

**DIRECTORES:**

Anthony Julio Romero Casilla  
Allen Martí Flores Zerpa  
Frank James Paucarchuco Gonzales

**TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VIOLENCIA DE  
GÉNERO, CONTRA LAS MUJERES E  
INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR**

**COORDINADORAS:**

Nicole Xiomara Torres Flores  
Lucero Nicole Bonifacio Fasabi

**EJE TEMÁTICO:**

“Luces y sombras en el camino hacia el reconocimiento de las problemáticas de las manifestaciones de violencia y la cultura de la prevención con enfoque de género para su erradicación”.

**AUTORES:**

Sofía Rivas La Madrid  
Bianca Alexandra Zuñiga Sigvas  
David Teleki Ayala  
Luz Carlina Gracia Hincapié  
Luis Antonio Rioja Espinoza  
Nicole Xiomara Torres Flores

**DIRECTORES:**

Anthony Julio Romero Casilla  
Allen Martí Flores Zerpa  
Frank James Paucarchuco Gonzales

**TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VIOLENCIA DE  
GÉNERO, CONTRA LAS MUJERES E  
INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR**

**COORDINADORAS:**

Nicole Xiomara Torres Flores  
Lucero Nicole Bonifacio Fasabi

**EJE TEMÁTICO:**

“Luces y sombras en el camino hacia el reconocimiento de las problemáticas de las manifestaciones de violencia y la cultura de la prevención con enfoque de género para su erradicación”.

**AUTORES:**

Sofía Rivas La Madrid  
Bianca Alexandra Zuñiga Sigwas  
David Teleki Ayala  
Luz Carlina Gracia Hincapié  
Luis Antonio Rioja Espinoza  
Nicole Xiomara Torres Flores

# **TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES E INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR**

**Luces y sombras en el camino hacia el reconocimiento de las problemáticas de las manifestaciones de violencia y la cultura de la prevención con enfoque de género para su erradicación**

## **AUTORES:**

Esta es una obra colectiva

## **DIRECTORES:**

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

## **COORDINADORAS:**

Torres Flores, Nicole Xiomara

Bonifacio Fasabi, Lucero Nicole

## **COLABORADORA PRINCIPAL:**

Linares Rodríguez, Natalia Alejandra

## **EDITADO POR:**

**© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

**PRIMERA EDICIÓN DIGITAL – OCTUBRE 2023**

**LIBRO ELECTRÓNICO DISPONIBLE EN:**

<https://editorialamachaq.com/libro-violencia2023>

**ISBN:** 978-612-48692-9-7

**Hecho el Depósito Legal en la**

**Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-11874**

El presente libro es el producto de la recopilación de artículos académicos y ponencias presentadas en el marco del I Congreso Internacional de Tratamiento de la Violencia contra las Mujeres, Violencia de Género e Integrantes del Grupo Familiar y el I Congreso Nacional de Violencia Familiar, Enfoque de Género y Acciones Preventivas, cuyo eje temático se denominó "Luces y sombras en el camino hacia el reconocimiento de las problemáticas de las manifestaciones de violencia y la cultura de la prevención con enfoque de género para su erradicación", organizado por AMACHAQ Escuela Jurídica en diciembre del 2022.



*Tratamiento Jurídico de la Violencia de Género  
contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar*

*Amachaq Escuela Jurídica*

*Disponible en:*

<https://editorialamachaq.com/libro-violencia2023>

*Año: 2023*

*Edita:*

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.  
amachaq.escuela.juridica@gmail.com  
www.editorialamachaq.com

El libro "Tratamiento Jurídico de la Violencia de Género contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar" de Amachaq Escuela Jurídica es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<https://editorialamachaq.com/libro-violencia2023>

Algunos derechos reservados.



## ÍNDICE

PRÓLOGO DE LOS DIRECTORES.....	07
PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES.....	10
- <b>La CEDAW tras la violencia feminicida: ¿quimera o realidad en su aplicabilidad?</b> <i>Nicole Xiomara Torres Flores.....</i>	13
- <b>La victimización secundaria en los casos de violencia contra las mujeres</b> <i>Sofía Rivas La Madrid.....</i>	25
- <b>El delito de feminicidio como representación de estereotipos de género contra la mujer y su tipificación</b> <i>Bianca Alexandra Zuñiga Sigvas.....</i>	49
- <b>Los extravíos de la inimputabilidad: a propósito de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que aplicó enfoque de género en el caso de una acusada de filicidio</b> <i>David Teleki Ayala.....</i>	59
- <b>Cultura de la prevención en los casos de violencia contra la mujer en el ámbito de participación política</b> <i>Luz Carlina Gracia Hincapié.....</i>	91
- <b>Nueva visión del derecho alimentario en el Perú</b> <i>Luis Antonio Rioja Espinoza.....</i>	99



## PRÓLOGO DE LOS DIRECTORES

Desde la dirección de AMACHAQ, se propuso llevar adelante el *I Congreso Internacional de tratamiento contra la Violencia contra las mujeres, violencia de género e integrantes del grupo familiar*, desarrollado desde el jueves 01 hasta el sábado 03 de diciembre y cuyo eje temático "Luces y sombras en el camino hacia el reconocimiento de las problemáticas de las manifestaciones de violencia y la cultura de la prevención con enfoque de género para su erradicación" permite reflejar la importancia de llevar a cabo acciones de prevención en aras de abordar la violencia de género antes de que despliegue su manifestación y consecuencias. Así, este evento nace en aras de contribuir en el conocimiento y análisis de cada uno de los tópicos planteados desde diferentes aristas.

En el presente producto, el lector podrá obtener diferentes tratativas de la mano de excelentes docentes y doctrinarios, quienes exponen esta problemática desde diversos ámbitos de la vida de las mujeres y plantean la necesidad de emprender acciones que creen condiciones favorables y de factor de cambio para poder comprender cómo y por qué se produce la discriminación y menosprecio hacia las mujeres y las vías para poder transformarla.

De esta manera, nuestra institución mantiene presente la consigna de propugnar un análisis crítico del Derecho y, sobre todo, de un tópico tan importante como es el de la violencia de género e intrafamiliar; por

ende, nos es grato presentar el producto de un exhaustivo esfuerzo, fundamentado en ningún otro motivo más que el servicio y la difusión del conocimiento y la cultura jurídica y así otorgar a la comunidad una serie de excelentes y prolijos trabajos académicos realizados por cada uno de los prestigiosos especialistas de las materias *sub examine*.

En ese sentido, se recopilan artículos académicos relacionados al fenómeno de la violencia feminicida y la tipificación del delito de feminicidio; la victimización secundaria en casos de violencia contra las mujeres; la aplicación del enfoque de género en casos de filicidio, la cultura de prevención en casos de violencia en el ámbito de participación ciudadana y aspectos de relevancia en el derecho alimentario en el Perú.

De esta manera, se vierten los contenidos sobre problemáticas que aquejan a diversos sectores de la sociedad peruana y que son materia de abordaje de los distintos ámbitos de desenvolvimiento de las mujeres en el país y en la región; tratados por académicos, investigadores y catedráticos que aceptaron ser parte de este Congreso y sin quienes no hubiese sido posible su concreción.

Por consiguiente, esperamos que la lectura de este trabajo académico, que ha sido impulsada por estudiantes y egresados sanmarquinos que conforman AMACHAQ Escuela Jurídica, sea de la contribución al estudio de cada uno de nuestros lectores y que los contenidos vertidos en este producto generen en el lector la satisfacción que hemos sentido al momento de su construcción; pues no solo se trata de finiquitar un proyecto, sino de poner a disposición de la comunidad el bagaje necesario para fomentar el debate académico.

También, no podemos dejar de agradecer a todos los miembros colaboradores y coordinadores de área de nuestra institución; pues esta obra también es resultado de la dedicación y tiempo de cada uno de ellos, quienes conforman la esencia de AMACHAQ y aquella motivación de todo estudiante y académico del derecho, de fomentar el análisis y reflexión de temas de vanguardia, así como su difusión con toda la comunidad jurídica.

Concluimos esta presentación reafirmando el compromiso que ha caracterizado siempre a nuestra institución, que es el de seguir contribuyendo con la comunidad jurídica en la búsqueda e incentivo de portales que ayuden a poder extender el conocimiento, y cultivar el mismo sin parámetro alguno, en pro de una mejor aplicación de las leyes y normativas que lo componen.

**Anthony Julio Romero Casilla**  
**Allen Martí Flores Zerpa**  
**Frank James Paucarchuco Gonzales**

## PRÓLOGO DE LAS COORDINADORAS

La violencia que se ejerce contra las mujeres e integrantes del grupo familiar tiene sus orígenes en la discriminación basada en el género, así como en la implementación de normas y conductas sociales que aceptan y amparan la violencia y la perpetuación de estereotipos de género y exclusión de estos grupos vulnerables.

Al respecto, la Ley N.º 30364, lo define como *Cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar; pero también enfatiza que tiene por objetivo prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar.*

Esto requiere un compromiso político, aplicar leyes que fomenten la igualdad de género, invertir en organizaciones de mujeres y abordar las múltiples formas de discriminación; sin embargo, a la actualidad, los esfuerzos para poner fin a la violencia contra las mujeres y niñas se han centrado principalmente en proporcionar respuestas y servicios a las sobrevivientes de violencia y no especialmente en la prevención de creación de factores de riesgo y desprotección a estos grupos, lo cual es esencial para erradicar la violencia contra las mujeres.

Bajo este contexto, resalta la necesidad de enfatizar las conductas y acciones de prevención que el Estado y la sociedad en sí ejecutan para lograr tal propósito: el de crear las condiciones de cambio que

permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género y que generen esfuerzos para actuar antes de que se susciten manifestaciones de violencia, a través de una metodología y mecanismos para identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión a las que se enfrentan las mujeres a diario.

En ese sentido, AMACHAQ Escuela Jurídica se propuso la elaboración de una serie de ponencias en eventos académicos, bajo la consigna de compartir el conocimiento en esta materia. Es así que el presente proyecto ve luz, bajo el contexto responder a las demandas de estos grupos vulnerables y a la construcción de entornos de seguridad para mujeres y niños, de manera responsable y bajo una perspectiva de inclusividad. Por lo que tenemos el agrado de presentar este nuevo número que lleva como eje: *Luces y sombras en el camino hacia el reconocimiento de las problemáticas de las manifestaciones de violencia y la cultura de la prevención con enfoque de género para su erradicación* y que recopila una serie de trabajos realizados en el marco del *I Congreso Internacional de tratamiento contra la Violencia contra las mujeres, violencia de género e integrantes del grupo familiar*, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de diciembre de 2022.

Asimismo, no podemos dejar de agradecer a todos y cada uno de los investigadores, profesores, teóricos y renombrados académicos nacionales e internacionales que depositaron su confianza en nuestra institución y en la propuesta que ofrecemos. Por tal motivo, le dedicamos estas líneas a los profesores: Prof. Luis Antonio Rioja Espinoza, Profa. Sofía Rivas La Madrid, Prof. David Teleki Ayala; así como a Bianca Alexandra Zuñiga Siguas y Nicole Xiomara Torres Flores. Todos y todas sin quienes no habría sido posible llevar a cabo este ambicioso proyecto.

No es posible concluir este prólogo sin antes renovar y reafirmar el compromiso que hemos llevado para con la comunidad jurídica desde el primer número que publicamos, en aras de dotar a todos los interesados en Derecho de las herramientas necesarias para ampliar el bagaje y fomentar el debate académico con la rigurosidad y minuciosidad que nos representa.

En este orden de ideas, desde la institución deseamos al lector una feliz reflexión de la presente sistematización de textos y transcripciones, cuyos contenidos, impartidos en ocasión escrita, no dejan de ser

relevantes en la contemporaneidad. AMACHAQ mantiene su labor de difusión libre y gratuita del conocimiento; pues, solo así nuestro trabajo y misión habrá conseguido su principal fin.

**Nicole Xiomara Torres Flores**  
**Lucero Nicole Bonifacio Fasabi**

# La CEDAW tras la violencia feminicida: ¿quimera o realidad en su aplicabilidad?\*

Nicole Xiomara Torres Flores\*\*  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

**SUMARIO:** 1. Consideraciones generales / 1.1 Acerca del papel de los organismos internacionales y la CEDAW / 1.2 La CEDAW frente a la lucha contra la violencia / 2. El problema: “recomendaciones” / 2.1 El establecimiento de las “recomendaciones” del Comité de la Convención a los diferentes países latinoamericanos / 3. La realidad de las cosas: el estado de cosas de los países latinoamericanos respecto de la violencia en sus códigos penales / 4. Conclusiones / 5. Referencias Bibliográficas.

**RESUMEN:** Desde los 90, la CEDAW constituye uno de los instrumentos internacionales jurídicos más importantes para frenar la discriminación contra la mujer manifestada en sus diferentes enfoques de violencia y entre ellas, la violencia extrema que recae en el delito de feminicidio. Por ello, su aplicabilidad suele ser efectiva intermitentemente, pues se supedita al tipo de realidad en la cual será implementada. En ese sentido, es necesaria su revisión desde el derecho penal comparado, pues el ideario legislativo reinante en la legislación latinoamericana suele ser similar en cada una de sus estructuras normativas, la cual se traducen en ineficaces. De ahí que surja la duda si realmente los denodados esfuerzos del convenio internacional son suficientes para atacar este mal social a corto, mediano y largo plazo.

## 1. Consideraciones generales

Es indiscutible que ante el desarrollo masivo de la inmediatez de las comunicaciones ha generado que las relaciones interpersonales, comerciales y/o

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Tratamiento de la Violencia contra las Mujeres, Violencia de Género e Integrantes del Grupo Familiar – I Congreso Nacional De Violencia Familiar, Enfoque De Género y Acciones Preventivas, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de diciembre del 2022.

\*\* Estudiante de 6to año de Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra de Derecho Penal III por la UNMSM. Coordinadora General del Taller de Estudios Penales de la UNMSM 2022. Coordinadora Ejecutiva del área de Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar. Asistente legal en Pariona Abogados y fundadora y directora general de Urpichay-Red de apoyo. nicole.torres1@unmsm.edu.pe

económicas fortalezcan un circuito basto de experiencias que enriquecen diferentes realidades en el mundo. Con ello, así como la masiva importación y exportación de conocimientos y bagajes culturales se hace perenne y una regla, también lo será entonces la elaboración de sistemas jurídicos modernos con la injerencia de sistemas jurídicos extranjeros y organismos internacionales. En ese sentido, se colige que evidentemente se ha dado la apertura de grandes beneficios para la evolución de nuestro sistema jurídico, de ahí que el fenómeno de la globalización cuestione la estricta restricción de la codificación de las normas jurídicas que no se acoplan a los diversos tratados internacionales cuyo parangón es la defensa de los derechos humanos.

Entonces, la creación de normas hoy por hoy tiene como pre requisito, tomando en cuenta claro la voluntad del Estado suscribiente, el acoplamiento de los convenios internacionales a las normas nacionales, desde articulados que revisten de ideales reformas a futuro para mejorar la realidad en la cual una sociedad se encuentra inmersa. Sin embargo, mayormente todos esos esfuerzos se quedan en el papel, ya que la aplicación de ese bagaje de normas no ven la luz.

En ese sentido, surgen los cuestionamientos sobre si esa ineficacia visibiliza una influencia simbólica generada del contenido de los Convenios Internacionales como es el caso de la CEDAW, para determinar que solo importa un saludo a la bandera en el caso peruano o si se ha convertido en un fenómeno repetitivo cuyo patrón se extiende a nivel latinoamericano. Recordando el informe último de la CEDAW que identifica los problemas recurrentes, nefastos y perennes del Estado peruano que nunca ha visto una solución temprana, ni a corto ni a largo plazo.

Por ello, vale preguntarse ¿realmente es relevante para la legislación nacional su aplicación? ¿es realmente efectiva a nivel latinoamericano?, en consecuencia, ¿constituirá un simple simbolismo?.

### **1.1. Acerca de los organismos internacionales**

Con el devenir del tiempo, se han construido novedosos planteamientos jurídicos e internacionales cuyo axioma ha sido el de incentivar a los Estados a la adecuación de formas, métodos o directivas que puedan hacer frente a una problemática real. Cuando se detecta un problema latente y coyuntural, por demás evidente, lo ideal es que inmediatamente tenga que priorizarse su prevención y erradicación, de esta forma se sientan las bases para la generación de nuevas tratativas que deban ser una constante en el ejercicio de todos los órganos institucionales y gubernamentales de carácter nacional. Todos ellos, en su conjunto, deben conocer la actualización

constante de las evaluaciones y posterior incorporación de lineamientos o normas novísimas producto de la intervención de los Organismos Internacionales.

Ahora bien, es menester indicar que los Organismos Internacionales tienen su origen a raíz de los conflictos europeos suscitados en el siglo XIX con la consolidación de la revolución industrial, respondiendo a cambios gigantes en torno al desarrollo de tecnologías que cambiaron la perspectiva de los países en el mundo tanto en cómo se comenzó a concebir el modo de trabajo y la producción de productos y cómo se concebían las relaciones sociales. En ese sentido, sin alejar el quid de esta investigación, este desarrollo que generó diversos conflictos humanos, algunos años después se enquistó en socializar y por tanto visibilizar desigualdades con mucho más arraigo en el género. Estos diferentes problemas posteriormente dieron a la mujer una razón para comenzar a hacer notar su voz. De ahí que, a mediados del siglo XX con el establecimiento de las Naciones Unidas «ONU» y luego de los Estados Americanos «OEA» comenzaron a florecer diversos organismos internacionales cuyos asuntos a resolver comenzaron a ser más específicos y por supuesto, ello propició la creación de la CEDAW en 1979 y luego, de la Convención Belén do Pará en 1994, organismos sumamente relevantes que marcaron un antes y un después respecto de la lucha incansable de la violencia contra la mujer.

Asimismo, es destacable mencionar el trabajo de América Latina conforme a los avances de la creación de nuevas normativas para el tratamiento con la violencia contra la mujer. Como se sabe, la detección de las diferentes manifestaciones de violencia ha sufrido una evolución, ya que en sus inicios su estudio y elaboración destinados a afrontarla se enfocaba solo en la violencia doméstica. Luego de ello, los sistemas jurídicos de los países comenzaron a desarrollarse en torno a identificar y sancionar diferentes formas de violencia entre ellos la violencia sexual, la violencia contra los derechos reproductivos o la violencia institucional.

De ahí que, ante todo lo basto que se ha generado respecto de la indagación acerca de estas diferentes formas de perpetración de la violencia se gestó la violencia más extrema de todas ellas: el feminicidio. La existencia de este mal social comenzó a persistir y crecer progresivamente respecto de los avances legislativos de los países en materia de violencia contra la mujer. Desde ese momento, comenzaron a iniciarse diversos planes de estudios y enfoques a nivel internacional a raíz de casos mediáticos que permitieron dar una mirada a esta nueva problemática gravosa. Es así que, ante la notable ausencia de respuesta estatal e ineficacia de ciertos planes de gobierno para que se haga frente al feminicidio se comenzó a plantear desde fuera

la labor que debía tener el Estado con base a estándares internacionales creados precisamente para orientarlos.

## **1.2. La CEDAW frente a la lucha contra la violencia**

Se debe entender que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es el documento jurídico internacional adoptado por las Naciones Unidas y de mayor importancia en la lucha sobre las diversas formas de discriminación cometida contra las mujeres. Viene orientando a los Estados partes desde 1979, los cuales desde su suscripción al convenio han pasado a ostentar obligaciones referentes a la erradicación de la violencia contra la mujer. Ello incluye la violencia sexual, económica, psicológica, doméstica, institucional, laboral psicológica, entre otras tantas, como la que se ha evidenciado en las últimas décadas, el feminicidio como violencia extrema.

Cualquiera podría pensar que se está ante un sistema jurídico que podría ser un símil de nuestra constitución en tanto que se trata de un documento jurídico que contiene principios, preámbulo, artículos y que tienen una connotación prescriptiva a la que también, necesariamente, la legislación nacional debe acoplarse.

Sin embargo, surge la necesidad de identificar que en realidad la Convención es una manifestación de un ente organizado con carácter internacional que propiamente articula su contenido bajo una perspectiva de derechos humanos. Entendiendo esto como un lineamiento facultativo, porque es el Estado quien se circunscribe a sus directivas, por ende, el Estado tiene una obligación, es decir, «se compromete a». No obstante, es poco el pensamiento de que al final de cuentas dicho contenido establecido en la Convención es una recomendación con una presencia que podría verse tergiversada y considerada como netamente simbólica.

## **2. El Problema: Las «recomendaciones» de la CEDAW**

### **2.1 El establecimiento de las «recomendaciones» del Comité de la Convención a los diferentes países latinoamericanos**

En México se recibieron las «recomendaciones» de la CEDAW (2018) el 18 de julio de 2018, que principalmente observaban lo siguiente:

*«Las recomendaciones enfatizan la necesidad de concluir el proceso de armonización legislativa en los niveles federal, estatal y municipal acorde con los estándares internacionales y de garantizar el acceso a la justicia de las mujeres y las niñas. También subrayan la necesidad de fortalecer el acceso*

*de las mujeres al mercado laboral y al crédito, en igualdad de condiciones y tomando como línea base los estándares de seguridad social. Adicionalmente, el Comité da un espacio importante a las políticas de prevención desde el sector educativo para acabar con la violencia y los estereotipos sexistas, entre otras; y resalta la urgencia de garantizar los derechos de poblaciones en mayor riesgo de vulneración tales como la población LGBTI, las mujeres indígenas y afrodescendientes, las mujeres rurales, las defensoras de derechos humanos y las periodistas, e incluye por primera vez recomendaciones específicas para México sobre mujeres migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas».*

En ese sentido, en México se enfatizó los esfuerzos para erradicar la violencia contra las mujeres y niñas, ya que «recomienda» la adopción de medidas urgentes para prevenir las muertes violentas, los homicidios y las desapariciones forzadas de mujeres, también extiende el ámbito de protección a situaciones como la violencia armada, la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, los estereotipos discriminatorios, la pobreza y la marginación.

Así mismo, en Argentina, el 21 de diciembre de 2016, el comité de la CEDAW (2016) ha señalado principalmente sobre la violencia contra las mujeres, ya que “reconoce” que el Estado ha elaborado un “plan” que indica esa necesidad de mejorar la implementación de leyes que amplían la prevención de feminicidios al proveer de recursos técnicos y económicos para el desarrollo del Registro unificado en casos de violencia, todo ello con el de apoyar a las víctimas de violencia aperturando espacios de apoyo y prevención al sector más vulnerable de las mujeres como las mujeres indígenas o con discapacidad.

Con ello las “recomendaciones” del Comité enfatizan en el aumento del presupuesto del Consejo Nacional de Mujeres argentino y otras observaciones como el acceso a la justicia que pasa a ser uno de los puntos de desarrollo del informe expuesto por el Comité.

Por otro lado, en Colombia el 14 de marzo de 2019, el comité de la Convención (2019) realizó una “recomendación” para que el Estado parte “siga realizando esfuerzos” para combatir los estereotipos que siguen perennizando la discriminación hacia la mujer. Además “alienta” al estado para el análisis sistemático sobre el efecto de estos estereotipos de género. Lo interesante aquí es que en el informe desarrollado por el Comité, el contenido parece ser una calca de lo que, verbigracia, se expuso ante Ecuador.

El 24 de noviembre de 2021, en Ecuador el Comité (2021) ha recomendado que el Estado “siga realizando esfuerzos” para combatir los estereotipos

que alargan la discriminación directa e indirecta de la mujer, “alienta” al Estado el análisis, estudio de los efectos de los estereotipos de género, “exhorta” las medidas educativas para su elaboración y estrategias, orientados a erradicar la consecuencia de lo que conlleva la práctica estereotípica en esa nación. Todo ello, mencionando que es necesaria una estrategia integral en el que intervengan todos los sectores a fin de eliminar esos estereotipos “trabajando con múltiples interesados, incluidas las organizaciones de mujeres y otras organizaciones de la sociedad civil, los medios de difusión y el sector privado para avanzar en esa esfera”.

En el Perú, la CEDAW vigente desde 1993 se ha manifestado para contrarrestar las diferentes manifestaciones de violencia desatado en el país. Los problemas que identifica dentro de su documento son los siguientes: el problema del acceso a la justicia o la labor del operador de derecho bajo el enfoque de género, estos siempre han prevalecido como un problema real que sigue enquistado constantemente generando de esa forma una opinión pertinente sobre para qué realmente está funcionando aquellas “exhortaciones”.

A decir verdad, desde la suscripción del tratado se ha llegado a crear un sinnúmero de normas que ayudan a contrarrestar esta problemática que, por su puesto, no solamente se limita a ella. Esto como un ejemplo podemos entender que realiza pues una especie de identificación detecta el problema y luego realiza una exhortación al estado peruano. Ello conlleva a que el estado pueda tener esa información y hacer algo al respecto.

Por consiguiente, se colige que la producción legislativa tiene que estar acorde justamente a las recomendaciones de los organismos internacionales de las cuales está suscrito en nuestro caso el Estado peruano con la CEDAW. Producto de ello se identifica claramente estas normas creadas: Decreto Legislativo núm. 1386 (2018), que reconoce expresamente la obligación de brindar atención especializada a las víctimas de violencia sexual; Decreto Legislativo núm. 1410 (2018), que tipifica los delitos de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual; Decreto Legislativo núm. 1323 (2017), que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia doméstica y la violencia de género, estableciendo nuevos delitos y agravantes; Ley núm. 30364 (2015), para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Aunado a ello, estas normas creadas necesitan justamente el meollo del asunto: instrumentos que permitan su aplicación. Entonces, las políticas públicas hacen su aparición para dotar de eficacia a la norma, pero si la política pública no es buena, entonces es indispensable vincularla con la

responsabilidad del organismo internacional, porque son ellos los que bajo su exhortación ejerce presión al Estado para que este actúe conforme a derecho. A saber: Plan Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas (1980-2000), aprobado por Decreto Supremo núm. 011-2021-JUS (2021) de 13 de julio de 2021; Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030, aprobada por Decreto Supremo núm. 008-2021-MIMP de 25 de junio de 2021.

Por consiguiente, como se ha mostrado desde la tribuna comparada, se ha observado en los diferentes países el informe del Comité de la CEDAW que ha desarrollado diversos ítems, cuya estructura se repite. Estos puntos se ciernen entre el desarrollo del contenido del contexto general del país como una especie de introducción expositiva, posteriormente se analiza el marco legislativo y las políticas implementadas por el país al inicio del informe; luego la situación del acceso a la justicia y de las cifras concernientes a la violencia contra la mujer y todas aquellas conceptualizaciones ligadas a ella.

En ese sentido, las «recomendaciones» o «exhortaciones» que realiza el Comité pueden llenar quizás expectativas aparentes al momento de la emisión del informe, por ello es que se considera que esta información vertida guarda un límite en su propia naturaleza de ser eminentemente «recomendativa» y que, a su vez, orilla a los países a tomar acciones que satisfacen una visión externa con la emisión de normas o políticas públicas. A larga, se debe tener presente el incesante historial de ineficacia en la ejecutabilidad de los proyectos de los Estados latinoamericanos con la implementación de nuevas acciones con una diferente perspectiva -tal y como lo sugiere la CEDAW, respecto de orientar las actividades de los Estados bajo la perspectiva de género-.

### **3. La realidad de las cosas: El estado de cosas de los países latinoamericanos respecto de la violencia en sus códigos penales**

Lejos de tomar una opinión descabellada, los informes internos de los diferentes estados confirman las sospechas de lo que se acaba de esbozar con anterioridad.

En México, luego de la emisión del informe en 2018, a la fecha la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH, 2021), ha mostrado que existe una prevalencia de la violencia progresiva de las mujeres en diferentes estados cuya cifra llega a 70.1% a diferencia que en años anteriores (66.1%). En esa línea, en el código penal federal mexicano, para ser más precisos, el delito de feminicidio como uno de los

delitos con más injerencia en el plano analítico de las encuestadoras, en la reforma de noviembre de 2021 se atendió a incidir en el feminicidio en grado de tentativa cuya sanción no debe pasar de los 40 a 60 años.

En el caso de Ecuador, la encuestadora nacional ALDEA (2022) explica que a noviembre de 2022 se han registrado 272 feminicidios, así también según los datos que ha proporcionado la Fiscalía General del Estado hasta agosto de 2022, se han registrado 19.359 denuncias de violencia contra la mujer (Amnistía internacional, 2022) por lo que se colige que las cifras van en aumento: en el 2020 se registraron 157 muertes violentas y, en el 2021, 227 muertes violentas tipificados como femicidios. También, en el código orgánico integral penal ecuatoriano (COIP) se sanciona el delito de femicidio en el art. 141° cuya redacción enfatiza que el femicidio se configurará bajo el contexto de relaciones de poder y la condición de género. En ese marco, el delito de femicidio no ha sufrido cambios en la reforma del 2021 del código penal realizado por el Estado ecuatoriano.

En Colombia, la ONU (2021) explicó que en 2021 hubo 939 denuncias de feminicidio, 95 más que en el 2020. A la fecha, se registran 588 alertas de feminicidios con un aumento de violencia de género a 2144 casos. El ejemplo de este marco intermitente de cifras es la posible obstaculización del acceso a la justicia (El tiempo, 2022). En su código penal, en el art. 104-A se regula el feminicidio cuya sanción oscila entre los 20 a 40 años. Se observa que su última modificación fue en el año 2015 con la Ley N.º 1761.

En el Perú, el Instituto Nacional de Estadística (INEI) (2020) ha registrado 131 casos de feminicidio; 136 en el 2021. Así mismo, la cifra de violencia no es alentadora, pues se cuenta con 17 mil casos de violencia contra mujeres, niñas y niños en lo que va del año (Save The Children, 2022). Desde la incorporación del art. 108-B al código penal, la interpretación en torno a ella ha creado divergencias entre la Corte Suprema de Justicia y los operadores de derecho, evidenciándose una marcada lejanía entre lo que la Convención internacional puede “recomendar” y lo que el Estado “hace”.

Entre otras cosas, es basta la cadena de inconsistencias sobre la efectividad de las “observaciones” o “recomendaciones” que realiza el Comité de la CEDAW. Con mucha desazón, claro está, pues este instrumento tiene una finalidad loable, que es luchar frontalmente contra todo tipo de manifestación que pueda atentar contra la mujer; sin embargo, se ha visto que desde la emisión de los informes en los países mencionados la prevalencia de violencia denota un aumento progresivo, a pesar de los intentos, de las creaciones y modificaciones normativas y de la aplicación de planes nacionales.

Por lo que, se ingresa a un terreno oscuro, cuya indeterminación podría caer en un simbolismo alejado de la realidad y de las soluciones a plazos concretos. Por lo que cabe admitir que deben estimarse otras alternativas para que estas “recomendaciones” trasciendan a un plano más exhortativo. El reto es cómo buscar que estos lineamientos puedan cumplirse en las diferentes sociedades latinoamericanas.

#### **4. Conclusiones**

La violencia contra la mujer y el feminicidio son fenómenos sociales de larga data que los últimos años ha sido objeto de especial atención por los Organismos Internacionales. Esta preocupación se ha traducido en el origen de Convenios Internacionales como la CEDAW en el marco de las actividades de la ONU desde la década de los 90. Por lo que su influencia es relevante en definitiva para la lucha frontal de los Estados suscribientes contra estos males sociales.

Un primer hecho que se observa de los informes de la CEDAW es que si bien es cierto la estructura de su desarrollo es el mismo, esto es, guarda un orden con relación al desarrollo de sus recomendaciones, se ha observado tristemente que la información vertida en algunos casos no requiere de tanta meticulosidad. Ya se ha podido corroborar en el caso de Ecuador y Colombia.

Así también, en los códigos penales de los países analizados, la descripción legal del delito de feminicidio tiene como eje central el desarrollo de contextos basados en relaciones de poder en el marco de la perspectiva de género. Sin embargo, se advierte que no hay correlación entre su interpretación, aplicación y la progresividad de la violencia feminicida.

Otro hecho importante que se ha observado es el incremento de las sanciones punitivas en el delito de feminicidio, siendo este el delito más grave de violencia contra la mujer, pues su resultado causa la muerte de esta. Es de consideración particular el hecho de que los informes y la influencia que pueda tener con las legislaciones nacionales no están siendo acordes y consistentes a lo que se trata de erradicar en el caso de la violencia contra la mujer.

De ahí que, existe una desconexión entre el mensaje que la redacción típica legal deja con una aparente atención a la implementación de la perspectiva de género como herramienta de interpretación casuística en el delito de violencia o de feminicidio y las cifras que exponen los Estados en los últimos años después de los informes emitidos por la CEDAW.

Finalmente, cabe advertir que este tipo de convenios podrían tratarse de una presencia simbólica. Lo que a la larga sería preocupante en cuanto a su efectividad ya que su contenido atiende a una especie de guía que comúnmente los Estados pueden cumplir simplemente enviando informes recomendativos. Por ello, aún se debe identificar un eslabón que yace perdido entre las intenciones de las Convenciones internacionales, en este caso, la CEDAW y las legislaciones nacionales.

## 5. Referencias bibliográficas

- CÁMARA DE DIPUTADOS LXV LEGISLATURA, Diputadas y diputados aprueban reformas en materia de sanción del feminicidio en grado de tentativa, Boletín N.º 1734, Estado Federal Mexicano, 2021 <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2022/Abril/26/1734-Diputadas-y-diputados-aprueban-reformas-en-materia-de-sancion-del-feminicidio-en-grado-de-tentativa>
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER – CEDAW, Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Colombia, 2019. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/53009/Recomendacionesdelcomite.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER – CEDAW, Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Ecuador, 2021. [https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2022/05/observaciones\\_finales\\_sobre\\_el\\_decimo\\_informe\\_periodico\\_del\\_ecuador\\_-cedaw-1.pdf](https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2022/05/observaciones_finales_sobre_el_decimo_informe_periodico_del_ecuador_-cedaw-1.pdf)
- DIARIO EL TIEMPO. No paran los feminicidios en Colombia: van 588 denuncias durante 2022, El Tiempo, 12 de noviembre de 2022, <https://www.eltiempo.com/datos/en-2022-se-han-registrado-588-denuncias-por-feminicidio-en-colombia-716618>
- en Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, 13, 2016, recuperado de <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/02/12-sur-24-esp-natalia-gherardi.pdf>
- FIGUEROA PLA, U, Organismos Internacionales, Tomo 1 (Santiago: RIL editores, 2010).
- FUNDACIÓN PARA EL ESTUDIO E INVESTIGACIÓN DE LA MUJER – FEIM, Informe Recomendaciones de la CEDAW al gobierno argentino, 2018 <http://feim.org.ar/2016/11/21/recomendaciones-del-comite-de-la-cedaw-al-gobierno-argentino/>

GHERARDI, N, «Violencia contra las mujeres en América Latina. Consideraciones sobre el acceso a la justicia y las condiciones estructurales en las que los femicidios se multiplican»,

Instituto Nacional de Estadística y Geografía – INEGI, Violencia contra las mujeres en México , 2021 <https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/vcmm/>

MUJERES ONU ECUADOR, Protocolo Nacional para Investigar Femicidios y otras Muertes Violentas de Mujeres y Niñas en el Ecuador: una aproximación desde las y los fiscales, 2022, <https://ecuador.unwomen.org/es/stories/noticia/2022/10/protocolo-nacional-para-investigar-femicidios-y-otras-muertes-violentas-de-mujeres-y-ninas-en-el-ecuador-una-aproximacion-desde-los-y-las-fiscales>

MUJERES ONU MÉXICO, Comité CEDAW emite observaciones a México sobre derechos de las mujeres luego de 9ª revisión, 2018, <https://mexico.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2018/07/comunicado-cedaw>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, La dinámica de la urbanización de África 2020: Áfricapolis, mapeando una nueva geografía urbana. Estudios de África occidental, Editorial OECD, 2020 <https://doi.org/10.1787/b6bc-cb81-en>

PRIMICIAS, Registro Oficial del gobierno ecuatoriano, Reformas al COIP: nuevos delitos y sanciones en vigencia, 2021 <https://www.primicias.ec/noticias/politica/nuevos-delitos-cambios-penas-vigencia/>



# La victimización secundaria en los casos de violencia contra las mujeres\*

Sofía Rivas La Madrid\*\*

*Universidad de San Martín de Porres*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. ¿Qué es la victimización secundaria? / 3. ¿Por qué es importante el enfoque de género? / 4. ¿Cómo debe valorarse la retractación de una víctima de violencia? / 5. ¿Se requiere que la víctima de violencia brinde detalles pormenorizados respecto a los hechos en su agravio? / 6. ¿Las denuncias tardías deben valorarse de forma negativa? / 7. ¿De qué forma los estereotipos de género afectan la administración de justicia? / 8. Conclusiones.

## 1. Introducción

La victimización a la mujer no se limita al perjuicio ocasionado por parte del agresor como consecuencia del hecho delictivo en su agravio. Además de dicha victimización primaria sufrida, con el fin de investigar y sancionar la conducta atribuida al victimario, es muchas veces expuesta a actuaciones por parte de los operadores jurídicos que se encuentran caracterizadas por prejuicios, estereotipos, prácticas inadecuadas y revictimizantes, que constituyen un nuevo perjuicio y una nueva victimización: la victimización secundaria contra ella.

En el presente artículo se analizarán bases conceptuales sobre la victimización secundaria, las normas nacionales y jurisprudenciales que se orientan a evitar la estigmatización secundaria, la importancia y necesidad de abordar los casos de violencia contra la mujer con un enfoque de género, la

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Tratamiento de la Violencia contra las Mujeres, Violencia de Género e Integrantes del Grupo Familiar – I Congreso Nacional De Violencia Familiar, Enfoque De Género y Acciones Preventivas, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de diciembre del 2022.

\*\* Fiscal Provincial Penal Especializada en delitos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar de Lima. Docente de la Escuela del Ministerio Público. Docente de la Academia de la Magistratura

valoración de la retractación de una víctima, el análisis de las razones por las que no es necesario requerir a una víctima de hechos traumáticos que brinde detalles pormenorizados sobre los hechos, y por qué una denuncia tardía no debe necesariamente valorarse de manera negativa. Finalmente, se desarrolla cómo los estereotipos de género afectan la administración de justicia e impiden a las mujeres su derecho al acceso a la justicia.

## 2. ¿Qué es la victimización secundaria?

El inciso 6 del artículo 4 del Reglamento de la ley N° 30364, señala que por “*revictimización*” se entiende al incremento del daño sufrido por la víctima como consecuencia de acciones u omisiones inadecuadas de parte de las entidades encargadas de la atención, protección, sanción y recuperación de la violencia. Las instituciones que integran el Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar adoptan las medidas adecuadas para erradicar la revictimización considerando la especial condición de la víctima.

En el mismo sentido, la “*Guía de de evaluación psicológica forense en casos de violencia contemplados en el marco de la Ley N° 30364*”, del Instituto de Medicina legal del Ministerio Público, aprobada por Res. Jefatural ° 000258-2021-MP-FN-JN-IMLCF, en diciembre de 2021, sostiene que “*la victimización secundaria constituye el conjunto de costos personales que sufre la persona denunciante de un delito por su paso por el sistema de justicia*” y que entre los factores que contribuyen a la victimización secundaria se han señalado tanto el dar prioridad a la búsqueda de la realidad objetiva del suceso delictivo olvidando la atención a la víctima o despersonalizando su trato, como la falta de información sobre la evolución del proceso, sobre la sentencia y sobre el destino del imputado. (Muñoz, 2013, pp 65-66). Cabe destacar que el inciso 2 del artículo 6 del reglamento de la ley n° 30364, destaca que en todas las fases del proceso se garantiza la protección de la integridad física y mental de las víctimas, sobre todo de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida.

Anteriormente, el *Acuerdo Plenario N° 01-2011-CIJ/116*, sobre la apreciación de la prueba en los delitos sexuales, ya había señalado que la victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen. La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones inferan las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. Y, la victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

El mencionado Acuerdo plenario, en cuanto a las víctimas de delitos sexuales, resaltó en su considerando 37, la necesidad de que el Estado muestre una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. Ello en tanto a que la victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros; la cual incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. Destaca que la víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

En ese sentido, el Acuerdo en mención sostuvo que a efectos de evitar la victimización secundaria, se deben tener en cuenta determinadas reglas como la reserva de las actuaciones judiciales, la preservación de la identidad de la víctima, el promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima, la cual debe ser obligatoria en el caso de menores de edad, mediante la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

Así, posteriormente, la Ley N° 30364, en su artículo 18 dispuso que en la actuación de los operadores de justicia, originada por hechos que constituyen actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se evita la doble victimización de las personas agraviadas a través de declaraciones reiterativas y de contenido humillante. Los operadores del sistema de justicia deben seguir pautas concretas de actuación que eviten procedimientos discriminatorios hacia las personas involucradas en situación de víctimas.

Igualmente, en cuanto a la declaración de la víctima y la entrevista única, en su artículo 19, dispone que “cuando la víctima sea niña, niño, adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada. La declaración de la víctima mayor de edad, a criterio del fiscal, puede realizarse bajo la misma técnica. El juez solo puede practicar una diligencia de declaración ampliatoria de la víctima, en los casos que requiera aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración.”

Evitar la victimización secundaria a través de más de una declaración a las víctimas, se extiende también hacia el evitar someterlas a múltiples

evaluaciones físicas o psicológicas. Así, el Artículo 13 del Reglamento de la Ley N° 30364, sobre los certificados o informes sobre el estado de la salud física y mental de la víctima, señala que las y los operadores de justicia evitan disponer nuevas evaluaciones de salud física o mental innecesarias que puedan constituir actos de revictimización, salvo casos debidamente justificados y mediante resolución motivada. Lo señalado no restringe el derecho de las partes al ofrecimiento de medios probatorios.

Por otro lado, en cuanto a la reserva de la identidad de las víctimas, el artículo 9 del Reglamento de la Ley N° 30364, dispone en sus incisos 1 y 2 que los antecedentes y la documentación correspondiente a los procesos se mantienen en reserva, sin afectar el derecho de defensa de las partes; y, que en el caso de niñas, niños y adolescentes involucrados en procesos de violencia se debe guardar debida reserva sobre su identidad conforme a lo estipulado en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes. Este último, que corresponde a la Ley 27337, resalta lo siguiente:

*Cuando un niño, niña o adolescente se encuentren involucrados como autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito o sean víctimas de los mismos, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación. La prohibición se extiende al padre, madre, tutor/a o a las personas que vivan con él/ella. Los medios de comunicación tienen la obligación de garantizar la reserva de los datos personales y cualquier información que permita identificarlos, salvo que, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, exista una autorización escrita de los padres o representantes legales, y siempre que no se atente contra su interés superior.*

En cuanto a la declaración de la víctima, el artículo 12 del Reglamento de la Ley N° 30364 dispone que al valorarla se debe observar la posibilidad de que la sola declaración de la víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Para ello se evalúa la ausencia de incredulidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación. Igualmente, la importancia de que la retractación de la víctima se evalúe tomando en cuenta el contexto de coerción propiciado por el entorno familiar y social próximo del que proviene la víctima y la persona denunciada.

Cabe mencionar que, el “*Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual*” – Colombia, destaca que dentro de los procesos que generan victimización secundaria en el ámbito del servicio de salud, se han descrito la ausencia o poca coherencia y complementariedad en los objetivos de los distintos sectores que participan en la atención a las víctimas, en tanto las metas jurídicas, sociales, psicológicas, pedagógicas o médicas se establecen sin un ordenamiento lógico y articulado de intervención; la

poca claridad y definición de límites y/o competencias entre las distintas disciplinas o sectores implicados, al presentarse superposición y/o repetición de revisiones médicas, entrevistas, entre otras; así como los problemas de la infraestructura y espacios donde se practica la atención; y, la falta o poca capacitación y/o entrenamiento en el tema por parte de los prestadores de salud.

Asimismo, el Protocolo *“Atención de buena calidad en el proceso especial de tutela frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”*, del Poder judicial, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 000038-2022-CE-PJ (14.2.22), respecto a *“Buena calidad”*, destaca que en los sistemas de justicia se requiere que, además de satisfacer estándares de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad durante el proceso, se brinden, de manera oportuna, los recursos apropiados y efectivos que ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres.

Asimismo, sostiene que se requiere que estos sistemas se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, sean participativos, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y que tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres e integrantes del grupo familiar. Indicando que *“Revictimización”* corresponden a las acciones u omisiones inadecuadas que incrementan el daño sufrido por la víctima como consecuencia de su contacto con las entidades encargadas de la atención, protección, sanción y recuperación de la violencia.

En esa línea, el Protocolo en mención, resalta que para garantizar la no revictimización de la persona usuaria, en aplicación del enfoque de derechos humanos, las servidoras y servidores públicos de los órganos jurisdiccionales, no deben responsabilizar a la persona usuaria por los hechos de violencia sufridos, por lo que no deben utilizar expresiones tales como: *“¿por qué sigue con él o ella?”*, *“¿cómo ha podido aguantar tanto?”*, *“si usted quisiera terminaría con todo esto”*, *“con lo fuerte que usted parece”*, o *“¿cómo permite que le hagan esto a sus hijas y/o hijos?”*.

No se deben sugerir directa o indirectamente a la persona usuaria que se abstenga de denunciar; ni emitir juicios de valor ni minimizar los actos de violencia manifestados por la persona usuaria, por lo que no deben insinuar que exagera o que su denuncia se encuentra motivada por beneficios económicos o algún afán revanchista. Igualmente, no deben emitir, mediante el lenguaje corporal o verbal, señales o frases de reprobación o reproche sobre lo que la persona usuaria manifiesta. Tampoco se debe buscar ni solicitar información sobre la vida íntima o las relaciones afectivas de la persona usuaria.

### 3. ¿Por qué es importante el enfoque de género?

El artículo 8 de la *Convención Belem Do Pará* señala que los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; el modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer. Además de ello, el fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer.

Así, la Recomendación N° 33 del Comité de la CEDAW, ha destacado lo siguiente:

*“29. El Comité recomienda que los Estados partes:*

*a) Tomen medidas, incluidas las de concienciación y fomento de la capacidad de todos los agentes de los sistemas de justicia y de los estudiantes de derecho, para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia;*

*(...)*

*46. El Comité recomienda que los Estados partes: (...)*

*b) Consideren la posibilidad de crear, en el mismo marco institucional mecanismos judiciales o cuasi judiciales sobre la familia que tengan en cuenta la perspectiva de género y que se ocupen de cuestiones como los arreglos de restitución de bienes, el derecho a la tierra, la herencia, la disolución del matrimonio y la custodia de los hijos dentro del mismo marco institucional”*

Asimismo, también se destaca:

*“51. El Comité recomienda que los Estados partes:*

*g) Utilicen un criterio confidencial y con una perspectiva de género para evitar la estigmatización durante todas las actuaciones judiciales, incluida*

*la victimización secundaria en casos de violencia, durante el interrogatorio, la reunión de pruebas y otros procedimientos relacionados con la investigación”*

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la importancia de aplicar en enfoque de género en los casos de violencia contra la mujer, ha señalado en el caso *Caso Veliz Franco vs Guatemala* “188. Asimismo, en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género”, y “216. *En consecuencia, la Corte estima que la investigación del homicidio de María Isabel no ha sido conducida con una perspectiva de género de acuerdo a las obligaciones especiales impuestas por la Convención de Belém do Pará.*”

Igualmente, la Corte IDH, en el *Caso Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala*, ha destacado “200. *La Corte considera que en el presente caso, el Estado incumplió su obligación de investigar la muerte violenta de Claudina Velásquez como una posible manifestación de violencia de género y con un enfoque de género*”; y, en el *Caso “Masacre de las Dos Erres” vs. Guatemala*, “141. *En virtud de lo anterior, el Estado debió iniciar ex officio y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva de todos los hechos de la masacre relacionados con la vulneración de la vida, así como respecto a otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como las supuestas torturas y actos de violencia contra la mujer con una perspectiva de género, y de conformidad con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, y las obligaciones específicas dispuestas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura y 7.b) de la Convención Belém do Pará.*”

De esta manera, la Ley 30364, establece en su artículo 3 el Enfoque de género, señalando que este reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Así, mediante el *Acuerdo 141-2016* de la Sala plena de la Corte suprema de justicia de la República, emitida el 21.7.16, se dispuso instituir el enfoque de género como una política a adoptar por el Poder judicial. En ese sentido, el “*Protocolo para juzgar con enfoque de género*” de la Comisión de Justicia de Género del Poder judicial señala que el enfoque de género es un instrumento que tiene como finalidad la identificación de como las relaciones de género o las diferencias de poder socialmente aceptadas entre los sexos se internalizadas por las personas a través del proceso de socialización afec-

tan la forma en que hombres y mujeres se desempeñan en todos los ámbitos de su vida. Por lo que es una herramienta de trabajo que nos permite ver la realidad de manera más completa. Es una categoría de análisis con base en las variables de sexo y género que permite visibilizar y advertir que determina las desigualdades que existen entre hombres y mujeres son resultado de patrones culturales y prácticas institucionales y no son desigualdades por razones naturales; permite identificar los estereotipos de género que existen en determinada sociedad y reconocer las desigualdades que sean basadas en estos estereotipos de género; y permite tomar decisiones que superen las desigualdades.

Así, destaca el Protocolo, citando a Alda Facio, que la teoría del género ha enseñado que no se puede comprender ningún fenómeno social sino se analiza desde la perspectiva de género y que esto implica necesariamente reconceptualizar lo que se está analizando. En ese sentido reconceptualizando el “derecho” podemos entenderlo como compuesto por 1. normas formalmente promulgadas; 2. normas que surgen de la interpretación y aplicación de otras normas como por ejemplo leyes y las normas informales que determinan y delimitan quién, cuándo y cómo se tiene acceso a la justicia y qué derechos tiene cada persona. Entendido así el derecho, Fazio señala que las feministas han concluido que “tanto el derecho en sentido estricto como el derecho en sentido amplio son fenómenos que excluyen las necesidades de las mujeres tanto de su práctica como de su teoría. Esto es importante entenderlo porque generalmente se cree que si no hay discriminación explícita en las leyes y los códigos de un determinado país no hay discriminación legal y por ende las estrategias para eliminar la discriminación real son inefectivas porque parten de diagnósticos equivocados.

Igualmente, el “*Protocolo de administración de justicia con enfoque de Género del Poder Judicial*”, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 000114-2022-P-CE-PJ, el 14 de Noviembre del 2022, señala como objetivo el establecer lineamientos que guíen a jueces y juezas, así como a sus equipos técnicos, en la incorporación del enfoque de género en la actuación judicial, con énfasis en la emisión de decisiones judiciales; indicando que el Enfoque de género, reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; y que es una herramienta que, bajo el enfoque de interseccionalidad, permite entender la manera en que el género se cruza con otras identidades y cómo estos cruces contribuyen a experiencias únicas de opresión y privilegio. En cuanto a la “*Transversalización del*

*enfoque de género*”, sostiene que es el proceso de examinar las implicaciones que tiene para mujeres y hombres cualquier acción planificada, incluyendo legislación, políticas o programas en todas las áreas y en todos los niveles de una institución pública. Permite integrar las necesidades e intereses de hombres y mujeres en el diseño, la implementación, el monitoreo, y la evaluación de políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que se beneficien igualmente.

Siendo así, destaca el Protocolo que, para juzgar con enfoque de género, debemos tener en cuenta tres premisas básicas, a saber:

- - El fin del derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y la ejecución del proyecto de vida de las personas.
- - El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan son agentes de cambio en el diseño y la ejecución del proyecto de vida de las personas.
- - El mandato de la igualdad requiere eventualmente de quienes imparten justicia un ejercicio de construcción de la forma en que se ha interpretado y aplicado el derecho.

Señala que estas premisas guían los diferentes momentos durante el proceso del juzgamiento y forman parte de los pilares del diseño de la técnica jurídica para incorporar el enfoque de género al momento de juzgar.

Destaca así, que la “transversalización del enfoque de género” es una técnica que debe incorporarse al quehacer jurisdiccional, con la finalidad de corregir las asimetrías de género existentes en la realidad (trasladadas al ámbito judicial) para lograr un estándar de imparcialidad y trato igualitario a través de una nueva forma de análisis de la evidencia probatoria, de notar cómo determinados hechos o, incluso, normas afectan de manera distinta a los hombres y mujeres. De este modo, siguiendo lo analizado por el Tribunal Constitucional, el enfoque de género tiene las siguientes características:

- Herramienta metodológica de uso obligatorio en el ámbito público y privado
- Coadyuva a la materialización de medidas públicas para lograr una real igualdad de derechos entre hombres y mujeres.
- Instrumento ético que brinda legitimidad a las decisiones institucionales.

#### 4. ¿Cómo debe valorarse la retractación de una víctima de violencia?

El Acuerdo plenario 1-2011/CIJ-116, sobre la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual, señala en su fundamento 23 que “23°. Se ha establecido anteriormente -con carácter de precedente vinculante- que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos inculcados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima” .

Destaca que la retractación como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva -que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia -la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente-. A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada.

Resalta que la experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad. Por tanto, en esta línea la

persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza –vecino-, o haber tenido una relación de autoridad –padrastro, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

Sobre el particular, debe mencionarse que el artículo 12 del Reglamento de la Ley 30364, destaca la importancia de que la retractación de la víctima se evalúe tomando en cuenta el contexto de coerción propiciado por el entorno familiar y social próximo del que proviene la víctima y la persona denunciada. El artículo 62 señala que en los supuestos de retractación y no persistencia en la declaración inculpativa de la víctima de violación sexual, el Juzgado evalúa al carácter prevalente de la sindicación primigenia, siempre que ésta sea creíble y confiable. En todo caso, la validez de la retractación de la víctima es evaluada con las pautas desarrolladas en los acuerdos plenarios de la materia. Y, el artículo 63, señala que estas reglas se aplican en cuanto sean pertinentes, a las demás manifestaciones de violencia reguladas en la Ley.

Así lo ha valorado también la Corte Suprema de Justicia de la república, al indicar la relación entre la retractación de una víctima de violencia familiar y el ciclo de la violencia, en tanto la etapa de arrepentimiento o reconciliación, en el Recurso de nulidad N° 1275-2019-Lima norte, lo siguiente:

*“Décimo. Los detalles que la agraviada Milagros Huaranga Cajamarca brindó sobre las agresiones físicas que sufrió, no solo las aquí procesadas, sino también las sufridas en ocasiones anteriores, en que el acusado ejerció violencia física en su contra (incluso le fracturó el tabique) y violencia patrimonial (rompió sus cosas), revelan el ciclo de violencia en que se encuentra, donde son evidentes las fases de tensión, agresión y conciliación o perdón, pues la agraviada no denunciaba las agresiones, porque el acusado le pedía perdón. Tal testimonio está corroborado con la entrevista de la agraviada Delia Huaranga Cajamarca, el informe social y la ficha de valoración de riesgos en mujeres víctimas de violencia de pareja (fójas 204 y 207, respectivamente), donde se detalló que la agraviada y sus menores hijos se encontraban en riesgo severo por el contexto de violencia física y psicológica que ejercía el acusado sobre ellos. A lo referido se aúna el examen psicológico del acusado (foja 299), cuyas conclusiones revelan que posee una imagen desvalorizada de la figura femenina y muestra un patrón irreflexivo de pensamientos y conductas celotípicas, rígidas e inmodificables,*

*así como actitudes vigilantes y posesivas hacia su cónyuge, que llegan a la violencia extrema y hasta a atentar contra su vida. Y, por último, se tiene la retractación de la agraviada en juicio oral.”*

(...)

*Se puede apreciar a simple vista que el relato que las agraviadas muestran a modo de retractación carece de toda verosimilitud. Revela más bien la fase de arrepentimiento del ciclo de violencia, pues esto solo es un remedo de justificación de la actitud violenta del acusado, más aún si se considera que la agraviada visita al acusado en el centro penitenciario, por lo que se presume que ha sido influenciada por él para que cambien de versión. No es posible sostener que las declaraciones primigenias carecen de credibilidad o que, por alguna razón gratuita, las agraviadas y los efectivos policiales intervinientes formularon cargos falsos contra el acusado. No es razonable ni tiene base material u objetiva deducir que se trata de una confabulación inculpativa para lograr la condena del imputado, ni afirmar que los efectivos policiales hayan tenido algún tipo de interés en perjudicarlo. Más aún cuando las declaraciones primigenias de las agraviadas se encuentran acreditadas.”*

Lo expuesto, respecto a la perspectiva de la violencia de género en las relaciones interpersonales mediante el enfoque del ciclo de la violencia, se resalta también por parte del MESECVI en la Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (Nº 1) “Legítima Defensa y Violencia Contra Las Mujeres”, al destacar que se requiere comprender la violencia de género en las relaciones interpersonales, no como hechos aislados sino como un contexto continuo y cíclico, en el que existe una inminencia permanente de agresión. La violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados. Como elementos de la inminencia permanente de la agresión en contextos de violencia contra las mujeres, destaca a la continuidad de la violencia: puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia; la mujer víctima tiene temor, preocupación y tensión “constantes” lo que causa que continuamente espere una agresión. Es debido a que esta es una situación especial de continuidad de violencia, que el requisito de la inminencia debe ser comprendido más allá del momento exacto de la agresión ilegítima, pues esta no ocurre en un momento aislado, ya que forma parte de un continuum de violencia donde se podría precisar el inicio, pero no el fin de la situación. Asimismo, al carácter cíclico de la violencia. El ciclo de la violencia funciona como una trampa, que hace que la mujer se quede en la relación, porque el hombre se comporta como cuando la conquistó y asume actitudes de conquista, por lo que ella cree que su sueño de amor román-

tico se hizo realidad. El comportamiento del agresor funciona como un reforzador para que ella siga en la relación. La pobreza y la falta de apoyo de la familia son factores de riesgo que se intersectan con la dinámica de la violencia, disminuyendo las posibilidades de escapar, pero no son la causa de que se queden.

La “*Guía de valoración del daño psíquico en personas adultas víctimas de violencia intencional*” del Instituto de medicina legal del Ministerio Público, (2016) señala que entre los eventos violentos que causan mayor impacto psíquico están los que provienen de aquellas figuras de la familia que tengan un rol de cuidado y protección, o aquella que provienen los funcionarios del Estado. Y que el evento violento genera un trauma en tanto considere la particular respuesta de la víctima, así la intensidad del impacto variará en función de los múltiples factores de riesgo y protección de la víctima. Un acontecimiento violento no es en sí mismo traumático, ni necesariamente va a producir un daño psíquico. Se debe tener en cuenta la manera singular de la vivencia en que las personas elaboran psicológicamente el impacto de la violencia, el entorno sociocultural en el que éste se produce y es significado, así como las características específicas del evento fáctico ocurrido.

### **5. ¿Se requiere que la víctima de violencia brinde detalles pormenorizados respecto a los hechos en su agravio?**

Resulta importante señalar que una víctima de violencia intencional acude solicitando tutela estatal al sobrepasar sus recursos emocionales y en una situación de desborde de sus recursos intrapersonales para afrontar el contexto de violencia, por ello es que se requiere ser precisos en su exploración para no revictimizarla e identificar si nos encontramos ante el contexto de violencia. En algunas oportunidades se pueden presentar casos de amnesia selectiva, o llamada también amnesia disociativa, que corresponde a un recurso mental ante eventos traumáticos, que es parte de la capacidad de resiliencia (capacidad para superar eventos traumáticos). Las víctimas evitan recordar los eventos traumáticos, por lo doloroso que les resultan, por lo que la mente utiliza el recurso del “bloqueo mental”.

Sobre el particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Espinoza González vs Perú (Fund. 150) ha señalado: “las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos”.

La victimología ha enseñado que una de las consecuencias más graves que produce delito es el silencio de las víctimas y las dificultades en el relato de los procesos de victimización. Numerosos hechos delictivos principalmen-

te referidos a la violencia familiar, maltrato infantil, abuso sexual a niños se conocen cuando han transcurrido años del momento en el que sucedió el hecho delictivo y las víctimas pudieron romper el silencio de su victimización. Esto es, cuando la víctima, ya adulto, pudo verbalizar en el relato el sufrimiento padecido por el delito el silencio posterior que también implicó un grave sufrimiento a lo largo de años de silencio. Las principales consecuencias de la violencia se refieren entonces al silencio del relato y las dificultades que padece la víctima vulnerable, en intentar romper el silencio de lo padecido, este silencio vinculado a las amenazas del delincuente a la relación familiar autor/víctima y a las características del delito, así como las circunstancias particulares y familiares, culturales de la víctima y su familia. (Hilda Marchiori. Vulnerabilidad y procesos de victimización post delictivo. en: Serie victimología. Grupo editor. Argentina.)

Michael Freedman señala en relación al silencio de la victimización, las consecuencias del abuso sexual de la infancia en la formación de síntomas psicosomáticos en el adulto. Explica que el concepto de trauma como algo demasiado abrumador para que el organismo pueda hacerle frente con efectividad: el miedo, la indefensión son las consecuencias emocionales, los síntomas del abuso sexual se manifiestan tanto en el cuerpo como en la psique. El abuso traumático del cuerpo, en el caso del abuso sexual, se puede repetir en la forma de síntomas psicosomáticos en el adulto en un intento rudimentario y mantener cohesión interna frente a la incontrolable confusión emocional y la carencia de suficiente apoyo y ayuda. La reiteración de la violencia que se producen el maltrato infantil y el abuso sexual, violencia conyugal, secuestro, tortura, amenazas es otro de los motivos del silencio de la victimización del relato; es decir, la víctima está inmersa en un espacio lugar de permanente y continúa victimización; no es sólo un hecho de violencia, sino que son hechos reiterados agravados lo que produce una mayor victimización. (Hilda Marchiori. Vulnerabilidad y procesos de victimización post delictivo en: Serie victimología. Grupo editor. Argentina.)

La vulnerabilidad y silencio acentúan el miedo de romper el silencio de la victimización. Por ello el relato de la vivencia del delito es un acto traumatizante es una estructura compleja que comprende aspectos individuales, familiares, sociales y culturales. La dimensión del relato de la víctima, de las dificultades en verbalizar, en un hecho traumatizante. Significa en sí mismo comprender la situación de sufrimiento, de vulnerabilidad, que provocó el delito. El relato es recordar la vivencia de la victimización, los rostros y actitudes agresivas, tomar conciencia del riesgo pasado, la vulnerabilidad de indefensión frente al agresor y los sufrimientos padecidos durante el delito las situaciones predelictivas y post delictivas. Para la víctima el relato de la victimización significa la conciencia del riesgo de muerte,

la incomprensión de la violencia sufrida, el esfuerzo psíquico de romper el silencio, la crisis emocional afectiva de verbalizar la situación traumática, la persistencia de la angustia miedo y depresión, sentimientos de pérdida personal, de humillación social, de humillación a su dignidad personal. El relato es el intento de una reconstrucción post delictiva de la vida de la víctima, el análisis del relato delictivo, el conocimiento de las estructuras y contenidos, el testimonio referente a criterios de credibilidad por la situación sufrida y las características de los delincuentes conlleva una mayor vulnerabilidad. (Hilda Marchiori. Vulnerabilidad y procesos de victimización post delictivo en: Serie victimología. Grupo editor. Argentina).

En efecto, en la *Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 1) "Legítima defensa y violencia contra las mujeres"*, el MESECVI recordó que en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, la Corte Interamericana restó importancia a las inconsistencias entre los testimonios rendidos por los señores Cabrera y Montiel, indicando que las víctimas fueron señalando más detalles sobre la tortura sufrida a la medida que ampliaban sus declaraciones. Como es bien sabido, la violencia basada en el género en el ámbito doméstico también genera traumas en las víctimas, como razón por la cual dicho estándar es igualmente aplicable a estas situaciones. Además, debe considerarse la posibilidad de una severa afectación de las facultades de las mujeres víctimas de violencia, que podrían generar reacciones que deberían restar o anular la imputabilidad de sus acciones, debido al impacto psicológico de las violencias que padecen.

Sobre el particular, la Corte Suprema en el Recurso de nulidad N.º 2198-2015, Ica, ha señalado:

*3.1. Cabe recordar que los delitos contra la libertad sexual se constituyen generalmente como delitos clandestinos, secretos o de comisión encubierta, pues se perpetran en ámbitos privados, sin la presencia de testigos; por lo que el solo testimonio de la víctima se eleva a la categoría de prueba, con contenido acusatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia del imputado, pero siempre que reúna los requisitos de coherencia, persistencia, solidez y ausencia de incredibilidad subjetiva, y que no se vulnere el derecho a un proceso con las debidas garantías procesales.*

*3.4. Si bien a nivel de juicio oral, sesión de audiencia de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince, fojas 442, el encausado Genaro Emilio Tipiani Peña alega inocencia y refiere que todo es una calumnia; la actividad probatoria llevada a cabo en autos y citada precedentemente denota suficientemente que los términos de la imputación le pertenecen al citado encausado. De tal forma que la **alegación relacionada con que el me-***

***nor no precisa adecuadamente el lugar ni la fecha de la agresión sexual no amerita que sea estimada, dado que no incide en el núcleo de la imputación que es verosímil y persistente en el desarrollo del proceso, además de comprobarse la ausencia de algún móvil espurio; y que tiene su comprobación y/o corroboración en datos objetivos periféricos, como son el certificado médico legal, pericia psicológica e inspección judicial.*** (resaltado agregado)

Igualmente, en el Recurso de nulidad N.º 398-2020-Lima norte, sobre la perspectiva de género en los procesos seguidos por los delitos de lesiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar, resalta:

*3.5. Asimismo, por la naturaleza del presente caso, resulta importante resaltar que lo descrito es concordante con los criterios expuestos por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará, en la Recomendación General N.º 1, que señaló que en la investigación y juzgamiento de los delitos motivados en el género de la víctima debe adoptarse una perspectiva de género, que implica, entre otros aspectos:*

*-Iniciar, de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva cuando las autoridades tomen conocimiento de actos que constituyan violencia contra la mujer.*

*-Entender que no resulta exigible que las víctimas manifiesten todos los presuntos maltratos sufridos. Asimismo, que **las agresiones constituyen un episodio traumático para las víctimas y que, por esto mismo, puede haber imprecisiones al recordarlas. En este sentido, la presencia de algunas imprecisiones no significa que las denuncias sean falsas o que los hechos carezcan de veracidad.*** (resaltado agregado)

Asimismo, en la Casación N.º 1394-2017/Puno, destacó:

#### **QUINTO:**

*3. “Exigir a una adolescente la precisión del número de veces y una detallada indicación de la forma en que fue ultrajada, es un requerimiento impropio que no tiene en cuenta el conjunto de traumas que una violación genera y la intensidad de la afectación síquica que produce, en la que tiene una importancia decisiva la estructura de la personalidad de la víctima y el contexto socio cultural. La coherencia interna del testimonio, por tanto, no puede negarse. Por lo demás, no se ha cuestionado que el relato es fantástico, contradictorio o con lagunas esenciales”.*

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el *Caso Espinoza Gonzales vs Perú*, lo siguiente:

*En lo que respecta casos de alegada violencia sexual, la Corte ha señalado que las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente. La Corte, igualmente, ha tenido en cuenta que las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad.*

Y en el *Caso J. vs Perú*:

*“Al respecto, este Tribunal toma en cuenta que **los hechos descritos por la señora J. se refieren a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos.** Dichos relatos, además, fueron en su mayoría rendidos como parte de la misma declaración instructiva realizada dentro del proceso penal, la cual fue suspendida y continuada en varias oportunidades. Por tanto, **no resulta razonable exigir que la señora J. declarara sobre todos los presuntos maltratos de los que habría sido víctima en cada oportunidad en que se dirigía a las autoridades estatales.**” (resaltado agregado)*

Cabe mencionar que el Protocolo de Estambul, en el párrafo 142, se señala que “[1]os supervivientes de tortura pueden tropezar con dificultades para dar detalles concretos sobre lo sucedido y ello por diversas razones importantes entre las que figuran las siguientes, factores propios de la tortura en sí misma, por ejemplo los ojos vendados, las drogas, las pérdidas de conciencia, etc.; el miedo a ponerse en peligro o a poner en peligro a otros; la falta de confianza en el clínico examinador o el intérprete; el impacto psicológico de la tortura y el trauma, por ejemplo la hiperexcitación emocional y las pérdidas de memoria consecutivas a trastornos mentales relacionados con el trauma, como depresión y trastorno de estrés posttrau-

mático; la pérdida neuropsiquiátrica de memoria consecutiva a golpes en la cabeza, asfixia, casi ahogamiento o privación de alimentos; los mecanismos compensatorios protectores, como la denegación y la evitación, entre otros. El Protocolo también señala, al definir el estrés postraumático en los casos de tortura, que en algunos casos “[e]n esas circunstancias, la incapacidad de recordar detalles precisos apoya, más que reduce, la credibilidad de la historia que narra el superviviente. Los principales temas de la historia mantendrán su coherencia en las distintas entrevistas”.

## 6. ¿Las denuncias tardías deben valorarse de forma negativa?

Conforme se señaló precedentemente, la victimología ha enseñado que una de las consecuencias más graves que produce delito es el silencio de las víctimas y las dificultades en el relato de los procesos de victimización. **Numerosos hechos delictivos principalmente referidos a la violencia familiar, maltrato infantil, abuso sexual a niños se conocen cuando han transcurrido años del momento en el que sucedió el hecho delictivo y las víctimas pudieron romper el silencio de su victimización.** Esto es, cuando la víctima pudo por fin verbalizar en el relato el sufrimiento padecido por el delito el silencio posterior que también implicó un **grave sufrimiento a lo largo de años de silencio.** Las principales consecuencias de la violencia se refieren entonces **al silencio del relato y las dificultades que padece la víctima vulnerable, en intentar romper el silencio de lo padecido,** este silencio vinculado a las amenazas del delincente a la relación familiar autor/víctima y a las características del delito, así como las circunstancias particulares y familiares, culturales de la víctima y su familia. (Hilda Marchiori. Vulnerabilidad y procesos de victimización post delictivo. en: Serie victimología. Grupo editor. Argentina.)

Sobre el particular la Corte Suprema en la *Casación N.º 1179-2017-Sullana*, ha señalado:

*QUINTO. Que es evidente que en los denominados “delitos de clandestinidad”, en que las conductas de violación sexual se suelen producir en un contexto de opacidad, sin más testigos que las personas involucradas, resulta determinante la declaración del testigo-víctima y la existencia de corroboraciones periféricas externas que abonen la versión inculpativa –el tríptico de falta de credibilidad subjetiva del testigo, verosimilitud de su declaración y persistencia de la misma, no constituyen desde luego condiciones para la validez de la declaración, sino meros instrumentos funcionales o guías de referencia para su valoración y contraste [STSE 1207/2006, de veintidós de noviembre]–.*

*Asimismo, debe tenerse en cuenta, primero, las relaciones familiares entre*

*el imputado, la víctima y los demás integrantes del círculo familiar –que, por lo general, condicionan de diversa manera o intensidad la reacción de sus miembros ante las agresiones sexuales–; segundo, la minoría de edad de la agraviada, quien va narrando linealmente en varios momentos, a insistencia o no de sus familiares, la experiencia traumática vivida; y, tercero, ante eventos traumáticos no todas las personas reaccionan igual y de modo inmediato. **En los delitos sexuales las reacciones tardías por las víctimas y su entorno, así como las comunicaciones y denuncias demoradas constituyen prácticas comunes o, por lo menos, no inusuales, tal como ha destacado la victimología.***

Igualmente, en la Casación N.º 1425-2018, Tacna:

*QUINTO. Que es de destacar que sobre el testimonio de la hija del imputado y de la agraviada solo se resaltó lo tardío del mismo (un mes después de los hechos) –dato que en sí mismo no revela, sin analizar el contexto de los hechos asociados a lo ocurrido con la niña, que por tal razón habría incredibilidad subjetiva–; y, sobre las lesiones de agraviada e imputado, la sentencia de vista solo acotó que desvelarían que fueron parte de un forcejeo, sin atar este dato, considerado probado, al conjunto de las pruebas de cargo. Además, sostener que el testimonio de la niña solo trasluce ciertos roces y discusiones momentos previos a la muerte de la agraviada –tal como acotaron la dueña de casa y el amigo de los convivientes, así como desde una línea de tiempo duradero, de violencia familiar; la madre de la víctima, Victoria Lope Mamani– no es compatible con el contenido de esa exposición*

## **7. ¿De qué forma los estereotipos de género afectan la administración de justicia?**

La *Recomendación N.º 33 del Comité de la Cedral*, ha señalado acertadamente que los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Sostiene que pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. De esta forma, se tiene que en lugar de analizarse los hechos, los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos. Señala así que, con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos.

Sobre el particular sostiene que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la CEDAW. Es un elemento fundamental del estado de derecho

y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley. Así, señala que el derecho de acceso a la justicia es pluridimensional, ya que abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia.

De tal manera que, resalta el Comité haber observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Señala que todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres.

Sostiene que la discriminación contra la mujer, sobre la base de los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género, que afectan particularmente a las mujeres, tienen efectos adversos sobre la capacidad de éstas para obtener acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres. Además, que la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres. Indica que el establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos, e incluso que esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. Resalta que esto tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, en el derecho penal, ya que dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad. De esta forma, señala que en todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ese sentido, respecto a la minimización de la violencia contra las mujeres y la valoración estereo-

tipada y culpabilizadora de la conducta de las mujeres, en el *Caso González y otras vs. México* (“Campo Algodonero”), señaló:

*203. La Corte resalta que el testimonio de la señora Delgadillo Pérez, así como las declaraciones de las madres y familiares de las víctimas, concuerdan con el contexto descrito por diversas instancias nacionales e internacionales, en el cual funcionarios y autoridades “minimizaban el problema” y denotaban “ausencia de interés y vocación por atender y remediar una problemática social grave”.*

*208. El Tribunal considera que en el presente caso, los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio o que tendrían una vida reprochable y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos.*

*400. [E]l Tribunal resalta lo precisado por la Comisión Interamericana en su informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia” en el sentido de que “[L]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos”.*

En cuanto a la valoración estereotipada y culpabilizadora de la conducta y aspecto de las mujeres, la Corte IDH, *Caso Véliz Franco vs. Guatemala*, sostuvo:

*212. Del acervo probatorio se desprende que en algunos informes de la investigación se hizo referencia explícita a la forma de vestir de María Isabel, a su vida social y nocturna, a sus creencias religiosas, así como a la falta de preocupación o vigilancia por parte de su familia.*

*[...L]a Auxiliar Fiscal de la Agencia No. 5 de Mixco le habría dicho que María Isabel “era una cualquiera, una prostituta”. Asimismo, [...] el perito, sin fundamento, en su informe concluyó que la víctima habría sufrido de “inestabilidad emocional al andar con varios novios y amigos”. [...E]l hecho de que se diera relevancia en los interrogatorios y en los informes a ciertos aspectos de la vida privada y del comportamiento previo de María Isabel demuestra la existencia de estereotipos de género.*

Igualmente, en el *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, señaló:

143.c. *Se identifica la presencia de estereotipos de género en varios “aportes del expediente” al hacer referencia a la hipótesis de investigación relativa a las supuestas relaciones de pareja de la señora Mayra Gutiérrez.*

*Lo anterior ocurrió en un contexto en el que había retrasos en la investigación de la desaparición de mujeres, así como [en el que] las autoridades no procedían a buscar a las víctimas con celeridad y las descalificaban y culpabilizaban por sus acciones, con el impacto de entenderlas como no merecedoras de acciones estatales para localizarlas y protegerlas.*

*En el presente caso, los estereotipos de género trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación. Así pues, la investigación no fue conducida con una perspectiva de género.*

*[A]gentes estatales que investigaban los hechos realizaron informes haciendo uso de un lenguaje denigrante que enfatizaba el comportamiento social y sexual de la presunta víctima. En particular, refirieron sospecha de que la señora Gutiérrez se encontraría en el lugar donde “sostenía relaciones amorosas con sus amantes”, que ésta era “insaciable sexualmente”, que los señores A. y Luis Felipe Figueroa “le realizaban una cadena o guerra de llamadas, posiblemente por celos u otro motivo”, y que la señora Gutiérrez habría faltado “al pacto de lealtad estipulado dentro de la relación libre que sostenía [con el señor A]”.*

*Por otra parte, la Corte advierte que las prácticas seguidas por los funcionarios a cargo de la investigación de la desaparición de Mayra Gutiérrez no son un hecho aislado, pues ha sido detectada reiteradamente por este Tribunal en los casos Véliz Franco y otros, y Velásquez Paiz y otros, contra Guatemala, la tendencia de los investigadores a desacreditar a las víctimas y culpabilizarlas por su estilo de vida, o ropa, así como a indagar aspectos relativos a las relaciones personales y sexualidad de las víctimas para concluir que esas personas fueron responsables de lo que les pasó, y la existencia de estereotipos y prejuicios de género con influencia negativa en la investigación, en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores.*

*En el caso particular de Mayra Gutiérrez, se observa la utilización de un estereotipo para culpabilizar a la víctima de lo sucedido, excluyendo las demás hipótesis y desechando cualquier otra línea de investigación, como aquella relacionada con los trabajos realizados por la presunta víctima sobre la adopción y tráfico de niñas y niños en Guatemala y la denuncia sobre su presunta desaparición forzada.*

Asimismo, en el Caso Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala, señaló:

*49. Aunado a ello, se refirió a estudios y testimonios de mujeres sobrevivientes y sus familiares que hacen referencia a la “tendencia de los investigadores a desacreditar a las víctimas y culpabilizarlas por su estilo de vida, o ropa” y la indagación de aspectos relativos a las relaciones personales y sexualidad de las víctimas.*

*183. La Corte reconoce, visibiliza y rechaza el estereotipo de género por el cual en los casos de violencia contra la mujer las víctimas son asimiladas al perfil de una pandillera y/o una prostituta y/o una “cualquiera”, y no se consideran lo suficientemente importantes como para ser investigados, haciendo además a la mujer responsable o merecedora de haber sido atacada.*

## **8. Conclusiones**

La victimización secundaria corresponde a los costos personales que sufre la víctima por su paso por el sistema de justicia. Al brindar prioridad a la investigación y sanción del suceso delictivo buscando la verdad material, se puede descuidar el reconocer que en los casos de violencia contra la mujer, además de evidenciar la discriminación estructural que culturalmente le desconoce sus derechos, en muchas oportunidades corresponden a hechos que tienen la potencialidad de ser traumáticos y que han requerido de las víctimas un sobreesfuerzo intrapersonal para poder denunciarlos.

Igualmente, resulta necesario el uso del enfoque de género desde la administración de justicia, y realizarse por funcionarios capacitados sobre el particular a fin de identificar y erradicar la discriminación estructural, así como lograr el derecho de acceso a la justicia para las mujeres.

En tal sentido, se requiere que la administración de justicia actúe de manera empática, que no replique la discriminación estructural basada en roles que ponen a las mujeres en una posición subordinada en el ejercicio de sus derechos y que además, se identifique, comprenda y respete el sufrimiento ajeno propio de los eventos que se denuncian y tienen la potencialidad de caracterizarse como traumáticos.



# El delito de feminicidio como representación de estereotipos de género contra la mujer y su tipificación\*

Bianca Alexandra Zuñiga Siguas\*\*  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

**SUMARIO:** 1. Importancia de la tipificación del feminicidio / 2. Tipificación del feminicidio a nivel internacional / 2.1. Costa Rica / 2.2. Guatemala / 2.3. Nicaragua / 3. Delito de feminicidio como cúspide de la violencia / 4. Problemática en torno al sujeto activo del delito de feminicidio / 5. Tipificación del feminicidio y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem Do Pará) / 6. Caso Barbosa De Souza y Otros Vs. Brasil y estándares en materia de feminicidio / 7. Tipo de feminicidio y principios del derecho penal / 8. Comisión del delito de feminicidio como resultado de imposición de estereotipos de género contra las mujeres / 9. Tareas estatales en el marco de la violencia contra la mujer / 10. Conclusiones.

## 1. Importancia de la tipificación del feminicidio

Si bien en muchas ocasiones se cuestiona la importancia que tiene la tipificación del feminicidio por existir otros tipos penales mediante los que se podría tipificar las mismas conductas (por ejemplo, asesinato u homicidio simple), es necesario recordar que las mujeres constituyen un grupo en especial situación de vulnerabilidad, característica que debe ser analizada a efectos de reconocer la discriminación estructural que se ha impuesto sobre ellas. Dicha circunstancia obliga a establecer tipos penales que reconozcan esta situación y sobre todo que reconozcan que la violencia contra la mujer no una conducta circunstancial; es decir, cuando se mata a una

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Tratamiento de la Violencia contra las Mujeres, Violencia de Género e Integrantes del Grupo Familiar – I Congreso Nacional De Violencia Familiar, Enfoque De Género y Acciones Preventivas, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de diciembre del 2022.

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinadora de Economía y Eventos del Círculo de Derechos Humanos - CDDHH. Coordinadora del Área de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentarios de Amachaq Escuela Juridica. Ganadora de la Séptima Edición de la Competencia Internacional de Derechos Humanos CUYUM de la Universidad Nacional del Cuyo - Argentina. Correo electrónico: bianca.zuniga@unmsm.edu.pe.

mujer no es por celos, no es por rabia ante una infidelidad, no es por frustración ante su negativa a retomar la relación, sino que detrás de todas esas conductas hay una serie de estereotipos y roles que les son asignados a la mujer. En ese sentido es que cuando ella se atreve de alguna manera a desafiar dichos estereotipos o roles es que se lleva a cabo el feminicidio.

Y es que tal y como está tipificado en nuestro país el feminicidio se produce cuando una persona mata a una mujer por su condición de tal, elemento que implica la existencia de los estereotipos ya previamente mencionados.

## **2. Tipificación del feminicidio a nivel internacional**

Resulta importante analizar la tipificación del feminicidio, considerando también la forma en que se realiza a nivel internacional, para poder tomarlo como medidas y como buenas prácticas, pero sobre todo para que se puedan identificar aspectos en los que se puede mejorar respecto a los tipos penales de feminicidio para hacerlo mucho más efectivo y una herramienta útil para la lucha contra la violencia hacia la mujer, reconociendo siempre que no basta con la sola esa tipificación del delito, sino que debe venir acompañada de políticas públicas y actividades de prevención, ello desde una perspectiva jurídica, entre otras medidas centradas no solamente en el accionar jurídico que puede tomarse esos casos, sino también el accionar a nivel social e incluso a nivel cultural, involucrados dentro de la tarea de eliminación de estereotipos.

Si bien la tarea es sumamente ardua debe ser asumida desde los diversos espacios que tienen esta capacidad transformativa, llámese medios de comunicación escuelas e incluso las instituciones religiosas, espacios en los cuales se debe buscar y orientar la lucha contra esos estereotipos que finalmente va a ser la que nos va a permitir verdaderamente luchar contra la violencia hacia la mujer.

### **2.1. Costa Rica**

En Costa Rica el delito de femicidio se tipifica mediante la Ley No 8589, Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres, a partir de la cual se condena a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga o haya mantenido una relación o vínculo de pareja, sea matrimonial, unión de hecho, noviazgo, convivencia, de no convivencia, casual u otra análoga, aun cuando medie divorcio, separación o ruptura, siempre que la conducta no constituya un delito más grave o previsto con una pena mayor.

### **2.2. Guatemala**

En Guatemala el femicidio es tipificado mediante el Decreto 22/2008, Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, a partir

de la cual se condena a quien diere muerte a una mujer por su condición de tal valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.
- Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
- Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
- En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
- Por misoginia.
- Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.
- Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código Penal.

### **2.3. Nicaragua**

En Nicaragua el delito de feminicidio se encuentra tipificado mediante la ley No 779 “Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley No 641, Código Penal”, a partir de la cual se dispone que comete femicidio el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado, en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo, relación laboral, educativa o tutela.
- Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
- Como resultado de ritos grupales, de pandillas, usando o no armas de cualquier tipo.

- Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
- Por misoginia.
- Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.
- Cuando concorra cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el delito de asesinato en el Código Penal.

### **3. Delito de feminicidio como cúspide de la violencia**

El femicidio o feminicidio no es más que una cúspide de todo el ciclo de violencia que sufre la mujer en cada caso concreto, el cual se inicia a través de gritos, insultos, golpes y va escalando de manera cíclica hasta llegar al punto del feminicidio, aspecto que es importante entender porque en muchas ocasiones se desvirtúa la necesidad de tipificar el delito, sin tomar en cuenta que este se sustenta en el reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer y parte de la necesidad de entender también que existe todo un conglomerado de estereotipos y de roles que son impuestos a la mujer y que genera la imposición de violencia en su contra.

Dentro de los factores que forman parte del círculo de violencia que recae sobre la mujer que finalmente puede devenir en femicidio deben considerarse la dependencia emocional e incluso dependencia económica, los cuales en muchas ocasiones evitan que la víctima pueda cortar el referido círculo de violencia.

No obstante, también puede presentarse la circunstancia en que la mujer decide cerrar ese ciclo de violencia separándose de la pareja, pero posteriormente es atacada por su ex – pareja y esa situación en muchas ocasiones termina en un feminicidio.

### **4. Problemática en torno al sujeto activo del delito de feminicidio**

A partir del Acuerdo Plenario No 001-2016/CJ – 116 surge una problemática en tanto que mediante dicho instrumento se establece que el único sujeto activo del delito de feminicidio podría ser un hombre, de manera que una mujer no podría cometer feminicidio. No obstante, si se toma en cuenta que el feminicidio es la cúspide de una serie de estereotipos y roles que les son impuestos a la mujer por su condición de tal, los referidos estereotipos, roles y/o patrones también pueden ser reproducidos o impuestos por una

mujer a otra dentro de una relación de una relación sistemática de poder, de manera que existe la posibilidad de que una mujer también pueda cometer feminicidio puesto que el núcleo del delito de feminicidio son los estereotipos de género que son impuestos en contra de la mujer y en función de los cuales se comete la conducta de matarla por su condición de tal.

### **5. Tipificación del feminicidio y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem Do Pará)**

Un instrumento internacional que ha conllevado a la tipificación de derechos de femicidio en muchos de los países americanos es la Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer, en función del cual se obliga a los Estados a tomar políticas no solamente de acción, sino también de prevención de las diversas formas en que pueda presentarse de violencia contra la mujer.

A partir de la citada Convención la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha emitido sentencias sumamente importantes en materia de violencia contra la mujer, tales como *Gonzales y otras (Campo Algodonero) Vs. México*, *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México*, *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, entre otros.

De manera específica en lo que se refiere a la tipificación del delito de feminicidio cabe señalar el caso *Barbosa de Souza Vs. Brasil*, mediante la cual se declaró la responsabilidad internacional de estado brasilero por el uso indebido de la inmunidad parlamentaria como obstáculo para la investigación y el enjuiciamiento del feminicidio de *Márcia Barbosa de Souza*, una estudiante negra de 20 años de cuyo feminicidio era principal sospechoso era diputado *Aércio Pereira*, produciéndose en su cargo de tal una serie de obstáculos en el marco de la investigación.

Asimismo, evidenció la existencia de un contexto de violencia estructural y generalizada contra las mujeres en Brasil, en el que la superposición de opresión y discriminación hace que ciertos grupos de mujeres sean especialmente vulnerables.

En el marco de la citada sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos evidenció que el estado brasileño incumplió con su obligación de proteger los derechos de la víctima y estableció que el Estado debía adoptar una serie de medidas enfocadas en la lucha contra el feminicidio y la violencia contra las mujeres y el uso de la figura de inmunidad parlamentaria para, de esta manera, garantizar la no repetición de los hechos ocurridos.

## **6. Caso Barbosa De Souza y Otros Vs. Brasil y estándares en materia de feminicidio**

Dentro del ya citado caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos identificó que dentro del estado brasilero existía una cultura de tolerancia a la violencia contra la mujer, evidenciada en la forma en la cual los medios de comunicación presentaban las noticias de violencia contra las mujeres, al romantizarla, en vez de rechazarla, destacando sobre dicho punto que un alto nivel de tolerancia a la violencia contra la mujer está normalmente asociado a las altas tasas de feminicidios

Considerando lo previamente señalado, el importante órgano internacional le ordenó al estado brasilero adoptar e implementar un protocolo nacional que establezca criterios claros y uniformes para la investigación de los feminicidios. Dicho instrumento deberá ajustarse a los lineamientos establecidos en el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de muertes violentas de mujeres por razones de género, así como a la jurisprudencia de la misma Corte y deberá estar dirigido al personal de la administración de justicia que en algún modo intervenga en la investigación y tramitación de casos de muertes violentas de mujeres.

## **7. Tipo de feminicidio y principios del derecho penal**

La importancia de tipificar el delito de feminicidio estriba principalmente en que permite establecer líneas de acción ante estos supuestos, puesto que de no existir – como de hecho sucede en algunos países – no se podrían tomar las medidas sobre todo considerando principios como el de legalidad y el de tipificación, los cuales inspiran a muchos de los sistemas penales y exigen que todas las conductas que van a ser sancionadas o reprimidas por la ley penal estén específicamente tipificadas antes de que las mismas hayan sido cometidas.

En ese sentido, si no se cuenta con una tipificación específica para luchar contra las conductas calificadas como feminicidios no se va a poder sancionar, de manera que dichos actos van a quedar en impunidad.

De manera adicional es necesario precisar que no es suficiente con que el delito esté tipificado, sino que los operadores de justicia y todos los sujetos involucrados, ya sea a nivel judicial, a nivel de salud e incluso a nivel social deben conocer de esa tipificación para poder tomar las acciones pertinentes, sobre todo para evitar situaciones en las que no se reciban las denuncias de feminicidio o ellas sean atribuidas a otras causas en el caso.

Una ejemplificación concreta de esa circunstancia es el caso Digna Ochoa y familiares Vs. México, caso referido al asesinato de una defensora de

derechos humanos, que si bien no evidencia una situación de feminicidio, permite evidenciar los estereotipos de género que pueden contaminar la investigación del homicidio de una mujer, los cuales pueden recaer sobre la víctima o víctimas y – en determinados casos – impiden que la escena del crimen sea tratada con la pertinencia y la eficiencia que se requiere en lo que respecta a la cadena de custodia, de manera se contamina la escena en general, lo cual impide llegar a resultados fehacientes respecto a las responsabilidades a nivel del crimen.

## **8. Comisión del delito de feminicidio como resultado de imposición de estereotipos de género contra las mujeres**

Es necesario precisar respecto al delito de feminicidio que a dicho delito subyace una imposición de roles de género sobre la víctima, los cuales al ser quebrantados por ella devienen en la comisión del citado delito, y en la gran mayoría de casos el feminicidio se presenta como la cúspide una situación de escalada de violencia, como parte de un círculo de violencia que parten de replicar sobre ella una gran cantidad de estereotipos de género y de roles que la mujer tiene que estar cumpliendo, y al quebrantarlos es que empieza a surgir el círculo de violencia en contra de ella.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, también puede cometerse el delito en situaciones particulares como el hecho de que la mujer víctima no haya querido iniciar una relación amorosa con el feminicida, caso en el cual no hay un contexto de violencia pero evidentemente subyacen estereotipos en función de los cuales el sujeto al momento de recibir la negativa de su parte comete el delito de feminicidio. Situación similar sucede cuando la mujer no desea retomar la relación, caso en el cual puede darse que la mujer haya terminado la relación por la existencia de un contexto de violencia o simplemente puede no existir dicho contexto. En razón de todos los prejuicios que recaen sobre las mujeres y su quebrantamiento es que se deviene en la comisión del delito de feminicidio.

## **9. Tareas estatales en el marco de la violencia contra la mujer**

Finalmente, es importante abordar el apoyo y acompañamiento que los estados deberían darles a las mujeres víctimas de violencia. En el Perú tenemos una serie de protocolos, por ejemplo, hay un Protocolo de actuación conjunta entre los centros de emergencia mujer y las defensorías de oficio, en función del cual dichas entidades tienen que interactuar de manera tal que a la mujer se le pueda brindar apoyo psicológico y acompañamiento legal durante todo ese proceso. No obstante, sucede que no se conoce mucho de las entidades que brindan ese tipo de apoyo, por lo cual los estados

deben asumir la tarea de dar a conocer todas las herramientas que ellos tienen para la lucha contra la violencia contra la mujer, para lo cual también es importante una capacitación constante de todos los operadores.

Otra tarea que deben asumir es buscar generar un cambio en las estructuras de la educación, porque toda la situación de violencia se genera a partir de estereotipos que se van repitiendo de generación en generación, y hasta que los mismos no se vayan cuanto menos eliminando – porque es materialmente imposible que se eliminen en su totalidad – todas las políticas, todos los proyectos, todo lo que se busque implementar para luchar contra la violencia hacia la mujer, lamentablemente no va a tener frutos porque se va a ver obstaculizado por todas estas situaciones de estereotipos, estereotipos que poseen en algunos casos los operadores de Justicia encargados de llevar a cabo esas políticas públicas y que pueden incluso determinar su fracaso o aplicación inadecuada.

## **10. Conclusiones**

Respecto al tipo penal de feminicidio se presentan una gran cantidad de problemáticas, pero es necesario reafirmar que no basta con la inclusión del tipo penal en la normativa, sino que también es necesario entender que no constituye una medida irrazonable en favor de las mujeres, sino responde a la situación de violencia y discriminación estructural, así como la gran cantidad de prejuicios y estereotipos que recaen sobre ellas.

Asimismo, resulta necesario recordar que no se puede tratar en pie de igualdad un asesinato que es producido en un en un contexto circunstancial y a un asesinato que es producido en un contexto de violencia contra la mujer, porque dichos contextos finalmente van a ir decantando el femicidio.

De manera adicional, resulta necesario que los operadores de justicia actúen de manera idónea, para lo cual deben participar y tener capacitación constante. En el Perú específicamente existen entidades como los centros de emergencia mujer que se supone que deberían encargarse de atender estas situaciones de violencia, pero muchas veces no lo hacen con la pertinencia exigida por los organismos e instrumentos internacionales.

Si bien existen medidas orientadas a reducir las alarmantes cifras de mujeres víctimas de feminicidio, las medidas o estrategias a no van a tener efectos concretos en ese sentido si no se logra que los operadores de justicia, los policías y todas las personas involucradas en la atención de este tipo de casos realmente tomen conciencia de la importancia de este de este delito.

La tipificación del delito de feminicidio no representa una medida injusta de favorecimiento hacia las mujeres, sino que representa un reconocimiento de la violencia estructural que se impone contra ellas, en función de la cual se entiende que el feminicidio y el matar a una mujer por incumplir estos roles de género que son asignados es la cúspide de todo un ciclo de violencia que viene ya desarrollándose respecto de ella.



# Los extravíos de la inimputabilidad: a propósito de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que aplicó enfoque de género en el caso de una acusada de filicidio\*

*¿Existe un puente entre el enfoque de género y la inimputabilidad?*

David Teleki Ayala\*\*

*Universidad Externado de Colombia*

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Los hechos y la sentencia / 3. El instituto de la inimputabilidad: una breve mirada al mundo anglosajón. La defensa por insania mental “insanity defense” / 3.1 Las reglas M’Naghten / 3.2. Reglas de DURHAM / 3.3 Las reglas del American Law Institute (ALI) / 3.4. el caso HINCKLEY de 1981 / 3.5. El Congreso legisla en 1984 / 4. Dos ejemplos de la “insanity defense” en el cine y la literatura / 4.1. El juicio a Perry Smith y Dick Hickcock en “A sangre fría de Truman Capote”-. ejemplo de cómo funcionan las reglas M’Naghten y Durham / 4.2. Dan Withe y las defensas Twinkies. Mi nombre es Harvey Milk película de 2008.

## 1. Introducción

En el mito de Medea, en su versión más brutal, ella asesina a sus hijos para vengarse de JASON. De allí el nombre de “síndrome de Medea”.

“CORIFEO: parece que el día de hoy a JASON los dioses mucho mal merecido le han querido causar. Pobre, qué compasión sentimos por su suerte, Tu, la hija de CREONTE que a las puertas del hades te llevó como víctima tu boda con JASON.

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Tratamiento de la Violencia contra las Mujeres, Violencia de Género e Integrantes del Grupo Familiar – I Congreso Nacional De Violencia Familiar, Enfoque De Género y Acciones Preventivas, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de diciembre del 2022.

\*\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho y nuevas tecnologías sobre la vida de la U Externado de Colombia. Estudiante de doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Columna en Bandalos. Autor de obras jurídicas como La personificación jurídica en la teoría General del Derecho y coautor del derecho penal en Macondo. Conferencista, investigador y profesor universitario.

MEDEA-. Decidido tengo el matar al punto a mis hijos y luego marcharme de esta tierra sin demoras que puedan ponerles en las manos asesinas de aquellos que me odian. Es forzoso que sin remedio mueran.; y puesto que es preciso, yo seré quien les mate, la que la vida les di. Eah corazón ármate, ¿por qué vacilo ahora ante este hecho terrible, más también necesario?

¡Vamos, infeliz mano mía, toma la espada, tómala, a la barrera ve tras la cual está la vida dolorosa! No te ablandes ni pienses que les amabas mucho, que les pariste; al menos en este breve día de ellos olvídate;

Luego podrás llorar; que, aunque les sacrificques, les querías; en fin, soy una desdichada”

*EURÍPIDES (431 ac)*<sup>1</sup>

## **2. Los hechos y la sentencia**

La Corte Suprema de Justicia de Colombia<sup>2</sup>, el 27 de julio del 2022, casó parcialmente la sentencia condenatoria dictada por 60 años de prisión contra una mujer -nacida en 1990- que asesinó a sus tres pequeños hijos<sup>3</sup> el 15 de febrero del 2015: colocó la televisión a todo volumen, llamó a cada uno (de 10,7 y 5 años) y los fue degollando a cuchillo. Luego, metió sus cuerpos debajo de la cama y se intentó suicidar. Al casar (romper) parcialmente la condena, la Corte Suprema de Colombia la declaró autor no responsable (inimputable) y en vez de 60 años le impuso 20 como medida de seguridad en hospital psiquiátrico.

La providencia en el acápite de “hechos” sintetiza la historia de vida miserable, desgarrada y paupérrima de la condenada filicida: abusos sexuales por sus padres, abuelos, abandono, desarraigo, pobreza, indigencia, analfabetismo. A sus 14 años, desde que nació su hija mayor (2005), empezaría a escuchar voces que le ordenaban suicidarse. Relata la sentencia que luego en 2008 tuvo a su segundo hijo y un tercero en el 2010. Que en el 2014 habitando la casa de sus padres fue testigo del abuso sexual de su padre a uno de sus hijos. Seguía escuchando voces, pero luego de este incidente empezó a sentir pasos en el techo de su casa, y en el espejo veía a otra mujer. Nunca el Estado hizo nada por protegerla y ninguna autoridad le atendió sus pedidos de intervención.

<sup>1</sup> Extraído de: <https://www.ellibrototal.com/total/?t=1&d=5232>

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación penal. Sentencia SP2649-2022 del 27 de julio del 2022. Magistrado Ponente, FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

<sup>3</sup> En el Código Penal colombiano homicidio agravado -artículos 103 y 104, numerales 1 y 7- en concurso homogéneo.

Durante el juicio se presentó el dictamen de una perito psicóloga que determinó que padecía de un “trastorno esquizoide afectivo” que le impediría comprender la realidad al momento de los hechos. También a instancias de la Fiscalía, se presentó peritaje de psiquiatra que afirmaba todo lo contrario: pudo para el momento de los macabros hechos comprender la criminalidad de sus actos: era responsable y debía ser penada.

El tribunal de Bogotá que confirmó la condena, en su valoración probatoria había hecho prevalecer el peritaje médico sobre el psicológico, porque en su criterio sólo los primeros (psiquiatras) podrían determinar la presencia de las enfermedades mentales. La demanda presentada por la defensa de la condenada, como soporte argumentativo probatorio requirió a la Corte se casara (rompiera) la condena porque, además del peritaje de la psicóloga, existían pruebas testimoniales que darían cuenta de que la condenada sí tendría los síntomas descritos por la psicóloga. También, se solicitó se atendiera la historia de vida de la condenada por ser la víctima de una tragedia vivencial a lo largo de su existencia, y que justo por ello no habría podido autodeterminarse para no cometer el filicidio.

Primero la Corte se ocupó de la biografía de la condenada, siendo entonces el contexto de su vida desgraciada, algo ineludible para adoptar una decisión; es decir, un “entorno de maltrato, abusos y exclusión” que habrían incidido en la conducta y que la corte afirma aterrizar en el espacio adecuado en esta sentencia de casación penal. La corte, así las cosas, atiende el reclamo de la defensa, pero advierte que concretará el petitum, para encajar el tema de la historia de vida de la filicida en el ámbito de la responsabilidad penal. No es que bastara -impreca al abogado defensor- con relatar los abusos de los que fue víctima en el pasado la condenada, sino que era menester hacer realidad su influencia (determinante) en el marco de la dogmática penal, o lo que es lo mismo: darle algún juego en el tema de los efectos negativos o exculpatorios por el asesinato de sus hijos, a su pasado tormentoso y demencial. ¿Lo logró la Corte Suprema de Justicia?

En segunda medida, la Corte indica “*Seguidamente, se examinará la cuestión de si JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO padece un trastorno mental que al momento de los hechos le impidió comprender la ilicitud de su conducta o determinarse conforme ese entendimiento*”.

Nos preguntamos: ¿logró la Corte Suprema de Justicia darle consecuencias a la trágica y miserable vida de la condenada en la responsabilidad penal? ¿cuál sería la conexión que la Corte podría derivar del pasado de una persona en la categoría de la culpabilidad? ¿podría establecerse alguna alteración de los elementos de la culpabilidad por una existencia indigente, una infancia nefasta, el abandono familiar, la ausencia de escolaridad, los

abusos sexuales, la pobreza extrema, la desnutrición, la forma como procreó sus hijos, la ausencia total del Estado, en fin, por las condiciones de una vida insufrible? ¿cuál es el vínculo entre ser abusado toda la vida y una o varias enfermedades mentales? O ¿cuál sería el conector que una el pasado vivencial con la responsabilidad penal? ¿Cómo es que se sintetiza en un hecho macabro de filicidio, lo que una mujer haya padecido por cuenta de la sociedad y la familia? ¿cómo es que puede un pasado de horror eliminar la responsabilidad penal por el crimen de sus hijos? ¿si no hubiera habido una posible enfermedad mental, habría sido posible la referencia a su condición de víctima -de progenitores, sociedad y Estado- para emitir un fallo de inimputabilidad? ¿dónde encontramos que los abusos del pasado hayan determinado (causado) su desconocimiento de la realidad?

Logró la Corte determinar con certeza que ¿su enfermedad mental no le hizo comprender la ilicitud de su conducta o no le permitió regularse de conformidad con esa comprensión? ¿existe demostrada científicamente alguna relación o correlación entre el abuso sexual infantil y la esquizofrenia? ¿existe alguna relación entre los abandonos familiares y la ausencia de posibilidad de comprensión de la ilicitud del hecho? ¿fue declarada -al final por la corte-inimputable por su condición de mujer víctima de abusos o por la presencia de la enfermedad mental? ¿con esta sentencia se abre la posibilidad para que baste una biografía de una vida malograda para declarar inimputable a una persona? ¿toda enfermedad mental grave lleva ineludiblemente a la inimputabilidad? ¿es enfoque de género atribuir la causa de una enfermedad mental a la vida que como mujer padeció una condenada penalmente de asesinar a sus tres hijos? En esta sentencia de la Corte ¿operó el enfoque de género en la imputabilidad para definirla, o se aplicó, más bien, para conjeturar la causa de la enfermedad mental que supuestamente padecía la condenada? ¿es enfoque de género suponer como causa (física) de una esquizofrenia, los abusos que como mujer padeció alguien? ¿existe en la locura algo que se pueda denominar la causa? O ¿tiene una causa la locura? ¿puede un tribunal penal establecer con certeza que la causa de la locura de alguien sea su biografía? ¿tiene algo que ver una enfermedad mental con las circunstancias de una corporeidad femenina en un ambiente malsano y abrumador? ¿qué tiene que ver el ser mujer con el tener -o padecer-una enfermedad mental y con que ésta haya determinado que no se comprendiera la ilicitud de cortar a cuchillo las gargantas de sus hijos? ¿cuál es la relación entre el pasado de una mujer y madre con un padecimiento mental y con un filicidio? ¿cómo funcionaría esa triada incomprensible entre ser mujer, enferma mental y asesina no responsable de sus hijos?

Adelantamos: nos parece una desafortunada providencia que no enriquece

el concepto de inimputabilidad y sí por el contrario pone a jugar el enfoque de género de manera forzada, aterrizando en campos que ni la ciencia ha podido dilucidar en miles de años de historia: Nadie a la fecha sabe la causa de ninguna enfermedad sin base biológica. Nadie sabe en verdad si existe algo que se llame la “enfermedad mental”. No solo es medicalización del derecho, o psiquiatrización exacerbada, algo que de por sí nos produce inmensos temores por el efecto sobre las relaciones de poder y de control, sino que también es una forma amorfa de interpretar ilimitadamente los contornos fácticos (probatorios) de la responsabilidad penal. Es decir, en nuestra opinión, ni hizo enfoque de género ni tampoco revolucionó la categoría de la inimputabilidad. Simplemente, como lo demostraremos, esta sentencia de casación dio efectos a un dictamen sobre un padecimiento mental (indefinido, por cierto), y se soportó en otras pruebas para la declaratoria de inimputabilidad que había negado el juez adquem, eso sí, abandonando la conexión psicológica, es decir, dejando de lado la condición mental como determinante de la ausencia de comprensión de la conducta, o sea, ¿sin decirnos por qué se cree que no hubo la posibilidad de dicha comprensión en razón de dicha enfermedad mental? Esto porque es sabido que no basta con padecer “algo” en la mente, es necesario demostrarse que dicha condición determinó (fue la causa) la incomprensión de la conducta o la imposibilidad de adecuarse a dicha comprensión. Nos parece que lo macabro de los hechos, confundió al máximo tribunal de la justicia en Colombia, como suele suceder y ha sucedido en todas las latitudes, porque es usual que se piense que, a mayor cantidad de sangre, mayor la locura del criminal. A más litros de sangre, más cerca de cruzar hacia la inimputabilidad, y ello lo demuestra la propia condición política del instituto de la inimputabilidad o la exclusión de culpabilidad por insania mental en el mundo anglosajón. La sentencia padece de evidentes falencias en la demostración de la incidencia de la enfermedad mental (o trastorno o padecimiento) como determinante de la ausencia de comprensión de ilicitud del hecho o causa del no poderse regular conforme él. No todo el que escuche voces o sienta pasos en los tejados debe ser considerado enfermo mental -así sea grave- ni todo el que sea certificado (decimos diagnosticado) como enfermo mental debe ser declarado inimputable. No toda mujer, ni siquiera alguna en especial, por ser víctima de la sociedad, el Estado o la familia puede -por necesidad- ser considerada enferma mental, y mucho menos, verse en esa vida sufrida la causa de una afectación en la comprensión de la realidad o el control de los impulsos. Nadie ha podido en la historia de las ciencias y las pseudociencias -como la psiquiatría- llegar a tales conclusiones. ¿cómo podría haberlo hecho la Corte suprema de justicia de mi país?

Tres problemas presentan la sentencia analizada (de 27 de julio del 2022) desde fuera del instituto de la inimputabilidad: **el primero**, que aplica teo-

rías sociológicas ya fenecidas e impracticables sobre el origen del crimen. **Segundo**, La escatología de los hechos condujo a aplicar ideologías que inquietan los principios del derecho penal humanista y liberal para ampliar la inimputabilidad. **Finalmente**, cedió, el imperio del derecho frente a expresiones o categorías psicológicas sin mayor rigor científico. Desde el interior de la inimputabilidad, sobre todo presenta un problema: relativiza el componente psicológico (determinante) de los hechos criminales, es decir, diluye la condición causal del trastorno o enfermedad mental en los delitos cometidos.

Extender la condición de inimputable, o generar en exceso causas para excluir la capacidad de culpabilidad, terminan o acaban -paradójicamente- con la libertad como presupuesto político indispensable para la vida en sociedad. Transformar a todos los locos en enfermos, o a todos los criminales en locos enfermos, es una tendencia que busca evadir la realidad mundana: la nosología (clasificación de las enfermedades) cualquiera que ésta sea, no oculta ni elimina la maldad.

Veamos, entonces, por qué en el mundo anglosajón es muy pero muy difícil triunfar con un argumento de locura en el marco del derecho penal. Alguna razón tendrá el mundo anglosajón para ser tan cautelosos y rígidos para declarar inimputable o insano a cualquiera, y por qué la ciencia y sus expresiones no han subyugado aún a los jueces anglosajones, a pesar de la propaganda del cientificismo y la neurociencia. Allá no se comen tan fácil el cuento de la insanidad mental excusable. Allá saben muy bien que todos los locos escuchan voces, y demasiados afirman haber recibido órdenes de Dios, el diablo o haber confundido a las víctimas con insectos o extraterrestres.

El enfoque o perspectiva de género en esta sentencia analizada funcionó a manera de *Deus ex machina*,<sup>4</sup> rompiendo de tajo la responsabilidad y salvando a la protagonista con un recurso caído de los cielos (enfermedad o trastorno mental determinante de los crímenes). Como en la obra teatral sobre el mito de Medea, luego de asesinar a sus hijos (por venganza en la versión de Eurípides), apareció un carro enviado por Helios a salvar a su descendiente filicida: la corte colombiana apareció de improviso a liberarla de responsabilidad y eliminar su culpabilidad. Nos servimos de Medea, y pensamos que de muchos hechos de la mitología extrajeron sus nombres

---

<sup>4</sup> Recurso del teatro griego antiguo que literalmente significa Dios baja de la máquina, y que se usaba para salvar, rompiendo el hilo de la narrativa, para salvar en última instancia a la heroína. Las situaciones difíciles, y sin salida, eran resueltas en el teatro de Eurípides con este recurso; un dios que descende en una grúa para salvar al emproblemado.

las clasificaciones del psicoanálisis: complejo de Edipo<sup>5</sup> principalmente<sup>6</sup>, de allí vino toda una moda: síndrome de Procusto<sup>7</sup>, síndrome de Medea<sup>8</sup>, de Ulises<sup>9</sup>, de Cronos<sup>10</sup>, de Diógenes<sup>11</sup>, de Penélope<sup>12</sup>, de Clitemnestra<sup>13</sup> etc. Lo cierto es que griegos, siempre sabios, respetaron a la locura: era un asunto de los dioses.

### **3. El instituto de la inimputabilidad: una breve mirada al mundo anglosajón. La defensa por insania mental “insanity defense”**

La primera interrogante que surge al respecto es la siguiente: ¿por qué son tan cautelosos y conservadores con la insania mental en los tribunales estadounidenses?

Si existe una queja generalizada de los juristas continentales hacia el common law, es el poco desarrollo de la dogmática penal, salvo en lo que tiene que ver con la inimputabilidad. En esto sí que son prolijas las cortes norteamericanas, porque, además, no han permitido que se vulgarice el instituto de la insania mental y se contamine el derecho. Su pragmatismo se ha visto decantado y a veces perturbado en las causas donde se alega defensivamente la “insania mental”. Pensamos que, así como la insanity defense no es ninguna regla abierta y expansible que se deje arrasar por el amarillismo (la escatología de la escena), la inimputabilidad de nuestro derecho continental debe mantenerse cerrada a casos realmente extremos de desconexión con la realidad. Matar una madre a sus hijos, constituye un acto de locura aberrante, pero eso no significa que lleve indefectiblemente a la declaratoria de inimputabilidad, menos si solo estamos soportados en un certificado médico o psicológico y unos testimonios que son palabras de cajón: eso de oír voces está en todos los manuales, casi que es la manifestación popular de la demencia. La exculpación por insania mental debe ser un recurso exótico, difícil de probar por su contenido político y seudocientífico. Debe ser un instituto ajeno a la ideología, pero también a los embates del cientificismo.

La “insanity defense” es tal vez la más controvertida estrategia defensiva, y por supuesto la que más polémica puede generar en el mundo anglosajón. Los casos de mayores efectos e importancia se han dado en contextos

5 Amor extremo por la madre. También está el de Electra que por el padre.

6 Se habla del complejo de CRESO también que es la patología de creerse superior por el dinero. ¿De esto padecen muchos en Colombia desde la narco cultura?

7 Miedo a ser superados por otros.

8 Querer hacer daño a los hijos. Lo padecen hombres y mujeres dicen los psiquiatras y psicólogos.

9 Estrés crónico.

10 El miedo a que lo desplacen del poder.

11 Extrema negligencia personal en ancianos. Es decir, el anciano que se deja andrajoso y pordiosero.

12 La espera como constante existencial.

13 Infidelidad vengativa de la mujer.

de alto contenido político. Los magnicidios de reyes, primeros ministros y presidentes, han sido los contextos en los que se han desarrollado las diversas reglas sobre la insanity defense. La razón esencial es que todos los contenidos jurídicos de la inimputabilidad derivan de la tensión entre la connatural aspiración social de castigo para los punibles, y la idea de que éste castigo sólo sea impuesto a quien era libre de decidir. Lo que resulta de esta tensión es una categoría dogmática que tiene un contenido ideológico y político de gran implicancia. Ese componente político hace que al menos en nuestro derecho continental, proclive a elaboradas alambiques entre ciencia y norma jurídica, resulte peligroso para los fundamentos esenciales del derecho penal liberal por el exceso, la difuminación, la laxitud para entender los conceptos psiquiátricos, la relativización de las afectaciones cerebrales o mentales, la sujeción casi que automática a los listados de las DSM<sup>14</sup> en todos sus números, en fin, porque en el ámbito de la inimputabilidad se discute la libertad humana como presupuesto filosófico del sistema. Además, allí la psiquiatría ocupa un lugar definitorio, y como tal, contamina al derecho penal con sus narrativas y controles pseudocientíficos y oscurantistas. Por lo anterior, es que reviste importancia dar una mirada al derecho anglosajón, porque su rigorismo y conservadurismo si se quiere, o su cautela frente a las funciones del jurado frente a la culpabilidad, y las consecuencias políticas de cada decisión que han adoptado sus cortes, permite afirmar el exceso y confusión que reinan en nuestras latitudes continentales. Es decir, deberíamos ver con más detenimientos la evolución de las cortes gringas, por su pragmatismo, la ausencia de ansias por entrar en vericuetos que ninguna filosofía ha resuelto, y su claridad frente al dilema del castigo libertad, todo para darnos cuenta que el instituto de la inimputabilidad –en el derecho continental– ha sido relativizado y genera siempre una inseguridad que ningún otro componente del delito ofrece. Pareciera que la locura en el delito la vemos como un tabú científico que los jueces no pretenden resolver sino tangencialmente. Pareciera como si la locura en el delito fuera de esos temas en los que los jueces ceden sus criterios normativos para que imperen los criterios científicos o las más de las veces pseudocientíficos.

### 3.1 Las reglas M’Naghten

Prueba de esto, es el propio origen de la figura en 1843 en Inglaterra (M’Naghten) y las guías judiciales (pautas) que se han desarrollado en el common law, en un tire (restringir) y afloje (ampliar) donde va ganando el tire. En los sistemas penales anglosajones no existen mayores elaboraciones jurisprudenciales para los elementos del delito, sin embargo, son prolijos los casos de la insanity defense o defensa por locura, tal vez, como

<sup>14</sup> Manual diagnóstico estadístico de la asociación americana de psiquiatría o los de la OMS.

lo recuerda HENDLER porque era el único argumento que podía salvar de la muerte a un acusado. Para los delitos graves la pena era la muerte en aquellos siglos en los que se consolidaron las diferentes reglas o pautas de las cortes anglosajonas. Al ser la estrategia por excelencia, pues las decisiones judiciales se fueron robusteciendo sin inmiscuirse en cuestiones irresolubles o enigmas sobre la correlación mente-cuerpo. El pragmatismo impediría de alguna forma navegar por las aguas pantanosas por donde el derecho continental se ha creído seguro de hacerlo.

Nuestro nivel de abstracción y conjetura no tiene límites y precisamos de usar conceptos cargados de componentes metafísicos que no pueden ser sujetos a ninguna demostración o experimento. Nos referimos a la consciencia, sobre todo, a la consciencia de antijuridicidad o ilicitud, la comprensión de la antijuridicidad, la imposibilidad de autodeterminarse y regularse por dicha comprensión, y toda una serie de expresiones legales que pretenden definir o encapsular, de una vez y para siempre, la idea de lo que significa que se altere la realidad en los procesos que lleva a cabo el cerebro. En el inicio se tropezaba con definiciones como “no saber lo que se hace”, o saberlo, pero no comprender su ilicitud, o saberlo, comprender la ilicitud, pero no poderse inhibir ante el impulso o pulsión criminal. Cada expresión a su manera trata de aproximarse objetivamente a explicar lo que podría ser la correlación entre la mente y el cuerpo. Es la manera que encontramos para achacar o excluir la responsabilidad, o de conectar los hechos con nuestras mentes. Esa exigencia de un estado mental como parte -componente ineludible- del hecho (*mens Rea*), en el derecho continental le hemos impreso una carga conceptual que utiliza una cantidad de palabras que no siempre tienen el mismo significado que en las ciencias, la filosofía de la mente, o la psicología. Basta darle una ojeada a las palabras con que se define la locura en materia penal: demencia, insania, enfermedad mental, perversión, perturbación, trastorno, alienación, morbosidad, y un gran etc. En los sistemas anglosajones, sobre todo el de Estados Unidos, la cuestión de la defensa por insania mental, o inimputabilidad, ha sido sofisticada<sup>15</sup> al mismo tiempo que rígida y prevenida, cuando no negacionista. La cuestión de saber si lo que se hizo era bueno o malo, que era la primaria exigencia presumida -para todos- para derivar la responsabilidad penal y por ende la pena, si bien ha sufrido embates y agregado matices, no se ha dado el lujo de tener a los jurados como simples notarios de médicos. Acá en el derecho continental parece que la tendencia ha sido la contraria: ampliar

---

15 “así como el refinamiento alcanzado por la literatura germana en el tema del error sobre la antijuridicidad es netamente superior, la constante discusión y el grado de sofisticación que en el mundo de habla inglesa concierne a la insanity defence debería merecer la admiración de los juristas continentales”. FLETCHER citado por HENDLER, Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos, AD-HOC, primera reimpresión de 2006, Argentina, pág. 78.

la inimputabilidad, desdibujar los márgenes de la responsabilidad, medicalizar el derecho y convertir a los jueces en notarios de los psiquiatras. Al oír la voz esquizofrenia, los jueces del derecho continental, adquieren el 90 por ciento de su declaratoria de inimputabilidad, casi que sin mayores objeciones. Oír voces, sentir pasos, ver a Dios, escuchar ordenes divinas, ver a otro en el espejo, son temas de manual, y se afincan como pruebas de insania mental del “inimputable” casi que irrefutables. ¿Quién sin estudios especializados en psiquiatría o psicología va a dudar que oír voces y ver a la virgen son pruebas (aunque apenas sean palabras del acusado, obviamente) de esquizofrenia, y quien va a dudar que algo así en la mente de un hombre lo pueda hacer irresponsable por sus actos?

El “hijo de Sam”, David Berkowitz, asesino múltiple, decía también oír voces y su defensa en el juicio también aportó estudios de psiquiatras que indicaban que era un esquizofrénico paranoico, que afirmó lo perseguían unos perros del demonio, en especial un labrador negro llamado SAM, que le ordenaba matar. Se estableció por los psiquiatras que ya había perdido la percepción adecuada de la realidad, y su desconexión con el mundo era tal que “vivía en un mundo crepuscular que había creado su mente” (Cohen). Se salvó de la pena de muerte, pero no de 365 años de prisión como autor responsable de diversos homicidios y otras brutalidades. Lo cierto es que a pesar de que tanta cháchara convenció a los psiquiatras, al jurado jamás.

Tiempo después en la cárcel de Attica, al famoso perfilador Robert Ressler le confesó que todo ese cuento de los perros se lo había inventado. Qué gran lío este de la simulación y los talentos histriónicos de muchos que terminan convenciendo psiquiatras o psicólogos, y por ese camino fácilmente a los jueces penales. ¿acaso existe una manera de ver el interior de las mentes? ¿acaso es un método científico experimental el diagnóstico de enfermedades mentales? ¿se ven las enfermedades mentales en algún microscopio? Por supuesto que no, y de ahí porque nadie confía en el método psiquiátrico dependiente de la confesión, igual que el inquisidor. Se podría decir que incluso la enfermedad es un mito, como lo afirma la antipsiquiatría con no pocas razones. A más que no dudamos que la psiquiatría es un componente pseudo científico del poder y del control disciplinario. ¿Podemos entonces recostarnos desde el derecho en la psiquiatría y sus categorías impuestas desde las épocas del alemán EMIL KRAEPELIN (1856-1926), quien pasó a llamar esquizofrenia a algo que antes se conocía como demencia precoz, por ejemplo? Para cada cosa una palabra, para cada conducta una expresión científica, es ese mismo afán de ponerle nombre a todo y definir, incluso, lo que no tiene en esencia definición. La locura, la belleza, el mal, la dignidad, la libertad, son asuntos indefinibles e indefinidos, pero que en derecho continental y sobre todo en el tema de la inimputabilidad

son una exageración que raya con la fantasía. ¿qué es ser un loco? ¿Qué es la insania mental? ¿qué es la anormalidad? ¿Dónde está la anormalidad?

En el siglo XIX, en pleno auge de los manicomios y los psiquiatras, surgió en Inglaterra quizás el caso más relevante del tema la insania como estrategia de defensa y la recepción en los tribunales de justicia de dichos argumentos: el caso de DANIEL M'NAUGHTEN de 1843.

La famosa regla M'Naghten nace en el proceso en el que fue acusado éste de haber intentado asesinar al primer ministro británico, Robert Peel, e hiriendo de muerte a su asistente Edward Drumond. Dijo entonces M'Naghten al tribunal que lo juzgó, que Dios le había dado la orden. El jurado tras varios testimonios que dieron cuenta de la locura del personaje, lo absolvió por enajenación. Obviamente todo resultó en un tremendo escándalo de proporciones reales, lo que provocó que la Cámara de los Lores interviniera dirigiendo un cuestionario a los jueces de uno de los tribunales contemporáneos, -Tribunales históricos King o Queen's Bench-, en este caso el de la reina Victoria (1819-1901. Reinó de 1837 a su muerte). El personaje en mención con el que nace la insanity defense sentía que lo perseguían y logró impresionar al juez al punto de prácticamente dar recomendación para absolución al jurado. El jurado siguiendo el derrotero judicial dio su veredicto: no era responsable por insania mental. Esta sui generis petición de criterios por fuera del marco de las causas fue respondida, para resumir, en los siguientes términos (HENDLER):

*“(...) al jurado se le debería decir en todos los casos que se presume que toda persona es normal mentalmente y que posee un grado suficiente de razón para ser responsable de sus delitos, hasta que se demuestre lo contrario satisfactoriamente. Y que, para establecer una defensa basada en la enfermedad mental, que no conocía la naturaleza y calidad del acto que estaba cometiendo; o si lo sabía, que no sabía que lo que hacía era ilegal. La forma de plantear la última parte de la pregunta al jurado en tales casos es si el acusado, en el momento de cometer el hecho, sabía la diferencia entre el bien y el mal”<sup>16</sup>.*

Como se puede ver y explica HENDLER, el tema va más allá de dirigirse al jurado para formular las hipótesis de su deliberación en simples términos de conocimiento de las normas jurídicas. Contiene, además, y como primera medida, el interrogante acerca de si el sujeto procesado “era consciente” que el acto no lo debía realizar y si además dicha conducta se sabía era prohibida por la ley. La exigencia de dicho conocimiento, entendimiento, captación de la realidad del bien y del mal era la básica o suficiente. Con

<sup>16</sup> EDMUNDO S. HENDLER y HERNAN V. GULLCO. Casos de derecho penal comparado. Segunda edición corregida y aumentada. Editores del puerto. Argentina, 2003, pág. 178.

el caso M'Naghten se empezó a hablar de conceptos como razón, conocimiento, capacidad, sin referencias a lo bestial o animalesco, por influencia de la psiquiatría, sus clasificaciones y conceptos que ya delineaban criterios objetivos para las distintas esferas o estados mentales de individuo. Lo más interesante del asunto es que el fallo en sí provocó que se asumieran unas reglas precisamente para evitar que por la vía de la enfermedad mental se escapara la justicia y el castigo. El fallo provocó la reacción popular y devino en restricciones y delimitaciones sobre las preguntas que se debían hacer al jurado para la formación de su veredicto. Eje central seguiría siendo la sencillez de la delimitación de lo que significa discernir el bien del mal. Esta tarea sencilla solo se comprobaba con verificar si el sujeto tenía el primario entendimiento para saber si algo es bueno o malo (conocer la naturaleza y carácter del acto que realiza). Mejor dicho, se presume que todos sabemos eso, se presume que todos conocemos la ley, por tanto, es la defensa la que debe demostrarle al jurado lo contrario y por ende el mecanismo no es como en nuestro medio un concepto dogmático fijo que podría ser declarado (dar por probado) por el juez ante la observancia de los datos de la realidad de un sujeto "inimputable" en el estrado. En el mundo anglosajón es una carga ineludible de la defensa y una estrategia definitiva, inequívoca, directa, difícil, reducida y con pocas probabilidades de prosperidad. Y es que no podría haber sido de otra forma: desde el inicio en Inglaterra se percataron que tras ese veredicto había política.

*"Se ha llegado a proponer, inclusive, en una reciente investigación histórica, que M'Naghten no padecía alucinaciones, sino que se trató de un delito político resuelto de la manera en que lo fue -con una absolución por razón de insania y la internación manicomial del acusado-en función de razones igualmente políticas"*

Sobre este aspecto recabó también la antipsiquiatría (SZASZ), sobre todo porque a M'Naghten lo absolvieron ya que no había sido culpable por razón de insania mental, pero acto seguido lo recluyeron de por vida en dos hospitales psiquiátricos brutales: Bethlem primero y finalmente Broadmoor, donde murió en 1865 (22 años preso). Se dijo que las reglas disponen que, si alguien no pudo conocer la naturaleza y carácter de su acto, debía ser absuelto pues nadie puede ser castigado cuando fue determinado por una enfermedad mental, esto es, porque carecía de la libertad propia y presunta de todos los humanos. Este concepto de "no saber, si algo era bueno o malo", se reducía una verificación sobre la parte intelectual, no sobre la voluntad ni sobre las emociones. Si el acto era inteligible como ilegal y aun así se obró en consecuencia, la pena será imponible. El castigo descendiendo el individuo por la vía de su entendimiento común o atribuido a todos. No saber que se está matando a otro, no conocer si era bueno o malo,

casi se reducía al evento que paradigmático del sujeto que habiendo perdido totalmente la razón ve en su víctima a Napoleón o a los marcianos. Las reglas M'Naghten contrario a lo que algunos piensan, fue una contención para la tendencia a la intromisión de la psiquiatría en el derecho. Las reglas dadas en M'Naghten son pura y simple cautela. La absolución y eliminación de responsabilidad consecuente, tendrían que dar lugar a libertad y sin embargo se impone una mixtura que desemboca siempre en la necesidad de la medida de internación del "enfermo" no culpable, forzosamente fundada en la peligrosidad, es decir, soportada en su pasado constante o su modo de vida.

Antes todo lo que aconteció con el fallo M'Naghten la exigencia de culpabilidad era explicada con metáforas acerca de la bestialidad del acto, su proximidad con el factor animal, monstruoso o sin razón, de nulo entendimiento o salvaje.

### **3.2. Reglas de DURHAM**

En 1954 un Tribunal de apelaciones de Columbia (USA), liderado por el famoso juez John BAZELON, cambió las reglas M'Naghten: definitivamente el tema radicaría en la existencia de una enfermedad mental o de un defecto mental, o lo que es lo mismo, acercando los tribunales a las ciencias médicas o psiquiátricas con la música de fondo de lo vetusto o desactualizadas de las reglas (1843) y su apartamiento de las ciencias. Cada uno de estos precedentes constituye un test de responsabilidad. Y cada test de responsabilidad conduce a limitar el tema en una sola prueba, en un solo escenario: la ciencia y sus dictámenes. En este caso DURHAM VS UNITED STATES, al primero que había sido condenado por violación de domicilio, y padecía de una psicosis con personalidad psicopática, no se le podía castigar al padecer de una enfermedad o defecto de la mente y por tanto no podía haber reproche moral. La Corte de apelaciones introduce acá una terminología más cercana a las ciencias psiquiátricas o médicas, sobre todo al reconocer que el test debía ir más allá de una simple verificación de si el individuo conocía la diferencia entre el bien y el mal. Se estableció que examinar solo la razón del sujeto acusado era inadecuado:

*“Llegamos a la conclusión de que un criterio basado exclusivamente en el test del bien y del mal es inadecuado porque: a) no tiene suficientemente en cuenta las realidades psíquicas y el conocimiento científico y; b) se basa en un síntoma y, por tanto, no puede ser aplicado en todas las circunstancias. (...) la regla que ahora consideramos que debe ser aplicada en el nuevo juicio de este caso no es diferente a la aplicada por la Corte de New Hampshire desde 1870. Consiste simplemente en que un acusado no es penalmente responsable si su conducta ilegítima fue el producto de una enfermedad o*

*de un defecto mental. Usamos la palabra enfermedad en el sentido de una condición que es considerada susceptible de mejora o de deterioro. Usamos la palabra defecto en el sentido de una condición que no es susceptible de mejora o de deterioro y que puede ser congénita, o el resultado de una lesión o el defecto residual de una enfermedad psíquica o física*<sup>17</sup>.

La Corte de apelación entonces revocó la condena y devolvió el proceso para un nuevo juicio, esta vez con las nuevas reglas establecidas: se habla de enfermedad, de defecto, de curación, de lesión cerebral. Este intento de acercarse a la ciencia, no fue bien recibido en todos los Estados norteamericanos, hasta el punto que a la fecha se insiste por varios en la propia abolición de la figura como lo veremos. Las reglas DURHAN entraron en desuso, pocas veces se aplicó. Seguían reinando las reglas de M'Naghten. ¿cuál habrá sido la crítica más contundente a las reglas DURHAN? Pues precisamente que limitaba al jurado por la vía de los certificados médicos; siempre terminaba pesando más y “dejaba sin pautas al jurado y lo obligaba a basarse en la opinión pericial” (HENDLER). En torno del requisito de determinación o mejor, de causalidad de la enfermedad en los hechos, se advirtió, con mucha razón, que finalmente los peritos siempre iban a decir ante la presencia de los síntomas que hubo dicha relación entre enfermedad y crimen; siempre caerán en la tentación de conectar lo uno a lo otro, lo cual quita elementos de juicio para los jurados. Tal peligro de pérdida de sentido, si se quiere decirlo así, del jurado, llevó a que fuera impracticable y de poca utilización la regla DURHAN. ¿Cuándo un perito en nuestro derecho continental europeo dice en juicio que la enfermedad o trastorno mental es la causa que determinó los hechos, los jueces se apartan de dichas consideraciones para hacer prevalecer el criterio jurídico? Creemos que sucede lo contrario: ante el perito, los jueces callan y obedecen porque hemos malentendido a la psiquiatría: se le considera ciencia sin verificar que a la postre no existe una estructura epistemológica fiable y cierta. Por eso los norteamericanos nos llevan ventaja en este tema de la insanidad mental y de ahí su conservadurismo. En estas latitudes continentales nos dejamos impresionar por palabras rimbombantes y sonoras, tales como esquizofrenia<sup>18</sup>, sin evaluar su propio origen. Creemos que la psiquiatría es verdad sabida y punto. No se discute a la ciencia por puro reverencial. A la ciencia, he dicho: ¿qué decir de una que impone criterios desde su naturaleza de instrumento del control social y del poder? Hoy en día, como lo explicaremos, hasta la propia enfermedad mental ha sido puesta en discusión como algo que no tiene existencia medible y visible. Nos

---

17 HENDLER, casos de derecho penal comparado, ob. Cit, pág 178.

18 Antes se llamaba DEMENCIA precoz. Luego de Kraepelin el rey de las clasificaciones se llamó esquizofrenia.

quedamos atascados en la psiquiatría y sus conceptos casi que soberanos, desconociendo que sus prácticas y su rigor fueron puestas contra la pared por sus propios colegas a través del movimiento anti psiquiátrico desde los años 60.

Las palabras que emplean todas las literaturas jurídicas continentales son del tipo: alteración de la capacidad psíquica, anomalía<sup>19</sup>, incapacidad, determinarse, dirigirse, orientarse, cosmovisión, deficiencias mentales, enajenación mental, morbosidad (argentina)<sup>20</sup>, peligrosidad, defensa social, diversidad cultural, patología y una mezcla de expresiones que vienen trasladadas desde el discurso científico o psiquiátrico o dispuestas para permitir por su amplitud que quepan nuevas “patologías, trastornos, afectaciones”. Todas estas expresiones tienen un componente mecanicista inocultable: “dirigir” (como quien conduce un coche o un caballo), “determinarse” (causalidad), “orientarse” (como la brújula). Parecen expresiones que indican o simbolizan un proceso inexistente en la realidad, como quiera que no se ha visto a ninguna mente ordenando a un cuerpo. Que la mente dirija, o determine, o comprenda es apenas una metáfora. No hay mano invisible detrás de las acciones humanas, ni un comando central desde donde se maneje la “máquina” corporal.

*A) “¿Qué clase de enfermedad es la enfermedad mental? Personalidades destacadas de la medicina, la psiquiatría, la educación, la industria. Funcionarios del gobierno y líderes sindicales no se cansan de proclamar que la enfermedad mental es como cualquier otra enfermedad, añadiendo con*

19 El código penal español señala en el artículo 20 (ley orgánica 10 de 23 de noviembre de 1995): Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

20 El código penal argentino (ley 11179 T.O. 1984):

ARTICULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso (...)

frecuencia que la enfermedad mental es el problema de salud número uno de la nación. Esta preocupación por la enfermedad mental no parece ser compartida por los que la sufren o podrían sufrirla<sup>21</sup> (SZASZ). Las encuestas no reflejan el supuesto miedo de la gente. Se teme al cáncer, al sida, a la ceguera, etc, nadie teme a estar loco.

B) La psiquiatría no tiene un lugar donde ubicar sus conceptos, sus teorías, sus tratamientos. El sociólogo estudia la sociedad, el médico los cuerpos, el físico el movimiento de los cuerpos, el químico moléculas, el abogado las normas, pero el psiquiatra estudia los modos de vida, las conductas de la gente, ni siquiera su cerebro. El objeto de la psiquiatría no existe en modo verificable, si a ciencia dura y cierta quiere aspirar. Como lo hemos dicho en otros artículos, al no tener objeto de ciencia y adquirir prestigio se ha ligado a cada avance de la ciencia para reconocerse en la objetividad y certeza que ostentan las ciencias naturales. Su campo de acción eminentemente político termina siendo la vida de los seres humanos, sus actos, sus pensamientos, su propia voz que es tomada por el psiquiatra como única herramienta de su saber: no subsiste nada en el plano objetivo más allá de la palabra del paciente. Por algo la entrevista psiquiátrica es lo que finalmente hace al diagnóstico. No existen imágenes como en las radiografías, no existen venas o músculos que coser, no existen cifras o datos de moléculas en sangre, solo existe en psiquiatría la voz del paciente. ¿Entonces, se pretende ser ciencia cuando lo único sobre lo que trabajan es la versión del paciente, sus palabras, su confesión? El psiquiatra tampoco estudia el cerebro; de eso se encarga la medicina que usando la tecnología como práctica pretende axiomáticamente algo desde los griegos. La medicina lleva implícita valores de humanidad desde sus orígenes en el mundo antiguo. El objeto de ciencia de los psiquiatras es el mundo entero, cosa más que sospechosa.

Dice el anti psiquiatra húngaro más famosos y polémico, T. Szasz:

*“Como todas las invasiones, la invasión por parte de la psiquiatría del paso del hombre por la vida comenzó en las fronteras de la existencia y luego se extendió gradualmente en su interior. Los primeros en sucumbir fueron los que hemos llegado a considerar “los casos obvios” o “graves” de “enfermedad mental” (ósea, la llamada histeria de conversión y las psicosis), que, aunque ahora se aceptan incuestionadamente como afecciones psiquiátricas, antes pertenecieron al dominio de la literatura, la mitología y la religión. Este copamiento psiquiátrico fue sostenido y alentado por la lógica, las imágenes y la retórica de la ciencia, en especial la medicina. Así, ¿quién podría oponerse a que la persona que actúa como si estuviera enferma aunque en realidad no lo está sea llamada “histérica”, y se la declare en condiciones*

<sup>21</sup> THOMAS SZASZ, Ideología y enfermedad mental. Ob. Cit. Pág. 107.

*de recibir los servicios de neuropsiquiatría? ¿no fue este acaso simplemente un avance de la ciencia médica, similar a los progresos habidos en bacteriología o cirugía? Análogamente, ¿quién podría objetar que a otras personas trastornadas -como las que se refugian del reto que les plantea la vida real en sus propias creaciones dramáticas, o aquellas que, insatisfechas con su identidad real, asumen una falsa identidad-se las encamine hacia la psiquiatría bajo el rótulo de esquizofrénicos y "paranoides"?*

*"Desde que comenzó el siglo XX, y sobre todo luego de las dos guerras mundiales, el ritmo de esta conquista psiquiátrica se aceleró mucho. Como resultado, hoy, particularmente en el rico mundo occidental, todas las dificultades y problemas de la vida se consideran afecciones psiquiátricas, y todas las personas (salvo la que hace el diagnóstico) están mentalmente enfermas. En verdad, no exagero al decir que la vida misma se concibe ahora como una enfermedad mental que comienza con la concepción y termina con la muerte, y que requiere, en todas y cada una de las etapas del trayecto, las ayudas expertas de los médicos, y en especial de los profesionales de la salud mental.*

*"el lector inteligente tal vez perciba aquí un detalle sutilmente familiar. La moderna ideología psiquiátrica es una adaptación -para una era científica- de la ideología tradicional de la teología cristiana. En lugar de nacer pecador, el hombre nace enfermo. En lugar de ser la vida un valle de lágrimas, es un valle de enfermedades. Y así como en su trayectoria desde la cuna hasta la tumba el hombre era antes guiado por el sacerdote, ahora es guiado por el médico. En síntesis: mientras en la Era de la Fe la ideología era cristiana, la tecnología era clerical y el experto era un sacerdote, en la Era de la Locura nos encontramos con que la ideología es médica, la tecnología es clínica y el experto es un psiquiatra".*

*"por cierto, esta medicalización y psiquiatrización -y, en general, esta tecnificación- de los asuntos personales, sociales y políticos es, como a menudo se ha destacado, una característica prevalente de la moderna era burocrática (...) como ya sugerí antes, esta ideología no es más que una vieja trampa presentada con nuevos artilugios. Los poderosos siempre han conspirado contra sus súbditos procurando mantener su cautiverio; y para alcanzar sus fines se han basado siempre en la fuerza y el fraude".<sup>22</sup>*

*C) Se dice que nuestra tendencia a definir y conceptualizar nos ha metido en camisa de once varas, sobre todo en el tema de la locura criminal. Y a no dudarle si de lo que se trata es de definir y darle consecuencias a estados de la mente. Nuestros desvaríos han llevado a nuestros legisladores*

<sup>22</sup> THOMAS SZASZ, ideología y enfermedad mental. Editorial BIBLIOTECA DE PSICOLOGÍA. Primera edición en español, 1976, Argentina. Págs. 14-15.

*a encapsular en una sola expresión psiquiátrica todo lo que significaría la inimputabilidad. Obedecemos, de manera disimulada, a los DSM de las asociaciones psiquiátricas mundiales. Nos olvidamos que la locura es indefinible, y que es más fácil saber lo que no es locura. Allí nos perdemos en los brazos de la ciencia, y casi que sin chistar palabra nos rendimos ante la presencia de un diagnóstico por enfermedad mental. Ponemos en duda tanta obsecuencia. Creemos que cubriéndonos con el manto de la “enfermedad mental” podemos hacer a un lado la maldad humana. Mediante este término, asépticamente, les quitamos el trabajo a los jueces de ocuparse de la maldad. Pareciera que con la enfermedad mental indiscriminada construimos la otredad o la maldad que negamos y tenemos todos. Matar a los hijos es tan humano, y malo, como cualquier otra manifestación de nuestra condición. El filicidio siempre ha estado presente en la historia y nunca antes se le había tenido que poner en perspectiva de enfermedad y curación. Es que la psiquiatría siempre tiende a ver en todo enfermedades o trastornos: son negacionistas de la condición humana.*

Nosotros en Colombia, inclinados al eufemismo sentimos con resquemor la palabra LOCURA:

*“La locura es algo que nos asusta y nos fascina a todos y a todas. Es una palabra universalmente familiar, y una condición que obsesiona a la imaginación humana. A lo largo de los siglos, en la poesía y en la prosa, en el teatro y en las artes visuales, sus estragos están expuestos a la vista de todo el mundo. Ha surgido toda una industria dedicada a su gestión y su eliminación”.*

*“y, sin embargo, la locura ya no es un término que pueda emplearse en entornos educados. Para los psiquiatras, u uso es una provocación, un rechazo implícito de su competencia en la diagnosis y tratamiento de los desequilibrios mentales y, síntoma de una obstinada negación de los descubrimientos de la ciencia médica moderna. Para muchos de los que sufren desequilibrios serios de la emoción y la cognición, y para sus amigos y familiares se trata de un insulto, un anacronismo estigmatizante y doloroso que debería estar ya muerto y sepultado como las celdas victorianas que se emplearon en el pasado para encerrar a tantos lunáticos, con la idea de conseguir lo que se consideraba entonces un asilamiento terapéutico”*

*“la locura no es un término médico (aunque los profesionales de la medicina lo emplearon de forma habitual en otras épocas). Es una categoría de sentido común, y refleja el reconocimiento en nuestra cultura (¿cualquier cultura?) de que la sinrazón existe, que algunos de nuestros congéneres no parecen compartir nuestro universo mental (...)”<sup>23</sup>*

---

<sup>23</sup> ANDREW SCULL, La locura: una breve introducción. Editorial Alianza. España, 2013, pág. 13-14.

Entonces, empleamos como debe ser el término locura; no negamos la existencia de la sin razón, pero sí de la enfermedad mental; no desconocemos los avances de la ciencia, solo que sabemos que al cerebro sólo han llegado con imágenes (es lo más avanzado) y que aún no existe correlación demostrada entre el cerebro y la conducta criminal, en este caso filicida; tampoco existe ninguna correlación entre la vida maltratada y matar a los hijos. Entendemos la “pureza” del derecho, que en nuestro derecho continental ha sucumbido a cantos de sirena de las neurociencias (Hassemer) y que cedió todo el campo de la decisión al perito. Los norteamericanos saben de todos estos peligros y eso se refleja en su evolución jurisprudencial. Haber vivido una vida miserable y tener algún padecimiento mental, no resultan simplemente encausando o determinando un filicidio. La psiquiatría no es buena consejera -menos sin filtros- de las decisiones judiciales. Y en este campo, sí que se justifica ver hacia otros lados: la literatura, el cine, la mitología, en general hacia la cultura, porque tal vez allá se hallen más preguntas serias (nunca esperemos respuestas) que las que puede formular una pseudociencia como la psiquiatría, cargada de ideología política. ¿Estaba loca Medea cuando asesinó a sus hijos? ¿menos o más loca que Heracles cuando hizo lo propio con los suyos? ¿fue una locura extrema lo que intentó hacer Abraham<sup>24</sup> cuando llevó al altar de sacrificios a su hijo ISAAC? tal vez sí, PORQUE la locura nos ha acompañado, es nuestra, humana, inmanente, misteriosa e insondable. De lo que estamos seguros es que ninguno de estos filicidas padecía enfermedad alguna, y que, si la sinrazón absoluta acompañó a HERACLES por la vía del poder de los dioses, terminaron siendo justos en reivindicarlo y elevarlo al Olimpo. De tal entidad fue su locura (divina) que terminó redimido, más que perdonado. Por esto, nadie entiende que una vez a alguien se le reconozca que actuó sin la razón en un crimen, se le termine encerrando en un hospital contra su voluntad. Eso no tiene sentido.

### 3.3 Las reglas del American Law Institute (ALI)

En Estados Unidos, desde el año 1962<sup>25</sup>, a través del AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI), con el denominado Código Penal Modelo, se definió capacidad para el delito: “para apreciar la criminalidad de su conducta o para conformar su conducta a los requerimientos de la ley (2) con la expresión “enfermedad o defecto mental no se incluyen anormalidades manifestadas únicamente por la repetición de comportamientos delictivos y antisociales”<sup>26</sup>

24 ANDREW SCULL, *La locura: una breve introducción*. Editorial Alianza. España, 2013, pág. 13-14.

25 En 1966 el tribunal de apelaciones del segundo Distrito, gracias al juez Kaufman modificó la regla básica M’Naghten por la recomendada por el instituto norteamericano de derecho (ILA). Citado por SZASZ, ob. Cit. Pág 106.

26 HENDLER, casos, ob. Cit. Pág. 183.

- 1) DURHAN hablaba de que el acto debía ser producto de la insania. Las nuevas reglas del ALI hablan de consecuencia.
- 2) No se requiere pérdida total de la razón o la inteligencia como se reclamaba en las reglas de M'Naghten. Antes de DURHAM ya se había propuesto un test sobre la base de los impulsos, esto es, el autocontrol<sup>27</sup> para hacerlo parte de la evaluación, pero según el "ALI"<sup>28</sup> resultaba insuficiente. Se empezó a hablar de sustancialidad en la insania lo cual introduce grados. La regla anterior era absoluta: con o sin razón, con inteligencia o privado de ella. Estas nuevas reglas expanden los criterios:

*“Una persona no es responsable de una conducta delictiva si en el momento de realizar esa conducta carece, como consecuencia de una enfermedad o defecto mental, de la capacidad esencial para evaluar la ilegitimidad de su conducta o para modificarla de acuerdo con las disposiciones legales (...) se opone a todo concepto que divida a la mente en compartimentos separados: el intelecto, las emociones y la voluntad”<sup>29</sup>.*

“con el empleo de la expresión “apreciar” en lugar de “conocer” también se aparta de M'Naghten permitiendo que adquieran relevancia los aspectos emocionales o afectivos”. (HENDLER)

“con el verbo conformar se aparta del criterio del impulso irresistible en cuanto a que la incapacidad volitiva esté sólo reflejada por actos repentinos o espontáneos. También lo está en actos acompañados de pensamiento y reflexión”.

Se excluye literalmente a la psicopatía de dicha insania. No están enfermos de la mente.

### **3.4. el caso HINCKLEY de 1981**

A posteriori, vinieron nuevos casos de “insanity defense” que dejaron sembrada si no nuevas reglas, sí grandes polémicas. Una de ellas es la que surgió con el caso de atentado al presidente REAGAN en 1981: JHON HINCKLEY vs USA.

El señor Hickley salió absuelto por insania mental, triunfó el argumento defensivo: debía el jurado, por instrucciones del juez PARKER instruir al jurado sobre qué preguntas debían responder. La primera sobre la mate-

---

<sup>27</sup> Caso que vino a plantear el tema de los impulsos, la decisión líder, fue la adoptada en PARSONS VS STATE de 1887: impulsividad plena y carencia de reflexión para considerar insania que pudiera desembocar en absolución. Deja de lado actos reflexivos y pensados para dar cuenta de que la voluntad fue eliminada por completo. Si algo había de reflexión no era un impulso irresistible.

<sup>28</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE.

<sup>29</sup> Szasz Thomas, ob. Cit. Ideología Y, pág. 196.

rialidad de la conducta (se habían probado todos los elementos del delito) y si esto se había hecho más allá de toda duda razonable. Igualmente, si se había probado la responsabilidad o en su lugar si el Estado no había probado más allá de la duda razonable que HICKLEY hubiese actuado culpablemente. En caso de que la respuesta a la primera pregunta fuese negativa el veredicto debía ser culpable; en el segundo evento inocente, y en tercero evento inocente por insania mental. Insania si no tenía la capacidad sustancial de comportarse de acuerdo a la ley o “apreciar la ilicitud de su conducta”<sup>30</sup> (HENDLER).

Y lo más importante de la instrucción al jurado en este caso: “el término insania es cualquier condición anormal de la mente, al margen de su designación médica y que afecte sustancialmente los procesos mentales o emocionales y disminuya sustancialmente sus controles de conducta”.

Igualmente, el juez PARKER dio otras instrucciones sobre: valoración de los elementos de prueba en conjunto, y la inexistencia de la obligación de seguir especialmente los dictámenes médicos: “ustedes no están obligados por las opiniones, sea de los peritos o los testigos, y ustedes no deben rechazar abierta o caprichosamente la declaración de ninguno de ellos con las otras pruebas del caso y acordarle la importancia que ustedes consideren que merece”. (HENDLER)

Y sobre todo nos interesa la instrucción sobre la diferencia entre enfermedad y crimen: “ustedes han escuchado testimonios de psiquiatras y psicólogos que declararon como peritos. Un perito en una materia determinada, como les dije, puede aportar su opinión como prueba y, en relación a eso ustedes están instruidos de que no están obligados por las denominaciones, definiciones o conclusiones médicas en cuanto a qué es o no una enfermedad o defecto mental. Lo que la psiquiatría y psicólogos pueden o no considerar enfermedad o defecto mental con propósitos clínicos, donde su preocupación es el tratamiento, puede o no ser lo mismo que enfermedad o defecto mental con el propósito de determinar la responsabilidad criminal” (HENDLER) Lo mismo que haber dicho: ustedes no son notarios de los peritos y tener un diagnóstico, por más grave que sea, no significa que no sea responsable y deba ser castigado.

Se instruyó por PARKER a que el jurado examinara la prueba, desde los antecedentes del hecho y se instruyó sobre la presunción de sanidad mental de todos los seres humanos. Sin embargo, el veredicto que fue de inocencia por insania no cayó bien, y se retornó prácticamente a las reglas de 1843 (M’Naghten). El fallo no fue bien recibido, ambientado en la política

---

30 HENDLER, ob. Cit. Pág. 185.

y de nuevo en las garras de la “enfermedad mental o el defecto mental” y de nuevo en las fauces de la psiquiatría. Un jurado maniatado que pusieron a jugar el juego de la política, como siempre en el instituto jurídico más político: la insania mental como defensa o nuestra inimputabilidad.

Luego del caso del atentado a REAGAN, en 1984, el congreso de Estados Unidos se ocupó del asunto: por ley sólo la defensa por insania cabe si hay incapacidad “de apreciar la naturaleza y cualidad o la ilegalidad de sus actos”; además la enfermedad o defecto debe ser severo:

### 3.5. El Congreso legisla en 1984

“U.S. CODE § 17. INSANITY DEFENSE (PUB. L.98-473, TITLE II, 402, OCT. 12, 1984:

“(a) *alegación de exención. En caso de acusación por una ley federal, puede invocarse como causa de exención que, al momento de la comisión de los actos constitutivos del delito, el acusado, como resultado de una severa enfermedad o defecto mental, era incapaz de apreciar la naturaleza y cualidad o la ilegalidad de sus actos. De otro modo, la enfermedad o el defecto mental no son causa de exención*”

“(b) *Carga de la prueba. El acusado tiene la carga de probar la exención por insania con pruebas claras y convincentes*”. (HENDLER)<sup>31</sup>

El caso para concluir es que: en Estados Unidos la inimputabilidad es restringida y las cortes y tribunales que se han permitido ampliar las reglas, mediando palabras definitorias o delimitantes, vienen perdiendo la batalla en la constante del precedente. A cada caso le sobrevienen modificatorias que retornan a los test básicos de diferenciar el bien del mal, el uso de la razón y la inteligencia como expresiones significativas, además de mantenerse el ámbito de la cognición como soporte exclusivo del debate; así mismo se impone en los Estados Unidos una preminencia del castigo y la responsabilidad, pues a no dudarlo que en el país de las libertades se amplíen los márgenes de la enfermedad para despojar a los individuos de sus culpas resultaría algo exótico. Este conservadurismo hace parte de su naturaleza pragmática, al no involucrarse como nosotros con cuestiones que corresponden a unas profundas filosofías de la mente. El asunto de las emociones y sus determinantes en los actos, es decir su correlación biológica, es algo aún incipiente e indemostrable. los norteamericanos lo saben muy bien.

Tal nivel de críticas y retrocesos hasta la definición inicial de diferenciar el bien del mal como presupuesto de un veredicto de inocencia por insania

---

31 Ob. Cit. Pág. 188.

mental, llevó a que algunos Estados americanos abolieran la defensa por insania. Razones no les faltan, pues se reducen a la intencionalidad (o el elemento subjetivo del tipo penal) vr gr. en los delitos dolosos como presu- puesto a probar, no la insania mental como posibilidad de un veredicto de inocencia. Basta con mens rea. IDAHO, MONTANA Y UTAH no dan por veredicto posible a la inocencia por razón de insania. La otra alternativa que se indica algunos casos es: culpable pero loco. Culpable y pena, pero tratamiento. Suspensión de pena a tratamiento.

En extremo por los abolicionistas se sostiene que ningunas de las reglas (M'Naghten, Durham, Hickley, Parsons, ALI o código penal modelo), son humanitarias. La eliminación de la responsabilidad por la enfermedad mental afecta la dignidad humana. Someter la libertad a los designios de la ciencia es el fracaso de la propia humanidad. Hacer que la medicina gestione toda la vida humana, es someterse al poder científico sin cortapisas. Someter el derecho a la psiquiatría es anular la ciencia del derecho por completo. ¿por qué esa manía de no reconocer la existencia de la maldad? ¿por qué queremos enfermar al delincuente de manera tan abierta? ¿por qué somatizamos la maldad? ¿Para alejarla de nosotros, para hacerla otra cosa que no nos pertenece? ¿Para negar nuestra humanidad?

*“De acuerdo con esta ideología, la pérdida de la libertad puede ser punitiva o terapéutica: si el individuo comete la infracción porque es “malo”, la pérdida de su libertad es su castigo; si la comete porque es enfermo, es su terapia. Desde esta perspectiva, la desviación es vista como enfermedad más que como maldad, y el individuo más como paciente que como ciudadano”<sup>32</sup>*

*“Esta perspectiva psiquiátrica sobre los problemas de la vida oculta el dilema moral fundamental: -la opción característica-con que nos enfrentamos: ¿queremos ser libres o esclavos? Si elegimos la libertad, no podemos impedir que nuestros semejantes también la elijan; si elegimos la esclavitud no podemos permitirle que sea otra cosa que esclavo”<sup>33</sup>*

Y no solo eso, que es una opción filosófica de la vida, sino que la psiquiatría institucional es una tortura, y una constante violación de los derechos humanos: llegar a un hospital psiquiátrico es una película de terror y sufrimiento que hace palidecer cualquier cárcel del planeta. La psiquiatría institucional está acusada -no sin pruebas- de ser un crimen de lesa humanidad. No se produce justicia al recluir a un individuo, haya o no infringido la ley, en un hospital psiquiátrico contra su voluntad. Es inhumano recluir a alguien en el sistema del control psiquiátrico. Y en el caso de marras, por supuesto que no se produce ninguna mejora de condiciones, ni un gesto

<sup>32</sup> Ob. Cit. Pág. 188.

<sup>33</sup> SZASZ, ob. Cit, pág. 117.

humanitario, recluir a una filicida en un hospital psiquiátrico. No la reivindicó la corte, a la condenada del caso analizado, como mujer: No hizo nada por las mujeres el despojarla de la libertad de actuar y de su responsabilidad, sino que le vulneró su dignidad. Y flaco favor se hizo a su integridad personal sometiéndola al poder institucional psiquiátrico. El pasado tormentoso de los humanos no les debe despojar jamás de libertad; sería dar por probado que no hay posibilidades de reivindicarse, superarse y vencer a la vida si es posible. No todos los que han caído al hoyo del infortunio deben ser considerados enfermos e incapaces de responsabilidad penal. La inimputabilidad debe estar alejada de la vida personal de los humanos al máximo, o el juego que se presenta es contraproducente: Se acaba la libertad humana, y se medicaliza el derecho.

De los pocos casos donde el veredicto de insania mental fue coincidente con la inocencia y la libertad es en la novela de ROBERT TRAVER (seudónimo de JHON VOELKER), ANATOMÍA DE UN ASESINATO 1958 (llevada al cine con la dirección de Otto PREMINGER EN 1959)<sup>34</sup>: El acusado salió como hombre libre.

#### **4. Dos ejemplos de la “insanity defense” en el cine y la literatura**

##### **4.1. El juicio a Perry Smith y Dick Hickcock en “A sangre fría de Truman Capote”-. ejemplo de cómo funcionan las reglas M’Naghten y Durham**

Los abogados de Perry Smith y Hickcock también pensaron sobre estos tópicos para elegir la estrategia de la defensa, que no podía ser otra que evitar la pena de muerte a través de la posibilidad de la insania mental<sup>35</sup>. Y a través de los argumentos y pruebas que hicieron valer, “A Sangre fría” da cuenta del Estado de la cuestión para 1959 (cosa que -salvo algunas excepciones- no ha cambiado mucho).

*“poco después del procesamiento oficial de Smith y Hickcock, sus abogados comparecieron ante el juez Tate para solicitarle un examen psiquiátrico integral de los acusados. Y, de forma explícita, pidieron al tribunal autorización para que el hospital estatal de Larned, Kansas -institución de salud mental dotada de las máximas medidas de seguridad-tomara en custodia a los acusados a fin de dilucidar si cualquiera de ellos o ambos padecían demencia o imbecilidad o idiocia y eran capaces de comprender su situación, y ayudar de este modo en su defensa.*

---

<sup>34</sup> Protagonizada por JAMES STEWART.

<sup>35</sup> Dejamos la intención, porque aún con diagnósticos graves muchos han sido penados con la muerte.

*“A esta iniciativa se opuso el ayudante especial de la acusación, Logan Green, quien, seguro de que la “locura transitoria” iba a ser la defensa esgrimida por sus antagonistas en el inminente juicio, temía que el resultado de la propuesta en cuestión fuera –como se preveía en las conversaciones privadas– la aparición en el banco de los testigos de “toda una tropa de loqueros” en exceso comprensivos de los acusados (estos tipos siempre derraman lágrimas por los asesinos, y jamás dedican ni un pensamiento a las víctimas). Bajo, combativo, nacido en Kentucky, Green empezó por poner de manifiesto ante el tribunal que la ley de Kansas, en relación con la salud mental, se adhería a la ley M’Naghten, norma importada de la antigua ley británica que sostiene que si el acusado comprendía la naturaleza de su acto y sabía que se trataba de un acto reprobable, se le considera mentalmente competente y penalmente responsable. Además, añadió Green, en el código penal de Kansas no había nada que prescribiera que los médicos designados para dictaminar el estado mental del acusado hubieran de ser de una especialidad determinada:*

*–médicos sin más. De medicina general. Es todo lo que la ley exige. En este país ... Una pérdida de tiempo dijo Green. El abogado de Smith replicó: está en juego la vida de dos personas. La psiquiatría ha madurado. Hay que estar al día en los tribunales sobre todo en estos delitos graves. Una magnífica oportunidad”*

La insania mental como defensa: en el escenario del juicio en la novela, se discutió primero si estas personas de conductas claramente “psicopática” eran enfermos mentales y por ende no responsables de sus actos, y se procedió, como única estrategia para salvar sus vidas ante la inminente horca.

En la primera parte de esta serie de “Literatura y Derecho” señalamos cómo Capote en “A sangre fría”, a partir de los hechos, planteó la cuestión de si este par, Dick y Perry, podían ser realmente unos deficientes, enfermos o anormales mentales, ya en el primer caso por un accidente de automóvil que causó un severo trauma cerebral (posiblemente con implicación de sus lóbulos frontales, el sistema límbico u otro correlativo), ya en el segundo por una vida traumática insufrible desde la infancia que afectó gravemente su sistema emocional o de afectos y el “proceso” psicológico de la toma de decisiones, y, en todo caso, si dicho “padecimiento” les habría impedido comprender la antijuridicidad de su conducta o les determinó para dirigir su acción contra derecho. Capote se pregunta en la novela, junto a sus defensores, si DICK y PERRY eran inimputables, al menos en el entendido que dicha declaratoria judicial podría ser la única manera de impedir que los ahorcaran. La “insanity defense” campea por toda la obra como una posibilidad que debió tener algún fruto.

*“las normas internacionales intentan restringir el ámbito de aplicación de la pena de muerte. En primer lugar, prohíben su imposición a menores<sup>36</sup>; en segundo lugar, la consideran inaceptable como castigo de deficientes o enfermos mentales<sup>37</sup> y, por último, exigen las máximas salvaguardas jurídicas en los juicios por delitos penados con la muerte. Estados Unidos no cumple nada de eso<sup>38</sup>”*

Sobre Richard Hickcock<sup>39</sup> (que tenía un cociente intelectual de 130 y había sido buen estudiante y deportista consagrado, hijo de una casa humilde pero decente), dijo su padre a los investigadores:

*“mi hijo no tiene nada anormal, señor Nye -dijo. Era un atleta estupendo; siempre en el primer equipo de la escuela. Baloncesto! Beisbol! ¡fútbol americano. Dick era siempre el jugador estrella. Y un buen estudiante, además: sacaba sobresaliente en varias asignaturas. Historia, dibujo técnico. Al terminar la secundaria, en junio de 1949, quería ir a la universidad. A estudiar ingeniería. Pero no pudimos costeárselo. No teníamos dinero. Nunca hemos tenido dinero”.*

*“él y Carol alquilaron una casa bastante grande, y se compraron un coche de lujo, y estaban siempre hasta el cuello de deudas. Pero Dick enseguida empezó a ganar más dinero conduciendo la ambulancia de un hospital. Luego lo contrataron en la Mark Buick Company, una gran empresa de Kansas City. Como mecánico y pintor de coches. Pero los dos seguían viviendo a lo grande, comprando y comprando cosas que no podían permitirse, y Dick empezó a firmar cheques. Yo sigo pensando que en todos aquellos trapicheos tuvo mucho que ver con el accidente. Sufrió una conmoción cerebral en un accidente de coche. A partir de entonces, ya no volvió a ser el mismo” jugaba, pasaba cheques sin fondos. Antes jamás le había visto hacer nada de eso. Y fue por esas fechas que empezó a salir con la otra chica. La que le hizo divorciarse de Carol para que se casara con ella (..)”*

36 Convención sobre los derechos de los niños (ONU): “no se impondrá la pena capital (...) por delitos cometidos por menores de 18 años”.

37 En Estados Unidos la prohibición parte de la VIII enmienda de la Constitución (1776): “se prohíbe imponer la pena de muerte a un demente”. Caso FORD vs WAINWRIGHT. “en 1989 la Corte Suprema de Estados Unidos falló que no era anticonstitucional ejecutar a retrasados mentales. Desde entonces se ha llevado a cabo más de 30 ejecuciones de personas con deficiencias psíquicas”. A SANGRE FRÍA, el Núcleo duro del derecho penal. ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

38 A SANGRE FRÍA, el Núcleo duro del derecho penal. ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ. Cine/derecho. Editorial Loblanch, Madrid, 2012, pág. 120.

39 “casado dos veces, divorciado otras tantas, de veintiocho años, con tres hijos varones, Dick había conseguido la libertad condicional con la restricción de que debía vivir con sus padres. La familia de cuatro miembros -sus padres, un hermano menor y él- vivía en una pequeña granja de las cercanías de Olathe”.

Sobre Perry<sup>40</sup> se informa del alcoholismo de su madre, la violencia de su padre rudo y salvaje, el abandono en orfanatos de monjas donde era castigado brutalmente; su destrucción familiar y su pasado miserable con sus padres artistas callejeros y de rodeo, violentos y maltratadores". Sabemos de su impulsividad y agresividad extremas, pero también un cierto talento nunca reconocido. Fue violado en el ejército mientras servía en el oriente. Entre Perry y Richard había una relación homosexual y no tenían empacho en buscar hombres para seducirlos y robarlos. Solo hasta los cinco años recuerda ser feliz. Todos sus hermanos, salvo una, se suicidaron. Era fantasioso, supersticioso y padecía de una seria dolencia en sus piernas por un accidente en moto que se las quebró en 5 partes.<sup>41</sup> Era adicto a las aspirinas para su dolor:

*“La pareja “Tex y Flo” siguió en los circuitos del rodeo hasta que Perry tuvo cinco años. Como modo de vida no era ninguna perita en dulce, recordaría Perry en cierta ocasión. seis personas en un viejo camión, donde a veces también dormíamos, viviendo de papillas de harina de maíz, chocolatinas Hershey y leche condensada. Leche condensada Harwoks Brand, se llamaba, que fue lo que me debilitó los riñones –por su contenido de azúcar– y me hacía mojar la cama. Y sin embargo no era una vida desdichada, sobre todo para el niño pequeño orgulloso de sus padres, a quienes admiraba por su valor y por su arte; una vida ciertamente más feliz que la que vino a reemplazarla. Porque Tex y Flo tuvieron que abandonar su ocupación debido a sus dolencias, y se establecieron cerca de Reno, Nevada. Y se pelearon, Flo se dio al whisky y más tarde, cuando Perry tenía seis años, se fue a San Francisco y se llevó a los niños con ella”.*

---

40 “sentado parecía un hombre más alto de lo normal, fuerte, de hombros y brazos poderosos, con el torso ancho de un levantador de pesas (el levantamiento de pesas era, precisamente, su hobby). Pero algunas partes de él no estaban bien proporcionadas. Sus pies menudos, embutidos en unas botas cortas negras con hebillas de acero, habrían cabido perfectamente en las zapatillas de baile de una delicada damisela. De pie no era más alto que un chiquillo de doce años, y de pronto, moviéndose sobre unas piernas raquílicas y grotescamente inadecuadas para la corpulencia de adulto que soportaban, no parecía ya un camionero de constitución robusta sino un jockey retirado, entrado en años y demasiado musculoso”

41 “Perry había sufrido un accidente de moto años atrás, y también él había quedado lisiado. Sus heridas habían sido más graves que las de Dick: se había pasado medio año internado en un hospital estatal de Washington, y otros seis meses con muletas, y aunque el accidente había tenido lugar en 1952, sus piernas fornidas, de enano, se había roto por cinco partes y había cicatrizado mal, seguía teniendo unos dolores tales que había llegado a ser un adicto a las aspirinas. Tenía menos tatuajes que su amigo, pero más elaborados; no eran de los que un aficionado se hace así mismo sino obras de arte épicas realizadas por maestros de Honolulu y Yokohama. En su bíceps derecho se leía COOKIE, que era el nombre de una enfermera que había sido amable con él cuando estuvo hospitalizado. En el izquierdo tenía un tigre de piel azul, ojos anaranjados y colmillos rojos. Una serpiente que escupía fuego y se enrollaba en una daga le descendía por el brazo; y en otras partes de su piel se veían calaveras relucientes, una lápida mortuoria, un crisantemo”.

De Perry, Dick pensaba:

*“En Lansing había reclusos que se jactaban de haber cometido asesinatos o de su deseo de cometerlos, pero Dick llegó a la convicción de que Perry pertenecía a una rara estirpe: la de los asesinos natos, absolutamente cuerdos, pero sin conciencia, y capaces de cometer, con o sin motivo, los más sangrientos y fríos asesinatos”*

Un cuadro de dos personajes en libertad condicional, uno de los cuales tuvo un serio accidente con conmoción cerebral que se observa como un punto hito en su conducta; a partir de 1950 (accidente de carro) Richard Eugene Hickcock<sup>42</sup> no fue el mismo. Perdió el norte por completo e inicia una conducta criminal imparables, a más de un descontrol en su vida personal. Hickcock tenía conductas sexuales desviadas con niñas.

Del otro, Perry Smith, su proceder puede hallarse explicado en su vida y una niñez traumática que anuló sus potencialidades y acabó marginado, resentido, cargado de odio y odiado. Sus pensamientos y actividades dan cuenta de una persona fantasiosa, irascible, brutal y narcisista. Su cerebro fue moldeado en el mal y la frustración rabiosa. De su vida sintió algo de compasión Dewey, el investigador líder, pero no tanta -dice Capote- como para dar su perdón y no querer verlos “colgados hasta morir”<sup>43</sup>.

¿No estará ciertamente enfermo o condicionado y por ende susceptible de ser declarado inimputable alguien que a sangre fría y sin ningún motivo “razonable” acaba con toda una familia que no conocía? ¿Si existe una causa de su proceder es científica y jurídicamente viable intervenir su cerebro para eliminar las conductas violentas o evitar su comisión? ¿un accidente cerebral traumático y una niñez cruel pueden ser las respuestas eficientes a los hechos del 15 de noviembre de 1959 en Holcomb? ¿debieron ir a un manicomio o a la horca? ¿Debieron ser objeto de una declaratoria judicial de inimputabilidad?

---

42 “-le preguntaré si a partir de julio de 1950, observó usted algún cambio en la personalidad y hábitos y conducta de su hijo Richard.

-ya no actuaba como si fuera el mismo chico. A SANGRE FRÍA.

-¿cuáles fueron los cambios que observó usted?

El señor Hickcock, pensativo, fue enumerando unos cuantos: Dick se volvió hosco e inquieto; salía con hombres mucho mayores que él, bebía y jugaba.

-no era el mismo”. En el juicio, testimonio del padre de Hickcock

43 “El crimen era un accidente psicológico, un acto virtualmente impersonal; a las víctimas las podía haber matado perfectamente un rayo. Sólo que se las había sometido a un prolongado terror, y había sufrido enormemente. Y Dewey no podía olvidar este sufrimiento. Sin embargo, comprobó que le era imposible mirar al hombre que iba a su lado sin ira, sino más bien con cierto sentimiento de piedad solidaria, porque la vida de Perry Smith no había sido un lecho de rosas sino una vida patética: un sombrío y solitario proceso de persecución de un espejismo tras otro. El sentimiento de Dewey, sin embargo, no era tan profundo como para llevar aparejado el perdón o la clemencia. Esperaba ver a Perry y a su compinche ahorcados: colgados por el cuello hasta morir”. A SANGRE FRÍA.

Las normas gringas ataban al juez Tate para conceder espacios para discutir su responsabilidad, más allá de si podían al momento de los hechos saber la diferencia entre lo bueno y lo malo y eran conscientes de ello y podían motivarse conforme a esa comprensión básica. Nuestro derecho continental no ha traspasado (contadas excepciones) completamente el umbral de lo intelectual y voluntario (o la comprensión de la antijuridicidad) a la hora de definir la capacidad de culpabilidad. Si bien, no podemos desconocer ciertos adelantos en el conocimiento de la conformación de las emociones humanas, no llega tal conocimiento a afectar los criterios de imputabilidad como se pretende por algunos.

*“La respuesta en el interrogatorio solo pudo ser de si o no, sin matices. Era o no era capaz de distinguir el bien del mal. Constrañido por la ley M’Naghten (formula ciega a todo matiz). Blanco o negro. Si le hubieran permitido extenderse habría dicho que “aunque no he detectado en él los síntomas habituales de las lesiones orgánicas cerebrales (pérdida de memoria, disfunción en la formación de conceptos, deterioro intelectual), estas no pueden descartarse por completo. El sujeto sufrió un grave traumatismo de cabeza, con conmoción cerebral y pérdida de conocimiento durante varias horas, en 1950” “la mayor parte de su historial ha sido posterior a esta fecha. Sería necesario someterles a exámenes, pero muestra síntomas de anormalidad emocional. Que supiera lo que estaba haciendo y no obstante siguiera adelante es quizás la prueba más clara de lo que digo. Es una persona impulsiva en la acción, proclive a hacer las cosas sin pensar en las consecuencias o en los futuros sinsabores que aquellas pudieran acarrearle. Trastorno grave del carácter”*

De Perry: *“este desapego y esta indiferencia emocionales en ciertos terrenos constituyen otra prueba de su anormalidad mental. Se necesitarían unos exámenes más extensos para llegar a un diagnóstico psiquiátrico exacto pero la estructura actual de su personalidad se acerca mucho a la de la esquizofrenia paranoide”.*

*“el artículo aparecido en el American Journal of Psychiatry (julio de 1960): Al intentar evaluar la responsabilidad criminal de los asesinos, la ley trata de dividirlos (tal como hace con resto de delincuentes) en dos grupos: los cuerdos y los locos. Se supone que un asesino está cuerdo cuando actúa por móviles racionales que pueden entenderse (aunque deban condenarse); mientras que al asesino loco lo mueven motivaciones irracionales y absurdas. Cuando los móviles racionales son claros y evidentes (por ejemplo, cuando alguien mata para obtener un beneficio personal), o cuando las motivaciones irracionales van acompañadas de delirios y alucinaciones (por ejemplo, un paciente paranoico que mata a su perseguidor imaginario), la situación presenta pocos problemas al psiquiatra. Pero los asesinos que pa-*

*recen racionales, coherentes, capaces de control, y cuyos actos homicidas son de naturaleza estrafalaria, aparentemente sin sentido, plantean un problema difícil a juzgar por lo contradictorio del tema”. (A SANGRE FRÍA)*

Las reglas jurisprudenciales M’Naghten y Durham, entonces, impedían matizar la responsabilidad penal de Dick y Perry, y sin embargo los defensores buscaron una segunda opinión fuera de los tres médicos generales que ordenó el juzgado (para verificar alienación grave que impidiera conocer la antijuridicidad de sus conductas), pero no pudo responder nada el Dr. Jones sobre si esa enfermedad, trastorno o padecimiento había influido en el crimen, pues solo se admitía preguntar si sabían lo que hacían o no lo sabían. Es decir, el tema racional, ningún asunto emocional o acerca del “sistema” de los sentimientos y afectos.

*“la narración de Truman Capote transcribe los estudios psiquiátricos forenses del Dr. Jones sobre Dick y Perry con detalles suficiente para comprender sus potenciales homicidas con cierto rigor científico. En el caso de Dick en informe afirma que RICHARD EUGENE HICKOCK presenta claras características típicas de lo que en psiquiatría se llama un grave trastorno de la personalidad. Respecto a Perry, el informe dice que éste presenta síntomas indiscutibles de una grave enfermedad mental. Su infancia se caracterizó por la brutalidad e indiferencia de ambos progenitores, concluyendo el informe que la actual estructura de su personalidad se acerca mucho a una esquizofrenia paranoica”<sup>44</sup>*

#### **4.2. Dan Withe y las defensas Twinkies. Mi nombre es Harvey Milk película de 2008<sup>45</sup>**

La palabra proviene de unos caramelos a los que era aficionado un asesino, y que apodaron a toda defensa cuya estrategia sea pasar por loco a su defendido. En un célebre juicio en 1979, un exoficial de Policía, DAN WITHE fue acusado de los homicidios del alcalde de San Francisco y de su ayudante HARVEY MILK, quien era un reconocido líder de la comunidad gay de los Estados Unidos, fue absuelto por insania mental.

“Los psicólogos aportados por la defensa plantearon que, pese a haber acudido al ayuntamiento con munición de repuesto, y haber recargado el arma entre los dos asesinatos, su estado de depresión era tan profundo que “el día de autos carecía del grado de capacidad racional necesario” para soportar las consecuencias de sus actos”

<sup>44</sup> ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, ob, cit, pág. 118.

<sup>45</sup> DIRIGIDA POR GUS VAN SANT.

“De resultas de todo ello, WITHE fue sólo condenado por homicidio sin premeditación, lo que implicaba una pena mucho más liviana. Cuando se conoció la sentencia, la comunidad gay de San Francisco protagonizó diversos disturbios callejeros. Finalmente, el caso condujo al abandono del concepto jurídico de incapacidad legal que fue sustituido por un test exhaustivo de capacidad. Se dictaminó que, en adelante, los acusados tendrían que probar, o bien que habían actuado impelidos por un impulso irresistible, o bien que en el momento de autos habían perdido toda capacidad de distinguir el bien y el mal”<sup>46</sup>

---

46 MARTIN COHEN, 101 dilemas éticos. Segunda edición, editorial ALIANZA, Madrid, pág. 572.



# Cultura de la prevención en los casos de violencia contra la mujer en el ámbito de participación política\*

Luz Carlina Gracia Hincapié\*\*  
*Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca*

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Panorama internacional / 3. Contexto regional. / 4. La participación política de la mujer en Colombia / 4.1. La violencia de género en el ámbito político colombiano / 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

A lo largo de la historia las mujeres han tenido que pasar por arduas batallas para lograr una representación en el ámbito político, desde el derecho al voto hasta las exigencias de cuotas o paridad en los espacios de toma de decisiones.

Con el alcance de dichos espacios se ha hecho visible una realidad que evidencia las dificultades que tienen las mujeres pues la violencia de género encontrada en los ámbitos de la vida pública, se prolonga a la participación política, es decir las vivencias que atraviesan las mujeres como candidatas, como mujeres electas y como electoras, es decir su rol político no se da desde la igualdad sino que es atravesado por múltiples violencias con base en su sexo.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Tratamiento de la Violencia contra las Mujeres, Violencia de Género e Integrantes del Grupo Familiar – I Congreso Nacional De Violencia Familiar, Enfoque De Género y Acciones Preventivas, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de diciembre del 2022.

\*\* Abogada, Candidata a Doctora en Derecho, Magister en Derecho Administrativo, Estudios de maestría en Cooperación Internacional y Desarrollo Sostenible, Conciliador en Derecho y mecanismos alternativos de solución de conflictos; Diplomada en Pedagogía y Docencia Universitaria; Diplomada en Investigación Socio Jurídica. Formación y conocimiento en la implementación y desarrollo de políticas públicas de justicia y género, capacitaciones a organizaciones de sociedad civil, víctimas del conflicto armado, funcionarios públicos, articulación interinstitucional, también como consultora en temas de acceso a la justicia, litigio estratégico en Derechos Humanos, participación política con enfoque de género; diseño de herramientas de seguimiento de procesos.

El derecho a la participación política de las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres es reconocido como un derecho fundamental en acuerdos de orden interamericano como lo es la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” aprobada en 1979 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual en su artículo 7 numeral b dice que los Estados signatarios deben: “tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a (...) participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales (...)”.

## **2. Panorama internacional**

Así mismo en la convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, convención “Belém do Pará” en la conferencia de los Estados parte realizado en Lima el 15 de octubre de 2015, emitió la Declaración sobre la Violencia y el Acoso Político contra las mujeres en la que instó a los Estados parte a:

*“Impulsar la adopción, cuando corresponda, de normas, programas y medidas para la prevención, atención, protección, erradicación de la violencia y el acoso políticos contra las mujeres, que permitan la adecuada sanción y reparación de estos actos, en ámbitos administrativo, penal, electoral, tomando en cuenta los instrumentos internacionales aplicables. (...) Alentar la inclusión en las políticas públicas de prevención, atención y sanción de la violencia y el acoso políticos contra las mujeres, enfoques que induzcan cambios en los factores estructurales que inciden en la violencia contra las mujeres y las normas socio-culturales y simbólicas, así como los estereotipos sociales y culturales que la perpetúan, asignando los recursos suficientes, según corresponda para su aplicación efectiva, pronta y oportuna (...)”*

De esta forma desde el ámbito internacional se pone en tela de juicio ciertas prácticas de violencia de género sufridas en la participación política, que hasta el momento eran consideradas como el común en la política. Según ONU Mujeres existen dos tipos de obstáculos para las mujeres que quieren o entran a la vida política, el primero son las barreras estructurales creadas por las leyes e instituciones discriminatorias que siguen limitando las opciones que tienen las mujeres para votar o presentarse a las elecciones y el segundo son las brechas en cuanto a la capacidad que implica que las mujeres tienen menor probabilidad que los hombres de contar con la educación, los contactos y los recursos necesarios para convertirse en líderes eficaces (S.F) adicionalmente es necesario considerar una tercer

barrera socio-cultural de los estereotipos basados en género en los que la mujer tiene una menor capacidad de ejercer el poder, pues se considera como un ser “débil”, que no representa la imagen de gobierno.

### 3. Contexto regional

En el contexto regional se han hecho grandes avances para el reconocimiento del fenómeno de violencia contra las mujeres en la política. En la región de Latinoamérica los países miembros de la OEA en la carta Democrática Interamericana aprobada en el 2001 en su artículo 28 se comprometen a “promover la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas de sus respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática”. Así mismo la primera vez que se dio el nombre de violencia política en el interior de la región fue en el año 2000, en la Cámara de Diputados de Bolivia, donde las concejales reportaron el acoso y la violencia que sufrían en las municipalidades rurales (Krook, 2017) en el mismo País en el año 2012 se crea la primera Ley en contra del acoso y/o violencia política contra las mujeres<sup>1</sup>, dando así una visibilización desde el plano legal a la discriminación histórica frecuente en el ejercicio de los derechos políticos de este grupo social.

La legislación de Bolivia fue el primer paso en la región para dar la lucha por el impulso paritario en la participación política, que posteriormente fue llevado a cabo por los consensos regionales en distintos países como la conferencia de población y Desarrollo de Montevideo en el 2013 y 2016; La Norma Marco para consolidar la Democracia Paritaria planteada por ONU Mujeres; y la Declaración sobre la Violencia y el Acoso Político contra las Mujeres de la OEA que se considera el primer acuerdo regional en la materia. Adicionalmente se adoptó la Ley Modelo Interamericana sobre Violencia Política contra las Mujeres en el 2017, en la que se establece:

*“Debe entenderse por “violencia política contra las mujeres” cualquier, acción, conducta u omisión, realizada en forma directa o a través de terceros*

---

1 En dicha ley se hace una diferenciación entre las conductas que constituyen violencia política contra la mujer. Definiéndolas como acoso político y violencia política de la siguiente forma:

Acoso político: se entiende por acoso político al acto o conjunto de actos de presión, persecución, hostigamiento, amenazas, cometidos por una persona o grupo de personas, directamente o a través de terceros, en contra de mujeres candidatas, electas, designadas o en ejercicio de la función político-pública o en contra de sus familias, con el propósito de acortar suspender, impedir o restringir las funciones inherentes a su cargo, para inducir la u obligarla a que realice, en contra de su voluntad una acción o incurra en una omisión en el cumplimiento de sus funciones o en el ejercicio de sus derechos.

Violencia Política: se entiende por violencia política a las acciones, conductas y/o agresiones físicas, psicológicas, sexuales cometidas por una persona o grupo de personas, directamente o a través de terceros, en contra de las mujeres candidatas, electas, designadas o en ejercicio de la función político-pública, o en contra de su familia, para acortar, suspender, impedir o restringir el ejercicio de su cargo o para inducir la u obligarla a que realice, en contra de su voluntad, una acción o incurra en una omisión, en el cumplimiento de sus funciones o en el ejercicio de sus derechos.

*que, basada en su género, cause daño o sufrimiento a una o varias mujeres, y que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos. La violencia política contra las mujeres puede incluir entre otras, violencia física, sexual, psicológica, moral, económica o simbólica”*

Esta ley es un instrumento de referencia regional para la conceptualización de la violencia contra las mujeres en la vida política, gracias a la incorporación de un marco jurídico interamericano.

#### **4. La participación política de la mujer en Colombia**

Ahora bien, pasando al contexto colombiano El Consejo Nacional Electoral (CNE) se basó en el concepto propuesto por la Ley modelo antes mencionada de la OEA, en su artículo tercero acoge para el caso colombiano la definición de la Violencia Contra Mujeres en Política CVMP con el mismo comienzo que en el propuesto por la OEA, sin embargo en el caso colombiano se especifica su aplicación pues la definición tomada dice “(...) *que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos en el marco del proceso político-electoral y el ejercicio del cargo (...)*” pues esta definición abarca los elementos y particularidades fundamentales para la comprensión del fenómeno, además de recoger las violaciones que pueden presentarse durante el ciclo electoral y el ejercicio del cargo.

La Constitución política de 1991, se reconoce y exige a las autoridades garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública, así como en el 2009 en la reforma constitucional se incluye la equidad de género como principio rector de la organización democrática de los partidos y movimientos políticos, así como en la Ley 1475 de 2011 en la que se establece una cuota del 30% de género en la conformación de las listas de candidatos. En la actualidad existen tres tipos de cuotas: sillas reservadas, cuotas de partido y cuotas legislativas. Las sillas reservadas consisten en designar un determinado número de curules para las mujeres, este es el método usado en Colombia; las cuotas de partido se entienden como acuerdos voluntarios al interior de partidos políticos para garantizar el porcentaje determinado de sus candidatos que serán mujeres, estas no suelen tener mecanismos para garantizar su cumplimiento; el tercer tipo de cuotas son mandatos legales que exigen a los partidos políticos determinado porcentaje de sus candidatos sean mujeres, en México, Bolivia y Nicaragua se tiene esta cuota con un porcentaje de paridad, esta medida pretende que las mujeres no sean las últimas en las posiciones de las listas.

En la misma ley se impone como regla para la aprobación presupuestal estatal que el 5% se distribuirá por partes iguales entre todos los partidos movimientos políticos en proporción al número de mujeres elegidas en las corporaciones públicas, además que determina que parte de los recursos provenientes de esta financiación del Estado debe ser destinada para la inclusión efectiva de mujeres, jóvenes y minorías étnica en el proceso político, suma que no debe ser inferior al 15%. Además se dio la reforma política de 2015, donde se reafirma el principio de la igualdad de oportunidades y se establecen guías para que los partidos políticos apoyen económicamente las candidaturas de las mujeres y observen en sus listas de candidatas los principios de paridad, alternancia y universalidad.

El Consejo Nacional Electoral tiene como competencia constitucional el ejercicio de la inspección vigilancia y control de la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, además tiene la competencia de velar por el cumplimiento de las normas sobre el uso de violencia en un contexto político, en términos generales tiene la facultad de sancionar a los partidos políticos de conformidad con la ley 1475 de 2011 y la ley 130 de 1994. También le corresponde la verificación de principios como los de igualdad y equidad de género frente a los cuales debe proceder a analizar si estas manifestaciones suponen también actos de discriminación al interior del partido.

Las medidas legales mencionadas con anterioridad se encuentran dirigidas a aumentar el número de candidatas en las elecciones públicas, sin embargo no son suficientes para superar los obstáculos que impiden el acceso real de las mujeres al poder político; esto se evidencia en el reporte de las Naciones Unidas, mujeres en la Política 2020 donde Colombia solo tiene un 20% de mujeres en el parlamento, estando por debajo del índice de la región que corresponde al 31,3%. El índice de paridad política aplicado por primera vez en Colombia en el 2019 presentó los siguientes datos:

Dimensión	Puntaje
I. Compromisos nacionales con la igualdad en la Constitución y el marco legal	90
II. Ejercicio del derecho al sufragio	55,2
III. Cuota/paridad	20
IV. Poder Ejecutivo y administración pública	78,7
V. Poder Legislativo (Cámara Baja/Única)	55,4
VI. Poder Judicial y Poder Electoral	43,3
VII. Partidos políticos	59,8
VIII. Gobierno local (municipal)	29,8
<b>Total Colombia 2019</b>	<b>54,0</b>

Tomado de [https://www.moe.org.co/wp-content/uploads/2021/09/Protocolo-para-la-prevencion-de-la-violencia\\_17-de-agosto-1.pdf](https://www.moe.org.co/wp-content/uploads/2021/09/Protocolo-para-la-prevencion-de-la-violencia_17-de-agosto-1.pdf)

Esto demuestra que aunque Colombia tiene deberes y compromisos con la igualdad y paridad en la participación política, los mismos no han sido suficientes para llevar a la materialidad los derechos de las mujeres.

La democracia se ve afectada por la falta de implementación de las políticas de participación política con enfoque de género; sin embargo, a medida que las mujeres han obtenido mayores espacios de poder en la toma de decisiones políticas, mayor ha sido la visibilización de los obstáculos que impiden su acceso, dichos obstáculos no han sido solucionados o reducidos por las leyes promulgadas que se han mencionado con anterioridad. Bernal A. clasifica los obstáculos en tres grandes grupos que son:

- a) **Obstáculos de partida:** teniendo en cuenta la sociedad patriarcal afecta todos los aspectos de la vida de las mujeres, es posible decir que las violencias que las atraviesan no comienzan con la vida política ni acaban allí, es por esto que incluso antes de entrar ya hay aspectos que las afectan como las carencias académicas, de destrezas y oportunidades, un ejemplo de ello es la educación recibida, la facilidad en la que se accede a las universidades y al conocimiento. Esto genera brechas en las condiciones en las que las mujeres comienzan en la vida política, en una desigualdad de condiciones comparándola con las oportunidades que tienen los hombres.
- b) **Obstáculos de entrada:** estos hacen referencia a las dificultades impuestas por los estereotipos de género que ubican a las mujeres por fuera del espacio público.
- c) **Obstáculos de permanencia:** son aquellos que se encuentran las mujeres una vez logran entrar a la política y están relacionados con el marcado carácter machista de este escenario en Colombia, se encuentra íntimamente relacionado con el obstáculo de entrada, pues desde los mismos estereotipos de género se promueve una dificultad hacia las mujeres con el intento de demostrar que la política, el poder y el gobierno no es un espacio que deban habitar.

En este punto es necesario resaltar que los mencionados con anterioridad no son los únicos obstáculos que debe atravesar una mujer para hacer parte de un espacio de poder, pues, no solo están atravesadas por su género sino también por cuestiones de clase, raza y etnia, que generan dificultades adicionales.

#### 4.1. La violencia de género en el ámbito político colombiano

Las violencias basadas en género en el ámbito político son algunas de las razones de mayor peso para que las mujeres no ejerzan sus derechos políticos ni ocupen espacios de participación y representación política, como se evidencia en el estudio realizado por el Instituto Holandés para la Democracia Multipartidaria, en el que se halló con una encuesta realizada a 146 mujeres en cargos de elección que el 63% ha sido víctima de acciones específicas de violencia durante el ejercicio político, esto representa a 6 de cada 10 mujeres, demostrando que esta es una práctica generalizada. Así mismo se muestra que entre las motivaciones por las cuales las mujeres han renunciado a su cargo político incluso antes de acabar su periodo se basan en amenazas e intimidaciones recibidas, generando un desinterés en continuar su carrera política.

Son múltiples las formas en las que se presentan las violencias sin embargo se pueden categorizar en cuatro grandes grupos que son:

- **Violencia física:** que incluye las acciones que atentan contra su integridad física o de sus familiares, en esta manifestación se incluye la violencia de índole sexual.
- **Violencia psicológica:** implica comportamientos hostiles y abusos destinados a causar miedo o daño emocional. En el caso de la política puede incluir amenazas de violencia física, coerción y actos con la intención de perjudicar el estatus social de la mujeres, esta manifestación genera traumas y afecta el estado emocional y mental de la víctima, lo que causa ansiedad, depresión y estrés.
- **Violencia económica:** es la coerción y control sobre las mujeres en la política por medio de recursos económicos, eso hace que el trabajo político sea tan difícil y frustrante que las mujeres decidan retirarse por su propia cuenta o reducir las posibilidades de que las mujeres realicen sus trabajos de manera eficiente, esto se evidencia cuando en una campaña electoral se le niegan recursos a las mujeres pero no a los hombres, o cuando los suministros y viáticos son reducidos para las mujeres.
- **Violencia simbólica:** tiene como base los roles y estereotipos de género de la cultura patriarcal y tiene como propósito deslegitimar las capacidades de las mujeres en la política, es decir va más allá de la sana crítica en los medios o de comportamientos hostiles, es el atentando contra la dignidad humana. Un claro ejemplo de este tipo de violencia es cuando apagan el micrófono a abandonan el recinto cuando una mujer va a tomar la palabra.

Según CNE el entorno en el que se producen las violencias contra las mujeres en la política se da en la participación activa dentro de procesos electorales, procesos democráticos ligados a los mecanismos de participación ciudadana o ejercicios de representación, en esto se incluye tanto quienes participan como candidatas en las campañas electorales como quienes impulsan su participación; aunque por su naturaleza estas violencias se dan en el ámbito público no solo pertenecen a él, pues en el ámbito privado se ejercen de la misma forma, como en el hogar en el caso del voto familiar o cuando las candidatas son agredidas en sus residencias por sus familiares por aspectos relacionados a su candidatura, como parejas que ejercen violencia en contra de ellas para que declinen a su candidatura o renuncien a sus cargos, es por ello es que el aspecto físico donde se realiza la violencia no es lo que la define, sino las relaciones de poder que se dan en este espacio.

El estudio realizado por PNDU-ONU dice que los perpetradores de violencias contra la mujer en política se pueden clasificar como actores políticos, sociales o estatales. En el caso colombiano los órganos del Estado y los partidos políticos son los mayores perpetradores en el ámbito político, mientras que en el ámbito social son las familias, la comunidad, los líderes religiosos, las pandillas y los medios de comunicación. De la misma forma aunque los perpetradores pueden ser de cualquier sexo en la mayoría de casos la violencia es ejercida por hombres.

## **5. Conclusión**

Es posible concluir del análisis realizado que la violencia en contra de las mujeres en la política es un fenómeno generalizado que se encuentra vigente y afecta la participación de las mujeres en Colombia, esto tiene consecuencias directas en la democracia, pues no hay una correcta representación.

Es necesario hacer énfasis en la implementación de la legislación actual, pues en la materialidad la protección de derechos de las mujeres no se está dando, no hay un real reconocimiento del fenómeno pues las instituciones electorales, los partidos políticos y demás no ha implementado estrategias para combatir la violencia contra las mujeres y aun menos para asegurar la paridad y permanencia de las mismas en los espacios de poder.

Además de esto, la legislación actual se enfoca en el acceso, que no se da, pero deja de lado la permanencia de las mujeres, es decir, no hay un cambio real si se les permite acceder a la política sin embargo no se les provee de garantías reales para su permanencia.

# Nueva visión del derecho alimentario en el Perú\*

Luis Antonio Rioja Espinoza\*\*  
*Universidad Inca Garcilaso de la Vega*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Formas / 3. Tipología / 4. Novísima Ley N.º 31464 / 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

La palabra alimentos se dice del latino alimentum y este a su vez deriva del verbo alere, que tendría una significancia en sustancia que a través del paso del aparato digestivo sería capaz de ser absorbido por el organismo humano con el propósito de servir de nutrición a los tejidos y a su vez generar y regenerar energías que se pierden por efectos de la actividad tanto física como mental y psíquica, pero aun cuando este concepto es relevante para la vida en general es menester indicar que los que nos atrae y seduce si cabe el termino es precisamente como es que el Derecho lo observa, analiza y después legisla que es en buena cuenta lo que más debe importar para aquellos que tienen formación jurídica desde cualquier perspectiva y pese a que también implica el itinerario a seguir para la existencia física, se debe inferir jurídicamente hablando que se encuentran comprendidos todos aquellos elementos indispensables para la educación, vestido, instrucción, asistencia médica, vivienda, entre otros. Como podrá observarse tiene otra connotación e índole, razón por la cual la legislación debe tener el mayor cuidado al momento de referirse a los efectos que de ella emanan.

Que duda cabe que hablar de Los alimentos es reconocer que se trata de una de las principales instituciones de amparo familiar, si es que no es la

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Tratamiento de la Violencia contra las Mujeres, Violencia de Género e Integrantes del Grupo Familiar – I Congreso Nacional De Violencia Familiar, Enfoque De Género y Acciones Preventivas, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de diciembre del 2022.

\*\* Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Con estudios de maestría en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Conferencista a nivel Nacional e Internacional y en el colegio de abogados de lima especializado en derecho de familia y violencia familiar. Docente universitario y abogado en ejercicio con especialidad en Derecho De Familia y Violencia Familiar. Premio a la excelencia académica por la UIGV.

más importante (el subrayado es mío) a la sazón de lo que se busca como cuestión de fondo es la plena satisfacción de las necesidades básicas del necesitado o alimentista en términos mas técnicos propiamente dicho, esto a su vez trae como consecuencia la preservación de la vida, entre otros como la integridad y la salud respectivamente. Sin embargo en la actualidad este concepto sobre los alimentos a tomado un rumbo mucho más amplio bastará para ello revisitar el artículo 472º del Código Civil el cual se encarga de definir legalmente dicha materia y dispone que:

*“Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”.*

Esta definición debe necesariamente ser contrastada con lo establecido por el Código de Niños y Adolescentes en su artículo 92º, respecto de los alimentos de los niños y adolescentes, la cual nos dice: *“Se considera alimentos a lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”.*

Es imperiosa la necesidad de definir y redefinir el concepto clásico de alimentos toda vez que la moderna tendencia nos indica que los alimentos van mucho más allá de una concepción puramente física y biológica, para abrir paso a los conceptos integrales que se requiere para su real saber y entender. Por ello me parece que acertadamente nuestra legislación a cargo de abordar estos menesteres le otorga una mayor connotación llegando a niveles de abordar temas psíquicos y psicológicos muy oportunos para la formación en el caso sea la obligación en beneficio de menores de edad, situaciones como recreación hacen posible dicha aseveración.

Los alimentos apuntan a la satisfacción de las necesidades básicas materiales y espirituales del ser humano, buscando la preservación de la dignidad de la persona humana.

Se asegura a través de varios textos sobre la especialidad de Familia y me refiero a doctrina autorizada que existe una categoría de alimentos denominada necesarios y son aquellos que solo están destinados a la subsistencia, debe indicarse que nuestra legislación de familia precisa aquellos casos donde solo se debe asistencia para la subsistencia como excepción cuando el alimentista deviene en incapaz por obra propia, es decir que por desidia o negligencia haya sucumbido a esas circunstancias.

Nótese una situación particular en el caso de los alimentos, siempre y en buena cuenta los efectos de los mismos varían según la edad de los necesitados, como quiera que de un lado hayan menores de edad y por el otro mayores de edad con la correspondiente exigencia de ley para dicho Derecho o beneficio.

Queda más que claro que el concepto alimentos en cualquiera de sus efectos ha ido evolucionando toda vez que en la realidad social este instituto ha sufrido muchos cambios no solo de orden jurídico sino también de necesidad social.

Sería oportuno recordar que en el Perú a través del Decreto dado por Hipólito Unanue se estableció el 13 de Noviembre de 1821 como fecha de inicio de los alimentos, el mencionado decreto establecía: *“Los niños expósitos deben encontrar su principal protección en el Supremo Magistrado a que los encomienda la divina Providencia en el acto mismo de las madres los arrojan de sí a las casas de Misericordia”*

Interesante norma que da apertura en nuestra nación situación jurídica que ya tenía regulación de larga data el en el Derecho Romano, Germánico, Grecia, Persia e incluso En el Derecho Canónico evidentemente con propósitos meramente de beneficio de la Familia en líneas generales.

La figura de los alimentos resulta ser, actualmente, muy necesaria ya que no solo permite la subsistencia y desarrollo de la persona sino que funge como una asistencia social destinada a brindar sostenimiento y desarrollo.

## **2. Formas**

Podría o debería decirse que los Alimentos desde la perspectiva jurídica tiene una connotación especial ya que no se trata de simples Obligaciones y Derechos sino que además cuentan con autonomía en cuanto a su clasificación como tal, por ello se dice que los alimentos en principio son de índole Personal para utilizar un lenguaje más técnico y de raigambre, el derecho de alimentos es intuitu personae, esto implica que es inherente a la persona situación que la pone en un sitio privilegiado frente a los demás Derechos y Obligaciones ya sea por teoría como por praxis. Sin embargo y a la sazón de la realidad no podemos soslayar el hecho que el basamento principal que lo hace subsistir es el estado de necesidad del llamado alimentista. Dicho en otras palabras que éste Derecho gira en torno a la subsistencia por ende no se encuentra en el ámbito del comercio de los hombres y quizá de allí se desprenda que su naturaleza sea estrictamente extrapatrimonial, lo cual significa que no puede ser materia de transferencia así como objeto de cesión, quedando claro que no es obra de

la voluntad de cualquier individuo ya que estas escapan de ello. Respecto a la extinción de este derecho, resulta interesante lo indicado por algunos autores los cuales afirman que esta obligación se extingue con el fallecimiento de una de las partes, por el contrario, otros afirman que debería ser materia de sucesión. Situación que considero debe ser siempre y en buena cuenta heredable en la medida que el causante o testador dejen activos que permitan viabilizar y materializar dicho Derecho ya sea a través de un testamento así como de sucesión intestada, insisto siempre y cuando hayan activos a dejar y que además puedan cubrir dicha obligación que resulta ser *suigeneris* tal como lo afirmáramos línea *ut supra*.

Siendo coherentes con lo que venimos afirmando sobre materia alimentaria es bueno indicar que a su vez y en relación al carácter personalísimo de este especial Derecho corresponde afirmar que se trata de poner sobre relieve su intrasmisibilidad es decir que existe un impedimento de Ley respecto a la posibilidad de que la propia persona pueda transmitir por sí sola su propio Derecho en tanto y cuanto nos referimos a su inherencia. No podemos olvidar que la verdadera esencia del Derecho alimentario es la plena satisfacción de las necesidades tanto personales como individuales. A mi muy peculiar modo de ver este tipo de clasificación refuerza el sentido sólido del cual gozan los alimentos ya que se pone de manifiesto la seguridad jurídica de los alimentistas frente a las urgencias propias para su subsistencia.

Para fortuna de los beneficiados con este singular Derecho dentro de la gama y espectro que existen en nuestro ordenamiento jurídico cabe mencionar su Irrenunciabilidad, esto implica que no se le vea única y exclusivamente como obra de la voluntad de la partes, esto va más allá de la condición volitiva de los interesados y en razón a ello ninguno de los involucrados pueden varias las circunstancias a su libre albedrío, dejando así de esa manera garantizada la intencionalidad de actuar de manera *ex profesa*, dañando e interrumpiendo el desarrollo del alimentista como producto del cumplimiento de la Obligación. Lo que en buena cuenta se quiere para estos efectos es que se deje en claro que no se trata de un contrato con finalidad patrimonial donde tanto el obligado como el necesitado puedan pactar su fin. Porque de ser así se pondría en peligro la vida del alimentista quedando en completo desamparo, perdiéndose la verdadera esencia para lo que está regulado.

Por otro lado se debe tener en cuenta que el derecho de alimentos debe estar en el orden de los derechos intransigibles toda vez que no resultaría aceptable cualquier tipo de acuerdo que tenga como propósito de fondo acordar sobre temas relacionados con la renuncia al propio derecho, situa-

ción por cierto que atenta contra la naturaleza jurídica de la misma y que de alguna manera se encuentra fuera de comercio. Así mismo es menester indicar que en el Derecho de Alimentos, y sus derivados como las pensiones devengadas y las no percibidas están dentro de las operaciones que pueden llegar a ser materia de transacción; con lo cual debemos diferenciar entre lo que significa la esencia del Derecho en sí de los alimentos y la forma de prestarlos hacia futuro evidentemente bajo en concurso de una autoridad judicial o extrajudicial según sea el caso siempre buscando que sea útil para las partes, debido a que la principal razón de los alimentos es la de cubrir las necesidades elementales para el desarrollo integral de la persona.

Esta clasificación resulta muy peculiar teniendo en cuenta que las situaciones jurídicas de los involucrados puede depender de otra condiciones obligacionales y me estoy refiriendo a lo Incompensable como factor fundamental para los alimentos toda vez que puede recaer en el alimentista un pasivo patrimonial frente al alimentante, el mismo que pudiese pensarse como hecho generador para compensar dicha obligación y exonerarse de su deber de Ley. Figura impensada desde toda perspectiva jurídica y familiar ya que los alimentos son el sustento del ser humano mas no es un mero crédito patrimonial, puesto que se está hablando de un derecho que debe ser protegido por el Estado.

La connotación de inembargabilidad de los alimentos trae consigo repensar la idea de que estos son y deben ser considerados como elementos primordiales, fundamentales e indispensables para la vida y su correspondiente subsistencia, lo que significa que cualquier acto que vaya en contra de su propia naturaleza debe ser erradicado y en su caso revocado toda vez que sería un flagrante caso de atentado contra la vida principal y única del beneficiado que le urge por imperiosa necesidad ser atendido por quien legalmente le corresponde. En ese sentido cualquier medida de embargo no haría otra cosa más que entorpecer con dicho objetivo, poniendo en riesgo lógicamente su desarrollo físico y psíquico del alimentista.

Al tratarse de un derecho de gama especial corresponde señalar las prerrogativas de las cuales goza, insistimos siempre y en buena cuenta en beneficio del alimentista, sujeto sobre el cual recae los efectos del cumplimiento por parte del alimentante de la obligación alimentaria. Es por esta razón que este deber y derecho al mismo tiempo no debe encontrar variación por el paso del tiempo con lo cual al decir de los especialistas en la materia es Imprescriptible, los alimentos y por consiguiente su derecho a pedirlo no prescriben ya que mientras la necesidad este presente y existan las posibilidades del deudor de satisfacerla, la obligación permanece. El derecho

de acción del alimentista no se ve menguado aun cuando éste no lo haya invocado por razones de naturaleza personal o general.

### 3. Tipología

Recíproco, en el derecho de alimentos el sujeto puede ser activo o pasivo, acreedor o deudor ya que pueden modificarse las situaciones y darse el caso de que quien, en un primer momento, tuvo la obligación de gozar de este derecho, ahora este obligado a darlo.

Por ejemplo el caso de los cónyuges, ellos se deben alimentos recíprocamente entre sí; en el caso de los hijos cuyos padres cumplieron con esta obligación, ellos ahora están en el deber de ofrecerlos ante la necesidad de sus padres.

- Circunstancial y variable, esta característica de los alimentos refleja la mutabilidad de la pensión de alimentos. Sabemos que las sentencias en materia de alimentos no son definitivas, son cambiantes ya sea porque las necesidades del alimentista varían o las posibilidades del alimentante cambiaron por el tiempo, espacio, o razón por este motivo si luego de fijar un determinado monto y, sobrevienen ciertas circunstancias el interesado podrá recurrir o solicitar la reducción, exoneración y/o extinción.
- Es personalísimo debido a que este deber de cumplimiento, no puede recaer sobre una tercera persona si es que el acreedor alimentario vive, vale decir que no se puede transmitir en razón a que no se trata de una obligación no pasible de libre disponibilidad. Por lo tanto corresponde única y exclusivamente al deudor alimentario el poder satisfacer la necesidad del alimentista, sin pensar que este deber puede ser materia de delegación. En consecuencia resulta remota la idea o posibilidad, que un sujeto ajeno a la relación paterno filial, deba suplir por encargo del obligado principal el hecho de su propio cumplimiento.
- Se dice que el derecho alimentario es irrenunciable toda vez que sería iluso pensar que el deudor alimentario, tenga la factibilidad de apartarse de la obligación de manera unilateral, sin contemplar el interés superior del menor, situación muy remota, ya que es un imposible jurídico el hecho de que tanto el obligado como el alimentista se ubiquen en un escenario de renuncia recíproca a los alimentos, lo que es diferente decir, que el alimentista renuncia a la facultad de accionar en sede judicial para que su progenitor u otro que señale la ley cumpla con el propósito de cubrir las necesidades del alimentista. Vale decir se puede renunciar a la acción, mas no al derecho ínsito del menor o alimentista.

- Resulta imprescriptible en la medida que no se le puede poner un plazo para el derecho de acción, salvo que el alimentista conforme a ley haya sobre pasado la edad para poder exigir de quien corresponde el verdadero deber de cumplimiento, de esta manera se garantiza que en tanto se encuentre el derecho vigente en la línea del tiempo, este puede ser materia de un pedido en sede judicial o extrajudicial. Lo cual nos recuerda que su carácter de imprescriptibilidad radica en el permanente estado de necesidad del menor u otro sujeto con igualdad de derecho, deseoso de ser atendido por quien fuera emplazado bajo el sistema de legitimo interés para obrar en materia de alimentos.

#### **4. Novisima Ley N.º 31464**

Con la dación de la Ley 31464 recientemente publicada, se pone muy de relieve algunos cambios sustanciales en el proceso de alimentos, dando realce de manera muy especial al famoso principio del interés superior del menor a efectos de que se obtenga una pensión de alimentos adecuada.

En cuanto a la postulación de Proceso, se hace hincapié a que se deben cumplir con los requisitos de forma y fondo establecidos en el CPC, teniendo en cuenta que la parte sustantiva prescrita en el código civil vigente, exige para su viabilidad que el peticionante se encuentre validado para el pedido, vale decir previo reconocimiento paterno con el objeto de que procesalmente hablando haya legitimidad e interés para obrar. Nos parece acertado más allá de que un proceso judicial debe ser supervisado y autorizado por firma de un letrado, en el presente y actual proceso de alimentos se mantenga la no exigibilidad del concurso de un abogado, debido a que debe existir una coherencia en cuanto a la esencia del pedido donde el trasfondo es precisamente satisfacer las necesidades, y la asistencia de un letrado supone cubrir también sus honorarios profesionales, generando más necesidad para quien solicita ser atendido en los menesteres alimentarios. Hoy se puede presentar la demanda a través de la mesa de partes física o virtual, los mismo aplica para los formularios, además la parte demandante, está en la obligación de especificar si el demandado es un trabajador dependiente o independiente, indicando con claridad el centro laboral del emplazado, esto no condiciona la labor del juez en cuanto a la calificación de la demanda.<sup>1</sup>

Por otra parte se faculta al Juez solicitar copia certificada de la ficha RENIEC, a fin de corroborar el reconocimiento del menor por parte de quien fuera demandado, ya que con ese dato y medio probatorio idóneo, permite al magistrado a cargo del proceso, tomar medidas necesarias y oportu-

---

<sup>1</sup> Art 3 de la ley 31464 incluyendo el artículo 164-A al CNA

nas que vayan en consonancia con el interés superior del menor y de esta manera haya una correcta administración de justicia sobre la base de los medios probatorios puestos en autos. El entroncamiento familiar es fundamental para este tipo de situaciones procesales. El contenido del auto admisorio es preponderante para la demanda de alimentos. Debido a que no puede soslayar el requerimiento de ser el caso a la demandante a fin de que subsane la misma de ser el caso. También se contempla el apercibimiento de ser declarado rebelde del emplazado en caso de incumplimiento o resistirse a la correcta notificación. Además de la fecha y hora para la audiencia única. Requerimiento del juez a la entidad laboral del demandado a fin de conocer de los ingresos del mismo. Medidas cautelares de asignación anticipada a favor del menor y cualquier otra medida que garantice el debido proceso de las partes.<sup>2</sup>

En relación a la realización de la audiencia única, debe tenerse en cuenta que puede ser de manera presencial y virtual, donde se pone de relieve, algunos principios propios del derecho procesal, tales como la oralidad, concentración, celeridad y la tan importante economía procesal, principalmente para los procesos de alimentos en aras de una pensión de alimentos adecuada. También es de advertir que el juez debe correr traslado al demandado para cuyo caso, el mismo pueda y deba cuestionar si cabe el caso, los medios probatorios de la parte emplazante, a efectos de determinar la contundencia o eficacia de los mismos, debido a que debe regir el principio *favor probationem*.

De no asistir a la audiencia la parte demandada, y de verificar su correcta y debida notificación, el juez de conformidad con la legislación vigente y las facultades que le confiere la ley puede emitir pronunciamiento final a través de la sentencia, todo ello bajo el criterio único del interés superior del niño. Por otro lado y como asunto novedoso en la presente modificación, el magistrado a cargo del proceso de alimentos puede flexibilizar los principios de congruencia y preclusión, respetando bajo cualquier circunstancia el debido proceso en favor de los sujetos procesales.

Luego de los alegatos presentados por las partes intervinientes en el proceso de alimentos, el juez puede sentenciar de manera oral, ya sea en su parte resolutive o de manera integral, todo va a depender de cuan compleja sea la causa, en atención a la carga procesal del despacho judicial. Si hubiese alguna duda respecto a los ingresos o posibilidades del obligado a prestar alimentos, el magistrado tiene la potestad de resolver en función al principio *favor minoris* o principio pro alimentario, para ello debe apoyarse en los artículos 481 y 4852 del cc.

---

<sup>2</sup> Art 3 de la ley 31464 incluyendo el artículo 167-A al CNA

A renglón seguido de la sentencia debe de manera inmediata y sin mayor trámite proceder a que se practique la liquidación de pensiones devengadas, a fin de que el menor vaya siendo atendido en sus necesidades básicas y elementales. Obviamente este pronunciamiento final del juez a cargo del proceso de alimentos podrá eventualmente ser pasible de impugnaciones, de no ser el caso el mismo declarada sea consentida la sentencia. Si embargo y por tratarse de aplicar el principio consagrado en la constitución, las partes que consideren que dicha decisión les causa o genera agravio, estas pueden apelar, dentro del tercer día de notificada válidamente, a fin de evitar posteriores nulidades.

Para mayor información al momento de fijar los importes por alimentos en favor del menor, el juez a efectos de tener mayor conocimiento de los ingresos del emplazado, solicitará por escrito al centro laboral del demandado se le precise con exactitud la remuneración mensual, esto implica gratificaciones, vacaciones y cual otro concepto relacionado a la libre disponibilidad, proveniente de la relación laboral formal del emplazado. Así mismo dentro de las facultades del juez está la de oficiar a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria con la finalidad de que se le informe a la judicatura sobre las rentas o declaraciones juradas por actividad independiente del acreedor alimentario de ser el caso.

También es potestad del magistrado a cargo del proceso de alimentos solicitar información veraz a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, con el fin se le comunique de la existencia de bienes muebles e inmuebles registrados a nombre del demandado en cuyo caso servirá de garantía para el cumplimiento del deber alimentario para con el menor.

Con el propósito de conocer de la existencia de otros menores de edad reconocidos por el demandado, debe obligatoriamente oficiarse al RENIEC, entidad a cargo de todo el registro de identificación de los ciudadanos de esta nación. Toda esta información debe ser puesta a despacho judicial en un breve plazo de 7 días bajo apercibimiento de iniciar investigación que involucre al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

## **5. Conclusiones**

Para efectos de definición el carácter alimentario se debe inferir jurídicamente que se encuentran comprendidos todos aquellos elementos indispensables para la educación, vestido, instrucción, asistencia médica, vivienda, entre otros. Cabe señalar que la ciencia jurídica al regularla le da otra connotación e índole, razón por la cual la legislación debe tener presente todas sus implicancias y a su vez el mayor cuidado al momento de referirse a los efectos que de ella se van a derivar.

El derecho alimentario quizá sea la institución más importante que regula el derecho de familia, máxime, en el libro III del código civil vigente. Toda vez que esta referido directamente a la salud física y la vida, dos razones poderosas para pensar que lo que se esta afirmando tiene un asidero muy solido no solo para el mundo jurídico sino también para la comunidad en general.

Los alimentos como derecho ínbito al ser humano tienen su razón de ser en la satisfacción de las necesidades básicas y elementales entre ellas las materiales y espirituales del ser humano, buscando la preservación de la dignidad de la persona humana, como unos de sus propósitos fundamentales.

Circunstancia especial en el caso de los alimentos, siempre y en buena cuenta los efectos de los mismos varían según la edad de los alimentistas, como quiera que de un lado hayan menores de edad y por el otro mayores de edad con la correspondiente exigencia de ley para dicho Derecho o beneficio como excepción.

El concepto jurídico de alimentos ha ido evolucionando toda vez que en la realidad social este instituto ha sufrió muchos cambios no solo de orden legal sino también de necesidad social. El derecho alimentario tal como se vislumbra por estos días, sigue ganando campo importante en materia legislativa por ende requiere ser vista con mayor celo y profesionalismo.

Con sumo cuidado hay que afirmar sobre materia alimentaria es bueno indicar que a su vez y en relación al carácter personalísimo de este especial Derecho corresponde afirmar que se trata de poner sobre el tapete su intrasmisibilidad es decir que existe un impedimento de Ley respecto a la posibilidad de que la propia persona pueda transmitir por sí sola su propio Derecho en tanto y cuanto nos referimos a su inherencia. Esto además garantiza que el responsable de cumplir con los alimentos sea quien deba asistir al menor alimentista en todas las circunstancias en aras de su formación física y psíquica.

La razón de la inembargabilidad de los alimentos trae consigo la idea de que estos son y deben ser considerados como elementos básicos para subsistencia, fundamentales e indispensables para la vida y su correspondiente correlato, lo cual nos lleva a inferir que cualquier acto que vaya en contra de su propia naturaleza debe ser desterrado y en su caso revocado toda vez que sería un flagrante caso de atentado contra la vida principal y única del beneficiado que le urge por imperiosa necesidad ser atendido por quien legalmente le corresponde.

Por otro lado se debe entender la reciprocidad del derecho alimentario,

toda vez que el sujeto puede ser activo o pasivo, acreedor o deudor ya que pueden modificarse las situaciones y darse el caso de que quien, en un primer momento, tuvo la obligación de gozar de este derecho, ahora este obligado a darlo. Esto suele suceder con mucha frecuencia, debido a ello la legislación en materia alimentaria prevé dicha situación y regula de manera taxativa quienes se deben recíprocamente alimentos.

Con la promulgación de la ley 31464 recientemente publicada, se pone de manifiesto algunos cambios sustanciales en el proceso de alimentos, haciendo hincapié de manera muy especial al famoso principio del interés superior del menor a efectos de que se obtenga una pensión de alimentos adecuada.