

Citar Lexis N° 0003/012843 ó 0003/012844

Género: Doctrina
Título: "Ley Maria da Penha". Brasil adopta una ley específica para prevenir, investigar y sancionar la violencia doméstica y familiar contra la mujer
Autor: Villaverde, María S.
Fuente: SJA 4/10/2006

DERECHO – 12) Derecho extranjero

DERECHO DE FAMILIA – 09) Violencia familiar

SUMARIO:

I. Introducción.– II. Informe Final de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH.). Caso "Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil".– III. Ley 11340, del 7/8/2006.– IV. La violencia contra la mujer en el marco interpretativo de los sistemas internacional y regional de protección de los derechos humanos.– V. Instrumentos específicos de los sistemas internacional y regional de derechos humanos

I. INTRODUCCIÓN

El 7/8/2006 la República Federativa de Brasil ha adoptado la ley 11340 (1), llamada Ley Maria da Penha, que estipula un conjunto de acciones estatales destinadas a prevenir, investigar y sancionar la violencia doméstica y familiar contra la mujer y sus diferentes manifestaciones.

La Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH.) reconoce (2) a la Ley Maria da Penha como un paso significativo para lograr el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas al Estado brasileño en el Informe Final 54/2001 por la CIDH. en el caso "Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil", y de los contenidos consagrados en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (3) (en adelante, Convención de Belém do Pará), en cuyo art. 7 se enumeran precisamente los deberes de los Estados:

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

"a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

"b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

"c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

"d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o

poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

"e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

"f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

"g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y

"h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención".

En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH.) aplicó en el año 2001 la Convención de Belém do Pará por primera vez en la resolución de un caso individual: "María da Penha Maia Fernandes v. Brasil" (4) . María es un mujer brasileña que había padecido violencia física y psíquica por parte de su esposo, que en 1983 había intentado matarla en dos ocasiones, dejándola parapléjica a los 38 años. En 1998 la investigación judicial sobre los hechos se hallaba pendiente; por lo tanto la mujer presentó el caso ante la Comisión, siendo sus copeticionarios el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional –CEJIL.– y el Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres –CLADEM.–. La CIDH. emitió el Informe Final 54/2001, caso 12051, 16/4/2001, sentando como precedente de jurisprudencia internacional que la violencia doméstica es una violación de los derechos humanos.

En la presentación del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el estándar normativo invocado fue el concepto de violencia contra la mujer del art. 1 Convención de Belém 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 de lo público como en el privado".

Asimismo, se fundamentó la presentación en los estándares jurisprudenciales internacionales sobre el tema. En el caso, la recomendación general 19 del Comité CEDAW. (Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer) (5) , en la que se señala el vínculo entre violencia y discriminación: "La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre". La relación entre discriminación y violencia contra las mujeres se encuentra también reconocida en el art. 6 Convención de Belém do Pará: "El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación".

La denominada "discriminación sistémica" ha sido identificada como un obstáculo para el cumplimiento de los objetivos de la Convención de Belém do Pará en el Informe de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (6) (OEA.) para las cuatro subregiones (Mercosur, Andina, Central y Caribe): "Las pautas culturales discriminatorias también persisten en toda la región y mediante los valores del poder masculino y la subordinación femenina se mantiene una desigualdad sistémica entre los géneros en el plano socio-cultural, problema que está presente en todas las subregiones. La insensibilidad de los medios de información puede

reforzar la violencia en lugar de obrar para prevenirla y erradicarla".

En consecuencia, ambas problemáticas (discriminación y violencia) se consideran relacionadas y deben ser combatidas conjuntamente. Además de fundarse el caso ante la CIDH. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) en los estándares internacionales de derechos humanos y de documentárselo con la prueba específica del mismo, se aportó información confiable acerca de la situación general de las mujeres en relación con la violencia (o discriminación) del país denunciado (Brasil). Esa información ilustró a la CIDH. sobre el contexto general del caso puntual, como así también acerca de si el caso responde a un patrón generalizado de violencia o discriminación contra las mujeres en dicho país. Dicha información puede provenir de organismos públicos o privados, nacionales o internacionales (organismos de gobierno, universidades, organismos no gubernamentales y otros). Asimismo, se explicitó en la presentación que la resolución del mismo por la CIDH. podría suponer un avance significativo para los derechos humanos en el país de que se tratase, trascendiendo a la propia víctima. Indudablemente, todo precedente judicial interno o internacional supone un avance en la visibilidad del fenómeno y un valioso recurso como cita en el planteo futuro de causas.

II. INFORME FINAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH.). CASO "MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES V. BRASIL"

He de enunciar algunos puntos del Informe Final 54/2001, del 16/4/2001, de la CIDH., en el caso 12051, "Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil", a fin de ilustrar diversos conceptos de interés para todos los países de la región:

En el párr. 3º, a través de este caso individual, la CIDH. estableció la existencia de un patrón discriminatorio en Brasil por la tolerancia estatal frente a la violencia contra las mujeres en el seno familiar.

En el párr. 44º la CIDH. analiza la conculcación por Brasil del debido proceso y las garantías judiciales en el caso, con carácter de "violación independiente" de tales derechos respecto de la víctima.

En el párr. 50º la CIDH. describe los esfuerzos de Brasil por adoptar medidas positivas, pero también acentúa su ineficacia: "En este análisis del patrón de respuesta del Estado a este tipo de violaciones, la Comisión nota también medidas positivas efectivamente tomadas en el campo legislativo, judicial y administrativo. Resalta la Comisión tres iniciativas que tienen relación directa con el tipo de situaciones ejemplificadas por este caso: 1) la creación de delegaciones policiales especiales para atender denuncias sobre ataques a las mujeres; 2) la creación de casas refugio para mujeres agredidas; y 3) la decisión de la Corte Suprema de Justicia en 1991 que ha invalidado el concepto arcaico de 'defensa del honor' como causal de justificación de crímenes contra las esposas. Estas iniciativas positivas, y otras similares, han sido implementadas de una manera reducida con relación a la importancia y urgencia del problema, tal como se indicó anteriormente. En el caso emblemático en análisis, no han tenido efecto alguno".

La CIDH. fundamenta la violación de la Convención de Belém do Pará en la conducta negligente del Estado brasileño ante las omisiones de tutela por sus órganos judiciales, con la agravante de que se trata de una tolerancia de carácter sistemático. En el párr. 55º señala que "La impunidad [de] que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la Sra. Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex marido sufridas por la Sra. Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido

demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática".

Destaca la CIDH. que la conducta tolerante y generalizada del Estado ante estas prácticas viola la obligación de sancionarlas pero también la de prevenirlas, dado que al no castigarlas las facilita. Obsérvese este concepto, considerando que la tolerancia estatal ante la violencia contra las mujeres es una práctica extendida cuya erradicación se halla pendiente.

En el mismo sentido, el documento titulado "Estado de la población mundial 2005: La promesa de igualdad. Equidad de género, salud reproductiva y objetivos de desarrollo del milenio", del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA.): "Debido a que la violencia por motivos de género es tolerada tan ampliamente, para el éxito de las acciones se requiere, en última instancia, una transformación social. Entre los componentes de enfoques integrales exitosos cabe mencionar: sistemas jurídicos fortalecidos, inversiones en seguridad, educación, salud reproductiva y derechos reproductivos, y habilitación económica de la mujer; educación sensible a las cuestiones de género desde edad temprana; sistemas de salud pública que prevean atención y apoyo apropiados a las víctimas; movilización de las comunidades, los líderes religiosos y de opinión y los medios de difusión; e involucramiento de los hombres jóvenes y adultos para que adopten una firme posición sobre esta cuestión" (7).

En el párr. 56° la CIDH. afirma que "Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos".

Sobre la adopción por parte de la mayoría de los Estados de la región de algunas medidas para erradicar la violencia contra las mujeres, la CIDH. advierte acerca de que, como a Brasil en este caso, ello no los exime de responsabilidad por las que aún no han tomado; o por las que sean ineficaces para cumplir las obligaciones internacionales asumidas.

En el párr. 57° la CIDH. explica que "En relación con los incs. c y h del art. 7 [de la Convención de Belém do Pará], la Comisión debe considerar las medidas tomadas por el Estado para eliminar la tolerancia de la violencia doméstica. La Comisión ha llamado la atención positivamente por varias medidas de la actual Administración con ese objetivo, en particular la creación de delegaciones especiales de policía, los refugios para mujeres agredidas, y otras. Sin embargo en este caso emblemático de muchos otros, la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima establece una muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica. El art. 7 Convención de Belém do Pará parece ser una lista de los compromisos que el Estado brasileño no ha cumplido aún en cuanto a este tipo de casos".

Otro tema de trascendencia del Informe de la CIDH. es el relacionado con los derechos humanos cuya vigencia queda obstaculizada o negada en los casos de violencia familiar, en este caso, de las mujeres.

En el párr. 58° "la Comisión considera que en este caso se dan las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y existe responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento del Estado a sus deberes establecidos en los arts. 7.b , d, e, f y g de esa Convención, con relación a los derechos por ella protegidos, entre ellos, a una vida libre de violencia (art. 3), a que se

respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (arts. 4.a , b, c, d, e, f y g)".

Los párrs. 60° a 63° del Informe Final se destinan a las conclusiones de la CIDH. y a las recomendaciones (8) destinadas a Brasil, pero que no son ajenas a los demás países de la región: "Recomendaciones. Completar lo antes posible, el procesamiento del agresor; investigar y determinar las responsabilidades por el retardo injustificado de ese procesamiento; tomar las medidas administrativas, legislativas y judiciales correspondientes; reparar las consecuencias e indemnizar a la víctima; y continuar y reforzar el proceso de reformas tendientes a evitar la tolerancia estatal y el tratamiento discriminatorio en relación con la violencia en contra de las mujeres".

III. LEY 11340, DEL 7/8/2006

A los fines de dar cumplimiento con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH.) en el Informe Final del caso "Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil", la ley 11340 –estructurada en seis títulos– en su art. 1 estipula que en ella crea mecanismos para sancionar y prevenir la violencia doméstica y familiar contra la mujer en los términos de la Constitución Federal, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Violencia Contra la Mujer (la CEDAW.), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y de otros tratados internacionales ratificados por la República Federativa de Brasil; dispone la creación de los Juzgados de Violencia Doméstica y Familia Contra la Mujer; y establece medidas de asistencia y protección para las mujeres en situación de violencia doméstica o familiar.

En el tít. II, integrado por dos capítulos, se define el concepto básico de la ley (violencia doméstica y familiar contra la mujer), cuya violación se considera un atentado contra los derechos humanos, y se enumeran y describen sus diferentes formas de concreción.

Así, en el art. 5 del cap. 1 se define a la violencia doméstica y familiar contra la mujer, a efectos de la ley, como "cualquier acción u omisión basada en el género que le cause muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psicológico y daño moral o patrimonial:

"1) en el ámbito de la unidad doméstica, entendida como un espacio de convivencia permanente de personas, con o en vínculo familiar, incluso las esporádicamente incorporadas;

"2) en el ámbito de la familia, entendida como una comunidad formada por individuos que sean o se consideren vinculados, unidos por lazos naturales, por afinidad o por voluntad expresa;

"3) en cualquier relación íntima de afecto, en la cual el agresor conviva o haya convivido con la ofendida, independientemente de la cohabitación".

En un párrafo único agregado al art. 5 se aclara que las relaciones personales enunciadas en este artículo no dependen (indepdem) de la orientación sexual.

Merece especial mención el art. 6 del mismo capítulo, en el que, conforme lo hiciera Informe Final de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Maria da Penha", se reconoce que la violencia doméstica y familiar contra la mujer constituye una de las formas de violación de los derechos humanos.

En el art. 7 del cap. 2 se definen detalladamente cinco formas de violencia doméstica y familiar contra la mujer (física, psicológica, sexual, patrimonial y moral), enumeración que queda abierta a otras formas no contempladas específicamente en este precepto. Se entiende:

"– por violencia física, cualquier conducta que ofenda la integridad o la salud corporal;

"– por violencia psicológica, cualquier conducta que cause daño emocional y disminución de la autoestima o que perjudique o perturbe el pleno desarrollo, o dirigida a degradar o controlar acciones, comportamientos, creencias o decisiones, mediante amenaza, constreñimiento, humillación, manipulación, aislamiento, vigilancia constante, persecución contumaz, insulto, chantaje, ridiculización, exploración o limitación del derecho de ir o venir o cualquier otro medio que cause perjuicio a la salud psicológica y a la autodeterminación;

"– por violencia sexual, cualquier conducta que la obligue a presenciar, a mantener o a participar de una relación sexual no deseada, mediante intimidación, amenaza, coacción o uso de la fuerza; que la induzca a comercializar o a utilizar, de cualquier modo, su sexualidad; que le impida utilizar cualquier medio contraceptivo o que la fuerce al matrimonio, a la gravidez, al aborto o a la prostitución, mediante coacción, chantaje, soborno o manipulación; o que limite o anule el ejercicio de sus derechos sexuales o reproductivos;

"– por violencia patrimonial, cualquier conducta que configure retención, sustracción o destrucción parcial o total de sus objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos o recursos económicos, incluyendo los destinados a satisfacer sus necesidades; y

"– por violencia moral, cualquier conducta que configure calumnia, difamación o injuria".

El tít. III se halla consagrado a la regulación del sistema de asistencia de la mujer en situación de violencia doméstica y familiar, en el que se prevén medidas integradas de prevención (art. 8), la asistencia a la mujer en el situación de violencia doméstica y familiar (art. 9) y la atención por la autoridad policial (arts. 10, 11 y 12).

En el tít. IV, estructurado en cuatro capítulos, se regula el procedimiento.

El cap. 1 sobre disposiciones generales se integra con:

– el art. 13, en el que se dispone que al proceso, al juzgamiento y a la ejecución de las causas civiles emergentes de la práctica de violencia doméstica y familiar contra la mujer se aplicarán las normas de los Códigos de Proceso Penal y Proceso Civil y de la legislación específica relativa al niño y al adolescente que no entren en conflicto con lo establecido en la presente ley; y

– el art. 14, que prevé la creación de los Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar Contra la Mujer –como órganos de la justicia ordinaria con competencia civil y criminal– para el proceso, juzgamiento y ejecución de las causas emergentes de la práctica de la violencia doméstica y familiar contra la mujer; en un párrafo –denominado único– del mismo artículo se explicita que los actos procesales podrán realizarse en horario nocturno, conforme lo dispongan las normas de organización judicial; y el art. 15 regula la competencia territorial.

En el cap. II se estipulan las medidas protectivas de urgencia, en cuya secc. 1ª, sobre "Disposiciones generales", se la caracteriza en el art. 19 y se prevé la prisión preventiva del agresor en el art. 20. En la secc. 2ª se regulan las medidas protectivas de urgencia que obligan al agresor (suspensión de portación de armas,

alejamiento del hogar, domicilio o lugar de convivencia con la ofendida, prohibición de determinadas conductas –entre ellas: aproximación a la ofendida, a sus familias y a testigos, fijando un límite mínimo de distancia; contacto con la ofendida, sus familiares o testigos por cualquier medio de comunicación; concurrencia a determinados lugares a fin de preservar la integridad física y psicológica de la ofendida–; restricción o suspensión de visitas de los menores de edad, una vez que haya sido oído el equipo de atención multidisciplinaria o un servicio similar; y prestación de alimentos provisionales (o provisionales); y en la secc. 3ª, las medidas protectivas de urgencia para la ofendida (arts. 23, respecto de la protección de su persona, y 25, respecto de la protección patrimonial de los bienes de la sociedad conyugal o de propiedad particular de la mujer).

En el cap. III se regula la actuación del Ministerio Público.

En el cap. IV, dedicado a la asistencia jurídica, se dispone en el art. 27 que en todos los actos procesales, civiles o criminales, la mujer en situación de violencia doméstica y familiar deberá ser acompañada por un abogado, con excepción de lo previsto en el art. 19, en el que se estipula que las medidas protectivas de urgencia podrán ser otorgadas por el juez, a solicitud del Ministerio Público o a pedido de la ofendida. En el art. 28 se garantiza a la mujer en situación de violencia doméstica o familiar el acceso a los servicios de Defensoría Pública o de Asistencia Judicial Gratuita, en los términos de la ley, en sede policial y en sede judicial, mediante atención especializada y humanizada.

El tít. V reviste particular importancia, dado que en su art. 29 se establece que los Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar Contra la Mujer podrán contar con un equipo de atención multidisciplinaria, integrado por profesionales especializados en las áreas psicosocial, jurídica y de salud. En el art. 30 se define su actuación, disponiendo que le compete al equipo, entre otras atribuciones que le fueran reservadas por la legislación local, proporcionar asistencia al juez, al Ministerio Público y a la Defensoría Pública, mediante informes o verbalmente en audiencias, y desarrollar tareas de orientación, prevención y otras medidas destinadas a la ofendida, al agresor y a los familiares, con especial atención a los niños y a los adolescentes.

Finalmente, los títs. VI y VII estipulan disposiciones transitorias y finales, respectivamente, en los arts. 33 a 45.

IV. LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL MARCO INTERPRETATIVO DE LOS SISTEMAS INTERNACIONAL Y REGIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (9)

La sanción de la ley 11340, llamada Ley Maria da Penha, da cuenta de cómo la resolución de un caso individual ante un organismo del sistema de protección regional de derechos humanos –el de "Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil" (10) –, además de su valor intrínseco como acto de justicia en la vida de una mujer, le otorgó al fenómeno de la violencia sistemática contra las mujeres la visibilidad y el estatus (por tratarse de un problema de derechos humanos) necesarios para ocupar un lugar de especial consideración en la agenda gubernamental.

Como corolario ha de tenerse presente que cuando los Estados ratifican tratados o convenciones internacionales en materia de derechos humanos, adquieren las obligaciones de respetar y de garantizar, en el ámbito nacional, los compromisos adquiridos (11) mediante leyes, políticas y prácticas que se hallen en armonía con dichos derechos:

– "La obligación de respetar se caracteriza por la abstención del Estado de intervenir o turbar el disfrute de los derechos. Implica la existencia de límites en el ejercicio del poder estatal, siendo estos límites los derechos

humanos; los Estados no pueden violar (directa o indirectamente) esos atributos inherentes a la persona humana. El respeto conlleva la protección, pues obliga al Estado a impedir que terceros obstaculicen u obstruyan el disfrute de derechos de una persona o grupo de personas".

– "La obligación de garantizar consiste en facilitar el acceso al disfrute del derecho, en adoptar las medidas necesarias y desarrollar condiciones (promoción) que permitan a todas las personas el goce pleno y efectivo de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos de la ONU. en su observación general 28, ha señalado que la obligación de garantizar también comprende las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar los daños producidos en perjuicio de las personas".

Por lo tanto, es deber de los Estados no sólo no vulnerar directamente los derechos humanos, sino también asegurar las condiciones que posibiliten su respeto, protección, goce y ejercicio. El reconocimiento y la eficacia de los derechos humanos constituyen el pilar básico del desarrollo y de la democratización real de una sociedad.

V. INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS DE LOS SISTEMAS INTERNACIONAL Y REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Concluiré la presentación de la novel ley con un breve excurso por los dos instrumentos jurídicos de los sistemas de protección regional e internacional de derechos humanos, básicos para el tratamiento de la violencia contra la mujer –específicamente para la interpretación de la normativa que regula dicho fenómeno social– y que forman parte de los Derechos positivos brasileño y argentino, y a los que remite expresamente la ley 11340 en su art. 1:

– la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (LA 1994–B–1669) (en adelante, CEDAW.), adoptada en 1979, perteneciente al sistema internacional de protección de los derechos humanos e incluida en la nómina del art. 75 inc. 22 CN. (LA 1995–A–26); y

– la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (en adelante, Convención de Belém do Pará), adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 9/7/1994 y aprobada sin reservas mediante la ley 24632, que rige a partir del 9/4/1996 (LA 1996–A–160).

La justificación de esta referencia a las normas del Derecho Comunitario radica en situar la problemática de la violencia familiar en el marco del sistema de protección de los derechos humanos internacional e interamericano, lo que conlleva el examen de las implicancias del incumplimiento (12) de los compromisos internacionales por parte de los Estados en los casos en que las políticas, la legislación y la jurisprudencia no se adecuen efectivamente a dicha normativa.

Se ha afirmado que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (la CEDAW.) constituye una verdadera Carta Magna de los derechos de las mujeres, cuya violación compromete la responsabilidad internacional de los Estados parte. Sin embargo, también se ha advertido que se trataría de un conjunto de derechos a los que se los podría calificar como "devaluados", debido a la falta de previsión de mecanismos de quejas individuales para denunciar su violación y exigir su reparación. El Protocolo Facultativo (13) a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW.), veinte años después, en 1999 (14), viene a cubrir dicho vacío instaurando la posibilidad para las mujeres víctimas de violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención de plantear denuncias ante los órganos de protección internacional de derechos humanos frente a situaciones de discriminación que no puedan resolverse localmente. El Protocolo prevé también la posibilidad de

investigar violaciones graves o sistemáticas en Estados parte que hayan aceptado esta competencia.

Hasta la aprobación del Protocolo el único procedimiento disponible en relación con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW.) era el de supervisión y presentación de informes por parte de los Estados. La aprobación del Protocolo Facultativo coloca a esta Convención en condiciones de igualdad con tres de los seis grandes tratados internacionales de derechos humanos, así como con los sistemas interamericano y europeo, que dan a sus organismos de supervisión y monitoreo autoridad para recibir y considerar comunicaciones.

Sobre el Protocolo Facultativo debe destacarse que: 1) Sin crear nuevos derechos, establece un mecanismo de exigibilidad de los derechos sustantivos establecidos en la Convención y que son obligaciones de los Estados parte; 2) Equipara la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW.) a otros instrumentos internacionales de derechos humanos (como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos); 3) Es un mecanismo de supervisión de la Convención y de su aplicación práctica y no tiene carácter jurisdiccional; 4) Permite comunicaciones sobre denuncias e investigación de casos individuales o violaciones extensivas de derechos humanos de las mujeres; 5) Permite la identificación de medidas o recomendaciones que constituyan una reparación de la violación causada.

Sin embargo, aun cuando conforme al art. 75 inc. 22 CN. la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW.) tiene rango constitucional desde 1994, la Argentina –al igual que Benín, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Chile, Colombia, Cuba, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Indonesia, Liberia, Madagascar, Malawi, Nepal, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles, Sierra Leona y Tayikistán– no ha ratificado el Protocolo Facultativo, aunque lo firmó el 28/2/2000 (15).

Con referencia a la Convención de Belém do Pará se ha señalado que el desconocimiento judicial de la misma "puede configurar sentencia arbitraria y dejar expedita la vía de la inconstitucionalidad nacional y la de la instancia supranacional (arts. 7 y 12 ley 24632 y su remisión a los arts. 46 y 47 Pacto de San José de Costa Rica)" (16).

Cabe mencionar un valioso antecedente de la jurisprudencia nacional en el que la sala F de la C. Nac. Civ. el 13/8/1999 aplicó la Convención de Belém do Pará, "por la cual el Estado debe `adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad' (art. 7 inc. d). A efectos de dar cumplimiento a dicha normativa y para asegurar provisionalmente los derechos de la denunciante reconocidos por la Convención, ante la existencia en la especie de elementos que prima facie demuestran la probabilidad de que la actora eventualmente pueda sufrir perjuicios irreparables por la reiteración de los hechos por los que se condenó al demandado en sede penal, no existe obstáculo para ejercer la potestad jurisdiccional del art. 232 CPCCN. (t.o. 1981, LA 1981-B-1472) de ordenar medidas urgentes que se juzguen adecuadas para evitar eventuales perjuicios (conf. De Lázzari, Eduardo N., `La cautela material', JA 1996-V-651)" (17).

Sobre dicha recepción Cançado Trindade ha afirmado que "La regla de los recursos internos da testimonio de la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en el presente contexto de la protección; los recursos internos forman parte integral de la propia protección internacional de los derechos" (18). Reiteradamente ha afirmado la CIDH. que el sistema interamericano tiene el carácter de "coadyuvante o complementario" de los sistemas nacionales. La regla de agotamiento de los recursos internos "permite a los Estados solucionar previamente las cuestiones planteadas dentro del marco jurídico propio antes de verse enfrentados a un proceso internacional".

Merece tenerse presente que si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre casos específicos de cuestiones relativas a violencia o discriminación en razón del género, dicho organismo –en el marco de opiniones consultivas que son de vital importancia para conocer el alcance de los derechos que se consagran en el sistema– se ha referido a la no discriminación de las mujeres en la opinión consultiva OC. 4/1984. Ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH.) la encargada de aplicar la Convención de Belém do Pará por primera vez en la resolución del caso individual de Maria da Penha Maia Fernandes, con cuyo nombre se identifica a la flamante ley 11340, en homenaje a las mujeres que –como María– aún en el siglo XXI no disfrutaban de todos sus derechos humanos ni de sus libertades fundamentales.

NOTAS:

(1) .

(2) . Comunicado de prensa 30/2006, del 11/8/2006, Washington DC.: "La Relatoría reconoce el proceso participativo que conllevó la elaboración del contenido de esta ley, incluyendo la presencia fundamental de organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la defensa y protección de los derechos de las mujeres. La Relatoría celebra la adopción de esta ley y exhorta al Estado brasileño a continuar adoptando medidas para facilitar su implementación efectiva, incluyendo el diseño de políticas públicas multisectoriales y preventivas, una reglamentación pertinente, asignaciones de recursos apropiadas para hacer sus contenidos una realidad, y medidas de capacitación y sensibilización para funcionarios públicos".

(3) Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (en adelante, Convención de Belém do Pará), aprobada en la República Argentina mediante la ley 24632 .

(4) Sitio web del IIDH., , de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, .

(5) El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (art. 17 CEDAW.) es el encargado de examinar los progresos realizados por los Estados parte en la aplicación de la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (la CEDAW.), a través de los siguientes mecanismos o procedimientos: examen de los informes iniciales o periódicos presentados por los Estados parte, observaciones o comentarios finales a dichos informes y recomendaciones generales. Además, a partir de 1999 cuenta con dos mecanismos adicionales incluidos en su Protocolo Opcional: el procedimiento de comunicación y el procedimiento de investigación. Las recomendaciones son instrumentos relevantes para la aplicación de la CEDAW., dado que intentan generar una jurisprudencia sustantiva sobre el articulado de la Convención. Aunque la violencia de género no es explícitamente mencionada en el texto de la CEDAW. aprobado en 1979, el CEDAW. (es decir, el Comité) en la recomendación general 19 emitida en 1992 señala que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

(6) "Informe de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará . Resultados de las reuniones subregionales de expertas. Estrategias a seguir", XXXI Asamblea de Delegadas, OEA./Ser.L/II.2.31, 29 al 31/10/2002, Punta Cana, CIM/doc.7/02, 20/9/2002, original en inglés.

(7) "Los hombres forman equipos para eliminar la violencia contra la mujer" (p. 73,). Recomiendo la lectura del cap. VI del documento titulado "Estado de la población mundial 2005: La promesa de igualdad. Equidad de género, salud reproductiva y objetivos de desarrollo del Milenio", del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA.). Asimismo, resulta de interés el sitio .

(8) Pizzolo, Calogero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal", LL del 10/7/2006, p. 1. Sobre el Informe Final y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Se discute en la doctrina sobre el carácter de sus recomendaciones de la Comisión IDH. Los argumentos que restan valor a la interpretación que de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH. [LA 1994-B-1615]) hace la Comisión IDH. sostiene que ésta tiene una naturaleza distinta que la Corte IDH., pues esta última es un tribunal, en tanto que la Comisión IDH. no lo es. La Corte IDH. emite pronunciamientos definitivos. La Comisión IDH. no: su criterio puede, en definitiva, no ser compartido por la Corte IDH., quien puede fallar en su contra. El mismo tribunal dicta sentencias con autoridad de cosa juzgada, la Comisión IDH. no (en este sentido, Néstor Sagüés, JA 1997-II-745)". Ante estos posicionamientos Calogero Pizzolo explica que "de acuerdo con el proceso de tramitación de denuncias previsto por la CADH., durante la etapa en que interviene la Comisión IDH., frente al incumplimiento del Estado denunciado de las recomendaciones hechas en el informe preliminar (art. 50 CADH.), la Comisión IDH. tiene dos opciones: o eleva el caso a la Corte IDH., o bien publica el informe final (art. 51 CADH.). Esta publicación tiene efectos jurídicos no siempre estimados por las doctrinas negatorias de la obligatoriedad de dicho informe final; pues la publicación significa concluir la instancia de revisión internacional. No se ha estipulado una nueva instancia de revisión y, además, no se puede recurrir a una instancia de revisión internacional diversa, pues, por principio, las denuncias ante un organismo internacional de control proceden en la medida en que la materia de la petición no haya sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional (arts. 46.1.c CADH.; y 5.2.a PIDCP. [LA 1994-B-1639], Protocolo Facultativo). En consecuencia, el informe final se equipara, en cuanto a su utilidad para la víctima y para la interpretación del sistema interamericano, a la utilidad de una sentencia de la Corte IDH. en la medida en que ambas coinciden en establecer si existe violación de las obligaciones asumidas por los Estados. Por ello, insistir en restar valor a estos informes finales significaría promover una discriminación insostenible entre víctimas de violaciones a los derechos humanos que alcanzan con una sentencia de la Corte IDH. la tutela efectiva de sus derechos, y víctimas de violaciones a los derechos humanos que obtienen una promesa de tutela efectiva de sus derechos, pues el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión IDH. dependen de que, a diferencia de las sentencias de la Corte IDH., se estimen vinculantes o no. De más está decir que una discriminación de este tipo nada tiene de compatible con el objeto y fin de un instrumento internacional sobre derechos humanos".

(9) La protección internacional de los derechos humanos se desarrolla en el seno de organizaciones internacionales de tipo universal (Naciones Unidas) y regional (Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa, Organización de la Unidad Africana, Liga de Estados Árabes, Comunidad de Estados Independientes). En la actualidad sólo la Región Asia-Pacífico no cuenta aún con un sistema de protección de derechos humanos propio, aunque desde hace un tiempo se intenta su creación.

(10) Sitio web del IIDH.: .

(11) Comisión Andina de Juristas, "Protección de los derechos humanos de la mujer. Estándares internacionales", 2000, Perú.

(12) Bidart Campos, Germán J., "La aplicación judicial de la Convención sobre los Derechos del Niño" , ED 150-514, nota al fallo 44836, Juzg. Nac. Civ., n. 10, 16/7/1992, "B., R. A. v. D. F., E": "...los Tratados se ratifican e ingresan al derecho interno de modo directo y automático, y en él han de surtir los efectos que interpretándolos de buena fe y con lealtad internacional, tienen previstos en sus normas. Es una obligación interna e internacional. Y los tribunales judiciales no se eximen de cumplirla. Todo lo contrario, diríamos que generalmente son los primeros que quedan convocados para dar efectividad a los tratados en cada causa judicial en la que su aplicación está comprometida o en juego –directa o indirectamente–".

(13) Los tratados de derechos humanos suelen seguirse de "Protocolos Facultativos" que establecen procedimientos en relación con el tratado, o bien desarrollan determinados contenidos del mismo. Se ha afirmado que los protocolos facultativos de los tratados de derechos humanos son "tratados por derecho propio", abiertos a la firma, adhesión o ratificación de aquellos países que son parte del tratado principal.

(14) Asamblea General de Naciones Unidas –A/RES/54/4–. El 6/10/1999, en la 44ª sesión, la Asamblea General adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención el día 6/10/1999 mediante su resolución A/RES/54/4. El período para la firma del Protocolo Facultativo se abrió el día 10/12/1999, el Día de los Derechos Humanos. El 22/12/2000, tras la recepción del décimo instrumento de ratificación, el Protocolo entró en vigor. El Comité adoptó su primera decisión sobre una comunicación basada en el art. 2 del Protocolo Facultativo en julio de 2004. Desde entonces ha adoptado las siguientes decisiones/dictámenes: "B. J. v. Alemania", 1/2003; "A. T. v. Hungría", 2/2003. El Comité realizó su primera investigación sobre la base del art. 8 del Protocolo Facultativo en el mes de julio de 2004: "Investigación relativa a México".

(15) Ratificación o adhesión del Protocolo facultativo de los siguientes Estados: Albania (adhesión), Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Bielorrusia, Bélgica, Belice (adhesión), Bolivia, Bosnia–Herzegovina, Brasil, Camerún (adhesión), Canadá (adhesión), Costa Rica, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Finlandia, Francia, Gabón (adhesión), Georgia, Alemania, Grecia, Guatemala, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Kazajstán, Kirguizistán, Lesoto, Libia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malí (adhesión), Méjico, Mongolia, Namibia, Holanda, Nueva Zelanda, Níger (adhesión), Nigeria, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Filipinas, Polonia, Portugal, Rumania, Federación Rusa, Senegal, Serbia y Montenegro (adhesión), Eslovaquia, Eslovenia, Islas Salomón, España, Sri Lanka (adhesión), Suecia, Tailandia, Macedonia, Timor Leste (adhesión), Turquía, Ucrania, Reino Unido (adhesión), Uruguay y Venezuela.

(16) Lamberti, Silvio O., "Violencia familiar. Violencia de género (aplicación de la ley 24417 de Protección Contra la Violencia Familiar y de la ley 24632 , Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [Convención de Belém do Pará])", JA 2000–III–376 . Citar Lexis 0003/007781.

(17) Citar Lexis 0003/007781, con comentario de Lamberti, Silvio O., "Violencia familiar. Violencia de género..." cit.

(18) Cançado Trindade, Antonio, "La regla del agotamiento de los recursos internos revisitada: logros jurisprudenciales recientes en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos", en "Carpeta de materiales para las participantes del II Curso–Taller sobre Derechos Humanos de las Mujeres", recopilación del IIDH. y del CEJIL., 2000.

4/10/2006