, maestros, vecinos)⁶⁸ y gozan de prestigio en tal círculo, resulta devastador para la víctima.

Lamentablemente muchos de estos crímenes no son tratados ni abordados correctamente, de tal suerte que no pocos abusadores quedan en la impunidad y la práctica judicial termina por producir la revictimización de los menores de edad.

El caso de las relaciones sexuales consentidas

El Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, adoptado el 18 de julio del 2008 por los señores Vocales integrantes de las Salas Penales Permanentes, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en el IV Pleno Jurisdiccional y al amparo del artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; definió los criterios hermenéuticos que se deberían seguir en torno al delito de violación sexual de menor de edad entre 14 y 18 años previsto en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, y la determinación de la responsabilidad del agente. Estas pautas se encuentran contenidos, principalmente, en las consideraciones sexta a décimo segunda; y en las que tras la afirmación de la plena vigencia

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

⁶⁶ Estudio Mundial de Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños, Paulo Sérgio Pinheiro, Experto Independiente del Secretario General de Naciones Unidas para el Estudio de la Violencia contra los Niños, 2006.

⁶⁷ Generalmente el abuso sexual contra menores de edad –y también contra personas adultas- no se denuncia, sobre todo si ocurre dentro de la familia. Según la Encuesta de Victimización del Ministerio del Interior, correspondiente al 2005, en Lima el 96% de las ofensas sexuales no son denunciadas. Es decir, que solo una porción poco significativa de la magnitud del crimen es conocida por el Estado, y particularmente por la administración de justicia. Pese a ello, las estadísticas nacionales revelan que en el año 2007 el número de casos de violencia sexual contra menores de edad alcanzó los 5588 casos (Anuario Estadístico Policial. Año 2007) y que el año 2008 subió a 5960 casos (Anuario Estadístico Policial. Año 2008). La experiencia nos dice que no todos estos casos son judicializados. Y un estudio de casos llevado adelante por la Defensoría del Pueblo arrojó que del total de investigaciones judiciales de violación sexual y actos contra el pudor en agravio de menores de edad, el 87.9% tiene por víctimas a niñas y adolescentes mujeres, y que de esa cifra el 69.4% corresponde a niñas y adolescentes mujeres entre los 10 y 18 años de edad (Informe Defensorial N° 126).

⁶⁸ A modo de ejemplo, podemos indicar que del total de casos de violación sexual contra niños y niñas revisados por la Defensoría del Pueblo para elaborar el Informe Defensorial N° 126, resulta que el 62% de los agresores pertenecían al entorno familiar o amical de la víctima.

de los artículos 44, 46 y 241° del Código Civil y del análisis sistemático de los artículos 175°, 176° y 176-A del Código Penal, se concluye que cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciocho años de edad, el agente está exento de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado que tiene libre disposición de su libertad sexual.

Conforme reconoce la doctrina nacional, el Acuerdo Plenario antes anotado recoge “la atipicidad de los casos de relaciones sexuales consentidas siempre que el sujeto pasivo sea mayor de 14 años. Para ello relacionó los límites de la capacidad relativa para contraer matrimonio, establecidos en el Código Civil”⁶⁹.

Si bien es cierto que el mencionado Acuerdo Plenario constituye un precedente vinculante de carácter obligatorio para todos los magistrados de las diversas instancias que integran el Poder Judicial, y solo para ellos; los otros operadores jurídicos, como el Ministerio Público, sin mengua de su independencia discrecional, pueden servirse de aquel como un referente o herramienta útil, coherente y articulada para la interpretación y aplicación del derecho penal nacional al caso en específico.

Conforme al estado de la cuestión de los derechos humanos en el concierto de las naciones resulta pertinente dejar sentado que ciertamente los adolescentes son sujetos de derechos y, por lo tanto, gozan de los mismos derechos humanos que los adultos, entre los que se encuentran los derechos sexuales y reproductivos⁷⁰.

Así pues, los adolescentes entre los catorce y dieciocho años de edad tienen capacidad jurídica para disponer del bien jurídico “libertad sexual”, el mismo que puede definirse como la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. En ese sentido y contexto, las relaciones sexuales constituyen expresión de un derecho fundamental y, estando a su carácter de libres y consentidas, resultan atípicas.

⁶⁹ Víctor Prado Saldarriaga. Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal, IDEMSA, Lima, 2009, p. 542

⁷⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2002-2010, Lineamientos de Política de Salud de las y los adolescentes, entre otros.

4. El caso de la violación sexual de la adolescente de catorce años, signada con la clave 787, y los términos de la sentencia absolutoria pronunciada

Según la acusación del Ministerio Público el 08 de diciembre de 2004 “en circunstancias que la menor agraviada fue enviada por su abuela a la casa del encausado... a dejar alfalfa, éste abuso sexualmente de ella, para luego amenazarla que si contaba lo sucedido iba a matarla”. El respaldo probatorio lo formaba la propia declaración de la agraviada, quien sindicaba directamente al encausado y daba cuenta de las circunstancias y detalles de la agresión sexual: el certificado médico legal que acreditaba la desfloración; el protocolo de la pericia psicológica, que concluía la presencia de trastorno de estrés post traumático; y tres declaraciones testimoniales.

Por su parte, el encausado siempre negó ser el autor de la violación sexual y en su defensa alegó que “la menor agraviada presentó declaraciones contradictorias” y carecer de antecedentes penales y judiciales, al tiempo que presentó una pericia médico legal que concluía que “presenta una potencia sexual disminuida” y una evaluación siquiátrica según la cual “es una persona normal y no presenta alteraciones psicopatológicas”.

Inicialmente, el 16 de octubre de 2008 el encausado fue condenado por delito contra la libertad –violación de la libertad sexual- en agravio de la menor a seis años de pena privativa de la libertad. El pronunciamiento de condena fue impugnado.

La sentencia pronunciada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema con fecha 13 de mayo de 2009, declara la nulidad de la sentencia recurrida y en vía de reforma decide la absolución de quien había sido inicialmente condenado por la comisión del delito de violación sexual en agravio de una menor de catorce años, identificada con la clave 787. El razonamiento es el siguiente: i) “la versión inculpativa de la menor agraviada por ser incoherente no resulta válida para desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente le asiste al encausado”; ii) “las declaraciones testimoniales... no resultan suficientes para corroborar la imputación de la menor”; y, iii) “abona a favor de la versión exculpativa... el certificado médico legal de potencia sexual... en el que se indica que dicho encausado presenta signos de potencia sexual muy disminuida” y “la evaluación siquiátrica del encausado” que arroja “personalidad dentro de los parámetros normales”.

Con base en ello, el colegiado concluye que “si bien existen medios de prueba que advierten la materialidad del delito de violación sexual... no se llegó a despejar de modo categórico la incertidumbre inmersa en el proceso penal respecto a la culpabilidad del encausado... en tanto que los elementos de

prueba aportados a los autos impiden arribar al grado de convicción y certeza para acreditar que dicho encausado es autor del hecho delictivo ocurrido...; que en efecto, en el caso de autos la actividad probatoria constitutiva del presente proceso determinó la existencia de razones opuestas equilibradas entre sí para afirmar o negar de manera categórica la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado, por lo que, es de aplicación el principio del *in dubio pro reo* que favorece al encausado imponiéndose de este modo su absolucón”.

Discutimos los términos de la sentencia. La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema no ha valorado adecuadamente la virtualidad probatoria de la declaración de la víctima para destruir la presunción de inocencia del encausado, de un lado, y ha concedido un valor definitivo, excesivo, a un certificado médico legal que solo acredita la disminución de la potencia sexual del imputado y a una evaluación siquiátrica del mismo que habla de parámetros normales de personalidad. De eso nos ocuparemos enseguida, con la precisión de que lo central en el debate –desde nuestra perspectiva– reside en la existencia o no de una línea general y sostenida de imputación por parte de la menor agraviada o, si se quiere, en la aplicación o no de pautas específicas de valoración probatoria tratándose de la declaración de una menor de edad víctima de una violación sexual.

Sin embargo, antes de ello debemos llamar la atención sobre lo que consideramos un conjunto de problemas de abordaje y tratamiento del caso de violación sexual de menor de edad por parte de un tribunal de la máxima instancia judicial. En primer lugar, no existe en la sentencia la más mínima señal de perspectiva de género; en segundo lugar, tampoco de atención a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente al principio del interés superior del niño; en tercer lugar, la sentencia no distingue en ningún momento la especificidad del delito, dándole más bien un tratamiento similar a cualquier otro ilícito; y, en cuarto lugar, no cuestiona el sometimiento de la víctima a tres declaraciones en diferentes momentos del proceso, lo que constituye un inaceptable caso de revictimización⁷¹.

5. La prueba y la valoración probatoria tratándose de la violación sexual de menores de edad

Estando a las características especiales que le dan contexto de realización al hecho de la violación sexual de menores de edad, esto es, la clandestinidad, y subsecuentemente la declaración de la víctima como posible única prueba

⁷¹ La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema debió cuestionar la práctica exigencia de la presencia de la adolescente abusada hasta en tres oportunidades para prestar su declaración; abogar por el sistema de Entrevista Única en Cámara Gesell, y su generalización, con la finalidad de evitar la victimización secundaria.

de la comisión del crimen, salvo que se pretenda impunidad, se requiere echar mano a pautas específicas de valoración del testimonio de la agraviada, de manera que tal declaración pueda tener entidad para ser considerada prueba válida de cargo y virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, claro está siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones.

Y eso es precisamente lo que cuestionamos en el accionar de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, haber prescindido de dichas pautas en el momento de valorar la declaración de la menor de catorce años víctima de violación sexual, signada con la clave 787.

5.1. La presunción de inocencia. Las actuaciones probatorias deben demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable

La presunción de inocencia es una de las garantías más importantes del ciudadano. Según ella, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. La presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio⁷².

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que «el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quién acusa»⁷³.

La jurisprudencia peruana ha señalado que “Para enervar la inicial presunción constitucional de inocencia que ampara a todo procesado, debe constatarse la objetividad de la prueba y que ésta haya sido validamente adquirida y practicada; además ella debe ser suficiente, ya que no basta que se hayan utilizado medios de prueba sino que es preciso que del empleo de tales medios se llegue a un resultado probatorio que permita sustentar racionalmente la culpabilidad y a la vez fundar razonablemente la acusación”⁷⁴.

⁷² Así aparece considerada en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos: artículo 11.1 de la Declaración Universal, artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana

⁷³ Al respecto puede consultarse el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de fecha 2 de julio de 2004, párrafo 154; y, caso *Hermanos Cantoral Benavides v. Perú*, sentencia de fecha 18 de agosto de 2000, párrafo 120

⁷⁴ Sala Penal, Exp. 3283-99, sentencia de fecha 3 de noviembre de 1999.

Por eso mismo, el representante del Ministerio Público está compelido a aportar prueba de cargo (suficiente, fiable, eficaz y útil) válida (prueba, no sospechas, intuiciones, conjeturas, prejuicios ni caprichos), de tal manera que el conjunto de la prueba globalmente analizada permita tener por acreditado, con el grado de conocimiento exigido en el juicio oral, los hechos juzgados y la responsabilidad del acusado. En una palabra, ha de superar ampliamente la mínima actividad probatoria requerida para derrumbar el principio de presunción de inocencia que cubre al acusado.

5.2. La búsqueda “tendencial” de la verdad en los procesos penales y el principio de libre valoración de la prueba

El proceso penal tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino que el de la prueba. Con Vicente Guzmán Fluja, profesor de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, sostenemos el carácter tendencial que se obtiene en el proceso y que se puede enunciar como la orientación, dentro de los límites legales y racionales, a hacer coincidir la verdad contextualizada y relativa con la verdad entendida como los hechos reales que acontecieron históricamente.

En esa dirección, la prueba actuada debe permitir al colegiado declarar tal coincidencia.

De otro lado, es conocido que entre nosotros rige el sistema de libre valoración razonada de la prueba. Dicho sistema, denominado también de sana crítica racional, en palabras de José Cafferata Norez, “establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige que las conclusiones a las que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye”.

Evidentemente, *i)* el órgano jurisdiccional no puede ni debe conceder categoría de prueba a datos que sólo parecen serlo, como tampoco está habilitado a emplear pruebas originadas en manifiesta ilegalidad; y, *ii)* si bien no es gobernado por reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse, su libertad debe conformarse al respeto a las normas lógicas (coherencia, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente), psicológicas y experimentales, que regulan la corrección del pensamiento humano.

En suma, la sentencia debe ser el fruto razonado de las pruebas.

5.3. La valoración de la prueba en contextos especiales

En términos generales se acepta, sin mayor discusión, que la valoración de la prueba es la actividad intelectual que lleva a cabo el juez por medio de la fuerza probatoria de un medio de prueba. Así, se entiende que con los medios

de prueba a su alcance, el órgano jurisdiccional debe establecer, por ejemplo, si un testigo es creíble o no, o si un documento es auténtico o no.

Mediante la valoración de la prueba el juez depura los resultados obtenidos con la práctica de los diferentes medios de prueba, interrelacionado unos con otros para llegar finalmente a formar su convencimiento. Sólo como producto de dicha valoración, el colegiado puede concluir por la veracidad o no de las afirmaciones postuladas por las partes en el proceso.

Se afirma con corrección que la finalidad de la actividad probatoria no es otra cosa que el logro de la convicción judicial sobre la credibilidad o veracidad de las *afirmaciones* realizadas por las partes involucradas. Manuel Miranda Estrampes señala que el objeto de la prueba y por ende objeto de valoración, será, entonces, *las afirmaciones o proposiciones* que las partes realizan en torno a determinados hechos.

5.3.1. Pautas o presupuestos particulares de valoración de la prueba

Si bien existen genéricas pautas de valoración, que regularmente aplica el juzgador y que obviamente son conformes a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común; en determinados supuestos, como es el caso de la violación sexual de menores de edad que usualmente se perpetran en condiciones tales que la declaración de la víctima resulta ser el único elemento de cargo, se presenta la necesidad de echar mano a precisas y *particulares pautas o presupuestos de valoración* para, por ejemplo, acercarse y atender la especiales y complejas dificultades de la plausibilidad de la prueba testimonial y la construcción racional de hechos probados.

Por cierto, y cabe remarcar, el reconocimiento de la existencia de precisas y particulares pautas o presupuestos de valoración probatoria en determinados supuestos no importa, en ningún caso, el favorecimiento de un punto de inflexión en la exigencia constitucional de la presunción de inocencia.

5.3.2 Aplicación de pautas o presupuestos de valoración a casos distintos a la violación sexual de menores

Si bien se pregona la aplicación de estas precisas y particulares pautas o presupuestos de valoración para los casos de violación sexual de menores de edad, y específicamente cuestionamos a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia por no emplearla en el caso de la menor de catorce años agredida sexualmente, no es menos cierto que la legislación y la jurisprudencia nacionales han considerado su extensión a un conjunto de otras situaciones. Cito algunos ejemplos:

i) La existencia de pautas específicas de valoración del testimonio de los coimputados. En este caso, la sindicación privilegiada del coimputado está amarrada a consideraciones, plasmadas en el Acuerdo Plenario Nro. 2-2005/CJ-116 de la Corte Suprema, vinculadas a una perspectiva subjetiva, que atiende a la personalidad del declarante, relaciones con el afectado por el testimonio, motivaciones de la delación, etc.; y a una perspectiva objetiva, que tiene en cuenta la corroboración mínima del relato incriminador así como su coherencia y solidez;

ii) La existencia de pautas específicas de valoración del testimonio de las personas sometidas a la colaboración eficaz (Ley 27378). Igualmente, claro está, bajo la exigencia de la corroboración vía elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las incriminaciones formuladas (artículo 283 del Código de Procedimientos Penales).

iii) La existencia de pautas particulares para una adecuada valoración de la prueba en los crímenes perpetrados por organizaciones delictivas. A este respecto es de tener en cuenta la ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema señalando que “el análisis y valoración de la prueba en los delitos cometidos a través de organizaciones delictivas forzosamente debe adaptarse a las características y modo de funcionamiento de las mismas”^{75 76}.

iv) La valoración de la prueba tratándose de violaciones a los derechos humanos. Dicha valoración debe atender al contexto general en que se produjeron los crímenes como a la escala e las atrocidades⁷⁷: al hecho de

⁷⁵ Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de fecha sentencia de fecha 21 de julio de 2004. Expediente N° 1260-2004.

⁷⁶ También la resolución de la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel, recaída en el caso instaurado contra Fernando Zevallos Gonzales y otros por tráfico ilícito de drogas, decidiendo que «[L]a responsabilidad de los procesados debe hacerse dentro de un marco de análisis que tome en cuenta la tipología criminológica del accionar de una organización criminal. La ponderación valorativa que el Colegiado asume en este sentido debe considerar que es cualitativamente distinto evaluar la conducta ocasional e individual de una persona que la desplegada en el contexto de una organización criminal. Ello porque la naturaleza de una asociación ilícita, con vocación de permanencia, con una finalidad ilícita como fuente de su funcionamiento, estructurada en compartimentos estancos y de gran poder, no puede compararse al de la criminalidad de bagatela o criminalidad mediana. En consecuencia, esta característica no sólo será tomada en cuenta como circunstancia agravante de los procesados que sean declarados responsables, sino ante todo como punto de partida para la determinación de los hechos a probar y su vinculación posible con los imputados» (Expediente N° 24-2001, sentencia de fecha 19 de diciembre de 2005).

Finalmente, la ejecutoria suprema de la Sala Penal Permanente señalando que «La lógica de delincuencia organizada... obliga a un tratamiento de la prueba de tal magnitud que permita entender un modelo de comportamiento criminal complejo que se proyecta en el tiempo y que comprende a numerosas personas y variadas situaciones. Por tal razón es que se acude a la prueba por indicios y, de otro, se realiza un análisis del conjunto de las evidencias, lo que a su vez permite comprender la trama delictiva en toda su difusa concreción. No se puede analizar la situación jurídica de un imputado sin referirse también a la de los restantes, ni la de estos entre sí, y a la de todos ellos en función a la organización que integran o a la que de uno u otro modo colaboran. El examen global de esta causa, de singular complejidad y de accidentado cauce, permite advertir la presencia de un conjunto de personas en variadas funciones, específicas relaciones mutuas y vinculaciones entre sí, pero de uno u otro modo unidos a partir de un eje organizativo... De ahí que es trascendente para una valoración global... las declaraciones que los implicados han venido exponiendo en el curso del proceso, las coimputaciones que luego de un tiempo se han venido sucediendo de modo progresivo y que, como es evidente, fracturan la lógica cerrada y de adhesión de sus miembros» (Expediente N° 1882-2006, sentencia de fecha 6 de agosto de 2007).

⁷⁷ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda en los casos *Prosecutor vs. Akayesu*, y *Prosecutor vs. Rutaganda*; y el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia en los casos *Prosecutor vs. Karadzic* y *Mladic*.

que se trata de delitos clandestinos, secretos o de comisión encubierta, de delitos perpetrados en escenarios cerrados y bajo absoluto control de los ejecutores directos; en los que los conceptos de comando y subordinación son relativamente amplios⁷⁸; en los que los ejecutores se conducen sobre seguro y sabiendo que las víctimas se hallan impedidas de cualquier clase de resistencia; en los que la participación de varios perpetradores aumenta el grado de indefensión de la víctima; en los que, con posterioridad, se borran las huellas del delito o los vestigios materiales de su perpetración; en los que existe una conducta posterior de los autores que muestra una total falta de arrepentimiento; etc.

5.4. La valoración de la prueba tratándose de la violación sexual de menores

Tratándose de la violación sexual en agravio de menores de edad, en que la especificidad del delito aparece marcada por la clandestinidad y la actuación solitaria de los perpetradores, como sucedió con la menor de edad signada con la clave 787, el relato de la víctima se convierte en la herramienta fundamental del proceso, y la propia víctima adquiere un estatus especial. De allí la existencia indiscutible de una específica ponderación valorativa de tal declaración que atienda a la complejidad que importa la violación sexual de menores de edad y que tienda a evitar que los crímenes queden en la impunidad.

Por ello se dice que “En los casos de los delitos contra la libertad sexual contra menores de edad, respecto al valor probatorio que debe merecerla versión de la agraviada, debe considerarse que la doctrina y la jurisprudencia sostienen que en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen los delitos sexuales, impide en ocasiones disponer de otras pruebas”⁷⁹.

El valor específico de dicha declaración esta atado a diversas garantías de certeza judicial contempladas en el Acuerdo Plenario Nro. 2-2005/CJ-116 de la Corte Suprema. Estas garantías –de larga trayectoria en la jurisprudencia española-, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, b) verosimilitud y c) persistencia en la incriminación; que permitirán, en definitiva, someter la declaración privilegiada de la víctima a un control de credibilidad.

Por cierto, Acuerdo Plenario y cautelas o requisitos no citados en ningún momento en la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de

⁷⁸ El Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia en el caso *Prosecutor vs. Strugar*.

⁷⁹ Sentencia de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, de fecha 30 de abril de 2009. Expediente 1094-2008-CSJLL.

Justicia al resolver el caso de la adolescente de catorce años que sufrió la violación sexual, signada con la clave 787; y, control de credibilidad no realizado por dicho colegiado bajo los parámetros arriba señalados.

Si realizáramos el control de credibilidad o de autenticidad de la declaración de la adolescente de catorce años, signada con la clave 787, tendríamos que no surgen razones objetivas que puedan hacer dudar de la veracidad de lo que se dice. En esa dirección, por ejemplo:

i) la garantía de ausencia de incredibilidad subjetiva estaría satisfecha por la inexistencia de relaciones previas entre la víctima y el encausado que pudieran conducir a la deducción de la presencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, interés o de otra índole que privase al testimonio de la aptitud necesaria para generar ese estado subjetivo de certidumbre en la que la convicción judicial descansa esencialmente⁸⁰. Este extremo no fue invocado por el encausado.

ii) la garantía de verosimilitud del testimonio de la adolescente de catorce años se cumpliría por la coincidencia con datos objetivos periféricos⁸¹. En el presente caso, la declaración de la víctima aparece en armonía con las testimoniales prestadas por Cipriana Felices Medina de Arone, María Elena Malaver Romero y Gerardo Araujo Flores; el certificado médico legal practicado a la adolescente que concluye por la existencia de desfloración antigua; y, la pericia psicológica practicada a la víctima en la que se precisa que arroja reacción ansiosa situacional por haber sido víctima de abuso sexual. Tales elementos periféricos o circunstanciales a la conducta objeto de la acusación, aún cuando no acrediten la autoría del encausado, permiten constatar objetivamente la verosimilitud del relato de la adolescente, la agresión sexual y la sintomatología propia de la violación sexual.

iii) la garantía de persistencia en la incriminación implicaría la prolongación de ésta en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones. La falta de este requisito ha sido claramente reclamada por el encausado, primero, y ratificada por la sentencia del supremo tribunal, después. Se señala que: en

⁸⁰ Por ausencia de incredibilidad subjetiva, la jurisprudencia peruana ha entendido la no existencia de relaciones entre agraviado e imputado que nieguen aptitud para generar certeza. En ese sentido, se ha dicho que «en el presente caso el Colegiado tiene en cuenta que ciertamente se puede afirmar, que no existe animosidad, odio, animadversión u otra situación condicionante de su versión con ánimo de perjudicar al imputado con la denuncia. Por el contrario, éste era merecedor de la confianza de la agraviada». Sentencia de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fecha 30 de abril de 2009. Expediente 01094-2008.

⁸¹ En cuanto a la garantía de la verosimilitud, la jurisprudencia nacional entiende que «se refiere a comprobar la veracidad de la versión de la víctima, pues no se puede fundar un delito tan grave en la sola versión de la víctima, ya que el principio de presunción de inocencia exige evidencias suficientes de cargo para establecer el delito y la culpabilidad». Sentencia de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fecha 30 de abril de 2009. Expediente 01094-2008.

La garantía de la verosimilitud también se refiere a la «coherencia y solidez de la propia declaración... rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria». Sentencia de fecha 30 de julio de 2008. Expediente 2006-01011-14-1308-JR-PE-1.

una primera declaración, la adolescente refiere haber sido violada sexualmente por el encausado en dos oportunidades (28 de noviembre y 8 de diciembre de 2004), pero de su narración de los hechos se advierte que lo habría sido sólo en la segunda oportunidad; que en otra declaración acota que sólo fue agredida sexualmente en diciembre; que la víctima declaró al médico legista que los hechos ocurrieron el 6 y 8 de diciembre de 2004; que al relatar los hechos en el examen psicológico describió circunstancias antes no mencionadas; y, que en el juicio oral sostuvo que la agresión sexual se produjo en dos oportunidades, en el lapso de tres días más o menos.

En verdad, a través de sus diferentes declaraciones la adolescente de catorce años repite la centralidad de la historia: la agresión, la identidad del agresor y el lugar del ataque. Aquí el relato es coincidente y lógico. No existe pues, como se pretende, un relato con adiciones que ponen al descubierto su construcción en el tiempo; menos aún, una variación de la historia al antojo de la víctima.

Siendo ello así, se configura la garantía en comento. Y es que, siguiendo a la jurisprudencia española⁸², es de precisar que la garantía de persistencia de la incriminación supone i) ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima, sin contradecirse ni desdecirse: se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones”; ii) concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades: es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar; y, iii) coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Claro está, la garantía de persistencia de la incriminación debe mirarse en relación con el hecho cierto que, producto de la afectación causada por el ataque sexual, las víctimas pueden no recordar finamente los hechos y confundirlos, lo que podría llevarlas a imprecisiones o a cambios en su versión. En todo caso, conviene precisar que la uniformidad de la declaración debe entenderse en la repetición de la centralidad de la historia, y considerando también que el transcurso del tiempo puede alterar el recuerdo de los detalles del evento criminal.

⁸² Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia de fecha 21 de octubre de 2009. Recurso de casación N° 2146/2008

Jurisprudencia peruana hacia un combate Frontal a la trata sexual

Tammy Quintanilla Zapata⁸³

El caso de trata sexual, visto por el Poder Judicial del Perú, con la sentencia de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, emitida el 30 de abril de 2009 sobre el Caso Penal N° 01094-2008, constituye un avance en la jurisprudencia peruana frente al delito de trata de personas. El presente artículo resume la sentencia del caso planteado, destacando los aspectos positivos de la sentencia y las buenas prácticas identificadas en el sistema de justicia. Luego, se dan a conocer otros recursos jurídicos posibles para actuar ante un caso similar en el Perú. Los aportes finales son las recomendaciones que se desprenden de las conclusiones a las que se arriba del análisis de la sentencia.

1. Sentencia del caso planteado

El caso planteado refiere a una adolescente de 13 años de edad en la ciudad de Tumbes (norte del Perú) que, en febrero de 2008, fue enviada por su madre a comprar un pañal. En el camino, se detuvo en una cabina de internet y, al salir de ahí, se encontró con el inculpado, quien era un conocido de ella y vecino de la zona. Ella le manifestó que tenía temor de llegar a su casa porque su mamá la iba a castigar debido a su demora por haberse entretenido con el internet. Él le sugirió que le dijera a su mamá que había ido a vender polos y le ofreció mostrarle unas blusas que él tenía en su casa, siendo la venta de ropa su actividad económica. Ahí, la animó para ir a vender polos a Chiclayo (Región Lambayeque), llevándola finalmente a la ciudad de Trujillo (Región La Libertad). En esta región, la condujo al Asentamiento Humano El Milagro, alojándose en un hostel, donde la obligó a tener relaciones sexuales con él y la maltrató. Luego, la llevó a un prostíbulo, explotándola sexualmente durante 3 días y cobrando por ella. El 02 de marzo de 2008, la adolescente le sustrajo el celular y escapó hasta la delegación policial de El Milagro, donde denunció los hechos. Llamó a su madre y ella pidió telefónicamente a la Policía que retuvieran a la adolescente hasta su llegada. La madre llegó al día siguiente (entre Tumbes y Trujillo, hay aproximadamente 8 horas de distancia por vía terrestre).

La investigación y atestado policiales dieron lugar a la denuncia penal interpuesta por el Ministerio Público, en el lugar de los hechos. Los delitos imputados al denunciado fueron el de violación sexual y el de trata de

⁸³ Abogada peruana, Candidata a Magister en Derecho con Mención en Derecho Constitucional y Diploma en Estudios de Género por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Integrante de CLADEM-Perú y Directora del Movimiento El Pozo.

personas con fines sexuales. La violación sexual, tipificada en el Código Penal, quedó demostrada con la declaración de la víctima, a la que fue otorgado el valor probatorio en cumplimiento de los requisitos del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 del Poder Judicial. La trata de personas fue concluida al darse los elementos establecidos por la Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes. El Juzgado Colegiado de Trujillo condenó al acusado a 30 años de pena privativa de libertad y a una reparación civil de 5 mil nuevos soles (equivalente a mil 800 dólares americanos, aproximadamente). La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Trujillo confirmó la sentencia, conforme a las normas vigentes, consideraciones, y análisis de los hechos y pruebas presentadas, el 30 de abril de 2009.

2. Contexto peruano sobre explotación sexual adolescente

Esta sentencia se da en un contexto donde, cada vez con mayor frecuencia, los medios de comunicación dan a conocer casos de explotación sexual adolescente en diferentes regiones de todo el Perú. Existe una proliferación de bares y prostíbulos con el ofrecimiento de servicios sexuales adolescentes. La ejecución de obras de construcción o de explotación de recursos con inversión pública y/o privada ofrece la idea de un progreso económico con supuestas oportunidades de trabajo para los/as jóvenes, incluyendo adolescentes. Esto motiva la emigración interna que, sin medidas de prevención de riesgos, coloca en situación de mayor vulnerabilidad a adolescentes y jóvenes. Y se genera un mercado de demanda de trabajo e ingresos económicos, que facilita la explotación tanto laboral como sexual.

La explotación sexual adolescente es una problemática transgresora de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución peruana de 1993. La carta magna declara abolida la trata; consagra el derecho a la integridad y seguridad personales, por lo cual nadie debe ser víctima de violencia ni trato degradante; y declara la obligación del Estado a la protección de la niñez y la adolescencia.

El Estado peruano ha suscrito los tratados internacionales pertinentes (se indica el año de entrada en vigencia), tales como la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (1979); la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer (1996); la Convención sobre los derechos del niño (1992); Convenio N° 182 de la OIT contra las formas perniciosas de trabajo infantil (1999); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2002); y el 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 (2004).

La normatividad interna más específica es la Ley N° 28950, Ley contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes (2007); Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (2008); Ley N° 28251, Ley modificatoria del Código Penal sobre delitos de explotación sexual infantil (2004); y Ley modificatoria del Código Penal sobre delitos contra la libertad sexual (2008).

Otras normas pertinentes son el Decreto Supremo N° 017-2001-PROMUDEH, Plan Nacional contra la Violencia hacia la mujer 2002-2007 (2001); Decreto Supremo N° 003-2002-PROMUDEH, Plan Nacional de Acción por la Infancia 2002-2010 (2002); Decreto Supremo N° 002-2004-IN, Crean el Grupo de Trabajo Multisectorial Permanente contra la Trata de Personas (2004); Decreto Supremo N° 007-2006-MIMDES, Aprueban la “Relación de Trabajos y Actividades Peligrosas o Nocivas para la Salud Física o Moral de las y los Adolescentes” (2006); Decreto Supremo N° 007-2008-IN, Reglamento de la Ley N° 28950 Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes (2008); Resolución Ministerial N° 129-2007-IN/0105, Aprueban Directiva “Procedimientos para el ingreso, registro y estadística del delito de trata de personas y afines (RETA)” (2007); y la Resolución Ministerial N° 141-2007/MINSA, Guía Técnica para la Atención Integral de las Personas Afectadas por la Violencia basada en Género (2009).

Además del Poder Judicial y el Ministerio Público, integrando el ámbito penal y el ámbito de familia (concerniente a niños, niñas y adolescentes), las entidades públicas con competencias específicas respecto a los delitos de trata de personas y los delitos de explotación sexual son la Policía Nacional, a través de la División contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes (DIVINTRAP) con el Sistema RETA, la División contra Delitos de Alta Tecnología (DIVINDAT), la Dirección de Familia, Participación y Seguridad Ciudadana (DIRFAPASEC), las Comisarías del país y la línea de ayuda telefónica 0800-2-3232 del Ministerio del Interior; en el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), se encuentran la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes, la Dirección Nacional de la Mujer, el Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual, el Instituto Nacional de Bienestar de la Infancia y la Familia (INABIF), y las Defensorías de Niñez y Adolescencia.

Desde 2004 hasta diciembre 2010, el Sistema RETA/PNP, Sistema de Registro y Estadística del delito de Trata de Personas y Afines de la Policía Nacional del Perú, ha registrado 339 casos con 598 personas investigadas y 838 agraviadas por el delito de trata de personas.

La investigación realizada por Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Movimiento El Pozo (organización no gubernamental peruana), en 2004, identificó 80 casos en 8 ciudades del país, donde el 40% de casos involucraba a víctimas adolescentes y el 80% de casos eran de trata interna, afectando a un total aproximado de mil víctimas de trata sexual.

3. Buenas prácticas identificadas de acceso a la justicia

El caso planteado presenta buenas prácticas de acceso a la justicia, desde diferentes operadores de la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial. Las acciones acertadas de las dos primeras entidades de justicia brindan los elementos necesarios para que las soluciones judiciales lleguen a buen término y se resuelva con equidad y justicia.

La primera buena práctica de acceso a la justicia, que ha sido identificada, es la acción inmediata y diligente de la Policía de Trujillo, concretamente la Comisaría de El Milagro. Esto consiste en el asentamiento de la denuncia que realiza la adolescente de 13 años y la protección que se le proporciona, al permanecer en la delegación policial hasta que la madre acuda, luego de haberse comunicado con ella telefónicamente. Cabe señalar que la adolescente proporciona los datos pertinentes para la investigación policial, la cual se realiza oportunamente. Aquí, se cumplen las dos funciones principales de la Policía, investigar el delito y proteger a las personas.

La segunda buena práctica de acceso a la justicia, que puede notarse, es la realización de las pericias y asunción del caso por parte del Ministerio Público. En su función tutelar, protege a la agraviada, por ser una adolescente; y en su función penal, dispone las diligencias pertinentes a fin de obtener las pruebas del delito. Estas pruebas vienen a ser el certificado médico legal ginecológico, la pericia psiquiátrica, la declaración preventiva y la declaración inductiva, entre otras. Y, lo principal, es la denuncia penal interpuesta ante el Juez. Aquí, han actuado con celeridad procesal la Fiscalía Penal, la Fiscalía de Familia y el Instituto de Medicina Legal.

La tercera buena práctica se da por parte del Poder Judicial al aplicar la Jurisprudencia y los Acuerdos Plenarios en la materia. Se han examinado los argumentos de las partes, desglosando los alegatos del inculpado y de la agraviada. Se ha hecho un análisis objetivo de las pruebas ofrecidas en el proceso judicial, conforme a la denuncia penal interpuesta por el Ministerio Público. Se ha impuesto la sanción más alta, ascendente a 30 años de pena privativa de libertad. Y se ha incluido la reparación civil por 5 mil nuevos soles. El artículo 394° del Nuevo Código Procesal Penal incluye, entre los requisitos de la sentencia, a *“las pretensiones civiles introducidas en el*

juicio". A continuación, se detallan con mayor detenimiento los aspectos positivos de la labor cumplida por el Poder Judicial en la sentencia.

4. Una solución jurisprudencial destacada

Es necesario remarcar que el caso planteado corresponde a una adolescente víctima del inculpado por dos delitos concurrentes, la violación sexual y la trata de personas. Entre los delitos contra la libertad sexual, se encuentra la violación sexual, mientras que la trata de personas, especialmente de naturaleza sexual, es un delito enmarcado entre los delitos de proxenetismo. Los "Delitos contra la Libertad Sexual" y "Proxenetismo" son los Capítulos IX y X, respectivamente, del Título "Delitos contra la Libertad" en el Código Penal peruano de 1991. Con relación al delito de trata de personas, la Ley N° 28950 modificó el referido cuerpo legal, sancionando la trata de personas en sus diferentes formas, además de la que tiene fines sexuales.

La sentencia contiene el análisis de los requisitos establecidos por el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 del 30 de setiembre de 2005 que otorgan valor probatorio a la declaración de la agraviada para desvirtuar la presunción de inocencia del inculpado. Esto sucede ante la carencia de otras pruebas, carencia que suele darse en los delitos sexuales, debido a su clandestinidad. En el proceso judicial, se han cumplido los requisitos de "Ausencia de incredibilidad subjetiva", "Verosimilitud" y "Persistencia en la incriminación", señalados en el Acuerdo Plenario citado. La agraviada no mostró animadversión contra el imputado que impidieran la credibilidad de los hechos denunciados, consistentes en haber sido obligada, por el denunciado, a tener relaciones sexuales con él y con clientes de un prostíbulo, después de haber sido convencida para viajar, por medio del engaño sobre la participación de ella en un negocio, en vez de exponerse al castigo de su madre por llegar tarde. Así mismo, se estableció la veracidad de las declaraciones de la agraviada en la inmediatez habida entre los hechos ocurridos y la denuncia, así como la revelación de detalles y datos que ayudaron a la investigación. Por último, la agraviada fue persistente en su versión, desde el principio, mientras que el inculpado varió sus declaraciones, mencionando, primero, que la conocía desde hacía 4 años atrás; y, después, diciendo en el Juicio Oral, que la había conocido poco tiempo antes de estar en el prostíbulo.

Respecto al delito de violación sexual, se cumplieron los elementos penales al haber relaciones sexuales del inculpado con la víctima, quien a la fecha de lo ocurrido, tenía 13 años de edad. Por ello, corresponde la sanción dada por el artículo 173° inciso 2 del Código Penal, por lo cual es delito la relación sexual con una adolescente, independientemente de su consentimiento. Se practicó el reconocimiento médico legal a la adolescente, indicios del uso de

la violencia por las lesiones traumáticas de origen contuso en el cuerpo. El inculpado admitió las relaciones sexuales con la víctima.

En la apelación de la sentencia, el imputado alegó que desconocía la verdadera edad de la víctima, “error de tipo”, intentando ampararse en la calificación de un delito menor, denominado Seducción, artículo 175°; este delito indica que media el engaño en las relaciones sexuales con un/a adolescente; y la Judicatura peruana interpreta que el engaño establecido por la norma se refiere a que un inculpado esté “engañado” sobre la edad de un/a agraviado/a, al momento del acto sexual; este supuesto engaño, que refirió el inculpado del caso planteado, fue desvirtuado por la consideración de sus versiones anteriores, en las que admitía conocer a la agraviada desde 4 años atrás, por ser del mismo vecindario. Cabe señalar que, para la Jurisprudencia peruana, el delito de seducción y el delito de usuario cliente - referido a víctimas con edad entre los 14 y 17 años, lo cual no alude a la víctima del caso planteado - no han sido derogados por el artículo 173° inciso 3 del Código Penal, ni expresa ni tácitamente, porque contempla dos tipos penales propios, cuyos elementos objetivos – normativos y subjetivos son diferentes a cada uno de los tipos penales a que se refieren el artículo 179° A y el 175° y el 173° inciso 3 del Código Penal. Para que se dé la derogatoria expresa, la Ley N° 28251, de 2004, tenía que haberlo expresado así. Y en el caso de la derogatoria ficta, debería haber coincidencia plena de los dos tipos penales en comento, lo que no ocurre en el presente caso, por cuanto se ha introducido un elemento normativo distinto referido a la “prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza” en el tipo penal del art. 179° A del Código Penal. Y para que se configure el art 175° sobre seducción debe mediar engaño.⁸⁴

Más que el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, otorgando valor probatorio a la declaración de la agraviada, es determinante la aplicación de la jurisprudencia de la Ejecutoria Suprema del 16 de junio de 2004, R.N. N° 547-2004-CUSCO, que establece que “...no debe existir un intervalo de tiempo considerable y pronunciado entre el último hecho comisivo del delito y la fecha de la denuncia.” La adolescente denunció en la fecha que escapó de su victimario, 3 días después de haber sido captada y sometida a violación y explotación sexual, desde la primera vez, hasta el momento de la huída.

Con relación al delito de trata de personas, se han verificado los elementos contemplados en la Ley N° 28950. El primero es el contacto entre la víctima y el victimario, el cual ha consistido en la captación y el traslado. El segundo es el medio empleado para que la persona sea una víctima, y este medio ha

⁸⁴ Conclusiones 18 y 19 del Pleno Jurisdiccional Regional sobre explotación sexual y comercial de los niños, niñas y adolescentes, de Lima, agosto 2007.

sido el engaño consistente en el propósito del viaje, sobre el cual el inculpado dijo a la agraviada que irían a vender polos, sin haber sido cierto. El tercer elemento es la finalidad de explotación del imputado hacia la víctima, que efectivamente fue la explotación sexual, al someterla al meretricio. Para la ley peruana, es irrelevante el consentimiento prestado por la víctima, ya que igual forma es penalmente responsable el comitente del delito de trata de personas.

En las respuestas fácticas de las autoridades peruanas, hay buenas prácticas de acceso a la justicia. En correlato, se ha cumplido con el artículo 95° literal c) del Nuevo Código Procesal Penal establece que es derecho del agraviado *“recibir un trato digno respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.”*

Al mismo tiempo, algunas ausencias identificadas por el presente artículo, que constituyen consideraciones a aplicar para un mejor sistema de justicia. De ser posible la aplicación de ambos aspectos juntos, la jurisprudencia actual constituiría un avance superior al obtenido.

5. Consideraciones a aplicar para un mejor sistema de justicia

La Policía requiere contar siempre con una institución de apoyo donde albergar a la víctima, mientras la madre, el padre o tutor/a legal tome el tiempo necesario para venir a buscarla. Esta limitación es evidente para la labor de la Policía, en la presentación de los casos de trata; peor aún, casos de explotación sexual adolescente. La Policía tiene la facultad para realizar intervenciones, sin avisar, a los locales de entretenimiento sexual, pudiendo encontrar adolescentes y rescatarlas. Sin embargo, esta acción se ve limitada por el hecho de no haber un lugar cercano donde ponerlas a buen resguardo, hasta que se les pueda trasladar a un hogar temporal, CAR⁸⁵, o se apersonen sus padres. En el caso planteado, la adolescente es “retenida” en la Comisaría hasta el día siguiente, cuando la madre llega desde Tumbes hasta La Libertad. Nótese que la Policía no está provista, por el Estado peruano, de los recursos necesarios para que la adolescente pueda ser acogida debidamente. Amerita tomar en cuenta que, muchas veces, la Policía actúa con recursos propios de la institución y de los efectivos policiales para acoger a las adolescentes víctimas, brindándoles espacio para su descanso y alimentación.⁸⁶

⁸⁵ CAR, Centro de Asistencia Residencial del INABIF, Instituto Nacional de Bienestar de la Infancia y la Familia, adscrito al MIMDES, Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

⁸⁶ Estos casos de acogida policial a las víctimas de trata han sido vistos por el Movimiento El Pozo y por la División contra la Trata de Personas DVINTRAP de la Policía Nacional del Perú, respecto de algunas Comisarías en Tacna, Trujillo y Madre de Dios, en el año 2008; y por la Dirección de Familia, Participación y Seguridad Ciudadana, DIRFAPASEC de la Policía Nacional del Perú, en Lima, en 2009.

El Código del Niño y Adolescente reconoce el derecho a la atención integral para niños, niñas y adolescentes víctimas de las diferentes formas de violencia y/o abandono. Y el MIMDES es el Ente rector del sistema nacional de protección; pero, en el país, existen 37 CAR con capacidad para decenas, cada uno, respecto a problemas de diversa índole, no sólo trata de personas.⁸⁷ Actualmente, los gobiernos regionales y locales tienen la obligación de contar con planes de acción a favor de la infancia y planes de acción de igualdad de oportunidades; y cuentan con recursos económicos a emplearse en la habilitación de servicios para la población en situación de vulnerabilidad.

En su función tutelar, el Estado tendría que haber denunciado a los otros responsables de los delitos cometidos contra la víctima del caso planteado. Estas conductas delictuosas son las realizadas por los empleados y administradores del hostel donde se alojaron el inculpado y la agraviada, así como los administradores y clientes del prostíbulo, por el delito de violación sexual (Art. 173° inciso 2 del Código Penal). Los administradores del prostíbulo, además, tendrían que haber sido denunciados por el delito de favorecimiento de la prostitución con el agravante de que la víctima era menor de 18 años (Art. 179° inciso 1 del Código Penal) y por el delito de trata de personas (Ley N° 28950).

Debe haber una inspección de las empresas de transporte que trasladaron al condenado y la agraviada, y más empresas interprovinciales, verificando el cumplimiento de la directiva emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) conforme a lo ordenado por la Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas, de enero 2007. Los hechos del caso planteado sucedieron entre febrero y marzo de 2008. Más tarde, el MTC dispuso que las empresas de transporte soliciten el documento nacional de identidad al/ la pasajero/a adulto/a y del/la niño/a o adolescente que le acompañe, confirmando la relación de paternidad o maternidad o el permiso de uno de los dos padres para viajar con tal adulta/o, que no tenga esta relación. Si un/ a niño/a o adolescente viaja a solas, la empresa de transporte debe registrar la documentación pertinente que se le presente.

El Ministerio Público tiene mayores facultades de conducción del proceso con la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal. En el caso planteado, ha puesto en marcha a la Fiscalía Penal, la Fiscalía de Familia y el Instituto de Medicina Legal. Cuenta también con la UDAVIT, Unidad de Atención a Víctimas y Testigos, que debiera tener asignados mayores recursos para proteger a las víctimas y sus familias, ya que la adolescente y su madre podrían recibir amenazas o nuevos daños después de la denuncia, durante el proceso y a partir de la sentencia, no sólo por parte del condenado sino por sus familiares,

⁸⁷ Información proporcionada por la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes del MIMDES, en noviembre de 2010, accesible en la página web.

más aún cuando las partes han sido del mismo vecindario. Otro aspecto a tomar en cuenta es que la adolescente víctima debería contar con una supervisión que elimine o disminuya la situación de riesgo para ella, considerando que ha sido sexualmente explotada. Según el Artículo 247°, inciso 2, “...para que sean de aplicación las medidas de protección será necesario que el Fiscal durante la investigación preparatoria o el Juez aprecie racionalmente un peligro grave para la persona...” La Fiscalía tiene la potestad de plantear al Juez que sus resoluciones judiciales ordenen medidas de protección para la víctima, más allá del proceso judicial, implicando a otras instituciones que prestan servicios, afirmando el acceso a la justicia.

El Poder Judicial resuelve conforme a lo actuado por la Fiscalía con la investigación penal e investigación policial. Esto significa que el alcance de sus decisiones, a favor de la víctima, depende de la calidad del trabajo realizado por el Ministerio Público y la Policía Nacional. Si bien, en el caso planteado, el Juzgado y la Corte Superior han aplicado su jurisprudencia y acuerdos plenarios, contando con el atestado policial, el dictamen fiscal y alegatos, la sentencia ha podido ser más enriquecida.

Una de las funciones primordiales del proceso penal es la protección de la víctima y aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito. Existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. El fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal; el resultado dañoso y el resultado sobre el que recae la lesión son distintos. El daño civil lo constituyen los efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Los daños no patrimoniales se circunscriben a la lesión de derecho o legítimos intereses existenciales de la persona natural o la persona jurídica, son bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno. Los delitos de peligro, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.⁸⁸

El Art. 101° del CP prescribe que las disposiciones del Capítulo I del Título VI y la reparación civil se rigen supletoriamente por el Código Civil. La sentencia no debiera limitarse a fijar una suma determinada para la reparación civil, sino que debiera contemplar una serie de acciones a realizar para la recuperación de la víctima, requiriendo los servicios y recursos necesarios que pueden ser proporcionados por el Estado. Sin medidas de recuperación, es incompleto el acceso a la justicia.

⁸⁸ Acuerdo Plenario N° 6-2006 sobre Reparación civil y delitos de peligro.

La reparación implica el desarrollo de un proceso de recuperación, que comprende los aspectos concernientes a la salud, la educación, el trabajo y la familia. El tribunal está en la posibilidad de establecer medidas de protección que eviten que la víctima vuelva a ser sujeto pasivo de los delitos sancionados. Aún cuando es una adolescente que tuvo la decisión y valentía de escapar, continúa en estado de vulnerabilidad por la experiencia vivida. Tiene a favor el haber contado con soportes emocionales que motivaron su huida para pedir ayuda a las autoridades. Son fortalezas basadas en el afecto materno, por el cual ella supo que podía recurrir a su madre, a través de la Policía, dejando de lado el temor inicial a su enojo, ya que comprendió que lo sufrido había sido un hecho grave de mayor magnitud. El artículo 252° del Nuevo Código Procesal Penal indica que *“el Poder Ejecutivo, previo informe de la Fiscalía de la Nación y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reglamentará los alcances del Programa de Protección para agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia.”*

El derecho a la salud es el aspecto determinante en la recuperación. Entre las medidas de protección y la reparación civil, el Tribunal debiera ordenar el tratamiento terapéutico por parte de los servicios públicos de salud, que abarque la salud integral, priorizando la salud mental de la adolescente. La reparación civil debe ser utilizada en proporción a este tratamiento; de no ser posible, el Estado debe proporcionar este servicio, sin costo para la víctima. El trabajo atención en Psicología o Psiquiatría para asistir a la persona afectada puede irrogar años de labor profesional hasta su recuperación. La atención psicológica debe ser dirigida de manera individual y también a la familia, ya que la familia constituye el medio más importante en el que se desenvuelve la persona que sobrevive a la experiencia de explotación y cosificación.

El derecho a la educación es prioritario para que el acceso al desarrollo humano dé lugar a que la persona pase de ser víctima a ser sobreviviente. Si es una adolescente, la trata puede haber interrumpido sus estudios escolares. Una vez que se reinserta en sus estudios, requiere una tutela eficaz por parte de sus educadores. Por ello, las medidas de protección deben implicar que el sector educación garantice el apoyo en sus estudios, en coordinación con el sector salud, para que los efectos post-traumáticos de haber sido una víctima de delitos sexuales no impidan su acceso y permanencia en la educación. La educación corresponde a diferentes niveles, según la edad, salud emocional y grado de instrucción de la víctima de trata de personas. Es importante considerar que la persona misma, a través de su cuerpo y sexualidad, ha sido utilizada para generar ingresos. Por tanto, requiere capacitación para el trabajo, aprendizaje de un oficio o cultivo de una ocupación para sobrevivir económicamente. La reparación civil de la sentencia debiera incluir la capacitación para el trabajo y/o una beca de estudios.

En la sentencia del caso planteado, se lee que la adolescente había sido mandada a comprar un pañal y que no regresó a su casa por temor al castigo de su madre debido a la tardanza, aceptando a viajar con el inculpado luego de ver las prendas de vestir, polos (camisetas), como mercadería a vender. Es notorio que la adolescente se anima a participar en el negocio de los polos porque presume que va a obtener ingresos económicos que, probablemente, aliviarían algunas necesidades de su familia, y conseguiría que su madre olvide el enojo por su regreso tardío o posterior a su hogar. Esta actitud de asumirse como posible generadora de ingresos para sí o su familia, con 13 años de edad y sin conocimientos sobre los requisitos legales que deben cumplirse para que ella trabaje, deviene en la situación de riesgo en que permanecería la adolescente del caso planteado, incluso, luego de la sentencia. Esta situación de riesgo es una lamentable realidad en la que se encuentran muchos/as adolescentes en el Perú, ya que existe una cultura facilitadora para creer en los ofrecimientos de empleo para adolescentes y jóvenes, fuera del entorno familiar, que no garantizan el respeto a sus derechos. A la adolescente del caso planteado, se suma la gravedad de haber sido explotada sexualmente en un prostíbulo, por lo cual podría ser reconocida o señalada por alguien de su entorno, que conozca estos hechos, o por algún cliente de ese prostíbulo.

Otra medida de protección para la víctima que, además contribuye a su recuperación, es la rehabilitación del sentenciado, implicando también el tratamiento de su salud mental. Ello garantiza que la víctima no esté expuesta a represalias por parte del condenado o su familia, proporcionándole tranquilidad. Cuando el victimario es un adolescente, lo cual suele suceder en los delitos sexuales contra adolescentes, la sentencia incluye medidas socio-educativas.

Es importante mencionar que una sentencia también sirve de prevención por el hecho de generar precedente y tener efecto disuasivo, al ser difundida y conocida por otros responsables de estos delitos o por potenciales delinquentes.

6. Aportes basados en conclusiones finales

Aquí, se señalan aportes a modo de recomendaciones basadas en las conclusiones finales que se desprenden de la revisión y análisis en la sentencia del caso planteado:

La sentencia del caso planteado es un ejemplo del Poder Judicial en la aplicación de acuerdos plenarios, jurisprudencia y análisis de los elementos a contemplar en la toma de decisiones para brindar una solución justa a los delitos cometidos de violación sexual y trata de personas. Su mayor alcance

está en el otorgamiento del valor probatorio a la declaración de la víctima, en cumplimiento de los requisitos establecidos por un acuerdo plenario, que debiera ser más difundido en el ámbito nacional e internacional.

Los contenidos de la sentencia pudieron tener mejor performance con la prioridad de la reparación civil, incorporando medidas de protección y de recuperación para la víctima. La protección posterior al proceso judicial es urgente porque la adolescente puede continuar en riesgo, debido a represalias o encuentros con otros responsables de los delitos cometidos, que no fueron denunciados. La recuperación implica el acceso a los servicios de salud integral, así como la educación y capacitación para el trabajo, debido a la edad de la adolescente y a la naturaleza económica de los delitos de explotación sexual. La superación de los hechos sufridos requiere una mayor atención en el modo de sobrevivencia económica con un plan de vida y metas trazadas.

El delito de trata de personas en la modalidad de explotación sexual adolescente implica la participación de varios sujetos activos de este y otros delitos concurrentes. El sistema de justicia debiera denunciar, procesar y sancionar a toda persona penalmente responsable por lo sucedido, que ha intervenido en los diferentes momentos en que la adolescente fue victimizada. Esto incluye a los que han incurrido en los delitos de proxenetismo y/o trata de personas, a cargo del prostíbulo donde fue explotada la adolescente, y a los usuarios - clientes que ahí acudieron para tener acceso carnal con dicha adolescente, incurriendo en violación sexual, debido a su edad de 13 años. El concurso de delitos abarca a más personas y más actos delictivos, de los cuales ha sido agraviada dicha adolescente.

Amerita mayor rigor e inversión en recursos institucionales para rescatar a las víctimas de trata sexual en el país. La adolescente del caso planteado fue quien, por sí misma, puso fin a su propia situación de vulneración con una serie de pasos dados en el siguiente orden: La decisión de escapar, el logro de haber escapado, la decisión de acudir a una delegación policial, el logro de haber llegado a la Comisaría, la decisión de denunciar y el logro de haber sido atendida en su denuncia. No todas las víctimas de trata tienen la posibilidad de dar estos seis pasos. Por ello, urge emplear mayores esfuerzos para generar cambios en la vida de estas víctimas.

Lima, febrero de 2011

Bibliografía

Poder Judicial del Perú. Página web del Poder Judicial del Perú, Corte Suprema, www.pj.gob.pe. Histórico de Acuerdos Plenarios, Ejecutorias Supremas y Conclusiones de Plenos Jurisdiccionales, entre otros. Lima, 2011.

Policía Nacional del Perú. Página web de la Policía Nacional del Perú. www.pnp.gob.pe. Lima, 2011.

Movimiento El Pozo. “El reino del oro: comercio sexual en Madre de Dios.” En Abordajes, Revista sobre comercio sexual y derechos humanos N° 1 – Año 1 del Movimiento El Pozo. Páginas 5 a 7. Lima, junio 2009.

Quintanilla Zapata, Tammy. “La amazonía contra la explotación sexual adolescente”. En Abordajes, Revista sobre comercio sexual y derechos humanos N° 1 – Año 1 del Movimiento El Pozo. Páginas 15 a 17. Lima, junio 2009.

Quintanilla Zapata, Tammy. “¡Basta de adolescentes en prosti-bares!” En “Encuentros”, Boletín de OIT-IPEC, Informativo especializado en trabajo infantil y otras formas de explotación. Año VIII N° 10 Junio – Agosto 2009. Lima, junio 2009

Movimiento El Pozo y CEDISA. “Compendio de normas nacionales e internacionales sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas, adolescentes y de la mujer”. 157 páginas. Lima, setiembre 2008

Movimiento El Pozo y CEDISA. “Juntos contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”. 113 páginas. Lima, junio 2009.

CHS – Capital Humano Social Alternativo. Manual de usuario del módulo Registro de denuncias del Sistema de Registro y Estadística del delito de Trata de personas y Afines (RETA). Lima, 2007

Movimiento El Pozo y OIM. “Trata de mujeres para fines sexuales comerciales en el Perú.” OIM. 166 páginas. Lima, febrero 2005.

Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán. “Diagnóstico sobre trata de mujeres, niñas y niños en ocho ciudades del Perú”. 77 páginas. Lima, diciembre 2004.

PARTE II
ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

Los estereotipos y prejuicios machistas ante la violación sexual: Puerta a la impunidad y a la tolerancia social

Por Carla De la Quintana Milla-Periodista

Un proceso donde el presunto agresor es exculpado debido a la falta de “coherencia, solidez, uniformidad y congruencia” entre las declaraciones de la víctima –una menor de edad–, da cuenta de procedimientos penales revictimizantes y la mirada sexista que suelen influenciar las sentencias judiciales. Pero también del filtro machista de las informaciones periodísticas sobre violación sexual contra las mujeres.

La menor de edad signada con la clave 787 en el proceso de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, es una de las miles de mujeres víctimas de violencia sexual entre los 0 y 18 años que existen en el Perú⁸⁹. Su presunto agresor fue exculpado porque, entre otros medios probatorios, las tres declaraciones solicitadas a la víctima fueron diferentes, aunque la de acuerdo a la pericia psicológica la menor de edad sufría de estrés postraumático al momento de rendir su testimonio. En contraposición, se tuvo mayor consideración el diagnóstico médico de disfunción eréctil del sujeto⁹⁰.

Respecto a la investigación y sanción de hechos de este tipo, al 2011, existen en las cárceles peruanas 4 944 internos en los penales del Perú por el delito contra el honor sexual. Solo en el 2009, 889 fueron acusados de abusar sexualmente de menores de edad. El 19 % ya recibió sentencia⁹¹. El resto de casos sigue en los juzgados. Y seguramente muchos de los imputados serán absueltos.

Uno de los mayores problemas que enfrenta el Poder Judicial al toparse con un caso de violencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes es la falta de pruebas y evidencias para condenar al procesado, carencia que acarrea la impunidad⁹². Se debe agregar a este factor que, por ejemplo, el testimonio de las víctimas no es considerado suficiente para crear

⁸⁹ Solo entre 2009 y 2010, aproximadamente 11 mil menores de edad fueron víctimas de violencia sexual según el registro del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, de los cuales 7.292 fueron niñas y 3.670 varones, es decir cerca al 70% de las víctimas fueron del sexo femenino. Agencia de Noticias Andina. *Cerca de 11 mil menores sufrieron agresión sexual en los dos últimos años*. Nota informativa publicada el 21 de febrero del 2011. Ver: <http://www.andina.com.pe/espanol/Noticia.aspx?id=Q94FW5DMUQk>. Por otro lado, en relación al abuso sexual a mujeres de todas las edades, la Policía Nacional del Perú reportó la incidencia de 6932 casos de un total de 7560.

⁹⁰ R.N. N° 5300-2008. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú. 13 de mayo del 2009. Ver: <http://www.advserver.com/a2index.cfm?fuseaction=FILTERAR&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&ftrselect0008=35&ftrselect0006=6>

⁹¹ Diario El Comercio. Nota informativa *Fuerte incremento: hubo 33 mil420 víctimas de abuso sexual en el 2010*. Publicada el 22 de mayo del 2011. Ver: <http://elcomercio.pe/lima/761372/noticia-fuerte-incremento-hubo-33-mil-420-casos-abuso-sexual-2010>

⁹² Declaraciones de la abogada Elvira Álvarez. Diario La Primera. *La peor de las violencias*. Informe especial publicado en setiembre del 2009. Ver: http://www.diariolaprimeraperu.com/online/informe-especial/la-peor-de-las-violencias_46340.html

convencimiento a las y los operadores de justicia; pese a que puedan existir indicios que los corroboren.

Además, en procesos por violencia sexual contra menores de edad, según el Acuerdo Plenario Núm-2-2005/CJ-116, el testimonio de la víctima es válido cuando presenta condiciones como: “coherencia, solidez, uniformidad y congruencia”⁹³.

Sin embargo, por otro lado, no se le da el suficiente peso probatorio a la pericia psicológica o psiquiátrica, aunque las normas procesales señalan su importancia para demostrar las características del agresor y el impacto sufrido por las víctimas y contrariamente, se le sigue otorgando gran validez a la constatación física de la violencia sexual –sobre la base de estereotipos– y que además puede proporcionar mayores alcances sobre el pasado sexual de la víctima que sobre la denuncia, elementos que no deberían ser tomados en cuenta para los procesos. Esta práctica deja de lado las otras pruebas e indicios, y puede ser valiosa en el caso de las víctimas “vírgenes”, menores de edad o sin experiencia⁹⁴.

La experiencia de la violación sexual genera en las víctimas sentimientos de vergüenza, temor y desconfianza que propicia sentimientos de culpa reforzados socialmente y miedo ante las reacciones de sus familiares y de los agresores, a lo que se suma la inseguridad frente al sistema de justicia, que no da valor a estos casos y mantiene un contexto de impunidad⁹⁵.

Asimismo, de parte del sistema de justicia se presentan obstáculos⁹⁶, que agravan la situación de las víctimas relacionados con a) Deficiencias en la asesoría legal, un mínimo de estos casos termina con sentencia y menos aún si se trata de sentencia condenatoria. Lo que puede suceder porque cuentan con abogado brindado por el Estado, quien no conoce el expediente debido a su carga laboral, o porque no tienen recursos para contratar un asesor legal. b) Actuación policial deficiente, pues se sigue atendiendo sin brindar un espacio privado, además, en las manifestaciones ante las instancias policiales, se suele interrogar acerca del pasado sexual de la víctima, su imagen y su conducta, culpando a la agraviada por lo ocurrido, en base a estereotipos machistas y finalmente c) Tiempos procesales excesivos, una característica en común con procesos sobre violencia contra las mujeres en ámbito familiar.

⁹³ La versión de la víctima puede ser corroborada por circunstancias de lugar y tiempo y debe mantener su versión durante todo el proceso de manera uniforme. Con ello se busca probar que no existe un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés u otro que pueda restar credibilidad a la versión del/a agraviado/a.

⁹⁴ Portal, Diana. *Acceso a Justicia a mujeres víctimas de violencia sexual en el Perú. En tiempo de paz y guerra, la historia se repite*. En: Para una Justicia Diferente III: Violencia Sexual en conflictos armados. DEMUS.Lima. 2010. p. 73 y ss

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ *Ibidem*.

Como apunta Ronald Gamarra⁹⁷, “la complejidad del problema de la violencia contra las mujeres y, en específico, de la violación sexual contra los menores de edad, exige un mayor esfuerzo de la comunidad para demandar al Estado la promoción de los derechos de las mujeres y el otorgamiento de una debida protección para evitar la agresión. Y de producirse ésta, contar con el concurso de fiscales y jueces capacitados y con perspectiva de género, que formen parte de un sistema especializado de justicia y que su actuación atienda a la necesidad de los derechos de las víctimas”.

Estereotipos y prejuicios machistas sobre la violación sexual

El machismo se convierte en factor de riesgo ante el abuso sexual porque los comportamientos machistas y agresivos están en función de usar y ocupar el cuerpo de las mujeres en cualquier momento. Es decir, los hombres pueden decidir cuándo, con quién y dónde tener relaciones sexuales con las mujeres. Pero el sistema funciona más allá cuando hombres abusan y violan a niñas, niños y adolescentes. El sistema machista permite a los hombres realizar crímenes sexuales y hasta les otorga la libertad cuando se desarrollan procesos judiciales⁹⁸.

Marian Meyers y Diana Russel sostienen que la violación no es sexo sino un acto de dominio, poder, humillación, que nunca debe presentarse como un acto sexual. El violador, más que perseguir el placer sexual, busca satisfacer con sus actos otras necesidades de dominio, de competitividad, de masculinidad y de poder. También Rojas Marcos apunta que “la violación, por su naturaleza, está diseñada para traumatizar física, psíquica y moralmente a la víctima. El objetivo principal del violador –sea consciente o inconsciente- es aterrorizar, dominar, humillar y torturar”. Además, la edad, posición o prestigio social del agresor suele darle un halo de defensa ante el entorno.

Hemos visto que históricamente se ha tendido a responsabilizar a la mujer por las agresiones que sufre a manos del hombre, en el caso de la violencia sexual esto se ha visto agravado, pues el concepto del honor y la sobrevaloración histórica de la virginidad han conllevado durante mucho tiempo al desprecio y la marginación social de la víctima, incluso por parte de su propia familia o pareja⁹⁹. Este mito está muy arraigado en el imaginario social y suele filtrarse en las referencias o valoraciones –públicas o privadas–

⁹⁷ Gamarra, Ronald. *Violación sexual a menores de edad: Entre la infamia y la impunidad*. Artículo inédito.

⁹⁸ Jiménez Vásquez, Johnny. *Cuando el MACHISMO se convierte en factor de riesgo ante el Abuso Sexual*. Artículo publicado por El Nuevo Diario de Nicaragua el 26 de abril del 2009.

⁹⁹ Vallejo Rubinstein, Claudia. *Representación de la violencia contra las mujeres en la prensa española (El País/ El Mundo) desde una perspectiva crítica de género*. Un análisis crítico del discurso androcéntrico de los medios. Universidad (xxx)2005. pp. 65 y ss.

La violencia sexual en el Observatorio de Medios

La emisión del fallo es anterior a la ejecución del Observatorio Las Mujeres en los Medios¹⁰⁰, es impulsado desde agosto del 2009 por la Articulación Regional Feminista en seis países de Sudamérica.

La sentencia de la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema no tuvo mayor repercusión en los medios de comunicación, pese a que el hecho, así como el desarrollo y conclusión del proceso constituyen elementos sólidos de valor noticioso, para un análisis que informe y oriente a la opinión pública sobre las dimensiones de la violencia sexual contra mujeres y niñas en el Perú y sobre las dificultades que existen – sobre todo estructurales– para la investigación y sanción de los hechos, con la posterior sanción al abusador y reparación a las víctimas, es decir, sobre el ejercicio del derecho de las mujeres a vivir sin violencia y el cumplimiento o no de la debida diligencia del Estado.

Sin embargo, el ingreso de informaciones sobre violencia sexual, en su mayoría bajo la modalidad de violación sexual es frecuente en el observatorio de medios. Entre agosto del 2009 –inicio del monitoreo– y diciembre del 2010 se incluyeron 286 casos sobre hechos de violencia sexual contra mujeres, en el 60 por ciento de este universo, las víctimas fueron menores de edad.

En cuanto al tratamiento periodístico de las informaciones, el abordaje es, en su mayoría, descriptivo (80% del total), es decir, sin análisis o valoración de los sucesos y por lo tanto, su difusión se produce a través de informaciones o notas breves de las secciones de locales o actualidad de los medios impresos a los que se hace seguimiento. Esta exposición como hecho aislado y no como parte de un contexto de desprotección a los menores de edad y de tolerancia a los patrones culturales machistas, no permite la comprensión de la violación sexual como expresión de la violencia machista, ni la vigilancia social para que estos hechos no queden impunes.

El abordaje más continuo y en ocasiones más profundo, a través de géneros como la crónica, el informe especial o el reportaje, se realiza en fechas relacionadas con la prevención del abuso infantil (19 de junio para el Perú) donde se suele consultar a instituciones públicas u organizaciones civiles involucradas –individual o colectivamente– con la atención y prevención del problema; pero también cuando los hechos han tenido como característica la crueldad, el ensañamiento o revelan que el perpetrador puede poseer

¹⁰⁰ El Observatorio Regional Las Mujeres en los Medios de la Articulación Regional Feminista es una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa de Argentina, Chile, Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia le dan, entre otros temas, a la violencia contra las mujeres. En el caso del Perú, se monitorean 7 medios de cobertura nacional: Ojo, Perú 21, La República, el suplemento Domingo de La República, La Primera, Caretas y Trome. Ver: <http://www.observatorioregionaldemedios.org/>

trastornos de personalidad clínicos (violadores en serie) o la impunidad en la que se mantienen por irregularidades en el sistema judicial.

Los elementos mencionados motivan a los medios a seguir los casos y a informarlos desde todas sus aristas, desde la captura hasta la conclusión de los procesos judiciales; no exentos claro de dosis de sensacionalismo, con énfasis en los aspectos más llamativos del suceso –aunque no los más importantes– ni la exposición de argumentos, frases hechas o expresiones que refuerzan los prejuicios y estereotipos machistas que responsabilizan a la víctima, minimizan el daño y justifican al abusador, sobre todo en los titulares o en el primer párrafo o lid de las informaciones, que con frecuencia se presentan en la llamada prensa popular o de 50 céntimos.

Aunque estas expresiones no se utilizan con frecuencia en las informaciones donde las afectadas son menores de edad, si suele recurrirse a éstas, si es mayor de edad, así como la presentación de mayores datos sobre detalles de los antecedentes o del ambiente donde ocurrió el hecho.

Al respecto, existe una visión escindida en los medios y en general de la sociedad, sobre la violencia contra las mujeres, a lo largo de su ciclo vital, y se suele tratar a los maltratos a esta población, a partir de la mayoría de edad, bajo el genérico de violencia contra las mujeres y con éste se excluye a quienes sufren estas vejaciones y se encuentran entre los 0 y 18 años. Asimismo, si para las diferentes formas de violencia, en particular, el abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, existe consenso social sobre la total culpabilidad del agresor, éste no se hace presente cuando la violencia es contra una mujer adulta.

No hay uniformidad en relación a la exposición de la identidad de la víctima, aunque se asuma colocar solo las iniciales, para protegerla; en algunas informaciones se colocan el nombre de pila o los apellidos de los padres, lo que facilitaría su identificación.

Por otro lado, el análisis de las notas seleccionadas para el observatorio sostiene la tesis de que el hogar, la escuela u otros lugares que deberían integrar redes de protección o soporte para las menores de edad –entre ellos la iglesia– son los más inseguros¹⁰¹, dado que las figuras de autoridad (padres, profesores o líderes eclesiales) son quienes aparecen frecuentemente como agresores de niñas y adolescentes. En estos casos (más del 85% del total) se evidencia que en una sociedad androcéntrica, el supuesto poder sobre el cuerpo de las mujeres se ve fortalecido por el rol jerárquico del agresor sobre la víctima.

¹⁰¹ Un estudio de la ONG Manuela Ramos señala que en el 60 por ciento de casos de agresión sexual a menores de edad el responsable es el padre de la víctima.

Y si el agresor no es del entorno de las víctimas, se concluye con preocupación que las herramientas tecnológicas como el chat o las redes sociales están siendo utilizadas como medios de captación de víctimas.

Pero, en este aspecto, los medios han difundido, en forma mínima las sanciones a magistrados o directores de escuela con responsabilidad en los procesos judiciales o administrativos a los perpetradores.

Aunque este seguimiento ha permitido, en algunas ocasiones, la identificación y la denuncia de hechos cuestionables que frenan la administración de justicia o permiten la ocurrencia de violación sexual en instituciones públicas, como la falta de capacidad o actuación parcializada, de jueces y fiscales o de funcionarios educativos que protegen al abusador por ser parte de su entorno íntimo o familiar. O también los aciertos y vacíos de la legislación relacionada con las penas para los delitos contra la libertad sexual.

Es preocupante, entonces, que solo se haya difundido una nota sobre proyectos de ley orientados a endurecer penas contra los violadores. Pero sí se le ha proporcionado amplia cobertura a la propuesta de campaña de una candidata a la presidencia de la República, en ese entonces también congresista en funciones, para la sanción mediante la pena de muerte a los responsables de actos de violación sexual, cuando jurídicamente no es posible, por ir en contra de los tratados de derechos humanos firmados por nuestro país y que representaría su renuncia a los sistemas internacionales de justicia a los que pertenece, una grave circunstancia para la vigencia del Estado de Derecho.

No obstante, hay ausencia del componente de derechos humanos en las informaciones, lo que refleja que los derechos específicos de las mujeres no son prioridad en la agenda pública, así como no son prioridad en la agenda de los medios¹⁰². Y esta omisión a los derechos que se vulneran, dificulta que la sociedad comprenda y actúe para enfrentar el problema y exonera al Estado de sus compromisos con el derecho de las mujeres a una vida sin violencia¹⁰³.

Finalmente, se debe señalar que la forma cómo los medios tratan una determinada realidad configura la percepción social que se tiene de ella. Un abordaje adecuado de los hechos de violencia –contextualizándolos y no justificándolos, y que evite los tratamientos sensacionalistas– genera conciencia crítica en los/as lectores, un primer paso para ir construyendo consenso social en cuanto a su prevención y erradicación.

¹⁰² Articulación Regional Feminista. *La violencia contra las mujeres en las noticias. Análisis del cubrimiento noticioso de 72 medios impresos al tema de violencia en 6 países de América Latina: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú*. Noviembre del 2010. p. 32

¹⁰³ El derecho a una vida sin violencia está reconocido en el Artículo 3 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, conocida como Belem do Pará.

Los medios de comunicación y la trata de personas: Entre la denuncia, la prevención y la anécdota

Por Carla De la Quintana Milla
Periodista

Una sentencia de la Corte Superior de La Libertad sienta precedente en cuanto a penas severas para tratantes de personas y constituye un ejemplo de actuación diligente por parte de los operadores de justicia. Estos dos elementos justificaban un amplio despliegue informativo –en un contexto social donde lo común es la impunidad– que fortalezca el mensaje de sanción legal y social a quienes vulneran los derechos humanos de las mujeres y, además, sensibilice sobre las dimensiones del problema.

Asimismo, el proceso entablado, que también incluyó la penalización por violación sexual a la víctima, sirve para revisar algunos aspectos de los procedimientos jurídicos para delitos contra la libertad sexual en el país.

La trata de personas consiste en el traslado de seres humanos para someterlos a distintas formas de explotación, siendo las más difundidas la sexual y laboral. Con orígenes tan antiguos que se remontan al alba de las diversas civilizaciones; esta actividad es, actualmente, uno de los tres negocios criminales más lucrativos del mundo, junto al tráfico de drogas y de armas. Se calcula que cada año, las organizaciones criminales obtienen ganancias de cerca de 32 mil millones de dólares con el tráfico de entre uno y dos millones de personas a nivel mundial¹⁰⁴. Y se estima que de este grupo, el 80 por ciento son mujeres y niñas¹⁰⁵.

Por ello, existe consenso internacional sobre la necesidad de prevenir, sancionar y erradicar la trata de personas, para lo cual, se han establecido instrumentos jurídicos a nivel internacional como el Protocolo de Palermo, donde se considera a esta actividad como una grave violación a los derechos fundamentales de las personas y una forma de violencia contra mujeres y niños, con consecuencias para su vida e integridad.

En el contexto mundial, el Perú es considerado como un país de origen, tránsito y destino de la trata internacional y existe predominio de la trata interna con fines de explotación sexual, laboral y de mendicidad¹⁰⁶. En las dos modalidades, las víctimas son captadas en zonas en situación de

¹⁰⁴ Estimaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

¹⁰⁵ Información proporcionada por la directora de ONU-Mujeres, Michelle Bachelet en el marco de la reunión extraordinaria del Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica y República Dominicana (COMMCA), del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). 28 de marzo del 2011.

¹⁰⁶ Op. Cit. 9

pobreza o conflicto social y son llevadas a ciudades o naciones con mayores oportunidades y mejor nivel de vida. En tal sentido, se conoce que regiones con significativo flujo de turistas (principalmente en la selva) y donde se desarrollan actividades económicas como la minería, son los lugares preferidos por las organizaciones criminales para reclutar víctimas.

En relación a las cifras oficiales, el Sistema de Registro y Estadística de Delitos de Trata de Personas y Afines de la Policía Nacional del Perú (RETA-PNP) reportó que de enero a junio de 2009 se produjeron 298 casos de trata, de los cuales 221 correspondían a casos de explotación sexual¹⁰⁷.

Asimismo, el Grupo de Trabajo Multisectorial Permanente contra la Trata de Personas¹⁰⁸ informó que durante el 2010 hubo un total de 213 víctimas de tráfico ilícito, de las cuales 194 fueron mujeres y 19 hombres. La mayoría (81) tenía entre 14 y 17 años. Y pese a que hubo 95 denuncias, solo se sentenció a 12 personas¹⁰⁹. Se debe indicar que las cifras no reflejan la dimensión real del problema, pues existen deficiencias en cuanto al control del desplazamiento de personas por parte de los sectores vinculados –de tipo logístico o por la corrupción de sus funcionarios– que unidas al alto índice de indocumentación entre mujeres, niños, niñas adolescentes, no permiten contar con un registro más confiable.

En relación al perfil de las víctimas, la trata con fines de explotación sexual tiene como grupo objetivo a mujeres (niñas, adolescentes y adultas) que además de las carencias económicas son vulnerables social y afectivamente, y que además tienen obligaciones y responsabilidades familiares¹¹⁰.

Las modalidades de captación para la trata interna y externa son similares, siendo el ofrecimiento de empleo, con ingresos superiores a los que obtendrían en su lugar de residencia, la principal oferta. Esta modalidad de captación se da generalmente por parte de una persona conocida – incluso existen casos donde el tratante es un familiar cercano– o también se produce a través de la publicación de anuncios en los diarios y la Internet. Por otro lado, el matrimonio y la adopción simulada constituyen también formas de captación. La primera generalmente ocurre mediante Internet o agencias matrimoniales.

¹⁰⁷ Policía Nacional del Perú. Anuario Estadístico 2009. p. 251.

¹⁰⁸ El Grupo de Trabajo Multisectorial Permanente contra la trata de personas, se creó con el propósito de articular la política del Estado peruano en la prevención y persecución del delito, así como en la protección a las víctimas, con este fin elaboró e impulsó la Ley 28950 aprobada a inicios del año 2007. Está conformado por representantes de organismos internacionales, sectores públicos y organizaciones no gubernamentales.

¹⁰⁹ Diario El Comercio. Nota informativa *En lo que va de este año fueron identificadas 97 víctimas de trata* publicada el 6 de abril del 2011.

¹¹⁰ Op. Cit. P. 78

Se debe indicar el alto índice de conectividad de la población peruana a la red, en especial de los y las adolescentes y jóvenes, han generado que el chat o las redes sociales como el Facebook se conviertan en nuevas formas de captación por parte de las mafias de tratantes.

Aunque no siempre se efectúa con fines de explotación sexual, otro de los mecanismos de captación, es el denominado “padrinazgo”, una práctica tradicional en las zonas altoandinas del Perú que consiste en trasladar a la niña o adolescente a otra ciudad, previo consentimiento de los padres, donde se dedicará a las labores domésticas a cambio de educación, dinero y oportunidades. Esta situación pone en grave riesgo al o la menor de edad que se encuentra en un contexto desconocido para ella y sin mayores redes sociales¹¹¹.

Avances normativos y nudos socioculturales en la lucha contra la trata

Además de haber ratificado tratados internacionales para enfrentar la trata de personas y las actividades relacionadas con ésta (esclavitud, explotación sexual, trabajos forzados, discriminación contra la mujer, entre otras) e incluir en la legislación interna¹¹² principios y mecanismos contra esta actividad ilícita, el Perú cuenta con dos normas específicas sobre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes:

La Ley N°28950 que aborda tres aspectos importantes: prevención, persecución-sanción de los tratantes y la asistencia integral a las personas víctimas (no se toma en cuenta a la mujer particularmente, como lo hace en el caso de personas menores de 18 años de edad); con fines de explotación sexual, laboral, tráfico de órganos o tejidos humanos, mendicidad y otras formas de explotación, así como a las de tráfico ilícito de migrantes.

En segundo lugar, el Decreto Supremo N°007-2008-IN, Reglamento de la Ley N° 28950, que establece responsabilidades de las distintas instituciones del Estado para promover y ejecutar medidas orientadas a afrontar dichos actos ilegales en el país; así como, desarrollar medidas preventivas y de asistencia teniendo en cuenta el enfoque de género y derechos humanos. Ambas normas se ajustan a las disposiciones del Protocolo de Palermo. Este delito tiene previstas penas drásticas (desde 8 años hasta cadena perpetua), incluso mucho mayores a las establecidas para otros delitos como es el caso de proxenetismo (de 3 a 12 años como máximo), rufianismo, entre otros delitos. Este hecho demuestra cómo por decisión política el Estado

¹¹¹ *Ibidem*. pp. 79 y 80.

¹¹² Art. 1° de la Constitución Política del Perú y los artículos 170 al 178 del Código Penal.

considera más grave el crimen organizado que la afectación de las víctimas¹¹³.

No obstante, la legislación y la existencia de datos oficiales, son avances del Estado en relación a la lucha contra la trata de personas, es necesario realizar acciones para cambiar el imaginario social que favorece la persistencia de patrones culturales que legitiman las violaciones a los derechos humanos de las mujeres y niñas, consecuencia de las relaciones inequitativas de poder.

Porque la trata de personas y la explotación sexual están claramente relacionadas con la inferioridad de su condición social¹¹⁴, además de la pobreza que afecta, en su mayoría a las mujeres. Estos dos factores se complementan con hechos como la migración, el turismo, los conflictos armados y guerras¹¹⁵.

De igual modo, existen causas culturales, como la visión del niño, niña y las mujeres como “objetos” y no “sujetos” de derechos, es decir, seres bajo la tutela de adultos varones que, con frecuencia, los consideran de su propiedad, por lo tanto pueden tomar decisiones por ellos y hasta disponer de sus vidas. De igual manera, la desigualdad entre hombres y mujeres hace ver como “normal” el uso de menores de edad y de mujeres como “objetos sexuales” que genera la demanda de “servicios sexuales” y de mano de obra barata, a través del turismo sexual, la prostitución y la pornografía, en especial por estereotipos existentes sobre determinada raza, cultura, y edad¹¹⁶.

Así se tiene que el estereotipo de hipersexualidad de la mujer de la selva, es uno de los factores de la alta incidencia de trata en la región amazónica. Asimismo, la valoración de la juventud y la falta de experiencia sexual favorecen el incremento en la captación de menores de edad.

Ésta tiene un correlato en la protección del derecho a la libertad sexual de las mujeres por parte del Estado, ya que mientras menos edad tiene la víctima de un delito contra la libertad sexual, la sanción penal es mayor, es decir que es un bien jurídico con mayor protección¹¹⁷.

¹¹³ Silva Ticllacuri, Cynthia. *Violencia contra las Mujeres*. En: Informe Regional sobre Derechos Humanos y Justicia de Género. Documento inédito. 2010.

¹¹⁴ Marcha Mundial de Mujeres. Paso a paso se hace camino: Mosaico en homenaje a las luchas de las mujeres del mundo. Québec, Canadá. 2000. p.55

¹¹⁵ Acción por los Niños. *Operadores de Justicia contra la Trata de Personas*. Módulo para jueces y fiscales. Lima, abril del 2008. Pp. 10 y 11.

¹¹⁶ Op. Cit. p. 12.

¹¹⁷ Benavente, Fiorella. *Prostitución y trata para fines de explotación sexual*. En: Perú Políticas en Sexualidad. CLAM. Lima, 2010. p. 80.

La sentencia de la Corte Superior de La Libertad: reafirmación de un fallo justo y una oportunidad para revisar algunas disposiciones penales

El 30 de abril del 2009, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de La Libertad confirma la sentencia en la que se condena al acusado, Elvis Williams Paz Barrientos, a 30 años de pena privativa de la libertad y 5 mil nuevos soles por reparación civil a favor de la agraviada, M.L.L.U. de 13 años, por los delitos de violación sexual contra una menor de edad y trata de personas.

El fallo mencionado había sido emitido por el Juzgado Colegiado de Trujillo dos meses antes – el 29 de enero del 2009– y fue apelado por la defensa del acusado aduciendo que no se había realizado una correcta valoración de los hechos y de las pruebas. En la nueva instancia, la representante del Ministerio Público solicita se confirme sentencia debido a que sí se ha probado la ocurrencia de violación de la libertad sexual y de trata de personas, ya que quedó demostrado que el acusado incurrió en engaños para trasladar a la agraviada desde su lugar de origen, violentarla sexualmente y obligarla a trabajar en un prostíbulo a cambio de dinero.

La prueba, en este caso, de mayor peso, fue el testimonio de la víctima, que según Acuerdo Plenario Núm-2-2005/CJ-116 puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo que el marco de clandestinidad donde se producen los delitos sexuales, impide contar con otros medios probatorios. Pero éste debe cumplir con tres requisitos: a) ausencia de incredibilidad subjetiva¹¹⁸ b) verosimilitud¹¹⁹ y c) persistencia en la incriminación¹²⁰. Estos requerimientos fueron verificados en la declaración de la menor de edad¹²¹.

Además, en cuanto al delito de trata, la Sala determina que existen suficientes elementos para probar su consumación: el traslado con engaños, el ocultamiento de la agraviada y la denuncia del imputado ante la comisaría de El Milagro, donde éste refirió que la menor se prostituía y le pedía dinero, cuando él no pudo acreditar actividad laboral ni ingresos que sustentaran los gastos de alojamiento y consumo de bebidas alcohólicas que tuvo.

Por lo expuesto, este es un caso poco común, donde se suman la actuación diligente de los policías y magistrados, con la actuación de la víctima durante el proceso que –con respaldo permanente de la madre– sostiene la

¹¹⁸ Se debe probar que no existe un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés u otro que pueda restar credibilidad a la versión del/a agraviado/a.

¹¹⁹ La versión de la víctima puede ser corroborada por circunstancias de lugar y tiempo.

¹²⁰ La víctima debe mantener su versión durante todo el proceso de manera uniforme.

¹²¹ Expediente N° 01094-2008 de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. 2.2 Premisa Fáctica ítems 15, 16 y 18.

incriminación en los mismos términos, y con altos niveles de detalle en la descripción de los hechos, que genera en los magistrados la convicción de coherencia y solidez en la incriminación. Sin embargo, la mayoría de víctimas de violencia sexual, por la afectación causada, no recuerdan claramente los hechos, los confunden cambiando su versión y por último, no todas cuentan con el respaldo de sus familiares y muy pocas, con un soporte psicológico que las ayude durante el proceso¹²².

Para el establecimiento de la pena, los jueces se remitieron a la Ley N° 28950 contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes y el artículo 173 del Código Penal, que establecen penas privativas de la libertad no menores de 30 años, cuando la víctima es menor de 14 años de edad.

Sin embargo, en el Código Penal también se prevé sanción penal para quien compromete, seduce o sustrae a una persona para entregarle a otro, con el objeto de tener acceso carnal, bajo la figura del Proxenetismo¹²³, quien promueve o favorece la prostitución de otra persona¹²⁴ y a quien explota la ganancia obtenida por una persona que ejerce la prostitución¹²⁵.

En nuestro país, además, se sanciona a quienes contratan los servicios sexuales de adolescentes que son mayores de 14 y menores de 18 años de edad, mediante la figura de Usuario – Cliente¹²⁶. Este tipo penal está siendo utilizado por los agresores en delitos de violación sexual de menor, solo añadiendo a su declaración que han entregado dinero a la víctima, pues mientras que la pena aplicable en casos de violación sexual de adolescente entre 14 a 18 años, es no menor de 25, ni mayor de 30 años, la pena correspondiente a la figura de usuario – cliente es de no menos de 4 ni más de 6 años.

Como la trata de personas tiene una penalización más grave (entre 8 años y cadena perpetua, según el caso), que el proxenetismo que tiene penas mucho menores (de 3 a 12 años como máximo) en algunos procesos judiciales, la defensa de los acusados de trata opta por el delito de proxenetismo para atenuar la sanción penal. Esto es posible, también, debido a la falta de adecuación de la legislación peruana al Estatuto de Roma para el procesamiento de casos de prostitución forzada, pues al no existir el tipo en la legislación penal peruana, existe el riesgo de que estos casos, que atentan gravemente contra los derechos humanos, sean considerados proxenetismo, mereciendo una pena incongruente respecto de su gravedad.

¹²² Articulación Regional Feminista. Observatorio de Sentencias Judiciales. Perú. Ver: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=FILTRAR&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&ftrselect0008=40&ftrselect0006=6> Visitado el 20 de marzo del 2011.

¹²³ Art. 181 del Código Penal: Proxenetismo

¹²⁴ Art. 179 del Código Penal: Favorecimiento a la prostitución

¹²⁵ Art. 180 del Código penal: Rufianismo

¹²⁶ La Ley 28251: Publicada el 17 de junio de 2004.

Por otro lado, esta diferencia en las penas, demuestra que la opción política del Estado es considerar más grave el crimen organizado que la afectación de las víctimas.

En los casos de violación sexual a menores de edad, la víctima debe rendir su testimonio por una sola vez, situación que no se contempla para los casos donde la agraviada es una mujer adulta, que no debería ser diferente solo en base al criterio de la edad. Esta disposición tiene por finalidad evitar la revictimización. Sin embargo, el proceso descrito tuvo varias etapas, por lo que fue necesario que la afectada deba testimoniar en más de una oportunidad. Por ello, se debería garantizar la idoneidad de los/as profesionales que registran la declaración para que no sea necesaria su reiteración; Porque la excesiva extensión temporal de las investigaciones judiciales, la falta de especialización de las personas que realizan este trabajo, los sentimientos de culpa, temor y remordimiento que sienten los menores de edad, sumados a la(s) ocasión(es) en las que debe declarar ante personas extrañas –entre ellas, el acusado– son factores que con frecuencia no pueden superar las víctimas y que las llevan a retractarse de la imputación, como un medio de librarse de la angustia¹²⁷.

El abordaje de la trata de personas en los medios de comunicación

La sentencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, como hecho noticioso, fue difundida por las páginas web de organizaciones no gubernamentales que tienen como quehacer institucional la prevención de trata de personas, en particular, niños, niñas y adolescentes¹²⁸. Desde la emisión del fallo en 2009 y a lo largo del 2010, éste fue mencionado como tal, en un informe especial publicado un diario de cobertura nacional y se le considera como el proceso que impuso la pena más severa a un caso de trata y violencia sexual. Por otro lado, en dos crónicas sobre el tema, se hace referencia a los casos judicializados con sentencia por este delito, dentro de los cuales se contabiliza el de la menor M.LL.U., pero no se proporciona mayores detalles sobre el hecho.

Si bien no profundizan sobre el fallo en específico, el informe especial y las crónicas, se orientan a un tratamiento más completo de la trata de personas como eje de la información periodística. Con ese fin recurren a registros de fuentes oficiales: Policía Nacional, MIMDES, MININTER y de algunas ONG vinculadas con la prevención del problema para informar sobre número de casos, rangos de edad de las víctimas, modalidades de captación, rutas de

¹²⁷ Monteleone, Romina. Abuso sexual infantil: La retractación de la víctima y sus consecuencias procesales.

¹²⁸ Ver sentencia colgada en las páginas web de las organizaciones no gubernamentales Capital Humano y Social (CHS-Alternativo): <http://www.chsperu.com/chsalternativo/contenido.php?men=N&pad=4&pla=3&sal=2&id=E> y Save The Children. www.savethechildren.org.pe/web/upload/archivos/archivo_54.pdf

traslado, ciudades de destino entre otros elementos que grafican la dimensión del problema en nuestro país, así como aspectos más sensibilizadores –testimonios de las víctimas que revelan las graves secuelas a su integridad física, psicológica y moral. Además, incluyen información para la denuncia de casos y tips para prevención. Se debe anotar que este abordaje se realiza en diarios de circulación nacional, de tendencia ideológica definida –izquierda o centro izquierda– con mayor capacidad de recursos humanos y logísticos, a las que se suma la tradición de abordar temas de índole social. La llamada “prensa seria” en el argot profesional.

Durante el 2010, de acuerdo al monitoreo realizado por el Observatorio Regional Las Mujeres en los Medios¹²⁹, la trata de personas con fines de explotación sexual, fue el tema principal en 26 piezas periodísticas.

A través de las noticias y las reseñas, conocidas como breves, que fueron publicadas en 18 ocasiones (69,23% del total de piezas periodísticas), se conocieron hechos puntuales como detención de mafias de tratantes y rescate de víctimas –con frecuencia, menores de edad– que tuvieron lugar, mayoritariamente, en Lima. Se debe señalar que el tratamiento mediante notas informativas o breves, es solo el relato descriptivo de un hecho, sin mayor profundidad e incluye, a veces, términos despectivos ligados con la prostitución (“lolitas”) y construcciones que directa o indirectamente señalan a las víctimas como culpables de lo sucedido¹³⁰, así como fotografías que pueden facilitar la identificación de las afectadas. Sobre estos elementos se debe tener en cuenta que las personas vulneradas, deben ser tratadas con sentido ético y respetuoso¹³¹. Además, hay que resaltar que la prensa popular, conocida como prensa de 50 céntimos, es la que cuenta con mayor lectoría, especialmente en los estratos C y D, por lo que la utilización de estas palabras no solo revictimiza a las afectadas, sino que refuerza estereotipos y prejuicios de género en una proporción considerable de la población; cuando el poder de penetración de los medios de comunicación debería promover cambios en el imaginario social.

Otras piezas periodísticas como los informes especiales –que representan el 15,38% del material analizado y las crónicas –que ascienden a un 19,23% del total, contribuyen a que la trata de personas sea expuesta de una manera adecuada, contemplando sus diferentes elementos, pero presentando también los diferentes mecanismos que se adoptan para contrarrestar los

¹²⁹ El Observatorio Regional Las Mujeres en los Medios de la Articulación Regional Feminista es una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa de Argentina, Chile, Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia le dan, entre otros temas, a la violencia contra las mujeres. En el caso del Perú, se monitorean 7 medios de cobertura nacional: Ojo, Perú 21, La República, el suplemento Domingo de La República, La Primera, Caretas y Trome. Ver: <http://www.observatorioregionaldemedios.org/>

¹³⁰ Diario Trome *Sueñan ser modelos y acaban de lolitas*. Nota informativa del 10 de abril del 2010.

¹³¹ Bonilla Gutiérrez, Claudia. *Los medios de comunicación y la trata de personas*. En: Revista Migrante Edición No. 6. Febrero 2009. Ver: http://www.infomigrante.org/revista//index.php?option=com_content&task=view&id=681&Itemid=362 Visitado el 30 de marzo del 2011.

impactos de este delito; bien sea desde medidas legislativas y judiciales, planes y proyectos en favor de la prevención y sensibilización ante la trata, o servicios y programas de atención para las víctimas de este delito.

Además, estos abordajes permiten integrar la perspectiva de género y de derechos humanos en la información. Así un 34.91% de las notas analizadas define a la trata como violación a los derechos y libertades fundamentales de las personas, menciona los derechos vulnerados y da cuenta del marco normativo existente para la prevención y sanción de este delito, al igual que para la atención de las afectadas. Este planteamiento se complementa con la exposición de los testimonios de las víctimas. De igual manera, dejan en claro la relación entre la trata de personas y su interés en el reclutamiento de mujeres de diversas edades, como consecuencia del rol subordinado de éstas en la sociedad. Pero, se incurre en el error de omitir mayor información sobre la actuación del Estado, a través de los operadores de justicia, en los procesos judiciales por este delito. Tampoco se da seguimiento a los casos que han sido judicializados.

Además, en ocasiones se persiste en el error de utilizar el término “trata de blancas”, el cual hace referencia a las mujeres blancas europeas que eran explotadas en el siglo XIX para ejercer actividades de prostitución y concubinato. Un término que ha perdido vigencia por la dimensión global que ha adquirido este delito.

En el tratamiento de la información, el 38.46% de las notas monitoreadas tiene como sujeto principal o protagonista de la información a mujeres adultas o adolescentes que fueron víctimas de trata, insertas en el contexto social en el que se produjo su experiencia o en relatos sobre su rescate de los captores. En menor proporción hacen un abordaje del personaje. Se alude también a las víctimas en forma genérica, sin precisar edad o género en el 7,69% de las piezas. Las organizaciones criminales o sujetos que ejercen la trata de personas y las instituciones públicas (Defensoría del Pueblo, Policía Nacional, Ministerio Público) que combaten la trata o trabajan para su prevención son protagonistas en un 26.92% del material monitoreado.

Entre los cambios a destacar en el tratamiento informativo de la trata de personas por los medios de comunicación en los géneros interpretativos, es el interés por presentar la dimensión de la afectación a los derechos humanos de las personas y el aumento en la frecuencia de las notas que tocan el tema. A lo largo del 2010, estas fueron publicadas a razón de dos veces al mes en forma continua. Y en este logro, se debe destacar el trabajo sostenido de organizaciones de la sociedad civil, instituciones públicas y la articulación existente entre ellas que ha servido para colocar a la trata de personas en la agenda pública como un problema social a enfrentar mediante acciones orientadas a “atacar” las raíces estructurales del problema, pobreza, falta

de oportunidades, pero sobre todo contextos de inequidad y exclusión para las mujeres.

Entonces, es válido establecer la diferencia con las informaciones aparecidas hace algunos años, principalmente en el 2004, en cuanto a frecuencia y enfoque de las piezas periodísticas. En esa oportunidad, y durante algunos días el tema de trata internacional de mujeres se colocó en las portadas de todos los medios de comunicación escrita y fue abordado en algunos programas de televisión. Pero este impacto en los medios se debió en gran parte a la fama de la persona implicada, una ex reina de belleza y se explotó este aspecto de la información. Sin embargo, el mensaje social no fue de prevención sino que tendió a cuestionar los motivos de la denunciante, por haber aceptado una oferta laboral poco segura, recibida por correo electrónico. Esos cuestionamientos se asemejan a la atribución de actitudes supuestamente provocadoras por parte de víctimas de violación sexual¹³².

Como conclusión, es importante tener en cuenta que dentro de la responsabilidad ética y social de los medios de comunicación está el brindar al público información completa y veraz, que constituirá un importante aporte en la construcción de mecanismos que contrarresten las apreciaciones erróneas que se tienen frente a las víctimas de esta vulneración, y para el conocimiento de las distintas formas de explotación; como también en la identificación de situaciones y poblaciones de riesgo.

Además, la difusión de las acciones para la prevención, atención y erradicación de este fenómeno, permite que la trata de personas sea vista como un problema social que puede enfrentarse con resultados positivos. Por tanto, la prioridad debe ser el apoyo brindado a las víctimas a favor del pleno ejercicio de sus derechos¹³³.

Finalmente, una recomendación formulada por organizaciones y redes feministas apunta al equilibrio en la prioridad que los instrumentos jurídicos internacionales, leyes y políticas le otorgan al papel de la víctima y al de los Estados, para evitar que estos evadan su responsabilidad. Las acciones de difusión, capacitación y campañas sobre el tráfico de mujeres y la explotación sexual, estas deben incluir a los operadores de justicia, que en su mayoría, desconocen la normativa nacional e internacional y necesitan sensibilización frente al problema, para superar los prejuicios y estereotipos de género que influyen en sus sentencias. Además, erradicar la corrupción en el sistema de administración de justicia y en los sectores responsables del transporte de personas es un requisito fundamental.

¹³² Benavente, Fiorella. *Prostitución y trata para fines de explotación sexual*. En: Perú Políticas en Sexualidad. CLAM. Lima, 2010. p. 88.

¹³³ Bonilla Gutiérrez, Claudia. *Los medios de comunicación y la trata de personas*. En: Revista Migrante Edición No. 6. Febrero 2009. Ver: http://www.informigrante.org/revista//index.php?option=com_content&task=view&id=681&Itemid=362 Visitado el 30 de marzo del 2011.

Los medios de comunicación y la violencia contra las mujeres: Análisis de la cobertura periodística durante el 2010 en el Perú

**Por Carla De la Quintana Milla
Periodista**

¿Por celos? ¿Por machismo? ¿Crimen pasional o feminicidio? A diario, los medios de comunicación al informar sobre actos de violencia contra las mujeres, oscilan entre el tratamiento básico y tradicional –que puede trivializar lo ocurrido– y el desarrollo de una nueva perspectiva que cuestiona las estructuras imperantes e incluye la exigibilidad de los derechos de las mujeres. Y para desafío de los/as profesionales de la información con sensibilidad de género y quienes defienden los derechos de las mujeres, parece ir ganando el primero.

Según Naciones Unidas, ningún país en el mundo ha podido erradicar la violencia contra las mujeres, por lo que debe ser considerada una pandemia. ¿La causa? sus raíces estructurales, el machismo y sexismo que se ven fortalecidos por la falta de voluntad política de los Estados, expresada en la falta de normas y leyes específicas contra la violencia de género, así como deficiencias en la acción judicial o de recursos para realizar investigaciones y procesos justos para sancionar los delitos contra la mujer. Esta situación se agudiza en América Latina, donde los derechos de la población femenina son violentados y no reciben sanción, lo que transmite el mensaje de que los hombres matan o agreden a las mujeres porque pueden.

A nivel mundial existe consenso sobre la violencia contra las mujeres como una violación a los derechos humanos generada en las relaciones desiguales de poder. Así lo reconoció en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres al señalarla, como una de las causas que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre¹³⁴, y además, destacar su rol de mecanismo social de control para mantener dicha situación.

En forma similar, la Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres, conocida como Belem do Pará, en su definición de violencia¹³⁵ contra las mujeres incluye el género, como factor determinante de su ocurrencia.

¹³⁴ Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres .Resolución 39/46, anexo del 20 de diciembre de 1983.

¹³⁵ Artículo 1° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia de Género. Convención de Belem do Pará: «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.

En este aspecto, el *Informe del Estudio a Fondo sobre Todas las Formas de Violencia contra la Mujer* realizado por Naciones Unidas y publicado en 2006, señala algunos contextos generales de discriminación sistemática y subordinación de la mujer que legitiman y permiten la violencia, entre ellos la división sexual del trabajo, los roles de género y las relaciones de poder entre hombres y mujeres, la negación o limitación en el ejercicio de los derechos humanos y la impunidad que agrava las consecuencias y efectos de ésta¹³⁶.

El discurso de los medios funcional al sistema imperante

Cada día, los medios de comunicación establecen y jerarquizan los acontecimientos en la agenda pública y median en la percepción e interpretación de la realidad. Aunque se insertan dentro de un conjunto social mayor y sobre ellos no debe recaer la responsabilidad total de la perpetuación de la violencia contra las mujeres, su papel al contar apartes de la realidad si constituye un relato que define lo cotidiano y que, contribuye a crear en las audiencias una percepción de la verdad y a reforzar o modificar imaginarios. En tal sentido, las noticias no solo transmiten información sino que se convierten en productos de modelos socioculturales determinados. Y al formar parte de un sistema patriarcal y machista, los medios de comunicación difunden y reproducen el sistema sexo-género del patriarcado y sus estereotipos de género, por lo tanto, invisibilizan las reales dimensiones de la violencia contra las mujeres¹³⁷.

Atendiendo a estas razones, actualmente, en la comunidad internacional se ha puesto énfasis en el rol que tienen los medios de comunicación para la erradicación de la violencia debido a su gran capacidad para incidir en los imaginarios –sea fortaleciéndolos o modificándolos–.

La Plataforma de Acción de Beijing en 1995, impulsó por primera vez, el capítulo de medios de comunicación y mujeres. Así en el punto J de este documento se insta a “crear grupos de control para vigilar a los medios de difusión y celebrar consultas con ellos a fin de velar porque las necesidades y los problemas de la mujer se reflejen en forma apropiada” y a “elaborar criterios y capacitar a expertos para que apliquen el análisis de género a los programas de los medios de difusión”.

En su mayoría, los análisis críticos de medios afirman que las noticias refuerzan estereotipos sobre los hombres y las mujeres que bajo diversas descripciones contribuyen a legitimar actitudes prejuiciosas en las audiencias.

¹³⁶ Centro de Estudios de la Mujer. Cuando la Noticia es la Violencia contra la Mujer: De cómo hacer las noticias sin herir en el intento. Caracas, 2009. p. 12.

¹³⁷ Op. Cit p. 20.

En setiembre del 2010 se presentó el Monitoreo Global de Medios¹³⁸, según el cual solo 24% de las personas sobre las que se lee en las noticias de la prensa escrita, o se escucha en la radio y la televisión son mujeres. En contraste, 76% más de 3 en cada 4 de las personas en las noticias son hombres. Esta imagen no es congruente con una realidad en la cual por lo menos la mitad de la población mundial está constituida por mujeres¹³⁹.

Las noticias siguen presentando un mundo donde los hombres siguen superando en número a las mujeres en casi todas las categorías ocupacionales, siendo la mayor disparidad en las profesiones. Por tanto, la imagen que se ve a través de las noticias es una de un mundo donde las mujeres son prácticamente invisibles como participantes activas en el trabajo fuera de casa¹⁴⁰.

Asimismo, las mujeres se acercan muy lentamente a la paridad en tanto que personas que proporcionan opinión popular en las noticias. Como personas entrevistadas o sobre las que se escucha en las noticias, las mujeres siguen establecidas en las categorías de personas “ordinarias”, en contraste con los hombres que siguen predominando en las categorías de “expertos”¹⁴¹.

Solo 6% de las notas destacaron temas sobre igualdad de género o desigualdad de género. Los temas principales “ciencia/salud” y “social/jurídico” contienen mayor proporción de notas que destacan cuestiones de igualdad/ desigualdad, en comparación con los temas “política” y “economía”. Estos últimos son temas que dominan en la agenda noticiosa y son aquellos en que las mujeres han sido históricamente marginadas¹⁴².

El 46% de las notas refuerzan los estereotipos de género, esto es casi ocho veces más que las historias que cuestionan dichos estereotipos (6%)¹⁴³.

Más de 50% de las notas sobre “crimen” refuerzan los estereotipos, seguidas muy de cerca por las notas sobre celebridades y política. Que estos dos últimos temas ocupen un espacio significativo en la agenda noticiosa implica su incidencia en el reforzamiento de estereotipos¹⁴⁴.

¹³⁸ El Proyecto de Monitoreo Global de Medios (GMMP, por sus siglas en inglés) es la investigación a escala mundial más amplia y significativa que se realice sobre género y medios noticiosos. El 10 de noviembre de 2009 fueron monitoreados 1,281 diarios, canales de televisión y estaciones de radio en 108 países. La investigación cubrió 16,734 notas periodísticas; 20,769 personas que laboran en los medios (locutores, presentadores y reporteros) y 35,543 sujetos de las noticias, que son las personas entrevistadas en las noticias y aquellas sobre quienes versan las noticias.

¹³⁹ Asociación Mundial para la Comunicación Cristiana WACC. Resumen Ejecutivo del GMMP Proyecto Monitoreo Global de Medios. ¿Quién figura en las noticias? 2010. p.2

¹⁴⁰ Op. cit. p. 2.

¹⁴¹ Ibídem

¹⁴² Op. cit. p. 3

¹⁴³ Ibídem p. 3

¹⁴⁴ Ibídem p. 3

A 18% de los sujetos femeninos de las noticias se les presenta como víctimas en comparación con 8% de los sujetos masculinos de las noticias¹⁴⁵.

En relación a este fenómeno, el estudio La Violencia hacia las Mujeres en los Medios de Comunicación describe mecanismos utilizados para invisibilizar las dimensiones de este problema como vulneración a los derechos de las mujeres, entre ellos la culpabilización a la mujer víctima de violencia, el desconocimiento de lo que viven por parte de las mujeres victimizadas, la minimización del daño, la asociación de la violencia con determinados grupos sociales y finalmente, la patologización de estos hechos o su atribución a causas psicológicas del agresor¹⁴⁶.

Dimensión de la violencia contra la mujer en el Perú

Según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2009, el 38,8% de las mujeres alguna vez unidas manifestó haber sufrido violencia física por parte de su pareja. El 8,0% de este mismo grupo declaró haber soportado alguna forma de violencia sexual. Y en relación a la violencia psicológica, el 68,4 % de mujeres denunció situaciones de control por parte de su esposo o compañero, el 22,8 % había recibido expresiones humillantes y el 19,9 % de las entrevistadas reportó amenazas de agresión física o de tipo económico, por parte de su pareja¹⁴⁷.

El registro de la Policía Nacional del Perú, que entre el 2008 y 2009 ha registrado 100 mil denuncias¹⁴⁸. En el 88% de éstas, las víctimas fueron mujeres. Para el 2010, de acuerdo a las cifras de la PNP, entre enero y setiembre, las Comisarías de la Mujer recibieron un total de 72 mil 405 denuncias por violencia familiar en todo el país. De estos casos, en 72 mil 256 (90.12%) víctimas son mujeres; es decir, cada hora, diez mujeres sufren un episodio de violencia familiar.

Por otra parte, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) a través de los Centros de Emergencia Mujer atendió 43 159 casos por violencia¹⁴⁹ y reportó a finales de año, la ocurrencia de 117 femicidios¹⁵⁰, es decir asesinatos de mujeres por razones de género. Según el último reporte de la Defensoría del Pueblo sobre el cumplimiento de la Ley de Igualdad de

¹⁴⁵ *Ibidem* p.3

¹⁴⁶ Centro de Estudios de la Mujer. *Cuando la Noticia es la Violencia contra la Mujer: De cómo hacer las noticias sin herir en el intento*. Caracas, 2009. p. 20.

¹⁴⁷ Instituto Nacional de Estadística e Informática. Encuesta Nacional Demográfica y de Salud Familiar. Lima, 2010. pp. 265-282.

¹⁴⁸ Diario La República. Nota informativa *Policías varones se unen contra la violencia hacia la mujer*. Con información de la Dirección General de la Policía Nacional del Perú. 24 de noviembre del 2010. Ver: <http://www.larepublica.pe/24-11-2010/policias-varones-se-unen-contra-la-violencia-hacia-la-mujer>

¹⁴⁹ Ver: <http://www.mimdes.gob.pe/estadisticas-pncvifs/4290.html> Visitado el 1 de abril del 2011.

¹⁵⁰ Diario La República. Nota informativa *117 femicidios en el 2010*. Con información del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del MIMDES. 10 de enero del 2011. Ver: <http://www.larepublica.pe/imprensa/117-femicidios-en-el-2010-2011-01-10> Visitado el 25 de marzo del 2011.

Oportunidades, el 15,6% de las víctimas fatales había denunciado hechos de violencia previos¹⁵¹.

Por lo señalado, la violencia contra las mujeres es un fenómeno que no ha sido asumido en forma adecuada por el Estado, en su marco de responsabilidad que comprende¹⁵²: el respeto a los derechos humanos de las mujeres, es decir no intervenir o perturbar en el disfrute de éstos, la protección contra terceros que les impidan vivir una vida sin violencia y el cumplimiento de los tratados y marcos normativos nacionales e internacionales orientados a superar la violencia contra las mujeres.

En ese sentido, la Ley de Protección a las Víctimas de Violencia Familiar y Sexual N° 26260, que define la política del Estado frente a la violencia familiar; está siendo modificada por sexta vez en sus 17 años de vigencia, y hasta el momento, no ha demostrado ser efectiva para enfrentar la violencia contra las mujeres.

Asimismo, está en ejecución el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015 (PNCVHM) que no cuenta con un presupuesto y los recursos necesarios para cumplir con sus metas¹⁵³. En el plan se determinan claramente roles para la sociedad y el Estado para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, la adopción y ejecución de políticas públicas orientadas a garantizar el acceso de las mujeres maltratadas a servicios públicos de calidad y el impulso para cambiar las creencias y prácticas que permiten, toleran o refuerzan la violencia¹⁵⁴. En este último objetivo el papel de los medios de comunicación es fundamental.

Las noticias sobre violencia contra las mujeres: Observatorio Regional Las Mujeres en los Medios¹⁵⁵

El Observatorio Regional Las Mujeres en los Medios es una herramienta de monitoreo a los medios impresos de seis países de Sudamérica y en el Perú, en el marco de la Articulación Regional Feminista. A través del observatorio se realiza el seguimiento diario de 7 medios de comunicación nacionales.

¹⁵¹ Diario La República. Nota informativa *Perú lidera casos de mujeres asesinadas*. Con información de la Defensoría del Pueblo. 12 de marzo del 2011. Ver: <http://www.larepublica.pe/12-03-2011/peru-lidera-casos-de-mujeres-asesinadas-0> Visitado el 30 de marzo del 2011.

¹⁵² Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015. Versión amigable. Lima, 2010.

¹⁵³ Silva Tiellacuri, Cynthia. *Informe sobre Violencia de Género*. En: Informe Regional sobre Derechos Humanos y Justicia de Género. Documento inédito. 2010.

¹⁵⁴ Estos son los tres objetivos estratégicos determinados en el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015.

¹⁵⁵ El Observatorio Regional las Mujeres en los Medios es una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa de Argentina, Chile, Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia le dan al tema de violencia contra las mujeres. Presenta análisis frecuentes respecto al tema de violencia contra las mujeres y genera propuestas para los medios respecto a la cobertura de noticias que tenga en cuenta los derechos de las mujeres y la perspectiva de género. Ver: <http://www.observatorioregionaldemedios.org/index-1.html> Visitado el 30 de marzo del 2011.

Desde su concepción, aspira a ser un espacio para la reflexión y la producción de conocimiento desde un enfoque de derechos humanos y derechos de las mujeres. Sus observaciones indagan sobre la representación de las mujeres en el contexto regional y examina la manera cómo se construyen estas representaciones a partir de los contenidos y estructuras de las piezas periodísticas, así como desde el tratamiento de los derechos humanos que algunas pueden tener¹⁵⁶.

Durante el 2010 en Perú, ingresaron al observatorio 1035 piezas periodísticas sobre violencia contra las mujeres divididas en subtemas: acoso, asesinato, feminicidio, trata de personas, violencia física, patrimonial, sexual y todo tipo de violencia.

El ingreso de notas se hace diariamente en una base de datos construida sobre tres dimensiones de análisis: Estructura de la noticia, contenido y tratamiento de derechos humanos.

Los datos incluidos permiten realizar un análisis para determinar los enfoques utilizados, los temas tratados, la representación de las mujeres, las fuentes a las que se ha recurrido, los géneros periodísticos y el tratamiento de derechos humanos en los contenidos periodísticos.

Para comenzar el análisis, se debe señalar la frecuencia y volumen de las informaciones durante el período determinado. A lo largo del año, los meses con mayor difusión de notas sobre violencia fueron abril, junio, agosto, octubre y noviembre. Este incremento guardó relación con la ocurrencia de asesinatos de mujeres o de agresiones con alto grado de ensañamiento y crueldad, en los cuales, hubo la posibilidad de impunidad para los agresores, siendo emblemático el caso de Elizabeth Alanya¹⁵⁷ o el feminicidio de Stephany Flores, hija de un empresario limeño, a manos del holandés Joran Van der Sloot, un asesino en serie. También con contextos como la conmemoración del Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, donde los medios de comunicación optan por profundizar tópicos diferentes a los que comúnmente se tratan en las noticias sobre violencia.

Enfoque

Un amplio porcentaje de la cobertura informativa se produjo por las noticias (71,01%) seguido por las notas breves (13,91%), que en conjunto ascienden

¹⁵⁶ Articulación Regional Feminista. *La violencia contra las mujeres en las noticias. Análisis del cubrimiento noticioso de 72 medios impresos al tema de violencia en 6 países de América Latina: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú.* Noviembre del 2010. p. 8

¹⁵⁷ Elizabeth Alanya fue desfigurada por su pareja, cuando éste le arrojó agua hirviendo en la cara. El caso recibió mayor atención de los medios, cuando el juez Zoilo Cirilo Enrique Sotelo decidió liberarlo, aduciendo omisiones en las pruebas presentadas como el informe médico.

al 84, 92% del total de piezas periodísticas. Estos géneros, esencialmente informativos, proporcionan un abordaje descriptivo del hecho, sin información de contexto que permita una mayor comprensión del problema.

Cuando se focaliza de esta manera, es común que los relatos abunden en detalles sobre la crueldad con que se realizó el hecho, se narra minuciosamente el entorno donde se produjo el hecho –como las escenas trágicas de un película– y además se insiste en la cuantificación del daño, es decir, se menciona el número de balas, puñaladas y golpes que recibió la víctima. Mención aparte merecen las atroces fotografías publicadas que a menudo, presentan el cuerpo ensangrentado de las mujeres¹⁵⁸.

En general, los medios optan por registrar una secuencia de acontecimientos o brindar detalles de la captura o detención del agresor o victimario. El número de las piezas que se concentran en estadísticas (0.86%) son menores y proceden, en su mayoría de reportes de fuentes oficiales y las que desarrollan un perfil del personaje, frecuentemente en crónicas, son muy escasas (0,77%). Pero los medios, al menos durante el 2010, recurrieron a este enfoque para alcanzar información sobre asesinos o abusadores sexuales en serie.

Además, solo la tercera parte de las noticias incluyen tratamiento de derechos humanos y señalan la responsabilidad del Estado frente a los hechos, este último rasgo se incluye cuando la fuente o protagonista de la noticia es una institución oficial u organizaciones civiles vinculadas con la prevención, atención y erradicación de la violencia.

Estas cifras reflejan la resistencia de los medios a modificar sus contenidos y abordajes, aún cuando en lo público esos relatos se estén modificando. Esta resistencia se puede producir debido a tres razones: los réditos que ofrecen cierto tipo de relatos, falta de conciencia social o sensibilidad de parte de los y las profesionales y finalmente, las rutinas de producción de las noticias que impiden elaborar información documentada, contextualizada o contrastada¹⁵⁹.

En tal sentido, lo ideal es integrar los hechos en un contexto de significado, como se hace cuando se informa sobre otros hechos sociales. Solo así ese suceso sale del ámbito individual y se convierte en social. El suceso en sí no genera conciencia crítica. Puede provocar una respuesta emocional, incluso intensa, pero es poco duradera y a la larga puede llegar a insensibilizar¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Articulación Regional Feminista. *La violencia contra las mujeres en las noticias. Análisis del cubrimiento noticioso de 72 medios impresos al tema de violencia en 6 países de América Latina: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú*. Noviembre del 2010. p. 26.

¹⁵⁹ Op. Cit. p. 26.

¹⁶⁰ Declaraciones de Miguel Lorente, delegado del gobierno sobre Violencia de Género de la Junta de Andalucía. En *Informar sobre la violencia machista*. Nota informativa publicada en el diario El País el 29 de noviembre del 2009. Ver: http://www.elpais.com/articulo/opinion/Informar/violencia/machista/elpepiopi/20091129elpepiopi_5/Tes Visitado el 28 de marzo del 2011.

Por lo tanto, conviene dar información sobre la violencia machista mediante diversos formatos o géneros para ayudar a visualizar el fenómeno en toda su complejidad, porque se debe conocer que los malos tratos son un delito y un problema social, que produce sistemáticas violaciones de derechos¹⁶¹.

En relación al lenguaje, hay un innecesario detenimiento y consideración, a veces, al estatus social que tenía el asesino, por la profesión que desempeñaba o la zona donde vivía, y también una referencia hacia la edad como sinónimo de sabiduría, como si en el fondo se relatara el hecho con el mensaje oculto de que lo sucedido estaba justificado por ser un correctivo para la mala actitud de la víctima.

Al hacer esta diferencia se admite como naturales los actos “bárbaros” entre quienes menos tienen y como algo extraordinario los crímenes que ocurren en las familias acomodadas.

Con la sanción social y legal ocurre algo similar, el estatus y la profesión te deben dar un aura de invulnerabilidad y cuando esto no sucede, la opinión pública exige pronto castigo. No es lo mismo que maten a la hija de una policía y un juez, a la hija de un empresario muy conocido o a una fiscal adjunta de familia, que toman por completo los noticieros y las páginas de los medios, mientras que en el asesinato de una mujer en Arequipa, solo se supo su identidad y el desmentido de que ejercía la prostitución (dato conocido en un primer momento) recién a los 20 días, y nada más.

Temas

Las noticias se concentran principalmente en tres tipos de hechos de violencia: asesinato (48,50 del total) violencia sexual (20,77%) y violencia física (16,42).

En el tratamiento de estos tres temas prevalece la noticia (conocida también como nota informativa) resaltando aspectos de la detención o captura del victimario y en segundo lugar, como una secuencia de acontecimientos. Es notoria la ausencia como componente principal del relato de la responsabilidad estatal, los procesos judiciales o las iniciativas legales (proyectos en el parlamento), salvo cuando el hecho se aborda a través de géneros interpretativos como el informe especial y la crónica, o en las columnas de opinión –que en conjunto suman el 14,20% del universo informativo– principalmente en el contexto de campañas oficiales o la conmemoración del Día Internacional para la Eliminación de la violencia contra la mujer. En estas ocasiones intentan profundizar en la información

¹⁶¹ Colegio de Periodistas, Consejo Audiovisual de Cataluña, Consejo de Información. *Recomendaciones sobre el tratamiento de la violencia machista en los medios de comunicación*. Barcelona, noviembre del 2009.p 2. .

tratando de analizar el tema desde diversas aristas (antecedentes, causas, acciones del Estado para la atención y prevención, entre otros).

Cuando se habla de los asesinatos de mujeres, no es común que se emplee el término feminicidio—solo el 2,02% de las noticias lo hicieron— y solo se utiliza cuando el protagonista o la fuente del hecho noticioso es una institución oficial o alguna organización civil que recurre a esta denominación para colocar en el debate y agenda pública que los crímenes violentos contra mujeres tienen un componente de género y que por ello tomando en cuenta esta dimensión en la lucha contra la violencia; por ejemplo, la presentación de los registros de feminicidios del MIMDES o el Ministerio Público o las opiniones vertidas por ONG feministas en relación a la modificación a la Ley N° 26260.

Porque lo cotidiano en los titulares y el cuerpo de la nota (46,47%) son las expresiones “crimen pasional” “asesinato por celos” “borracho mató a su mujer”, que proveen de una justificación a la acción del criminal, por lo tanto, de manera implícita señalan a las mujeres como responsables de lo ocurrido¹⁶². Este tratamiento configura uno de los dos estereotipos que los medios de comunicación contribuyen a difundir y reforzar, porque de la forma como se presentan las noticias, se desprende que la conducta de la víctima generó una reacción espontánea, un arrebato, de alguien que estuvo fuera de sí. No es de extrañar entonces, que esta sea la defensa preferida por los victimarios cuando enfrentan un proceso judicial. El segundo está relacionado con la imagen del sexo débil: mujer víctima, indefensa, frágil e ignorante de sus derechos. En contadas piezas, consta que las mujeres denunciaron los hechos previos de violencia. Esta omisión reproduce una idea sobre la subordinación de la mujer al hombre.

Estereotipo que es reforzado también en las notas sobre violencia sexual y violencia física con frases como “la mujer se encontraba caminando por una zona peligrosa a altas horas de la noche” “la precocidad sexual de la víctima” “tenía otras parejas sexuales” “le reclamó porque no había llegado temprano a casa” “la madre dejaba sola a las hijas en casa”, con ello perpetúan la idea del deber ser de las mujeres, que si no es cumplido, hace necesario el correctivo –la violencia en sus diversas manifestaciones–.

Para no “caer” en estos lugares comunes, *las Recomendaciones sobre el tratamiento de la violencia machista en los medios de comunicación*¹⁶³ indican que es necesario explicar los antecedentes, es decir, los procesos

¹⁶² Articulación Regional Feminista. *La violencia contra las mujeres en las noticias. Análisis del cubrimiento noticioso de 72 medios impresos al tema de violencia en 6 países de América Latina: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú*. Noviembre del 2010. p. 15.

¹⁶³ Diario El País. Nota informativa *Informar sobre la violencia machista*. 29 de noviembre del 2009. Ver: http://www.elpais.com/articulo/opinion/Informar/violencia/machista/elpepiopi/20091129elpepiopi_5/ Tes Visitado el 28 de marzo del 2011.

seguidos por la persona agredida que sean pertinentes (denuncia, medidas de protección, etc.) antes de llegar a la situación actual. Hay que utilizar elementos que apoyen la comprensión del problema y contribuyan a la reflexión.

Existe amplia movilización social para situar en el imaginario que la violencia contra las mujeres, y en particular, los feminicidios y se ha desarrollado un trabajo importante en la sensibilización de los y las periodistas. Sin embargo, este tratamiento de los hechos, va calando poco a poco en los profesionales de la comunicación y es frecuente el abordaje alterno desde ambos enfoques. Un caso particular se produjo en febrero del 2010: El 2 de ese mes, en la sección Política de un diario nacional bajo el título *Demandan detener la creciente tendencia al feminicidio en el Perú*¹⁶⁴ se nombra a los crímenes de género sucedidos en enero de ese año con este término, se les califica como una violación a los derechos humanos y se atribuía el incremento de éstos a la inacción estatal; días después, al ocurrir el asesinato de una joven universitaria a manos de su enamorado, en las noticias policiales se iniciaba el texto de la nota con la frase *Otro crimen pasional*¹⁶⁵. Tal vez, la presencia de este tipo de notas en secciones que permiten el tratamiento con profundidad de los hechos, como política, haga la diferencia o nuevamente, juega un papel importante que la fuente informativa utilice este término para denominar sucesos de este tipo.

En tanto, los medios que publicaron las noticias sobre asesinatos y otros tipos de violencia en mayor volumen fueron Ojo y Trome, ambos diarios populares con alto número de lectoría y quienes profundizaron en la información a través de otros formatos fueron Perú 21, La República, mediante su edición diaria y también su suplemento dominical, y La Primera.

Representación de las mujeres

En el análisis realizado por el observatorio se destacan tres tipos de sujetos centrales: mujeres, hombres e instituciones. De esta información se concluye que las mujeres están subrepresentadas en las noticias –son los sujetos centrales en el 38,84% de las piezas incluidas– mientras que el 51,32% del material informativo monitoreado es protagonizado por hombres.

En general, las mujeres son representadas como víctimas anónimas a quienes se trata de identificar o se destaca, además, la relación que tenía con el agresor para hacer énfasis en el delito. Asimismo, es frecuente que solo se les exponga como personas sin vinculación a un sector específico.

¹⁶⁴ Diario La República. Nota informativa *Demandan detener la creciente tendencia al feminicidio en el Perú. Con información de DEMUS-Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer*. 2 de febrero del 2010.

¹⁶⁵ Diario La República. Nota informativa *Joven universitario ahorca a su enamorada*. 8 de febrero del 2010.

Por tanto, la presentación de las mujeres como actrices sociales activas frente a la violencia es mínima y con frecuencia pertenecen a entidades u organizaciones estatales o de la sociedad civil –éstas últimas, con activismo comprobado frente al problema.

En cuanto a la representación de los hombres, es frecuente que se les vincule con la responsabilidad de los hechos de violencia acontecidos (agresor o victimario) o se les mencione simplemente como personas. Es menor, pero también significativa su relación con sectores públicos como la Policía, los Poderes del Estado y representantes de la sociedad civil organizada.

Una situación similar se da en relación a las fuentes informativas, es notoria la carencia de fuentes en el relato de los crímenes o agresiones –en el 25,70% de las piezas no se recurre a éstas. Este manejo de la información es altamente cuestionable por la baja fiabilidad de las informaciones, porque, en primer lugar, la credibilidad del ejercicio periodístico se sustenta en el manejo responsable de fuentes y porque con las opiniones personales o populares se tiende a reforzar estereotipos¹⁶⁶.

Si se ha acudido a fuentes, figuran en primer lugar (20,09%) las declaraciones masculinas, como las del agresor o victimario, familiares de las víctimas, en calidad de familiares, vecinos, o sujetos que circunstancialmente se constituyeron en testigos de la noticia, pero que ofrecen datos banales y que desvirtúan el tratamiento del hecho. Del mismo modo, prima la información proporcionada por hombres ligados a los sectores públicos.

Derechos humanos

Solo el 26,57 % del material difundido se refirió a los derechos humanos de manera general y el 4,54 % a los derechos de las mujeres. Un amplio 68.89% no estableció la relación con los derechos vulnerados de las mujeres, ni las instancias estatales con responsabilidad en estos hechos.

Omitir los derechos que se vulneran, dificulta la comprensión y movilización de la sociedad para enfrentar el problema, contrariamente genera insensibilidad. Asimismo, exonera al Estado de sus compromisos con el derecho de las mujeres a una vida sin violencia¹⁶⁷.

Esta ausencia del componente de derechos humanos en las informaciones refleja que “Si los derechos de las mujeres y las razones que los mantienen

¹⁶⁶ Articulación Regional Feminista. *La violencia contra las mujeres en las noticias. Análisis del cubrimiento noticioso de 72 medios impresos al tema de violencia en 6 países de América Latina: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú*. Noviembre del 2010. p. 32

¹⁶⁷ Op. cit. p. 32

vigentes no son analizados como hechos trascendentes en los medios de comunicación, tenemos como resultado lo evidente: los derechos específicos de las mujeres no son prioridad en la agenda pública, así como son prioridad en la agenda mediática” como señala Pilar Pesántez¹⁶⁸.

Por estas razones, se debe recordar que la forma como los medios tratan una determinada realidad configura la percepción social que se tiene de ella y que un abordaje adecuado de los hechos de violencia –contextualizándolos y no justificándolos y sin tratamientos sensacionalistas– genera conciencia crítica en los/as lectores y de esa manera, existirá consenso social para su prevención y erradicación.

¹⁶⁸ Op. cit. p. 17.

CONCLUSIONES¹⁶⁹

- El *Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales*, en la primera parte, presenta cuatro importantes artículos de análisis jurídico que se han concentrado en el derecho a la no discriminación; y, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y acceso a la justicia, específicamente: el derecho a no ser discriminado por orientación sexual; el reconocimiento de la pensión de sobreviviente para la persona supérstite de la unión de hecho; el derecho de todas las mujeres víctimas de violencia sexual a acceder a justicia y reparación, en este caso, los dos últimos artículos versan sobre ello. En la segunda parte se presentan tres artículos de análisis periodístico, dos de ellos que evidencian el tratamiento de los medios de comunicación sobre dos sentencias que están vinculadas a violencia sexual y, el último artículo periodístico, esta mostrando una realidad en nuestro país, que es el tratamiento comunicacional de la violencia contra las mujeres.
- Jeannette Llaja y Beatriz Ramírez analizan la jurisprudencia sobre el caso de Christian Olivera Fuentes contra Supermercados Peruanos S.A. por actos de discriminación por orientación sexual. La sentencia, tanto del INDECOPI como las del Poder Judicial (primera y segunda instancia) declaran infundada la demanda interpuesta, señalando que el demandante no pudo probar que sufrió un trato diferenciado por su orientación sexual y por ende, no fue necesario exigir a la empresa demandada que acredite la existencia de causa objetiva y justificada en su actuación. Para esta conclusión, el INDECOPI reconoce expresamente el derecho a la presunción de inocencia de la empresa demandada, al requerir una mayor actuación probatoria, al no sancionar con la sola imputación de la parte agraviada o pruebas generada por ella y al señalar que del conjunto de medios probatorios es relevante para confirmar la inocencia más no para imputarle responsabilidad en la discriminación. Este argumento es recogido, también, por el Poder Judicial en ambas instancias. Sin embargo, el INDECOPI como el Poder Judicial no deben dirigir la exigencia probatoria a la persona afectada, sino a aquella a la que se le acusa de discriminación y que tiene la obligación de justificar el trato diferenciado que ha realizado. Tampoco toma en consideración que el afectado debe acreditar el trato diferenciado por una causa de sospecha y el demandado debe justificar su accionar si no configuraría la discriminación. De esta forma, las autoras señalan que el estándar probatorio exigido por el INDECOPI como el Poder Judicial no está establecido en nuestra legislación vigente ni mucho menos en la doctrina y jurisprudencia internacional, dejando desprotegido a cualquier persona

¹⁶⁹ Agradecimientos en la elaboración: Cynthia Silva, Romina Tantaléan, Milena Justo, María del Carmen Mateo y Valeria Duffoo.

que pudiera ser objeto de discriminación, en este caso, por orientación sexual, violando su derecho al acceso a la justicia al no haberle acogido su pretensión y no haber sancionado a la institución por la discriminación realizada.

- Violeta Bermúdez, en el artículo sobre las uniones de hecho y el derecho a pensión de viudez, analiza la sentencia del Tribunal Constitucional del caso de una conviviente que interpuso su recurso de agravio constitucional contra una sentencia que declaró improcedente su demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Provisional (ONP) a fin de solicitar el otorgamiento de una pensión de viudez. En este caso, la autora nos señala que el Tribunal Constitucional no era la primera vez que se pronunciaba sobre una pretensión similar, pero que en esta sentencia, a diferencia de las otras, ha profundizado sobre la argumentación que sustenta el derecho de la demandante de percibir dicha pensión por su unión de hecho con el pensionista fallecido. Asimismo, nos refiere que las uniones de hecho son una realidad en el Perú y constituyen formas de organización de muchas familias por lo que están protegidas por la Constitución vigente. Otro aspecto relevante que destaca de la sentencia del Tribunal Constitucional es la desigualdad que existe entre el trato que reciben las parejas de hecho, por parte del sistema público y privado de pensiones, ya que en el último sistema si se reconoce la pensión de viudez para los convivientes. La autora concluye señalando que la sentencia comentada contribuye al logro de la igualdad en materia familiar, pues reconoce que tanto las familias surgidas de uniones matrimoniales como las no matrimoniales merecen el amparo constitucional de los derechos de quienes las conforman. Sin embargo, finaliza su reflexión manifestando que a pesar de la importancia de la sentencia, sus efectos se aplican al caso concreto, pues no constituye precedente vinculante, que recomienda al Tribunal Constitucional peruano que convierta esta doctrina jurisprudencial en precedente vinculante, para obligar a los poderes públicos a reconocer tal derecho a todas las personas que lo solicitan y que se encuentren en situación similar a la de la demandante.
- Ronald Gamarra analiza una ejecutoria sobre violación sexual contra una adolescente. Este análisis lo realiza a la luz de los distintos tratados de derechos humanos de los cuales derivan obligaciones internacionales del Estado peruano específicas y reforzadas para proteger a las mujeres de la violencia sexual. Asimismo, analiza la configuración del delito de violación sexual en base a los avances desarrollados por la jurisprudencia penal internacional. No obstante, concluye que estas normas internacionales y comparadas no han asegurado a las víctimas un ejercicio efectivo al derecho a vivir libres de violencia y acceso a la justicia, especialmente, por las estadísticas existentes sobre estos

delitos en el país. Por otro lado, en el marco del artículo el autor cuestiona la postura que considera los delitos contra la libertad sexual como delitos de propia mano, ya que en estos casos no se sanciona el placer sexual del agresor, sino el ultraje sexual a la víctima como afectación a su libertad sexual. Por lo que, este delito admite todas las formas de autoría. El autor señala que la sentencia presenta algunas deficiencias como que la ejecutoria no cuenta con un análisis de género; ni aborda el principio de interés superior del niño/a; tampoco identifica la particularidad del delito, asimilando su tratamiento al de cualquier otro ilícito y, finalmente, no cuestiona el sometimiento de la víctima a tres declaraciones durante el proceso. Finalmente, invoca el acuerdo plenario 2-2005 aplicándolo al caso bajo estudio llegando a la conclusión que la declaración de la víctima contaba con las corroboraciones periféricas suficientes para enervar la presunción de inocencia del imputado. Ello porque había persistido en la incriminación con mínimos matices que no la afectaban sustancialmente, no existían relaciones de enemistad previas entre el imputado y la agraviada y que, en relación a la verosimilitud, existían datos periféricos como son la declaración de las vecinas que vieron a la menor salir de la casa del imputado quien la sacaba asegurándose de que no haya nadie afuera, el certificado médico ginecológico que arroja desfloración antigua y la pericia psicológica que concluye que la menor presenta reacción ansiosa situacional por haber sido víctimas de abuso sexual.

- En el último artículo de esta parte, que versa sobre la trata sexual, Tammy Quintanilla nos muestra el caso de una adolescente de 13 años que mediante engaños la transportaron lejos de su familia a otra ciudad, en la cual no solo fue obligada a mantener relaciones sexuales, sino que el perpetrador del crimen hizo uso de su poder sobre la menor para obligarla a laborar en un prostíbulo. La autora nos evidencia que en el Perú existen cifras alarmantes sobre este tipo de delito. Lo paradójico es que, como lo señala Quintanilla, en los últimos años las leyes que han sido expedidas o aquellas a las que se acoge el Estado peruano están destinadas a proteger la niñez y la juventud frente a estos atropellos, y así proteger su indemnidad y libertad sexual. Con respecto a las buenas prácticas que fueron identificadas con respecto al acceso a la justicia que tuvo esta adolescente, puede identificarse que los operadores de la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial actuaron de manera acertada posibilitando una actuación que promueve la equidad y la justicia. En primer lugar, la policía de Trujillo atendió la denuncia de la adolescente con prontitud, la comunicaron con su pariente más cercano y le aprovisionaron de sustento hasta que llegara su madre por ella, así cumplieron con su deber de investigar el delito y proteger a las mujeres. En segundo lugar, el Ministerio Público realizó las pericias pertinentes y permitió la asunción del caso. Por último, y en tercer lugar,

se le impuso, una vez en el proceso, al imputado la pena más alta tanto penal como civil, haciendo una interpretación de la ley, acuerdos plenarios y pactos internacionales. Con respecto al análisis de fondo del caso, la autora señala que el Ministerio Público realizó una evaluación acertada del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 que otorga valor a la declaración de la agraviada para desvirtuar la presunción de inocencia del inculpado. Además, aplican la jurisprudencia de la Ejecutoria Suprema R.N.N. 547-2004-CUSCO que establece que *“no debe existir un intervalo de tiempo considerable pronunciado entre el último hecho comisivo del delito y la fecha de la denuncia”*, especificación pertinente dado que la víctima denunció el hecho a solo tres días de haberse perpetrado el delito. Por otra parte, destaca la respuesta favorable por parte de las autoridades quienes prontamente dieron su auxilio a la víctima. Dentro de las recomendaciones que propone la autora está el implementar una institución de apoyo a la víctima, así como destinar presupuesto para que las víctimas sean acogidas. Asimismo, contar con planes de acción para proteger la infancia. Con respecto a casos análogos al tratado la autora señala que el Ministerio Público cuenta con grandes dificultades en la implementación del nuevo Código Procesal Penal lo cual dificulta una actuación satisfactoria en la atención a la víctima. Por otra parte, destaca la importancia de la reparación civil en la restauración psíquica de la víctima, pues debería destinarse ese monto al tratamiento terapéutico de la víctima y en caso fuese insuficiente tomarse medidas que suplan estas necesidades. Por último, la autora concluye en que la sentencia al usar jurisprudencia, acuerdos plenarios y analizar los elementos pertinentemente es ejemplar. Sin embargo, no deja de hacer un llamado al Estado a destinar más fondos no solo en la implementación de un mejor sistema de justicia, sino en oportunidades que se traduzcan en prácticas preventivas, como por ejemplo una mayor oferta laboral para jóvenes.

- En la segunda parte de este Informe se encuentran tres interesantes artículos de análisis comunicacional, los dos primeros sobre las sentencias de violación sexual y trata sexual de personas, donde se evidencian el tratamiento en los medios de las sentencias y sus efectos en la opinión pública; y la última de ellas, sobre la cobertura de los medios de comunicación y la violencia contra las mujeres. Dichos artículos están a cargo de la periodista Carla De la Quintana.
- El artículo sobre la violencia sexual nos evidencia que la calidad de información de las notas periodísticas en Perú es baja, estas no son cargadas de insumos, como sentencias, investigaciones o cifras. Los medios no investigan sobre las causas de violencia sexual, dejando de lado las problemáticas que enfrenta en este sentido la mujer. Asimismo, se reconoce que dentro de ello, el abordaje de mayor profundidad, son

los referentes a la prevención del abuso infantil. La autora señala que los medios de comunicación tienden a reproducir los estereotipos de género, propios del sistema machista y patriarcal en el que nos encontramos, generando notas periodísticas en casos de violencia sexual, y violencia contra la mujer, cargadas de sensacionalismo. Ello refuerza los prejuicios machistas existentes en la sociedad, mostrando a la víctima como responsable o minimizando su daño y justificando al violador. Sobre la calidad de las notas periodísticas y la investigación sobre las mismas, continúa imperando la diferenciación entre mujeres menores de edad y mayores de edad. Lamentablemente observa que la información publicada sobre mujeres mayores de edad, se encuentra cargada de estereotipos de género, responsabilizándolas e incluso dando información íntima de la persona. Aunado a ello, los medios no informan sobre la vulneración de los derechos, además de exonerar al Estado de sus compromisos con el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Carla de la Quintana busca resaltar lo perjudicial que llega a ser el abordaje que realizan los medios de comunicación, por medio de la falta de rigurosidad en las notas periodísticas sobre violencia contra la mujer. Siendo la información vertida en la prensa, la que influye directamente sobre la opinión pública, la cual no puede generar conciencia en la ciudadanía, mientras esta no sea informada de la magnitud del problema y el trasfondo real que causa la violencia contra la mujer.

- Sobre el caso de la trata sexual de personas la autora señala que si bien los medios de comunicación no abordaron la sentencia judicial en específico si se orientaron a desarrollar de manera profunda el tema de trata de personas. Para esta investigación se recurrió como fuentes a los registros oficiales de la Policía Nacional, del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, del Ministerio de Interior y de las ONGs que trabajen el tema. Con estas fuentes los medios de comunicación informan sobre diversos elementos entre los que están el rango de edad de las víctimas, modalidades de captación, rutas de traslado, entre otros. Además la autora señala que los medios incluyen elementos sensibilizadores en sus investigaciones como los testimonios de las víctimas para poder evidenciar las secuelas psicológicas, físicas y morales que se producen de estos hechos. Por otro lado, señala De La Quintana, que los medios de comunicación incluyen información para la denuncia de estos casos y recomendaciones para poder prevenir que sucedan. El punto débil de estos informes está en omitir la actuación del Estado y el de hacer un seguimiento de los casos judicializados. La autora señala para el caso de la prensa popular, que la cobertura de estos temas se da a través de notas breves, en las que hay un relato descriptivo del hecho y que en ocasiones utilizan términos despectivos hacia las víctimas e inclusive sugieren su responsabilidad por el hecho sufrido. De La Quintana señala

que como la prensa popular es la más consumida, principalmente, por los estratos C y D, esta forma de tratamiento del tema es preocupante pues refuerza los estereotipos y prejuicios de género en una proporción considerable de la población peruana. Finaliza señalando la responsabilidad desde los medios de comunicación de informar al público de manera completa y veraz, tanto para contrarrestar las apreciaciones erróneas que se tienen sobre las víctimas de esta vulneración como para poder identificar las situaciones y las poblaciones de riesgos. Asimismo, recomienda realizar acciones de difusión y capacitación sobre el tráfico de las mujeres y la explotación sexual a los operadores de justicia, de esta manera se puede dar a conocer la normativa nacional e internacional y se puede sensibilizar acerca del problema con el fin de superar los prejuicios y estereotipos de género que influyen en sus sentencias.

- En su último artículo, De la Quintana, hace un análisis de la cobertura que ha tenido la prensa escrita en el devenir del año 2010 sobre la violencia contra las mujeres, ello de acuerdo a las características de las noticias cubiertas, así como de los estereotipos de género y temas frecuentemente usados, reflexionando sobre lo perjudicial que esto resulta para las mujeres. Asimismo, señala la gran influencia que tienen los medios de comunicación en la agenda pública, la que, lamentablemente al estar cargada de estereotipos machistas y patriarcales, repercuten en la opinión de las personas de una manera perjudicial, actuando como modelos socioculturales que multiplican las reacciones machistas, e invisibilizan las verdaderas causas de la violencia contra las mujeres. Sobre la presencia de la mujer en los medios de comunicación, se observa que sólo el 24% de las personas sobre las que se lee en prensa escrita, radio y televisión, son mujeres, asimismo, apelando a la objetividad de los medios, el artículo comenta que sólo el 6% de las notas tratan sobre igualdad de género o desigualdad de género. Siendo una gran mayoría los que refuerzan los estereotipos de género, sobre todo en las noticias de crímenes contra las mujeres. En la mayoría de las ocasiones que se menciona a la mujer en la prensa, es como víctima. Dentro de este contexto de víctima, no se desarrollan las razones de fondo de las agresiones, ni se mencionan las relaciones patriarcales que son usualmente causa directa de esta violencia. Contrariamente se tiende a invisibilizarla, a culpabilizarla, minimizar el daño causado, e ignorar las condiciones en las que viven estas mujeres, así como la asociación de la violencia con determinados grupos sociales, además de la patologización de estos hechos o su atribución a causas psicológicas del agresor. La autora menciona que durante el 2010 en el Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios se ingresaron 1035 piezas periodísticas sobre violencia contra las mujeres. En relación al enfoque efectuado, se tiene que los géneros informativos usualmente

son descriptivos, no informan el contexto en el que se desarrolló la violencia, lo que impide la comprensión del problema. De acuerdo a los temas de abordaje, informa que principalmente se centra en tres tipos de violencia: asesinato (48.50%), violencia sexual (20.77%) y violencia física (16.42%). En definitiva la presencia de las mujeres en los medios es mínima, cuando se mencionan, se encuentran subrepresentadas o como víctimas, y son pocas las veces que se enfocan las noticias en ellas, sin evidenciar la causa real de la violencia, impidiendo al lector saber las razones de fondo de la agresión. Una mínima parte de las notas periodísticas, se ocupan de la violación a los derechos humanos de las mujeres y diferencias de género existentes. Siendo mucho más grave, el resultado que provocan, pues al no desarrollar las causas reales de la violencia pasan desapercibidas responsabilidades mayores, como la del Estado, a quien se le debe exigir que implemente medidas para vencer la violencia contra las mujeres.

APÉNDICE EXTRACTOS DE SENTENCIAS

El Observatorio de Sentencias Judiciales reúne las decisiones de los tribunales de justicia de seis países de América Latina vinculadas con la protección y promoción de los derechos de las mujeres.

A continuación, se reproducen extractos de algunas de las sentencias más significativas de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, cuyos textos completos se encuentran disponibles en la página de Internet del Observatorio: www.articulacionfeminista.org.

TEMA	CASO	CITA EN EL OBSERVATORIO	PAÍS
Violencia contra las mujeres	Ortega, René Vicente s/ recurso de casación	OSJ Fallo 1234	Argentina
	Virzi, Víctor José p.s.a. abuso sexual agravado, etc. -Recurso de Casación	OSJ Fallo 1411	Argentina
	RIT C 1121-2010	OSJ Fallo 1053	Chile
	Registro N° 8243-2010 Lima	OSJ Fallo 969	Perú
	Sentencia C- 776 de 2010 MP: Jorge Iván Palacio Palacio	OSJ Fallo 1283	Colombia
Participación y acceso a lugares de decisión	Zigarán, María Inés, Sandoval, Patricia y otros c/ Estado Provincial s/ amparo	OSJ Fallo 788	Argentina
Derechos sexuales y reproductivos	F., A. L. s/ medida autosatisfactiva	OSJ Fallo 498	Argentina
	Sentencia C- 625/10 MP: Nilson Pinilla Pinilla	OSJ Fallo 1087	Colombia
	Sentencia T- 585 de 2010 MP: Humberto Antonio Sierra Porto	OSJ 1284	Colombia
Trabajo productivo y reproductivo.	Muñoz Huenqueo/ Saavedra Rojas	OSJ Fallo 1211	Chile
	Sentencia T-629/10 MP: Juan Carlos Henao Pérez	OSJ Fallo 1047	Colombia
	Sala de Casación Penal MP: Julio Enrique Socha Salamanca N° Radicado: 47752	OSJ Fallo 967	Colombia
Familias, identidad y desarrollo de la libre personalidad	F-2556-2010	OSJ Fallo 1054	Chile
	Sentencia T 051/10 MP Mauricio González Cuervo	OSJ Fallo 1433	Colombia
	Juez de Azuay solicita consulta de inconstitucionalidad de normas	OSJ Fallo 1111	Ecuador
Salud	Sentencia T 614/10 MP Luis Ernesto Vargas Silva	OSJ Fallo 1431	Colombia
Educación	Inconstitucionalidad Acuerdos Ministeriales sobre Abanderados y abanderadas en la Educación Básica y Media	OSJ Fallo 1479	Ecuador

País	Argentina
Caso	Ortega, René Vicente s/ recurso de casación
Tribunal	Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II
Fecha	07/12/2010
Tema	Violencia contra las mujeres
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1234

La noche del 18 de abril de 2009, en la estación Once del Ferrocarril Sarmiento de la Ciudad de Buenos Aires, en momentos en los que C. L. S., se encontraba caminando por el andén, el imputado se acercó a ella y le tocó los pechos por sobre su ropa. C.L.S. le dio aviso al personal policial que se encontraba en el lugar, quienes procedieron a la detención del imputado.

En el curso del proceso, la Defensa Pública Oficial solicitó la suspensión del juicio a prueba y el fiscal de la causa accedió a dicho pedido. En primera instancia el Tribunal resolvió no hacer lugar a la pretensión de suspender el proceso, razón por la cual la defensa interpuso recuso de casación.

La Cámara confirmó al decisión del Tribunal de primera instancia, argumentando: «... el pronunciamiento fiscal está sujeto al control de legalidad básico que es parte de la competencia de la jurisdicción respecto de los actos que se desenvuelven en las causas que tramitan ante sus estrados ... la suspensión del juicio a prueba supone la limitación de la persecución penal que se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal ... si bien es cierto que en el caso bajo estudio ha mediado consentimiento fiscal, también lo es que los sucesos aquí imputados constituyen hechos de violencia especialmente dirigidos contra la mujer. En tal sentido cabe recordar que de acuerdo con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belem Do Pará, esa violencia se concreta a través de ... 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 (art. 1) ... En tanto la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito -impunidad-, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos como los que conforman el objeto de requerimiento

fiscal ... En tal inteligencia, y siendo que la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley 24.632, el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal ... el consentimiento brindado por el Ministerio Público ha de ser ponderado concretamente en su legalidad de cara a las exigencias de la Convención de Belem Do Pará que trascienden las referencias al modo en que podría cumplirse la supuesta sanción a recaer, la reparación económica y las tareas comunitarias ofrecidas por Ortega, calificando el suceso como de bagatela o habitual. En virtud de todo ello, el impedimento legal antes aludido quita toda eficacia al consentimiento fiscal y legítima la denegatoria del tribunal”.

Esta sentencia trata adecuadamente la extensión de la obligación del estado de investigar los casos de violencia contra las mujeres, de acuerdo con las obligaciones internacionalmente contraídas.

País	Argentina
Caso	Virzi, Víctor José p.s.a. abuso sexual agravado, etc. –Recurso de Casación
Tribunal	Superior Tribunal de Justicia de Córdoba
Fecha	19/10/2010
Tema	Violencia contra las mujeres
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1411

El Sr. Virzi es condenado por la violencia sexual ejercida contra sus hijastras, ambas menores de edad. El Tribunal abunda en sus fundamentos sobre las condiciones de violencia intrafamiliar en que se desarrollaba la actividad delictiva del imputado, y expresa que: “Una vez más, nos encontramos frente a una persona, el imputado, que en una verdadera actitud de desprecio por los derechos de sus víctimas, sus hijastras, su esposa y su actual pareja (estas dos últimas en hechos que han merecido condena), hace valer su superioridad masculina, ya sea por su fuerza y/o por su carácter de proveedor

de los dineros necesarios para su subsistencia. Estas inconductas encuadran no solamente en el marco delictivo previsto por las normas penales, sino en el más amplio de los derechos humanos de las víctimas protegidas por normas supranacionales y que el Estado Argentino ha asumido la obligación de garantizar (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, incorporada al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por Ley 24.632; ley 26.485)”.

Por otra parte el Tribunal enmarca la violencia de género como un flagelo extendido en la sociedad que no conoce fronteras de nivel educativo ya que uno de los motivos por el cual el imputado recurre la sentencia ante el Tribunal Superior es porque no se ha valorado su escasa educación como circunstancia atenuante de la pena, frente a lo cual el Tribunal Superior sostiene que “el paradigma internacionalizado de superioridad masculina sobre la mujer, actuando como dueño de la misma, supera pautas educativas y se nutre de influencias culturales, no obstante obrar con plena conciencia de la antijuridicidad de su accionar, lo que se refleja en la negativa de sus acciones y en el vilipendio de su víctima, la mujer. El mayor o menor grado educativo puede hacer variar la importancia de la agravante, pero nunca jugar como un atenuante en este marco de violencia de género”.

Esta sentencia establece de un modo adecuado la problemática de la violencia contra las mujeres.

País	Argentina
Caso	Zigarán, María Inés, Sandoval, Patricia y otros c/ Estado Provincial s/ amparo
Tribunal	Tribunal en lo Contencioso Administrativo de Jujuy
Fecha	27/05/2010
Tema	Participación y acceso a espacios de decisión
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 788

En la provincia de Jujuy, un grupo de mujeres y varones promueve una acción de amparo tendiente a que se condene a los poderes públicos de la Provincia a arbitrar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos a una igualitaria participación de las mujeres en los cargos electivos en todo

el territorio provincial, estableciendo en las normas que rigen el proceso electoral el sistema denominado de cupos o cuotas.

El tribunal hace lugar a la acción de amparo y resuelve «condenar al Poder Ejecutivo y Legislativo de la provincia para que den cumplimiento con el mandato constitucional del art. 37 último párrafo, y disposición transitoria segunda de la Constitución de la Nación, sancionando y promulgando la ley reglamentaria allí prevista, en el plazo de tres meses, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias».

El tribunal sostuvo que: «... no obstante los diversos proyectos presentados en el seno de la Legislatura Provincial, los mismos no han sido tratados remitiéndose las actuaciones al archivo y por lo tanto no han tenido la consagración legislativa que establecen la Convención Sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por Ley 23.179 en el año 1985 y consagrado también en nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (arts. 37 y 75 inc. 22 y 23), cual es el establecimiento de normas positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres», constituyendo, por tanto, una omisión del Poder Legislativo. En este sentido, el Tribunal señaló que la cláusula constitucional que establece que la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas, «no ofrece alternativa alguna al poder legislador, razón por la que en este caso no le cabe más que subordinarse el cumplimiento de su cometido constitucional».

El caso fue apelado por la Provincia de Jujuy y el fallo fue revocado por el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy. En la actualidad, hay un recurso de apelación pendiente de resolución ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

País	Argentina
Caso	F., A. L. s/ medida autosatisfactiva
Tribunal	Superior Tribunal de Justicia de Chubut
Fecha	08/03/2010
Tema	Derechos Sexuales y reproductivos. Violencia contra las mujeres. Aborto.
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 498

Una adolescente de 15 años, embarazada como consecuencia de una violación cometida por su padrastro, solicita a las 8 semanas de gestación a través de su representante legal (su madre) que se le ordene a los médicos del hospital público de la provincia la realización de un aborto no punible. Fundó su pedido en las disposiciones del artículo 86 incisos 1 y 2 del Código Penal que regula aquellos supuestos en los que no es punible la interrupción del embarazo.

Las psicólogas intervinientes determinaron que la víctima presentaba síntomas depresivos, ideas suicidas y sostuvieron que «el embarazo es vivido como un evento extraño, invasivo, no es significado como hijo ... El impacto ha sido equiparado con el de un disparo en el aparato psíquico ... la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la adolescente implica grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida».

Los tribunales que intervinieron tanto en primera como en segunda instancia rechazaron la solicitud de la adolescente, pero el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut autorizó la interrupción del embarazo (que para esa fecha ya era de 20 semanas de gestación).

El Superior Tribunal fundamentó la decisión en una interpretación amplia del artículo 86 inciso 2 que se refiere al supuesto de violación, por entender que esta causal que habilita la interrupción del embarazo se aplica no sólo al caso de personas con alguna discapacidad mental, sino también al caso de personas con pleno uso de sus facultades, ya que el principio de legalidad en materia penal exige interpretar el permiso legal lo más ampliamente posible.

Si bien los jueces del Superior Tribunal votaron de forma unánime, uno de los magistrados dejó asentado que «puede considerarse contrario a la dignidad de A.G., menor de 15 años, obligarla a llevar adelante un embarazo producto de una denunciada violación, en contra de su expresa voluntad, lo que implicaría considerar a la niña gestante un mero instrumento. En tal sentido la solución a la que se arriba, si bien exige definiciones respecto de la interpretación a dar a una norma expresa del Código Penal, su artículo 86, inciso 2°, no implica asumir un criterio general aplicable a cualquier situación que se denuncie como subsumible en dicha norma. Cada caso exigirá un cuidadoso y responsable análisis de las circunstancias de hecho a fin de determinar si el mismo se encuentra abarcado o no por las previsiones de la norma».

Se trata de un caso en que por primera vez el máximo tribunal de justicia de una provincia da una interpretación amplia al artículo 86 inciso 2 del Código Penal, y sugiere al Poder Ejecutivo “para que en el marco de sus facultades, prontamente, prevea la elaboración de guías para los médicos que actúen en la Provincia con respecto a la atención integral de los abortos no punibles”.

El caso fue apelado y se encuentra pendiente de resolución por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pafs	Chile
Caso	Muñoz Huenuqueo/ Saavedra Rojas
Tribunal	Tribunales de Familia
Fecha	18/10/2010
Tema	Trabajo productivo y reproductivo. Propiedad y patrimonio
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1211

La sentencia acoge y decreta el divorcio de la pareja, por lo cual se procede al estudio de la procedencia de la compensación económica, en este caso para la cónyuge. Se plantea en el caso la problemática de probar el menoscabo económico y psicológico sufrido durante el matrimonio, lo cual implica un desequilibrio en las relaciones de familia.

El Tribunal de Familia, acoge parcialmente la demanda reconvenional de compensación económica, cuyo monto y modalidad de pago se encuentra detallada en el motivo vigésimo séptimo de la sentencia, para lo cual fundamenta de la siguiente manera: “Si bien es cierto que no existe antecedente de que la Señora se haya visto impedida de trabajar fuera del hogar durante el tiempo de la convivencia, no es menos cierto que tal impedimento dice relación con una opción de familia y considerando que, si bien durante la época del matrimonio que no hubo convivencia, esto es, a partir del año 1985, la demandante reconvenional inicia su actividad laboral, periodo en el cual vive sola con uno de los hijos en primer lugar y luego con ambos, lo hizo y la hace en la actualidad como una forma de mantener a sus hijos. Que, la sola comprobación del hecho anterior, además de lo expuesto en el considerando precedente, permite tener por acreditado que se ha generado un menoscabo en el patrimonio de la actora reconvenional el que resulta irrecuperable con el sólo ejercicio de una actividad lucrativa, cualquiera sea ésta, por parte de ella en el futuro. A mayor abundamiento, el trabajo doméstico no se traduce, por regla general, en la percepción de ingresos correlativos, en circunstancias que la demandante podía haber desarrollado y, de hecho lo hizo, en la medida de lo que podía y quería en trabajos de temporera, vendedora y aseo desde el cese de la convivencia, por lo que debe ser compensada por el demandado,

debiendo acogerse la acción de compensación económica. Que, en este mismo orden de ideas, como puede apreciarse la compensación económica constituye una forma de reparación de un menoscabo pasado, de la ausencia de ingreso del cónyuge que dedicó, como se ha venido diciendo, sus esfuerzos al cuidado de los dos hijos y del hogar, o de los que dejó de percibir cualquiera sea la actividad remunerada que realice, postergando su desarrollo personal y siendo especialmente relevante para esta sentenciadora, en la especie, producto de su precaria calificación laboral, los ingresos que recibe, su edad, su estado de salud y situación previsional deficiente, es decir lo que busca es proteger al cónyuge más débil en los casos del divorcio y la nulidad, principio fundamental consagrado en el artículo 3 de la Ley 19.947”.

Esta sentencia reconoce el valor económico del trabajo reproductivo que las mujeres dedican al hogar, y acuerda una compensación económica por ese trabajo no remunerado.

País	Chile
Caso	f-2556-2010
Tribunal	Corte Suprema de Justicia
Fecha	16/09/2010
Tema	Familias Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1054

Una mujer soltera deduce recurso de casación en el fondo contra la sentencia que había rechazado su solicitud de adoptar a una menor, dictada por el juez de la instancia. El juez consideró que no se cumplieron las exigencias previstas por el artículo 21 de la ley 19.260, es decir, no sería posible certificar la no existencia de matrimonios chilenos o extranjeros interesados en la adopción. Sin perjuicio de lo anterior, el juez mantiene el cuidado de la menor en la solicitante, hasta que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

Este caso plantea la discriminación contenida en la ley de adopción referente a mujeres y varones solteros que deseen adoptar un/a niño/a, cumpliendo los requisitos exigidos por ésta, por existir un orden de prelación que prefiere a personas casadas. Igualmente plantea la no aplicación por parte de los tribunales de la instancia del principio del interés superior del niño y de la

Convención de los Derechos del Niño porque los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación de la menor, desde la perspectiva de su interés, limitándose en sus razonamientos a establecer la improcedencia de la acción impetrada por no haberse cumplido supuestamente con los trámites que aseguran el respeto al orden de prelación dispuesto en el artículo 21 de la Ley 19.620.

La Corte Suprema acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por la solicitante, considerando: “Que habiendo sido bien evaluada la actora, no sólo es capaz de cubrir las necesidades materiales de la niña, sino que de brindarle cariño y protección, circunstancias esenciales para que la niña pueda desarrollarse bajo el amparo y protección de una familia, y siendo el interés superior del niño un principio fundamental en esta materia, los sentenciadores lo han preterido, al desatender los mandatos que el mismo impone en relación a la resolución de la materia debatida, lo que constituye una abierta infracción a lo dispuesto por los artículos 1º, 20 y 21 de la ley 19.620 y 3º y 21 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.” Conforme que “la adopción según lo dispone la ley 19.620 tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales cuando ello no le puede ser proporcionado por su familia de origen, por lo demás los antecedentes administrativos que cita el fallo atacado, no establecen irregularidades en el curso de la tramitación de la petición de adopción, que permitan desconocer el mérito de la formulada por la compareciente.”

Por ese motivo, se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por la solicitante.

País	Chile
Caso	RIT C 1121
Tribunal	Cuarto Juzgado de Familia de Santiago
Fecha	13/09/2010
Tema	Violencia contra las mujeres. Migraciones / mujeres rurales
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1053

Una mujer de nacionalidad peruana, migrante, residente en Chile, víctima de una grave violencia intrafamiliar por parte de su conviviente, solicita al tribunal de familia que éste la autorice a salir de Chile con su hija de dos años de edad, ya que el agresor, también de nacionalidad peruana, se niega injustificadamente a dar su autorización.

Este caso plantea la situación que viven muchas mujeres sumidas en relaciones violentas, en las que el agresor utiliza la ley y el sistema para ejercer aún más violencia en contra de ellas. En este caso, el ex conviviente de la solicitante, sancionado por violencia, está impedido de acercarse a ella por sentencia judicial, y sin embargo, pretende que permanezca en Chile, totalmente desamparada.

El Cuarto Tribunal de Familia de Santiago, decide autorizar la salida definitiva del país de la niña, con destino Perú junto a su madre. La jueza señala en su sentencia que ha adquirido la convicción para autorizar la salida del país, en base a que: “resulta altamente conveniente para la menor de autos, radicarse en el país de origen de su madre, lugar en que ésta cuenta con redes familiares de apoyo para poder reiniciar su vida, poder contar con una fuente de ingresos, y proporcionarle una habitación a su hija.” Considerando además la situación actual que posee la demandante, “quien vive de allegada en casa de unos tíos, y no cuenta con el apoyo económico del padre de su hija, quien tampoco mantiene un vínculo nutricional con su hija menor, a quien no visita, manteniendo con la actora una relación de alta disfuncionalidad que ha significado el inicio de causas en sede penal por el delito de maltrato habitual”. Se señala además que “en el evento que el demandado retomare el contacto con su hija, se le facilitará lo anterior, toda vez que éste también es peruano y su familia extendida se encuentra en dicho país.” Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 16.618, artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 8 N° 11 y 32 de la ley 19.968, se autoriza la salida definitiva del país de la niña.

País	Perú
Caso	Registro N° 8243-2010 Lima
Tribunal	Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura
Fecha	10/08/2010
Tema	Violencia contra las mujeres.
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 969

A través de la presente resolución, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) señala que el juez Zoilo Enrique Sotelo se habría apartado de su deber de garantizar el debido proceso al no motivar debidamente la resolución que emitió. La OCMA consideró que el magistrado realizó una motivación no solo aparente sino también incongruente que tuvo como consecuencia la liberación de un agresor que quemó el rostro, cuello y espalda a su pareja, arrojándole una olla de agua hirviendo.

La OCMA considera la existencia de indicios y actuación probatoria preliminar señalados por la Fiscal para sustentar que existiría riesgo de que el agresor eludiera la justicia, refiriéndose a un certificado médico legal en el que se señala el diagnóstico de la agraviada y el antecedente del agresor de haberse fugado después de la comisión de los hechos. Estas circunstancias llevaron a solicitar la detención preliminar excepcional del agresor por la presunta comisión de delito contra la vida, el cuerpo y la salud - Lesiones Graves. Frente a ello, el juez aplica un parámetro probatorio correspondiente a formalización de denuncia, pese a que se trataba de pedido de detención preventiva para lo cual era suficiente con lo sostenido por la Fiscal. En tal sentido, la OCMA señala que no se ha cumplido con un requisito de procedibilidad, el relacionado al certificado médico legal, pues el mismo no determinaría la existencia y gravedad de las lesiones. Ello porque aún cuando las describe determinando hasta el grado de las quemaduras, concluye en que «para pronunciar(se) se requiere informe médico detallado en el Hospital Loayza».

En base a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre como la debida motivación de las resoluciones judiciales «garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso», la OCMA resuelve abrir proceso disciplinario y ordena la medida cautelar de suspensión preventiva mientras se resuelva el procedimiento contra el Juez que ordenó la liberación del agresor en cuestión.

Con esta resolución, la OCMA se pronuncia directamente sobre el contenido de las decisión de un magistrado que terminó resolviendo este grave caso desde sus estereotipos de género, por los cuales no sólo no consideró la gravedad sino que cuestionó la existencia del agravio, aún cuando existía evidencia del mismo. En casos como éste, la falta de debida motivación que constituye un obstáculo frente al derecho de acceso a justicia de víctimas de violencia, permite ejercer el control de la magistratura sobre una decisión jurisdiccional.

País	Colombia
Caso	Sentencia C- 776 de 2010 MP: Jorge Iván Palacio Palacio
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	29/09/2010
Tema	Violencia contra las mujeres.
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1283

Una ciudadana demanda parcialmente los artículos 13 y 19 de la Ley 1257 de 2008 mediante la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres. En estos artículos se señalan dentro de las medidas del ámbito de la salud que deberá adoptar el Ministerio de la Protección Social, la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud para que incluya las actividades de atención a las víctimas que corresponda entre otras cosas a garantizar la habitación y alimentación de la víctima a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La demandante señala que los apartados señalados van en contra de la Constitución, por considerar que esta asigna una sola destinación a los recursos del sector de la salud, y que la ley confiere a los recursos de la salud una destinación diferente a esta, toda vez que los servicios de hotelería y comida para la víctima de agresión sexual y sus familiares no guarda relación con la recuperación de la salud, por ser ésta una función a cargo del Estado a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Corte en este caso tuvo que decidir si las prestaciones incluidas en los planes obligatorios del Sistema de Seguridad Social en Salud relacionadas con el alojamiento y la alimentación para las mujeres víctimas de la violencia pueden ser entendidas como parte del derecho a la salud y si las mismas desconocen el principio de destinación específica de los recursos de las instituciones de la seguridad social. La Corte decide declarar constitucionales los artículos demandados. Luego de un análisis de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Colombiano respecto a la protección de la mujer, dentro de los cuales se encuentra la CEDAW y con ella el compromiso de crear una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer mediante diferentes acciones, señala que las prestaciones en cuestión pueden válidamente ser incluidas por el Legislador como parte de las garantías propias del derecho a la salud cuando están relacionadas de forma inescindible con la atención a las mujeres víctimas de la violencia,

procurando prevenir actos hostiles en su contra que puedan significar perjuicios mayores. Además, siendo tales prestaciones inherentes al tratamiento médico, terapéutico o científico ordenado por personal especializado. Por ello, el Legislador cuenta con atribuciones para extender la protección a estas áreas, siempre y cuando se encuentren directamente ligadas al restablecimiento de la salud de la afectada.

En esta sentencia se reafirma la importancia de la creación de políticas públicas y leyes que disminuyan la discriminación y violencia que se ha ejercido sobre las mujeres históricamente. Así en cumplimiento de los compromisos internacionales el estado mediante la ley 1257 actuó acorde a la Constitución incluye dentro de las prestaciones esenciales del plan obligatorio de salud en casos de agresión contra las mujeres las prestaciones de vivienda y alimentación cuando estas influyan directamente en su estado de salud. Con ello adquieren relevancia los tratamientos de salud producto de tales agresiones, lo que implica que estos deben contar con una calidad e integralidad optimas para que la mujer obtenga unas condiciones de vida favorables y libres de violencia.

País	Colombia
Caso	Sentencia T-629/10 MP: Juan Carlos Henao Pérez
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	13/08/2010
Tema	Trabajo productivo y reproductivo
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1047

Una mujer interpone acción de tutela contra el bar Pandemo en donde trabajaba como prostituta por haber sido despedida sin tener en cuenta el estado de embarazo en el que se encontraba violando así sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, el debido proceso, la salud, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital.

En este caso la Corte Constitucional analizó el alcance y contenido de la prostitución como oficio para posteriormente determinar si una persona que se dedica a la prostitución, en particular cuando se encuentra embarazada, tiene la misma protección constitucional que otro tipo de

trabajadoras. La Corte decidió tutelar los derechos invocados y en consecuencia ordenó al propietario del establecimiento pagar una indemnización por despido injusto y las 12 semanas de salario por licencia de maternidad. Asimismo ordenó a la Defensoría del Pueblo acompañar a la mujer en dicho proceso y exhortó a las autoridades distritales administrativas y de policía sobre la necesidad de ejercer sus competencias en la protección de los derechos de las personas que ejercen la prostitución como respeto a la igualdad en el derecho al trabajo. Tal decisión se toma teniendo en cuenta que la prostitución voluntaria sin constreñimiento ni inducción es una actividad económica lícita, que puede predicarse de acuerdos celebrados entre establecimientos de comercio y las personas prostituidas. Así señala que habrá contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando el o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución (conducta castigada por el código penal), cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por el carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida. Por ello la protección constitucional debe darse más aún cuando no existe en la Constitución alguna disposición que autorice la discriminación negativa para quienes ejercen la prostitución. Por ello es dable que en tales condiciones se aplique la protección de la estabilidad laboral reforzada a la mujer en estado de embarazo haciendo efectivo el derecho de igualdad.

Esta sentencia es de gran importancia para los derechos de quienes libremente ejercen la prostitución. Ni la moral ni las buenas costumbres justifican que la ley trate de forma desigual a las personas discriminadas socialmente. Quienes ejercen la prostitución en el marco de la legalidad tienen los mismos derechos y libertades que el ordenamiento reconoce a cualquier ciudadano o ciudadana.

País	Colombia
Caso	Sentencia C- 625/10 MP: Nilson Pinilla Pinilla
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	10/08/2010
Tema	Derechos sexuales y derechos reproductivos
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1087

La Corte estudia la constitucionalidad de proyecto de ley por el cual se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsables y se establecen estímulos para los ciudadanos, estableciendo de manera gratuita la práctica de tales procedimientos.

El Poder Ejecutivo objeta la inconstitucionalidad del proyecto argumentando que tal ley generaría unos costos muy altos y que en consecuencia sería contraria al marco fiscal de mediano plazo.

La Corte declara su constitucionalidad teniendo en cuenta que los procedimientos de esterilización quirúrgica como la vasectomía y la ligadura de trompas hacen ya parte del Plan Obligatorio de Salud vigente. Así el costo financiero que se asume con el proyecto sería marginal, pues el sistema de seguridad social asume más del 79,3% de los habitantes del territorio nacional. Así mismo señala que los mandatos contenidos en el proyecto objetado apuntan a la materialización de importantes derechos sociales presentes en la Constitución Política (art. 42 inciso 8°) y repetidamente relevados por la jurisprudencia y por la doctrina internacional y los pronunciamientos de los órganos consultivos de derechos humanos, como son los derechos sexuales y reproductivos, y especialmente la posibilidad de controlar la fecundidad, decidiendo libre y responsablemente el número de hijos que una persona o una pareja desea tener. Esto incide en la reducción del número de embarazos no deseados, fenómeno que como es sabido afecta directamente la provisión de servicios sociales por parte del Estado, y aún más importante, la efectiva realización de los derechos de los niños (art. 44 Const.).

El que la Corte haya declarado la constitucionalidad del proyecto de ley indica su voluntad de adecuación de la normatividad interna a la normatividad internacional respecto a los derechos sexuales y reproductivos, evidenciando que debe priorizarse la protección de derechos sociales que inciden en su mayoría en la vida de las mujeres por sobre cuestiones fiscales.

Una mujer cabeza de hogar madre de ocho hijos ante su precaria situación económica no ha podido cancelar el servicio público de acueducto del inmueble en el cual habita, como resultado de tal incumplimiento hace mas de 16 meses se le suspendió el servicio de agua potable. Por intermedio de acción de tutela solicita que se realice la reconexión del servicio público a su inmueble.

En este caso la Corte tuvo que determinar si siendo un sujeto de especial protección constitucional, teniendo en cuenta las especiales condiciones en las que se encuentra, la mujer tiene derecho a la continuidad en la prestación del servicio de agua potable. La Corte decide amparar los derechos a la vida,

País	Colombia
Caso	Sentencia T 614/10 MP Luis Ernesto Vargas Silva
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	5/08/2010
Tema	Salud
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1431

dignidad humana y salud de la mujer y en consecuencia ordenar la reconexión previa la realización de acuerdos de pago haciendo uso de plazos amplios y cuotas flexibles que permitan la satisfacción de las obligaciones.

Luego de realizar un análisis de la normatividad nacional e internacional dentro de la cual se encuentra la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) indica que los Estados partes están obligados a asegurar el derecho de todas las mujeres a gozar de condiciones de vida adecuada particularmente en las esferas de vivienda, servicios sanitarios, la electricidad, y el abastecimiento de agua. Así establece que el derecho al agua potable destinada al consumo humano es un derecho fundamental, en tanto su afectación lesiona gravemente los derechos fundamentales, entre otros, a la vida digna, la salud y el medio ambiente. Por otro lado, señala que aunque la suspensión de los servicios públicos constituye una actuación legítima en caso de incumplimiento en el pago de las facturas, las empresas encargadas de su prestación deben abstenerse de adelantar dicho procedimiento cuando las personas afectadas por esa medida sean sujetos de especial protección constitucional.

Una madre cabeza de familia que se encontraba en estado de embarazo por cuarta vez, solicitó la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) ya que fue calificado de alto riesgo por antecedentes de eclampsia. La solicitud fue negada por el hospital donde se le estaba prestando atención médica. La mujer presenta una tutela que fue negada en primera instancia y en su impugnación.

La Corte Constitucional en sede de revisión tuvo que determinar si el hospital violó el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer al negarle a practicarle el procedimiento necesario por estar incurso en una de las hipótesis en la que esta no es punible, esto es, peligro para la

Pafs	Colombia
Caso	Sentencia T- 585 de 2010 MP: Humberto Antonio Sierra Porto
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	22/07/2010
Tema	Derechos Sexuales y derechos reproductivos
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1284

vida o para la salud física o mental de la madre. Así, decide tutelar los derechos invocados, previene al Hospital para que cuente con un protocolo de diagnóstico para aquellos eventos en que se advierta la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la salud de la vida de la madre y finalmente ordena a la superintendencia de Salud que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el mismo fin para que todas las empresas promotoras de salud cuenten con tal protocolo, que debe ser integral, e incluir una valoración del Estado de la salud mental.

Esta decisión fue tomada teniendo en cuenta que existe en Colombia un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos. La Corte indica que el derecho al acceso a los servicios de IVE incorpora una importante faceta de diagnóstico y la correspondiente obligación de los promotores y prestadores del servicio de salud de garantizarla mediante protocolos de diagnóstico oportuno que lleven a determinar si se satisface el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica para proceder, si lo decide la madre, a la IVE. Así, en el caso concreto al no proceder a un diagnóstico oportuno e integral ante la reiterada manifestación de la peticionaria de su deseo de someterse a la IVE debido a los graves síntomas que padecía, aunado a la falta de remisión inmediata de la accionante a una consulta psicológica desconocieron la fase de diagnóstico del derecho fundamental de la actora a la IVE.

País	Colombia
Caso	Sala de Casación Penal MP: Julio Enrique Socha Salamanca N° Radicado: 47752
Tribunal	Corte Suprema de Justicia
Fecha	18/05/2010
Tema	Trabajo productivo y reproductivo
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 967

Una mujer interpone acción de tutela en contra del Ministerio de la Protección Social por considerar vulnerados sus derechos a la familia y al trabajo en condiciones dignas al haber sido trasladada a otra ciudad mediante un sorteo, sin tener en cuenta que es madre cabeza de familia quien tiene a su cargo a su hija de cuatro años y a su madre de 65 años de edad, quien atraviesa una enfermedad grave y se encuentra en tratamiento en las ciudad de Cali.

En este caso la Corte en segunda instancia tuvo que decidir si se afectaron de estabilidad laboral reforzada de la madre cabeza de familia, al no tener en cuenta dicho carácter para realizar el traslado de la actora. La Corte decidió confirmar el fallo de primera instancia y en consecuencia tutelar los derechos de la mujer teniendo en cuenta que aun cuando el empleador tenga la facultad para modificar unilateralmente las condiciones de trabajo para sus empleados cuando las necesidades de servicio así lo requieran, la misma debe atender motivos razonables y justos, como la situación particular del trabajador. La entidad empleadora omitió hacer un análisis de la situación personal y familiar de cada uno de los que se encontraban en la situación de desempeñar el cargo, pues la accionante se encontraba en una situación de desventaja por ser madre cabeza de familia y por consiguiente el soporte económico y moral de su madre enferma y su hija menor, lo cual desconoce el artículo 43 de la Constitución que establece que el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Se acumulan tres trámites de acción de tutela en los que se solicita la protección de los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad y al buen nombre de tres ciudadanos que les fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por no cumplir con los requisitos que en materia probatoria estableció la sentencia C-336 de 2008 mediante la cual se garantiza a las parejas del mismo sexo el derecho al acceso a la pensión de sobrevivientes en igualdad de

País	Colombia
Caso	Sentencia T 051/10 MP Mauricio González Cuervo
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	2/02/2010
Tema	Familias
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1433

condiciones que a las parejas heterosexuales. La muerte de los causantes ocurrió en fecha anterior a la expedición de dicha sentencia.

La Corte tuvo que determinar si las autoridades administrativas y judiciales así como las Administradoras de los Fondos de Pensiones desconocen el derecho de compañeros y compañeras permanentes homosexuales a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en igualdad de condiciones a las que se sujetan los compañeros permanentes heterosexuales cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de la unión marital de hecho. La Corte decide tutelar los derechos invocados al indicar que la sentencia C-336 de 2008 no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante. La sentencia C521 de 2007 en donde se exige tal requisito fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse al caso de pensión de sobrevivientes, ya que las circunstancias y supuestos de hecho son distintos y exigen que el sentido y alcance de lo establecido en la sentencia C-521 de 2007 se ajuste a los supuestos de hecho que rodean el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, instituto cuya aplicación tiene lugar precisamente cuando acontece la muerte de uno de los compañeros permanentes. Así, la interpretación restrictiva de la que suelen partir las autoridades judiciales tanto como las Administradoras de los Fondos de Pensiones, desconoce por entero el mandato de igual trato consignado en el artículo 13 superior que busca asegurar que la ley no regulará de forma diferente “la situación de personas que deberían ser tratadas igual” ni que regulará “de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente”

Esta sentencia se constituye como un verdadero precedente positivo para las parejas del mismo sexo que quieran hacer valer sus derechos respecto a las pensiones de sobrevivientes que les deben reconocer respecto de su pareja fallecida.

País	Ecuador
Caso	Inconstitucionalidad: Acuerdos ministeriales sobre abanderados y abanderadas en la Educación Básica y Media
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	8/04/2010
Tema	Educación
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1479

Se presenta una acción pública de inconstitucionalidad argumentando que los diferentes acuerdos dictados por el Ministerio de Educación sobre el «Reglamento para la Elección del Abanderado, Portaestandarte y Escoltas de los Planteles Educativos de los Niveles Primario y Medio» violan la Constitución Política, lo cual provoca graves perjuicios a los estudiantes secundarios, incluida la hija del accionante, quien se ha visto vulnerada en sus derechos constitucionales al hacerse una interpretación subjetiva por parte de autoridades de menor nivel, sobre la eficiencia y espíritu de superación, para designar al abanderado del plantel y otras designaciones como estímulo que se otorga a los mejores estudiantes.

La Corte asume la demanda objetivando el derecho vulnerado que sería el de las y los estudiantes a la excelencia y su consecuente reconocimiento, con el de la garantía de los derechos sin discriminación, cabe decir a la igualdad e inclusión social; así como el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación y su obligatoriedad hasta el bachillerato o su equivalente. Finalmente el que frente a las diferencias que discriminan el estado debe actuar con medidas de acción afirmativa. Acogen el criterio extraído del Repertorio de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para distinguir entre “discriminación y diferencias de trato justificado”. Así la CIDH definió que sólo es discriminación una distinción cuando ... “carece de justificación objetiva y razonable”, y que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, sino conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”. Instrumento que además señala que de acuerdo

con ... “el criterio de razonabilidad, una distinción, por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1.1 de la Convención o de los similares aplicado en él, sería discriminatoria y, por ende ilegítima, cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente. De acuerdo con el criterio de proporcionalidad, una distinción, aún siendo razonable en función de la naturaleza y fines del derecho o institución específicos de que se trate, sería discriminatoria sino se adecua a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no se encaja armónicamente en el sistema de principios y valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo”.

La sentencia define al sujeto de derechos como quien se han destacado por su esfuerzo académico. La Corte parte de que la condición de reconocimiento a las alumnas o alumnos es por su rendimiento escolar y no podría ser por la permanencia en el mismo establecimiento. Una consideración importante es la referida a los principios de los derechos humanos dispuestos en la Constitución ecuatoriana: “Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley” artículo 11.3, inciso segundo. De igual manera y en relación directa con la aplicación de los derechos.

País	Ecuador
Caso	Juez de Azuay solicita consulta de constitucionalidad normas relativas a familia
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	24/08/2010
Tema	Familias
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1111

En el proceso que demanda reconocimiento de paternidad de un menor, en la provincia de Azuay, el juez remite la solicitud de consulta de constitucionalidad sobre la norma del Código Civil que regula la prescripción de acciones de reconocimiento de paternidad, y si ésta resulta compatible con los derechos a la identidad personal previstos en la actual constitución.

La norma del Código Civil presuntamente inconstitucional es el Artículo 257 que dispone “Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años, que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo”. La Corte determina que un derecho no puede jamás ser prescriptible. Siendo un derecho personalísimo sin límites por la edad del ciudadano o ciudadana, el conocer la identidad de la persona no puede prescribir una acción que lo demanda. Ello implica el derecho a la filiación y por tanto el reconocimiento de la paternidad y maternidad de la persona. La filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta, incluida en el derecho a la identidad personal. La sentencia declara inconstitucional el Artículo 257 del Código Civil.

Esta sentencia de constitucionalidad de una norma pone en cuestión un sentido prevalente en el aún vigente Código Civil que imponía plazos a situaciones reguladas en un ámbito que rebasaba el meramente patrimonial. Las relaciones familiares eran tratadas aún con plazos y con una tendencia contractual. La sentencia reconoce la inconstitucionalidad de la prescripción de las acciones de paternidad lo cual en el caso ecuatoriano sienta una jurisprudencia muy importante de jerarquía constitucional de los derechos humanos y de la libertad.

Las instituciones que integran la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género crearon en 2009 el Observatorio de Sentencias Judiciales y el Observatorio "Las mujeres en los medios".

El Observatorio de Sentencias Judiciales monitorea y difunde principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, con la convicción de que es fundamental pensar a nuestros respectivos países en el contexto de América Latina y compartir estrategias para la promoción de los derechos de las mujeres.

El Observatorio "Las mujeres en los medios" es una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa de estos países le dan al tema de violencia contra las mujeres.

Esta publicación es una compilación de artículos en donde se presentan las principales decisiones del año 2010 incluidas en la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales y su repercusión en los medios de comunicación. Visítenos en el sitio de Internet www.articulacionfeminista.org

La Articulación Regional Feminista es una alianza de organizaciones no gubernamentales y sociales de América Latina que trabaja coordinadamente por la promoción y defensa de los derechos de las mujeres y la justicia de género.



MDG3Fund



Development Cooperation
Ministry of Foreign Affairs

