

VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

*i*GAL

Ius Género
América Latina

| RED | ALAS |



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

*i*GAL

Ius Género
América Latina

| RED | ALAS |



Derecho,
Feminismos,
Género y
Diversidades



JUNTA EDITORA

Gladys Luisa Acosta-Vargas

Maestría y Licenciatura en Sociología, Universidad La Sorbona – París V, Francia. Sus áreas de interés abarcan mujeres indígenas, igualdad de género, violencias contra la mujer, entre otras.

Silvina Álvarez Medina

Doctorado en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Es profesora en la Universidad Autónoma de Madrid. Sus áreas de interés abarcan derechos humanos, derechos de las mujeres, derechos reproductivos, autonomía personal, multiculturalismo, entre otras.

Kerry Carrington

Ph.D. en Sociología, Universidad Macquarie. Es profesora investigadora en el Centro para la Justicia de la Universidad Tecnológica de Queensland. Sus áreas de interés abarcan criminología, violencia de género carcelaria, justicia juvenil y violencia de las niñas, justicia global y derechos humanos, entre otras.

Rebecca Cook

J.S.D., Escuela de Derecho, Universidad de Columbia. Es profesora emérita en la Facultad de Derecho, la Facultad de Medicina y el Centro Conjunto de Bioética de la Universidad de Toronto. Sus áreas de interés abarcan derechos sexuales y reproductivos y derechos de la mujer, entre otras.

Josep Ferrer-Riba

Doctorado en Derecho, Universidad de Barcelona. Es catedrático de la Universidad Pompeu Fabra. Sus áreas de interés abarcan derecho de familia, sucesiones y entidades no lucrativas.

Daphne Gilbert

LL.M., Escuela de Derecho, Universidad de Yale. Es profesora asociada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa. Sus áreas de interés abarcan derechos de igualdad, derechos reproductivos y violencia sexual, entre otras.

Yamila González-Ferrer

Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad de la Habana. Es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y miembro del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Sus áreas de interés abarcan derecho de familia, género y derecho, sexualidades diversas, entre otras.

Berta Esperanza Hernández-Truyol

LL.M., Escuela de Derecho, Universidad de Nueva York. Es profesora en Levin College of Law de la Universidad de Florida. Sus áreas de interés son género, raza, etnia, cultura, sexualidad, idioma y otras vulnerabilidades, así como sus interconexiones.

Prabha Kotiswaran

S.J.D., Escuela de Derecho, Universidad de Harvard. Es Profesora de Derecho y Justicia Social en King's College London. Sus áreas de interés abarcan derecho penal, derecho penal transnacional, estudios jurídicos feministas y sociología del derecho.

Lena Lavinias

Ph.D., Universidad de París. Es profesora en el Instituto de Economía de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Sus áreas de interés abarcan: políticas públicas, cambios demográficos y problemas del mercado desde una perspectiva de género, entre otras.

Silvia Loli-Espinoza

Maestría en Gerencia de Programas y Proyectos Sociales, Universidad Peruana Cayetano Heredia. Sus áreas de interés abarcan derechos de las mujeres, derechos sexuales y reproductivos, violencias contra las mujeres, derechos de las personas LGBT.

Miriam Pillar Grossi

Doctorado en Antropología Social y Cultura, Universidad de París V. Es profesora del Departamento de Antropología de la Universidad Federal de Santa Catarina. Sus áreas de interés abarcan historia de la mujer en el campo antropológico, teorías queer y feministas sobre los temas de violencia contra las mujeres y lesbo-trans-homofobia, identidades LGBTTT, arte homoerótico, religiones y sexualidades, políticas públicas y movimientos feministas y LGBTTT.



JUNTA EDITORA

Martha Prieto-Valdés

Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad de la Habana. Es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Sus áreas de interés abarcan teoría del Estado y del Derecho, metodología de la investigación jurídica y derecho constitucional, entre otras.

Esteban Restrepo

J.S.D., Escuela de Derecho, Universidad de Yale. Es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Sus áreas de interés abarcan derecho constitucional, constitución y democracia y teoría del Estado, entre otras.

Tracy Robinson

Senior Lecturer y Decana Asociada del programa de Estudios Graduados e Investigación, Universidad de las Indias Occidentales en Manoa, Jamaica. Experiencia profesional como abogada y comisionada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sus áreas de interés abarcan Derecho de Familia, Derecho Constitucional, Género y Ciudadanía, Derechos Humanos.

Ruth Rubio-Marin

Doctorado, Instituto Universitario Europeo de Florencia. Es profesora en la Universidad Internacional de Sevilla y Directora de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos e Interculturalidad de la Universidad Internacional de Andalucía. Sus áreas de interés abarcan género y derechos humanos, derecho constitucional comparado, jurisprudencia feminista, derechos de las minorías, entre otras.

Macarena Sáez-Tórres

LL.M., Escuela de Derecho, Universidad de Yale. Es Directora Ejecutiva de la División Derechos de las Mujeres en Human Rights Watch. Sus áreas de interés abarcan derechos sexuales y reproductivos, género y derecho, derecho y sexualidades diversas, derecho comparado y litigio estratégico, entre otras.

Rachel Sieder

Doctorado en Ciencias Políticas, Universidad de Londres. Es profesora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) en la Ciudad de México e investigadora asociada del Chr. Michelsen Institute de Bergen y del Instituto de Estudios de las Américas de la Universidad de Londres. Sus áreas de interés incluyen derechos humanos, derechos indígenas, movimientos sociales, antropología jurídica, Estado y violencia, entre otras.

María del Rocío Villanueva-Flóres

Doctorado en Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla - La Mancha. Es profesora y actual Decana de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sus áreas de interés abarcan violencia contra la mujer, derechos humanos y género, entre otras.

COMITÉ EDITORIAL

Esther Vicente

Directora de la Revista

Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.
Integrante de Red ALAS.

Yanira Reyes Gil

Co-editora

Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.
Integrante de Red ALAS.

María Camila Correa Flórez

Co-editora

Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.
Integrante de Red ALAS.

Carmen Hein de Campos

Co-editora

Universidade Federal de Pelotas, UFPEL.
Integrante de Red ALAS.

Celeste Elorriaga

Asistente editorial

Guillermo Holsman

LLM, Colaboración en la edición.

Artículos

- Salud Sexual y Reproductiva en Buenaventura: Lecturas
y Ecos de las voces de las burocracias subalternas
Neider Alegría 7-20
- As concepções de autonomia das mulheres em situação de violência
doméstica construídas pela ADI 4.424/DF e o dilema de agência
Aline Herscovici 21-39
- Derecho a la identidad. Lucha del movimiento transgénero en Argentina
Stephanie Debanne 40-50
- La judicialización de la violencia por prejuicio cometida en contra
de personas LGBTQ+: retos y avances desde el estudio del DIH y el DPI
Andres Felipe Martin Parada 51-65
- Direito Social de Proteção à Maternidade nas Prisões: Limites
da progressividade especial durante a pandemia de covid-19 no Brasil
Rafaela Peres Castanho y Bruno Rotta Almeida 66-78
- Estrategias para las contra memorias del colectivo feminista.
Un femicidio como brecha histórica.
Malena Maceira 79-93

Reseñas

- Manual de Direito Penal com perspectiva de gênero: repensando
o direito penal brasileiro
Hanna Rossi Roehe y Paula Franciele da Silva 95-99
- Manual de Derecho Penal con perspectiva de género: repensando
el derecho penal brasileño
Hanna Rossi Roehe y Paula Franciele da Silva 100-104
- Recensión
Diana Maquillón Tamayo 105-110

ARTÍCULOS

Salud Sexual y Reproductiva en Buenaventura: Lecturas y Ecos de las voces de las burocracias subalternas

Autora

Neider Alegria

Cómo citar este artículo

Alegria, Neider (2023). Salud Sexual y Reproductiva en Buenaventura: Lecturas y Ecos de las voces de las burocracias subalternas, REV. IGAL, II (1), p. 7-20.

RESUMEN

La eficacia de los planes, programas y proyectos de Salud Sexual y Reproductiva (SSR, en adelante) en Colombia se han medido siempre desde los indicadores estatales o privados, así como también se han evaluado desde la visión de las comunidades. Sin embargo, a estas formas de medición se le escapan algunos asuntos relacionales de la eficacia que obedecen a las dinámicas propias del funcionamiento del Estado en algunas regiones y territorios. Un problema que la literatura ha mostrado como crucial para entender la eficacia de los planes y programas de SSR en Colombia tiene que ver con las dinámicas diferenciales del funcionamiento del Estado en territorios racializados. Con eso en mente, y para poder mostrar asuntos endógenos que caracterizan el ecosistema asociado a la SSR de un territorio racializado (Buenaventura, Valle del Cauca) construyo a través de la etnografía relatos de las voces de funcionarias subalternas de estos territorios. Así, muestro algunos asuntos relacionados con el acceso a servicios de SSR, la educación sexual, la partería como parte de las prácticas tradicionales y su relación con la institucionalidad, asuntos presupuestales y laborales del ecosistema de SSR en Buenaventura.

PALABRAS CLAVE:

SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA, FUNCIONARIAS PÚBLICAS, BUROCRACIAS SUBALTERNAS, ETNOGRAFÍA ESTATAL.

ABSTRACT

The effectiveness of SRH plans, programs and projects in Colombia have always been measured from State or private indicators, as well as evaluated from the perspective of the communities. However, these forms of measurement miss some relational issues of effectiveness, an issue that obeys to the dynamics of the State's functioning in some regions and territories. An issue that the literature has shown to be crucial is the differential dynamics of the functioning of State ecosystems associated with this issue in racialized territories. With that in mind, and in order to show endogenous issues that characterize the ecosystem associated with the SRH of a racialized territory, I build through ethnography stories of the voices of subaltern officials of these territories. Thus, I show some issues related to access to SRH services, sexual education, midwifery as part of traditional practices and its relationship with the institutional framework, budgetary and labor issues of the SRH ecosystem in Buenaventura.

KEYWORDS:

SEXUAL AND REPRODUCTIVE HEALTH, PUBLIC SERVANTS, SUBORDINATE BUREAUCRACIES, STATE ETHNOGRAPHY.

1. Introducción

La cuestión de la Salud Sexual y Reproductiva (en adelante SSR), sumada a la protección/garantía de los Derechos Sexuales y Reproductivos (en lo que sigue DSyR) son dos de las principales apuestas del feminismo de la 4ta ola, el feminismo de nuestra época. Desde el periodo de la posguerra, los DSyR se han posicionado como un tema central de la agenda política internacional, así como de las disputas sociales y legales en los países de todo el mundo. Para el caso de Latinoamérica, la SSR se ha constituido como un campo de lucha y movilización muy importante. En virtud de ello, el asunto ha sido regulado por los instrumentos legales y de política pública en los países de esta región.

En Colombia, particularmente, se evidenció un cambio en la tendencia de regulación de esta cuestión, porque a partir del 2003 se incorporó la visión y paradigmas sobre la SSR que plantea la Conferencia Internacional de Poblaciones (CIP) realizada en el Cairo durante 1994. En ese sentido, y desde este momento, las políticas de SSR en el país se han enfocado en cuestiones como la maternidad segura, la planificación familiar, la salud sexual y reproductiva en adolescentes y jóvenes, el asunto del cáncer de cuello uterino, la prevención y atención de las ITS y el SIDA, además de la prevención de la violencia doméstica y sexual, porque estas son las orientaciones dadas a nivel internacional sobre la SSR (Colombia, Ministerio de la Protección Social, 2003).

Ahora bien, dada su relevancia e impacto social, el tema ha sido ampliamente debatido y explorado por la academia. Es así como la bibliografía al respecto, reseña cuestiones como (i) la construcción de imaginarios respecto a la responsabilidad de mujeres y hombres en los procesos asociados a la SSR, (ii) el rezago en el cumplimiento de objetivos de las políticas sobre SSR en territorios rurales y racializados del país, (iii) las dinámicas socioculturales que permiten dicho rezago y (iv) la responsabilidad estatal, frente al mismo, que parte incluso desde el diseño de la política pública misma. Así mismo, en el cúmulo fértil de literatura académica sobre el desarrollo e implementación de la SSR en Colombia se encuentran algunas visiones que se sitúan de forma crítica frente a este proceso. Ejemplo de ello son los estudios de Murillo (2015), Prieto (2012), Suárez (2007), Aponte y Monroy (2008) y Noguera (2012).

La literatura ha expuesto la existencia de ciertos rezagos en el cumplimiento de los objetivos de las políticas sobre SSR en los territorios rurales y racializados del país. Según esta línea, ello obedece a que las políticas públicas de SSR, al seguir la agenda internacional sobre el tema, desatienden la pertinencia territorial que deben tener estos instrumentos de planeación. Desconociendo, de esa manera, las disimilitudes entre los centros urbanos y la ruralidad, por ejemplo; cuestión que se traduce en que dichos instrumentos de política pública sean ineficaces para garantizar el acceso y disfrute efectivo de los DSyR y la SSR de las personas de la periferia distante y rural colombiana. Una ruralidad que es a la vez, en muchos casos, racializada y donde hay mayores dificultades para el acceso a los servicios de salud (Alegría, 2023).

Bajo esa mirada, los estudios críticos de la SSR en Colombia han señalado que las periferias -lugares como el pacífico, el caribe, la Amazonía- son aquellos que más distan de los indicadores relacionados con la SSR en el país. Territorios donde el acceso, el disfrute y la garantía de los servicios para la SSR son aún más reducidos (Prieto, 2012; Paredes et al, 2000), que han sufrido de primera mano la exclusión de la Nación y la presencia diferenciada o ausencia del Estado (Vergara, 2014; Wills, 2015; Martínez, 2013; Melo, 2021). Situación que para casos como el del pacífico colombiano se ve incrementada por (i) la falta de estadísticas subnacionales en la materia, especialmente, en poblaciones de la ruralidad dispersa y (ii) la poca literatura actualizada sobre la situación de Salud Sexual y Reproductiva de las mujeres en estos territorios.

En ese sentido, este artículo¹ pretende mostrar una especie de imagen o panorama acerca de la situación de la SSR de las mujeres de Buenaventura. Lo hará mostrando una radiografía burocrática de la institucionalidad asociada al cumplimiento de las políticas de SSR en dicho territorio. Será así, porque en este texto realizo un análisis de la situación de la SSR del distrito desde los discursos oficiales del Estado, pues entendiendo que una imagen necesaria para la comprensión del fenómeno debe ser la que verifique el accionar humano (de los burócratas) frente a la implementación de los programas, proyectos y planes asociados a las políticas de SSR. De forma que este texto pueda dialogar con la literatura que plantea las causas de la ineficacia de las políticas de SSR en territorios del pacífico. Así mismo, para que esta investigación permita conocer información de primera mano que es levantada por las autoridades y agentes

¹Este artículo es resultado del proyecto de investigación denominado caracterización la Salud Sexual y Reproductiva de las mujeres de Buenaventura y Guapi. Realizado por el Observatorio para la Equidad de las Mujeres (OEM) de la Universidad Icesi, gracias a la financiación de Minciencias a través de la convocatoria 874 de 2021.

del Estado en Buenaventura, datos que sirven para pensar la construcción de unas políticas públicas de salud sexual y reproductiva con pertinencia territorial y actualizadas. Esto, aprovechando que para el momento en el que el texto se escribe aún no se ha planteado la nueva política de SSR del país.

Para realizar dicha labor he dividido este texto en tres partes. Un primer acápite que se encargará de contextualizar las pistas bibliográficas que la literatura sobre el desarrollo e implementación de las políticas de SSR en Colombia permite con relación a la situación de la SSR de las mujeres en la periferia colombiana y especialmente en el pacífico. En segundo lugar, daré espacio a la justificación metodológica y epistémica sobre la importancia de esta imagen que parte desde el punto de vista burocrático. Aquí acompañaré la discusión de la (in)eficacia o (in)efectividad de las apuestas estatales para brindar servicios de SSR, con reflexiones del derecho administrativo, la sociología y antropología jurídica que nos invitan a revisar las causas de la ineficacia desde el accionar propio del Estado. Un Estado que no es más que el conjunto de sus partes, los burócratas. Burócratas de un estado subalterno y periférico, con poco poder de decisión, pero con el contacto más directo con la realidad de los ciudadanos de sus territorios.

Finalmente, analizo los discursos y datos presentados por los funcionarios de diferentes dependencias estatales en Buenaventura que se relacionan con los proyectos, programas y servicios que atienden aspectos relacionados con la SSR. Lo hago ubicando la información recolectada a través de las técnicas cualitativas respecto de asuntos como el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, la articulación con las parteras, la educación sexual, la situación de las personas migrantes en términos de SSR, las cuestiones de orden burocráticas (las más relacionadas con el funcionamiento de sus unidades administrativas) y la descentralización y el presupuesto asociado al ecosistema de SSR del distrito. A partir de ahí construiré unas reflexiones que considero pueden servir para visibilizar las problemáticas que territorios del pacífico, como Buenaventura, tienen para poder desplegar efectivamente los planes, proyectos y programas que se asocian a la SSR.

2. Contextualización en la literatura sobre SSR

La literatura sobre el desarrollo de la SSR en Colombia es particularmente rica. La bibliografía respecto de este asunto se ha visto obligada a tratar la cuestión de las políticas públicas sobre SSR que se han dado en el país. En ese sentido, hay quienes han dedicado sus investigaciones a verificar las cuestiones de orden simbólico (Pacheco et al., 2007; Aponte y Monroy, 2008; y Noguera, 2006) y de carácter político (Morales, 2010; Murillo, 2015) contenidas en las políticas que regulan la materia en Colombia. Algunos asuntos que discute esta literatura se relacionan con que el lenguaje de estas políticas —aunque técnico— produce o esconde “estereotipos y valores culturales sobre la sexualidad, la reproducción y, en general, sobre las relaciones afectivas, de forma que condicionan actitudes y comportamientos que no siempre favorecen la salud y el desarrollo autónomo de proyectos de vida de las personas” (Tejedor y Rodríguez, 2019, p. 54, en Alegría, 2023). Así mismo, que “este lenguaje se universaliza aun cuando es resultado de las interlocuciones entre burócratas del Estado y personas de la clase media y alta de las urbes colombianas. En ese sentido, la voz que se manifiesta en las políticas públicas de SSR es la voz de mujeres y hombres, muchos de ellos profesionales de salud, blancos, heterosexuales y de clase media, ubicadas en las grandes ciudades” (Alegría, 2023, p. 14). Cuestión que invisibiliza las experiencias de vida de las otredades en una nación plural. Al respecto, quienes enfocan sus investigaciones en esta perspectiva postulan dichos argumentos como razones de la ineficacia —en regiones como el pacífico— de los proyectos, programas y planes de SSR que han contemplado las políticas públicas al respecto.

Casi en la misma medida, hay autores que defienden que las políticas públicas de SSR en Colombia representan un ejercicio de biopolítica sobre la vida de los ciudadanos del país, que es mucho más agresivo con poblaciones rurales, dispersas y étnicas (Murillo, 2015; Muñoz, 2020; Viveros et al., 2006; Cancino, 2020; Aguirre, 2022). Su argumento principal es que estas políticas “terminan traducándose en instrumentos de homogeneización de las prácticas y creencias sobre los cuerpos, la maternidad, la población entre otros aspectos que se relacionan con la SSR” (Alegría, 2023). Con este énfasis, algunos autores plantean que

“las políticas de SSR en Colombia solo han reconocido el locus narrativo (la voz) de las mujeres blancas, heterosexuales de clase media, (cuestión que impide) mostrar cómo la SSR se vive de manera diferente en el pacífico, tanto así que las preocupaciones estatales al respecto (...) no son siquiera las mismas preocupaciones de estas comunidades” (Alegría, 2023, pág 5).

Ambas posturas plantean dos cuestiones importantes para el juego político y la democracia, la inclusión y representación. Conceptos que con las políticas de SSR se ven truncados para poblaciones históricamente marginadas de la sociedad colombiana. En ese sentido, una apuesta importante para propugnar por la inclusión y representación de estas poblaciones es visibilizar las voces de las personas de estos territorios. Así, trabajos como los de Tovar (2019), Carvaja et al. (2017), Quintero y Valencia (2014), Quiceno (2010), entre otros, se han enfocado en exponer las experiencias de vidas de las personas en el pacífico colombiano, proponiendo de esta manera su voz y problemáticas como un lugar legítimo de enunciación en el debate público sobre la SSR en Colombia. Y es que dar voz es en esencia el sentido de este texto, es por eso que este artículo asume ese ethos político y utiliza estas reflexiones conceptuales para legitimar la mirada de las burocracias del territorio de Buenaventura sobre la situación de la SSR de las mujeres de su territorio.

3. Análisis de la situación de la SSR en Buenaventura desde la burocracia: Una lectura urgente y necesaria

Plantearse una aproximación a la cuestión de la SSR en territorios como el pacífico implica la comprensión de varios asuntos. En primer lugar, se trata de poner sobre la mesa asuntos del orden subnacional, con una mirada contextualizada y territorial que contiene reflexiones sobre el Estado-Nación que en la academia han sido orientadas clásicamente por la sociología. Las y los expertos de esta disciplina han sido enfáticos en señalar que la presencia del Estado no es uniforme en todo el territorio nacional. Autores como Gutiérrez (2015), Giraldo (2015) y Blanco (2019) hablan de una presencia escasa o diferenciada del Estado en algunas regiones del país, mientras que otros tantos como Mosquera (2020), Vergara (2014) y Wills (2015) plantean que existe un asunto estructural de exclusión de la Nación de ciertos territorios y poblaciones, sobre todo territorios periféricos y racializados. Uno de estos territorios ha sido el pacífico colombiano (Martínez et al., 2021).

En ese orden de ideas, mostrar una imagen o radiografía de las cuestiones asociadas a la SSR en Buenaventura es un esfuerzo por dar voz a aquellas poblaciones históricamente excluidas del debate público y de las razones de Estado. Lo es también, porque incluso en el funcionamiento del aparato estatal las relaciones de poder entre el centro y la periferia han sido desiguales, pues las poblaciones de territorios periféricos han cargado con el lastre de un funcionamiento diferenciado del poder y las instituciones estatales para con ellas (Gonzales et al., 2002). Esto se ha traducido en cuestiones como la menor asignación presupuestal y la falta de inversión social en dichos territorios (los periféricos), como respuesta a que las políticas de estado se han pensado y debatido siempre desde el centro hacia las periferias, contribuyendo a construir una relación de emisor (el centro del país) receptor (las periferias de Colombia). Cuestión que ha reforzado el imaginario de un Estado que representa e incluye a algunos, pero que segrega y desconoce las realidades y necesidades de otros. Una Nación que no incluye a todos los colombianos y que posibilita relaciones de poder desiguales donde asume como sujetos activos de derechos (ciudadanos) que pueden participar del debate público, pensar y verse representados en las políticas y decisiones del Estado central, especialmente a quienes habitan el centro y pertenecen a las élites, mientras que margina y propone como sujetos pasivos (ciudadanías incompletas) a mujeres, campesinos, poblaciones negras, indígenas de la periferia a quienes ni siquiera se les es dado ver sus voces e historias reflejadas en los debates y decisiones del Estado-Nación.

Las voces de territorios periféricos y racializados representan las voces de lo que Gramsci clasificó como clases subalternas (Coutinho, 2015). Sin embargo, las que se proponen potenciar en este artículo son voces que representan más de un locus narrativo. Son las voces de personas que tienen al menos dos categorías, subalternas en una relación de poder estatal desigual entre el centro y las periferias, porque son personas de territorios históricamente excluidos. Así mismo, son voces de "funcionarios" públicos, agentes del mismo aparato estatal. Es una lectura de lo que recientemente Soprano (2016) ha denominado burocracias subalternas. Burócratas subalternos precisamente, porque en la relación con el Estado central las periferias no tienen poder de decisión, además, porque en la escala jerárquica —propia de sus municipios— estas personas no son los tomadores de decisión. Y sin embargo, son una fuente gigante de información contextual por su trabajo en campo con la comunidad, su relación con el público.

La lectura burocrática surge de la preocupación académica por el funcionamiento del aparato estatal. En ese sentido, la antropología jurídica se ha instaurado en la academia como un campo que permite desentrañar las redes que se tejen en el interior del Estado. Es así, como la etnografía, una

de las principales técnicas de los antropólogos, viene jugando un papel cada vez más importante en el estudio del derecho administrativo, el estudio del Estado y su relación con sus asociados (las personas). Una de las posibilidades que ha permitido esta imbricación ha sido la visibilización de la cara humana del Estado. Las etnografías burocráticas han servido ante todo para demostrar que el Estado se trata de un constructo humano (Jaramillo y Buchely, 2019). Lo ha hecho, entonces, mostrando que el aparato estatal está formado por personas —burócratas— sometidas a normas, procesos y formas de trabajo, pero que también están cargadas de estereotipos e ideologías que, en muchas ocasiones, las reproducen en cumplimiento de sus funciones y deberes.

Estudiar el aparato estatal desde dentro posibilita una comprensión endógena de la relación Estado-sociedad, asunto que permite enriquecer el debate en torno a cuestiones como la eficacia de las medidas estatales. En este sentido, un gran aporte que han hecho los estudios de etnografías burocráticas es que permiten mostrar cómo la eficacia de las políticas públicas se relaciona con la impertinencia de sus diseños, pero que también radican en el desconocimiento de asuntos estructurales que atraviesan territorios disímiles y a las personas que habitando estos territorios deben, también, representar un Estado del que no se sienten parte. Las etnografías burocráticas muestran entonces las tensiones y dificultades que padecen los "funcionarios" públicos en el desarrollo de su labor. Así como sirve para mostrar los imaginarios, representaciones, prejuicios que cargan y reproducen en el uso de sus funciones. Esto ha permitido que las miradas sobre temas diversos en la relación Estado-sociedad tengan nuevas aristas de intervención y discusión.

En ese contexto académico se circunscribe este texto. Uno en donde se intenta visibilizar la situación de la salud sexual y reproductiva de las mujeres en Buenaventura. Una visibilización que pretende decirle algo al Estado central al ser una lectura desde sus propios "funcionarios", una lectura desde dentro del mismo aparato estatal. Proponiendo, entonces, las voces de los burócratas periféricos y subalternos del pacífico como espacios de enunciación legítimos, válidos y valiosos para el diseño de una política de salud sexual y reproductiva pertinente e integral.

4. ¿Cómo se construyó la etnografía?

El trabajo de campo en Buenaventura estuvo enmarcado fundamentalmente en dos formas de recolección de información. La primera, una entrevista semiestructurada que se realizó a funcionarios públicos de entidades relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos en el territorio. A saber, secretarías de Salud, de Educación y de las Mujeres. La segunda, se trata de anotaciones en un diario de campo que describen las interacciones con las y los funcionarios durante las visitas al territorio. Además, en el relato incorporaré referencias teóricas y empíricas (cifras) que permiten generar diálogos con asuntos contemporáneos y entender mejor el contexto e importancia de los hallazgos.

Una vez precisado lo anterior, debo hacer unas aclaraciones a modo de confesión sobre la orientación de este trabajo. Sobre todo, porque muestra las intencionalidades de los instrumentos y el quehacer etnográfico. Para esta investigación, me propuse construir una entrevista semiestructurada que se preguntara por las dificultades del Estado para garantizar de manera efectiva los derechos sexuales y reproductivos. Ello, en consonancia con la lectura de la bibliografía estudiada para este territorio y en relación con las elecciones personales. De tal modo que, quise el estado de la cuestión de SSR en Buenaventura, a partir de los datos recolectados por las y los funcionarios, pero también del trabajo que desarrollan día a día como parte de un entramado institucional complejo que atiende cuestiones precisas relacionadas con la materialización de los DSyR. De modo que eso nos pueda acercar a conocer la aplicación de las políticas nacionales en SSR, las principales problemáticas o focos de atención de este asunto, así como las acciones/innovaciones de las burocracias encargadas de esta temática en el territorio.

En ese sentido, el análisis de los datos recolectados en campo se concentró en dos aspectos importantes. En primer lugar, la categoría acción/pensamiento de los funcionarios públicos o burócratas. De este modo, se me hizo importante leer los pensamientos, juicios, competencias, estudios, preferencias, creencias, intenciones, acciones y omisiones de los funcionarios públicos de este municipio. Cuestión que es tremendamente importante para la implementación de las políticas públicas asociadas a la SSR. En segundo lugar, la categoría de descentralización territorial donde expongo las problemáticas y acciones específicas que ocurren a raíz de la particularidad territorial del Distrito.

²La palabra "funcionarios" va entrecomillada para denotar una discusión que será importante posteriormente, respecto del estatus legal de estos servidores públicos.

4.1. Etnografiar las burocracias subalternas: Nuevas lecturas de la situación de SSR en Buenaventura

La etnografía es ante todo una herramienta comunicativa, un enfoque empleado con frecuencia por la Antropología, que le permite a las y los investigadores insertarse en las comunidades que hacen parte de sus apuestas de estudio, recolectar información y, posteriormente, comunicarlas a la comunidad científica y a las poblaciones donde realizaron su labor. Y sirve como herramienta comunicativa, porque el quehacer etnográfico implica al menos dos cosas: primero, una lectura contextual de los territorios, para poder comprenderlos y moverse en ellos y, en segundo lugar, un entendimiento horizontal entre quien investiga y quien es investigado.

Esta investigación de corte etnográfico nace en un contexto particular. Surge a partir de la reflexión que se dió dentro del Observatorio para la Equidad de las Mujeres (OEM, en adelante) sobre las desigualdades estructurales que sufren las mujeres en el pacífico colombiano. Una región que se caracteriza por una densidad poblacional baja y una alta ruralidad —como la forma esencial de su geografía—. Cuestión que aunado a la importante riqueza en términos de biodiversidad (caracterizada por la presencia del océano Pacífico en sus costas e innumerables ríos que hacen de la pesca y la agricultura las actividades más importantes de su economía) refleja su principal característica: aislamiento geográfico-social. Lo que se observa en la dificultad para el acceso a ella (Romero, 2009). Al mismo tiempo, la región pacífica es según el DANE una de las regiones del país que tienen un Índice de Pobreza Multidimensional (IPM) por encima del promedio nacional, dato que para el 2020 fue del 30,9% (Alegría, 2022, página 3)

Otra cuestión que fue importante para el desarrollo de estas reflexiones tiene que ver con que el OEM ha realizado desde 2019 una encuesta anual para producir indicadores relacionados con la autonomía de las mujeres en los municipios de Yumbo, Cali, Palmira y Buenaventura. La medición de 2019 mostró que algunos de sus resultados, en especial aquellos relacionados con la Salud Sexual y Reproductiva de las mujeres de Buenaventura, distaban de las estadísticas nacionales al respecto. Además, en 2020 y 2021 el OEM realizó dos mediciones sobre la vida de las mujeres y trabajo cualitativo acerca de los Derechos Sexuales y Reproductivos en Guapi. En un análisis de los datos encontrados en ambas mediciones (Buenaventura 2019 y Guapi 2020) el equipo OEM consideró necesario crear un énfasis de observación y análisis crítico de la situación de Salud Sexual y Reproductiva de las mujeres del pacífico.

En el marco de esta profundización sobre SSR en el pacífico colombiano nace el proyecto de caracterización de la SSR de las mujeres en Buenaventura y Guapi. En el desarrollo de este proyecto surge la práctica etnográfica de este escrito. Un ejercicio que se da en Buenaventura, que es una ciudad-puerto del pacífico colombiano, el puerto más importante de Colombia, porque a través de él se mueve alrededor del 60% de la mercancía del país. Una ciudad, además, empobrecida y con niveles de insatisfacción de servicios básicos altísimos. Un lugar caliente tanto a nivel climático como en términos de violencia, porque este territorio —así como otros de la región— se ha visto atravesado por el conflicto armado y otros ejercicios de violencia armada. Un lugar que además combina el calor con la humedad provista por el mar y por pertenecer al pacífico biogeográfico. Un territorio donde el calor humedece el cuerpo, pero donde la lluvia también está siempre presente... Una lluvia que no enfría ni el clima ni los niveles de violencia.

En este bello puerto desarrollamos la investigación. Un puerto del cual me siento parte, en el que viví parte de mi infancia y adolescencia. Y en ese lugar, la preocupación principal que me abordaba era ¿cómo hacer una lectura sobre la SSR de las mujeres? En ese entonces me decidí por una apuesta un poco más ortodoxa, si así pudiéramos llamar a la lectura institucional. Quería verificar el accionar de las instituciones y entidades del orden territorial que se relacionaban con el cumplimiento de los DSyR. En ese sentido, me propuse acercarme a la Secretaría de las Mujeres, Secretaría de Salud, a la red hospitalaria distrital y a la Secretaría de Educación. La escogencia de estos actores institucionales obedeció a una lectura previa tanto de la normatividad y políticas públicas sobre SSR como a la literatura al respecto.

Mi decisión, también, pasó por una apuesta que se relacionaba con las posibilidades de mi empleo en el Observatorio, ya que en ese momento me desarrollaba —en paralelo— como investigador y enlace de incidencia política con la administración de Buenaventura. Esa coincidencia me permitió acceder de manera más fácil a las burócratas del distrito que atendían cuestiones relacionadas con la SSR. De tal modo que pude, a través de entrevistas, conversaciones presenciales y reuniones virtuales, acercarme a la comprensión de las funcionalidades que desempeñaba cada una con respecto

a cuestiones como la SSR y los DSyR, pero también, a los datos oficiales y sus lecturas sobre las problemáticas actuales sobre la materia, que agobian a las mujeres en el distrito.

La presentación de este artículo plantea algunos asuntos percibidos como urgentes en términos de SSR para el distrito, integrando una discusión conceptual del autor con referencias "viñetas etnográficas" transcritas de entrevistas o anotaciones del diario de campo. De modo, que se pueda explicitar la voz de las "funcionarias" públicas y ubicar a través de sus relatos y lecturas del panorama institucional y social sobre la SSR en Buenaventura, una suerte de categorías de análisis que permitan encontrar resonancias en diálogos académicos e institucionales sobre estas problemáticas.

4.2. Entidades del ecosistema de SSR en Buenaventura

El calor es solo uno de los factores endógenos que atraviesa el cuerpo cuando se visita Buenaventura. La humedad que recorre el cuerpo es sólo expresión de la magnitud del calor que se siente en el puerto, la calentura.

Otra de las sensaciones que traspasan nuestras corporalidades tiene que ver con el miedo. Un miedo fundado en los innumerables reportajes periodísticos sobre la violencia en la ciudad.

Y para mi caso particular en los recuerdos sobre las situaciones de violencia que atravesé cuando viví en este lugar. Y aunque —ciertamente— acudir a las oficinas de la institucionalidad, ubicadas en lo que se puede denominar la "zona neutral" del distrito —el centro— provocaba el apaciguamiento de esta sensación, lo cierto es que había un factor que provocó siempre ansiedad en las visitas a estas entidades: la separación física entre las dependencias que se relacionan con asuntos de la SSR en la ciudad. Ello era así, pues contrario a lo que uno pensaría, solo la Secretaría de Educación tiene ubicada su oficina en el Centro Administrativo Distrital (CAD). Las Secretarías de la Mujer y de Salud funcionan en otras edificaciones del mismo sector, de manera distante entre sí. Y ni para qué hablar del caso de la referente del programa de Salud Sexual y Reproductiva que tiene ubicada su oficina en el segundo puesto de salud más grande de la ciudad, casi al otro extremo de la ciudad y de donde está ubicado el CAD. Este hecho, de la distancia física entre las dependencias de la administración municipal me llamó siempre la atención. Pero, sobre este hecho quisiera que volviéramos más adelante.

4.3. Acceso a servicios de SSR.

"Las personas no vienen ni preguntan por los servicios de Salud Sexual y Reproductiva" era una de las cosas que más frecuentemente escuché de las funcionarias de Buenaventura. "No acceden" era la respuesta cada vez que les interrogaba por la cobertura de estos servicios en la ciudad. Esto me lo decían todas, tanto Angela, Gimena y Yurany, que eran de la Secretaría de la Mujer, así como Pilar y Amanda que pertenecen a la Secretaría de Salud de este municipio. Incluso Laura de la Secretaría de Educación y Dionicia quien trabaja en el área de SSR del hospital que funciona en el territorio, llegaban a la misma conclusión. Dionicia, por ejemplo, piensa que el desconocimiento de los derechos y servicios en salud sexual y reproductiva es un problema para que se puedan garantizar los mismos en el municipio, porque según ella:

a pesar que (desde el hospital) hemos impulsado, o hemos tratado de informar, sigue siendo complejo. Las personas no acceden a los servicios. O sea, planificación es un programa que hemos intentado que surja, no ha sido tan fácil darle conocimiento. A pesar de que las personas sepan de sus derechos, que tienen derechos a planificar, que tiene derechos a no quedar embarazadas, a decidir no quedar embarazadas, o sea, hay muchas cosas que hemos querido, pero igual el desconocimiento, la parte de la renuencia a aceptar los servicios de salud ha sido bastante complejo (Dionicia, Funcionaria pública de Buenaventura, 2022)

Para ella, la barrera de acceso es también más fuerte en la ruralidad, y siempre lo hizo saber de manera explícita, Dionicia considera que:

en la parte rural, si es un poco más complejo. Porque nosotros, en las zonas rurales tenemos puestos de salud. O sea que la atención es por un tiempo determinado, de 7 de la mañana a 5 de la tarde, o sea un horario normal. En cambio, acá si es extendido, acá es todo el día 24/7 atención. Entonces esas pacientes rurales, por desgracia les toca venir hasta acá Buenaventura porque no tenemos opción, en algunas ocasiones, las EPS si facilitan el traslado de sus pacientes, si es un paciente que tiene algún problema relacionado con el embarazo, o cualquier cosa, ellos se encargan de la movilización. Eso sí es complicado, es complejo, complejo. Muchas incluso prefieren tener al bebé en la zona rural porque no tienen el dinero para desplazarse. Eso sí es muy complejo (Dionicia, Funcionaria pública de Buenaventura, 2022)

Ella, como parte del equipo que atiende las cuestiones asociadas a la SSR en la red hospitalaria de la ESE (Empresa Social del Estado) del distrito, cree que hay una cuestión cultural que impide el acceso a estos servicios en las zonas rurales. A quienes "viven en sitios rurales dispersos, (señala Dionicia) no les gusta o simplemente deciden no asistir". Sin embargo, la cuestión, como ella lo reconoce, está más asociada a las posibilidades materiales de acceso, y es que "por lo general es más por la parte geográfica, por la ubicación en la que se encuentran, que no acceden". Este asunto es fundamental para autores como Quiceno (2015) que exponen que las barreras de acceso material deben ser comprendidas de manera diferencial, puesto que para las personas que habitan la ruralidad existen mayores limitantes a la hora de movilizarse. De modo que las afirmaciones de estas funcionarias vuelven sobre un asunto que hemos enunciado desde el inicio: la imposibilidad del acceso tiene que ver con la ausencia de garantías del Estado para que las personas puedan tener las condiciones materiales para acceder a los servicios de SSR. La pregunta que podemos hacernos entonces es ¿cómo acercar los servicios a las personas que habitan la ruralidad o cómo acercamos a las personas que habitan la ruralidad a los servicios?

4.4. Partería: incorporación institucional de la tradición

La literatura sobre SSR posiciona la partería como una práctica tradicional de gran importancia en el pacífico colombiano. Para el caso de Buenaventura, todos los estudios asociados a SSR tratan de una u otra forma el asunto de los partos vía parteras y la medicina tradicional. Respecto de este tema pudimos ver en la investigación que el ecosistema institucional tiene mecanismos de convergencia con las parteras y su asociación: Asociación de Parteras Unidas del Pacífico (ASOPARUPA). De tal suerte que como lo dice Pilar, quien trabaja en la Secretaría de Salud, se van a: "articular Profamilia, las parteras, la Secretaría de la Mujer (...) para el beneficio (...) de la comunidad, para la planificación familiar y los derechos de la mujer".

Dionicia, por ejemplo, nos hablaba todo el tiempo sobre la admiración que sentía por las parteras. Nos decía que:

las parteras tienen una educación genial... ellas han estado muy involucradas (en la idea) de seguirse formando. Incluso Valle del Lili, estuvo acá en diciembre del año pasado. Estuvieron acá e hicieron asesorías, vino a dar capacitaciones a las partes que tiene que ver con las organizaciones que están acá articulados. Y la verdad, ellas están bastantes capacitadas (...) ellas no se quedan con pacientes que saben que se les van a complicar, casi siempre las remiten, en algunas ocasiones (Dionicia, Funcionaria pública de Buenaventura, 2022)

Ella misma nos comentaba una de las formas en las que el hospital distrital incorporaba el saber tradicional de las parteras a sus prácticas hospitalarias de modo que para el caso de Buenaventura existe:

un comité, que es el comité de maternidad segura, se llama maternidad ancestral segura el comité y nos hemos intentado integrar. Sino que no es como tan sencillo, muchas de ellas no son de acá de Buenaventura, entonces no es que sea algo tan fácil de hacer, pero lo hemos intentado, hemos intentado vincular. Como les digo, la zona rural, Buenaventura es un lugar demasiado amplio, extenso, y el rural disperso es grande, ahí hay caseríos muy pequeños que están demasiados retirados, entonces, siempre es complicadito (Dionicia, Funcionaria pública de Buenaventura, 2022)

La articulación con las parteras es lo que yo llamo una innovación muy particular del ecosistema de SSR en Buenaventura. Ya las feministas negras han hecho hincapié en que las apuestas por las mujeres y para las mujeres deben ser contextualizadas (Lozano, 2016). Y precisamente que se incorporen a las parteras quienes son las portadoras de una larga tradición asociada al momento del parto en el pacífico colombiano también responde a una lectura clave hecha por la administración municipal sobre la necesidad de incorporar dicha práctica cultural a las prácticas institucionales médicas.

4.5. La población migrante Venezolana: nuevos actores, nuevos desafíos

Buenaventura siempre ha sido un lugar en el que ha confluído mucha población migrante, sobre todo de otras zonas del pacífico. Según el Servicio Jesuita para Refugiados, en 2019 había en Buenaventura 1.572 migrantes venezolanos con vocación de permanencia. Ello ha traído consigo una serie de desafíos y situaciones nuevas a las que han tenido que hacer frente las instituciones estatales del distrito. En términos de acceso a servicios de SSR Dionicia nos menciona que "lo único que no le

ofrecemos es los medicamentos ambulatorios, que eso sí ya corre por cuenta de ellos". Sin embargo, asuntos como la consulta externa si son cubiertos. Así mismo, nos menciona que si se trata de "un paciente que esté hospitalizado y le van a hacer una transfusión, eso sí lo cubrimos nosotros". Ahora bien, esto ha implicado variaciones en las formas en que quienes les atienden deben reportar esta atención, pues como bien lo dice ella "eso lo garantiza la Secretaría de Salud". Un caso usual es que ingresa una gestante por decirlo así, nosotros automáticamente mandamos la información a la Secretaría de Salud, o incluso la misma paciente, ya los pacientes conocen, van a la Secretaría de Salud y traen ese servicio de una vez. Lo único es que deben tener el permiso, porque sin el permiso no se les garantiza, porque independiente de que sea un hospital, hay unos recursos que igual se mueven.

Entonces si lo único es que tenemos que enviar ese permiso a veces, cuando ellas llegan dicen que ya fueron a la Secretaría de Salud me dieron esto y dicen todos los servicios que tengo, que me pueden garantizar" (Dionicia, Funcionaria pública de Buenaventura, 2022)

Ahora bien, sobre la forma en que deben articularse las entidades prestadoras Gimena —quien trabajó en la Secretaría de Salud— cree que el asunto es complejo, pues

El Ministerio emitió una circular en donde dice que todos los derechos sexuales y reproductivos deben cubrirse a la población migrante, a las mujeres, niños y niñas. Entonces les toca, toca ver cómo lo hace, pero para lo inicial no hay barrera... en el sentido administrativo". Sin embargo, ella misma cree que con respecto al personal que trabaja en el hospital "posiblemente si pueda haber barreras sí, pero era por ese desconocimiento, por la (falta de) apropiación de lo que están haciendo, incluso el que factura (tiene) que proveer de información" (Gimena, Funcionaria pública de Buenaventura, 2022)

Sin embargo, Gimena señala que hay una práctica que le preocupa y es que, por regla general, dichas entidades se articulan a través de funcionarios y funcionarias con voluntad de hacer cumplir los derechos. En ese sentido, nos señalaba que en casos donde tenían que llamar a la Secretaría de Salud la llamaban a ella y que eso es preocupante toda vez que "la cosa ya se está trasladando al funcionario, y no a la entidad. La entidad debe funcionar sola, porque en el momento en el que no esté el funcionario, la cosa se complica. Y eso sí me genera temor".

Sobre eso, Gimena nos muestra una situación típica es la que le ocurrió apenas hace unos días. Nos dice que

se está solicitando una consulta para una usuaria, ¿cuántas personas hemos tenido que ver? Cinco personas para una consulta, o sea, cinco personas haciendo gestión para una consulta. Eso me parece nefasto, pero si uno le dice a la gente venga, es que administrativamente... o sea, penalmente está incurriendo en un peculado, pero administrativamente no está haciendo lo que le toca que hacer; contractualmente uno deja de hacer lo que le toca que hacer. Entonces esas cosas no son agradables, porque fuera de eso, usted está mal utilizando el tiempo del funcionario. Entonces la cosa es así, que hay cosas buenas, claro que sí, porque también hay funcionarios buenos, pero la carga es bastante (Gimena, Funcionaria pública de Buenaventura, 2022)

Lo que muestran las funcionarias aquí es importante, porque permite ver que no es claro —incluso para quienes hacen parte del Estado— cómo resolver las problemáticas de la incursión de este nuevo actor (migrantes) en contextos ya tan precarizados para las mujeres como lo son los municipios del Pacífico. Ello permite preguntarse cómo está siendo la vida de las mujeres migrantes en Buenaventura y plantear la necesidad de ahondar en investigaciones que nos muestren lo que con ellas está sucediendo.

5. Cuestiones institucionales

Creo haber mencionado lo curioso que me parecía que las dependencias asociadas a la SSR en Buenaventura estuvieran (i) por fuera del edificio que es reconocido como el espacio de la administración municipal y, sobre todo, (ii) que estuvieran a la vez tan distantes del CAD y entre ellas. Sin embargo, las visitas al territorio y las conversaciones con estas funcionarias me sirvieron para pensar que las distancias entre estas dependencias y el CAD no era solo una distancia física. Era también una distancia simbólica que representa cómo incluso en territorios donde el Estado está presente de forma diferenciada, es diferenciada la relevancia de algunos asuntos. Y pareciera ser que la SSR no es tan importante para la institucionalidad de este territorio. Y definiendo que parece no serlo, porque las prácticas asociadas a la misma dicen mucho, en ese sentido, las formas en las que funciona el ecosis-

tema estatal asociado a la SSR deja entrever el nivel de importancia que tiene esa cuestión. Una de las prácticas que se pudo constatar sobre el ecosistema de la SSR en Buenaventura es la informalidad de sus funcionarias. Muchas de las llamadas "funcionarias públicas" con quienes interactué para esta investigación son realmente servidoras públicas no —al menos— en términos legales.

Lo anterior tiene que ver con que el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia postula que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios" (énfasis agregado). Frente a eso el Departamento Administrativo de la Función Pública en 2016 por medio del concepto expresó que la palabra servidor público tiene el siguiente alcance: "aquella persona natural que mediante la relación trabajo y bajo la continuada dependencia y subordinación ejerce funciones públicas en forma permanente o temporal a una entidad estatal, atribuidas al cargo o la relación laboral" (énfasis agregado). Y es que bajo los preceptos de la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 los contratos de prestación de servicios en ningún caso de relación laboral ni prestaciones sociales. Por lo tanto, los prestadores de servicios no son servidores públicos.

Eso es importante, porque en nuestra investigación encontramos que existen muchas cuestiones preocupantes respecto a la calidad de servidores públicos y la estabilidad de estas funcionarias. Algunos asuntos de carácter laboral tienen que ver con que estas funcionarias —en su mayoría— cuentan con contratos precarizados que crean condiciones de incertidumbre frente a la continuidad de sus empleos pero que también genera una posible alta rotación en los cargos. Esa posibilidad de alta rotación preocupa porque como ya lo hemos expuesto, muchos de los procesos de atención a la SSR están anclados a las funcionarias y no tanto a la entidad.

Algunos casos que ejemplifican esto son, por ejemplo, el de Dionicia quien nos refería que a pesar de contar con un contrato término fijo "por el momento, es un año, o sea, igual con posibilidad de renovación, pero igual eso ya lo determinará la institución". El caso de Laura, quien es una ficha clave de la Secretaría de Educación, es también preocupante, puesto que aunque ella relata estar nombrada en provisionalidad desde el año 2013, los nombramientos en provisionalidad no tienen estabilidad laboral, pues su cargo está sujeto a salir en concurso en cualquier momento y quién gane el concurso tiene el derecho absoluto sobre el mismo.

Ahora bien, en las Secretarías de Salud y de la Mujer la situación es más crítica. Según nos comentaba Amanda "la secretaria de la salud tiene más de 120 funcionarios y solamente están nombrados casi 20. O sea, hay otras debilidades. Pero entonces usted necesita esta planta de cargos, estos perfiles... ¿cierto?". El resto del personal se encuentra contratado por prestación de servicios o por contrato laboral. La Secretaría de las Mujeres está aún peor, pues todo su personal está contratado por prestación de servicios. Un contrato que representa la inestabilidad laboral en Colombia. Este asunto no es nuevo para las instituciones que trabajan asunto de género. En Colombia estudios como el de Londoño (2006) muestran que las dependencias de género son en general las más precarizadas. Una precarización que puede ser incluso más nociva cuando se realiza en territorios marginados y excluidos como lo ha sido Buenaventura.

6. Problemas presupuestales

Sumado a todo lo anterior, las funcionarias expresaban que otro problema que les afecta en la ejecución de sus labores tiene que ver con cambios presupuestales. Amanda, por ejemplo, muestra que el Censo DANE, que invisibilizó a más de un millón de afrocolombianos es la base con la que se reparten los recursos para salud en los municipios. En ese sentido, a Buenaventura le han reducido los fondos asociados a esta cartera desde el año 2022. Asunto que les dificulta poder avanzar en el logro de objetivos asociados a las políticas de SSR.

En el caso de la Secretaría de las Mujeres, Gimena nos dice que la Secretaría de las Mujeres en los cuatro años tiene un presupuesto de \$5,400 o \$5,600, estamos hablando de mil y algo por año, y entre el 50% y el 60% de esos recursos se invierten en el lugar de paso para las mujeres. O sea que nosotros jugamos cada año con el presupuesto para realizar otras acciones (Gimena, Funcionaria pública de Buenaventura, 2022)

Sobre eso, Yurany nos comentaba que a la Secretaría sólo le quedaba un 40% para ejecutar en contratación de personal y para operar. En ese sentido nos dice Yurany que "usted contrata profesional, pero no tiene plata. ¿Cómo llevaría hacer las actividades, ejecutarlas, prestar servicio, garantizar derechos?" Ello les ha obligado a contratar profesionales que como ellas

lo dicen "resuelven", pero eso genera una sobrecarga en los profesionales. Gimena cuenta que en esa dinámica muchas de ellas "se vuelven la cabeza un ocho para conseguir plata". En ese sentido, invertir en buena planta de personal, en buen talento humano no resuelve el asunto, porque "el profesional no funciona únicamente desde lo intelectual, sino que atiende también asuntos de asistencia y apoyo social. Porque en últimas esta Secretaría no se dedica únicamente a generar conocimiento, sino a la parte asistencial" Nos dice Yurany.

Dichas afirmaciones nos permiten seguir con la discusión respecto a la precarización de las agencias, entidades, instituciones encargadas de los asuntos de mujer o de género. Y plantear lo peligroso que es —cuando se requieren hacer cambios profundos ante asuntos de tanto talante como los de género— contar con tan escasos recursos para generar condiciones de igualdad en la administración misma. En esto hay que llamar la atención sobre esto, toda vez que estas dinámicas de funcionamiento del Estado precariza a mujeres racializadas y periféricas que con todo y eso —sus condiciones de desigualdad y precarización— intentan a diario generar impactos e innovaciones en los planes y programas de SSR del distrito.

7. Conclusiones

Es cierto que la forma en la que funciona la SSR en territorios racializados como Buenaventura es diferenciada. Esto nos lo mostraron las funcionarias públicas con quienes se construyó esta investigación. Unas funcionarias comprometidas con alcanzar los objetivos de las políticas públicas al respecto, por garantizar los derechos de las personas a la salud y la salud sexual y reproductiva en sus territorios. Mismas que como pudimos constatar tienen que enfrentarse a nuevos retos como la articulación de la población migrante a la prestación de servicios de SSR en el territorio. Que gestionan innovaciones en la materia como la inclusión de la medicina tradicional en los espacios institucionales de prestación de servicios de salud. Funcionarias con unas fuertes preocupaciones sobre el acceso en zonas urbanas pero sobre todo rurales a estos programas y proyectos, que además intentan movilizar lo que más pueden la sensibilización sobre la SSR. Mujeres sobre las que recaen personalmente las expectativas de la población y otros funcionarios sobre la temática, pero que están sometidas a condiciones presupuestales y de incertidumbre laboral que pone en jaque sus posibilidades de actuación.

La voz de estas funcionarias nos ha mostrado asuntos que son muy importantes para pensar los ecosistemas estatales asociados a la SSR en territorios históricamente excluidos. Nos muestran los rezagos de esta exclusión sistemática que sigue teniendo impactos al menos en las disponibilidades presupuestales que poseen estos territorios para llevar a cabo apuestas de transformación de las condiciones de vida de sus poblaciones. Un rezago que se expresa también en la precariedad de los servicios, así como en la misma precarización de las funcionarias del Estado. Un asunto de presencia diferenciada que sigue siendo una continuidad y produce en el día a día de estas funcionarias la sensación de no poder hacer mucho. Las voces de estas mujeres son entonces un llamado urgente al Estado central a pensar la forma en que se diseñan las políticas públicas asociadas a la SSR, pero también la forma en la que se relaciona con los territorios periféricos y racializados. Es una invitación a potenciar las transformaciones profundas que requieren estas comunidades a través del refuerzo mismo de la presencia del Estado, generando —por ejemplo— estabilidad laboral en sus funcionarias y funcionarios. Un asunto que sería vital, pues como lo pudimos ver muchos de los procesos están anclados en las burocracias y no en el Estado mismo.

Las voces de estas mujeres presentan también un llamado al Estado y la sociedad para volcar los ojos a la ruralidad. Una ruralidad que tiene unas condiciones materiales de acceso a servicios de salud que son complejas. Mismas que por estos motivos se han visto desprovistas del derecho a la salud, que siguen estando por fuera de los niveles de atención en salud. Las voces de estas mujeres sirven también para pensar formas posibles y diversas de llevar a cabo esta atención a las poblaciones rurales, un primer camino podría encontrarse en el reconocimiento e

Referencias

- Aguirre Barrios, C. (2022). Mujeres, fecundidad y pobreza: una mirada crítica a las políticas de salud sexual y reproductiva en Colombia.
- Amaya Alba, D. R., Aponto, A. F., Argüello García, P. M., Baquero Melo, J., Cabrera Becerra, G., Cano Molina, P. A., ... & Venegas, C. (2021). Colombia desde las regiones. Editorial Universidad del Rosario.
- Aponte Pinzon, L. M., & Monroy De Dios, R. H. (2008). Diagnóstico de las tendencias y motivaciones de los niños, niñas, adolescentes y docentes del Colegio Minuto de Dios con respecto al proyecto de educación sexual, en el segundo semestre del año 2008.
- Blanco Zuñiga, A., & Arrieta Palis, J. (2019). Presencia diferenciada del Estado: El necropoder y las FARC Colombia. *Justicia*, 24(36), 59-69.
- Borrero, M. C. M. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN COLOMBIA, 1992-2006. INVESTIGACIÓN EN SALUD COLECTIVA.
- Cancino Barreto, J. S. (2020). Biopolítica, corporalidades y sexualidad: un estudio del VIH y el embarazo adolescente en los programas de salud sexual y reproductiva del Estado colombiano (2003-2018).
- Carvajal Barona, R., Valencia Oliveros, H. L., & Rodríguez Amaya, R. M. (2017). Factores asociados al embarazo en adolescentes de 13 a 19 años en el municipio de Buenaventura, Colombia. *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud*, 49(2), 290-300.
- Coutinho, C. N. (2015). De Rousseau a Gramsci: ensaios de teoria política. Boitempo Editorial.
- COUTINHO, CARLOS NELSON, (1999), Gramsci. Un estudo sobre seu pensamento político, Civilizacao brasileira, Rio de Janeiro.
- Giraldo, J. (2015). Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos. *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, 1-47.
- González, F., Bolívar, I., & Vázquez, T. (2002). Violencia política en Colombia: de la nación fragmentada a la construcción del Estado.
- Gutiérrez, F. (2015). ¿Una historia simple? Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia, 498-540.
- Hurtado Galeano, D. P. (2015). María Emma Wills. Los tres nudos de la guerra colombiana: un campesinado sin representación política, una polarización social en el marco de una institucionalidad fracturada y unas articulaciones perversas entre regiones y centro.
- Jaramillo Sierra, I. C., & Buchely Ibarra, L. (2019). Etnografías burocráticas: Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia. Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes.
- Londoño, M. C. (2006). El desafío de la equidad de género en Colombia y la estrategia del Mainstreaming. *La manzana de la discordia*, 1(2), 79-89.
- Lozano, B. R. (2016). Feminismo Negro-Afrocolombiano: ancestral, insurgente y cimarrón. Un feminismo en-lugar. *Intersticios de la política y la cultura. Intervenciones Latinoamericanas*, 5(9), 23-48.
- Martínez Basallo, S. P. (2013). Hacia una etnografía del Estado: reflexiones a partir del proceso de titulación colectiva a las comunidades negras del Pacífico colombiano. *Universitas humanística*, (75), 157-187.
- Martínez Tovar, J. A., Pomares, D., Sierra, M., & Martínez, M. G. (2021). RACISMO Y SEGREGACIÓN EN COLOMBIA: SALUD, EDUCACIÓN Y TRABAJO EN LA POBLACIÓN AFRODESCENDIENTE DEL PACÍFICO. *Trans-Pasando Fronteras*, (16).
- Melo, M. E. I. (2021). LA INTERVENCIÓN SOCIAL EN BUENAVENTURA. UNA LÍNEA DE BASE. *La intervención social en Buenaventura. Aprendizajes y retos*, 45.
- Morales-Borrero, M. C. (2010). Lo político de las políticas de salud sexual y reproductiva para jóvenes en Colombia. *Gerencia y Políticas de Salud*, 9(19).

- Mosquera Cetre, G. S., & López Bermúdez, A. A. (2020). Entre el estado y la frontera: aportes para una historia regional del Chocó (1890-1947).
- Muñoz Cortes, J. P. *Déjame Parir en Paz: Análisis (Auto) Etnográfico del Movimiento Nacional por la Salud Sexual y Reproductiva¿ Las Bien Paridas¿.*
- Murillo Moreno, A. M. (2015). Sexualidad de papel y cinta: revisión de la política pública de salud sexual y reproductiva caso Colombia (2003), documento de trabajo caso Bogotá (2004-2007) y el Conpes 147 (2012).
- Noguera Vargas, C. (2012-10-19.). *Imágenes de la mujer en la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva de Colombia, 2003 – 2006.*
- Pacheco-Sánchez, C. I., Rincón-Suárez, L. J., Elías Guevara, E., Latorre-Santos, C., Enríquez-Guerrero, C., & Nieto-Olivar, J. M. (2007). Significaciones de la sexualidad y salud reproductiva en adolescentes de Bogotá. *Salud pública de México*, 49(1), 45-51.
- Quiceno, J. L. P. (2010). Las transformaciones del significado y la vivencia de la maternidad, en mujeres negras, indígenas y mestizas del suroccidente colombiano. *Sociedad y economía*, (18), 59-84.
- Quintero Murillo, E y Valencia Poveda, L. (2014.). Percepciones acerca de la sexualidad construidas por jóvenes de la Universidad del Valle, Sede Pacífico, Distrito de Buenaventura, en el año 2012. Universidad del Valle.
- Soto Mora, B. (2016). Análisis cualitativo de las muertes maternas en Buenaventura 2010 - 2012 con enfoque de determinantes sociales y equidad.
- Tejedor Medina, R. A., & Rodríguez Zubiria, K. Y. (2019). Protección del menor en estado de gravidez en situación de escolaridad y sus efectos en la deserción estudiantil.
- Tovar Tovar, P. A. (2019). Un día en la vida cotidiana de las y los jóvenes en Belalcázar, Guapi y Silvia Cauca. *Revista Científica Sabia*, 5(1). pp. 20-32. Doi: <https://doi.org/10.47366/sabia.v5n1a2>
- Vergara Figueroa, A. (2014). CORPOS E TERRITÓRIOS ESVAZIADOS: O QUE É PARADIGMA DA DIFERENÇA? COMO NÓS PENSAMOS NA DIFERENÇA?. *CS*, (13), 339-359.
- Viveros Vigoya, M., Pedraza Gómez, Z., Tovar Rojas, P., Gil, F., Brigeiro, M., Castellanos, G., ... & Martínez, M. (2006). Saberes, culturas y derechos sexuales en Colombia. Centro de Estudios Sociales (CES).

As concepções de autonomia das mulheres em situação de violência doméstica construídas pela ADI 4.424/DF e o dilema de agência*

Autora

Aline Herscovici**

Cómo citar este artículo

Herscovici, Aline (2023). As concepções de autonomia das mulheres em situação de violência doméstica construídas pela ADI 4.424/DF e o dilema de agência, REV. IGAL, II (1), p. 21-39.

*O artigo se trata de uma adaptação de meu trabalho de conclusão de curso de graduação, apresentado à FGV Direito SP para obtenção do título de Bacharela em Direito na data de 13 de maio de 2019, e orientado pelas professoras Catarina Helena Cortada Barbieri e Maria Cecília de Araújo Asperti.021. Agradeço à interlocução atenta e cuidadosa da equipe editorial e de pareceristas da revista IGAL, bem como aos valiosos comentários das minhas colegas Luciana de Oliveira Ramos e Clarissa Piterman Gross, que muito contribuíram para o refinamento deste artigo.

**Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, com apoio da Bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa (FGV) e da Bolsa-taxa PROSUP (CAPES). Bacharela em Direito (2019) pela mesma instituição, com apoio da Bolsa Mérito Sr. Luiz Simões Lopes e da Bolsa de Estudos da Presidência (FGV). Atualmente trabalha como assistente da Coordenadoria do Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

RESUMO

O artigo investiga a concepção de autonomia impressa na fundamentação da ADI 4.424/DF, em que o Supremo Tribunal Federal brasileiro estabeleceu a natureza incondicionada da ação penal pública relativa a crimes de lesão corporal cometidos contra mulheres em ambiente doméstico/familiar. Através da tese do duplo eixo (classificação proposta pela filósofa feminista Diana Meyers para teorias de autonomia relacional), auxiliada por técnicas da análise de discurso, identificou-se que tanto a corrente vencedora, quanto o voto divergente empregaram concepções de autonomia semelhantes: ambas saturadas de valor (uma prescrevendo denúncia como conduta autônoma, a outra retratação/não-apresentação da denúncia) e utilizando valores constitutivos comuns (como racionalidade e dignidade). Por não se desvencilharem do conceito liberal-tradicional de autonomia, mostraram-se insuficientes para enfrentar o dilema de agência em jogo.

PALAVRAS-CHAVE:

AUTONOMIA. TEORIAS FEMINISTAS. STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

ABSTRACT

This article analyzes the conception of autonomy present in the reasoning of the Brazilian Federal Supreme Court appellate decision in the Direct Action of Unconstitutionality 4.424/Federal District, which established the legal nature of the criminal prosecution for cases of bodily injury committed against women in context of domestic violence. The analysis was conducted through the double axis thesis (a classification of relational autonomy theories, proposed by feminist liberal philosopher Diana Meyers), along with discourse analysis techniques, and showed that both the majority and the dissenting opinion used value-saturated conceptions of autonomy (one prescribing the filing of a criminal complaint as the autonomous choice, and the other prescribing the opposite—the not filing or its revocation) and constitutive values in common (such as rationality and dignity). Because they remained attached to the traditional-liberal conception of autonomy, they fell short to answer the agency dilemma in question.

KEYWORDS:

AUTONOMY. FEMINIST THEORY. BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT. DOMESTIC VIOLENCE.

1. Introdução

Teorias feministas discutem há tempo o conceito de autonomia e o dilema que sua forma tradicional de ser concebido impõe às mulheres e outros grupos subordinados. Denunciam o conceito liberal-tradicional de autonomia como masculinista, atomístico e racionalista (Mackenzie & Stoljar, 2000; Stoljar, 2015; Veltman & Piper, 2014; Meyers, 2004). Isso porque trabalharia com uma noção de sujeito que se constituiria fora das interações e estruturas sociais, exigindo que sua autodefinição (i.e. os valores e atributos que considera ter e objetivos que deseja atingir) e autodireção (i.e. sua concepção de bem e como implementá-la) (Abrams, 1999) sejam formadas livres de quaisquer influências externas de relações interpessoais e de dificuldades estruturais (Schneider, 1993; Abrams, 1995). O sujeito autônomo seria formado e atuaria quase que no vácuo – daí o atomismo. Sua identidade e preferências seriam coesas, constantes e transparentes, insuladas de distorções sociais e histórico-culturais. Independente, seria autossuficiente e prezaria somente por seus próprios interesses – salientando biografias masculinas de um sujeito que abandona a família para perseguir algum objetivo. Além da existência socialmente descontextualizada, o sujeito atuaria livre de emoções, sendo estrita e abstratamente racional (Stoljar, 2015; Nussbaum, 1999; Meyers, 2004). Tal conceito estaria, pois, ligado a noções libertárias¹ de que liberdade é estar livre de interferências coercitivas; utilitaristas econômicas de homo economicus – independente, "malandro", com preferências dadas –; Rawlsianas de posição original do sujeito, prévia a quaisquer relações; e Kantianas de vontade autônoma como aquela livre de preferências sobre determinada situação, resultante do exercício de uma razão socialmente transcendente (Stoljar, 2015; Nussbaum, 1999; Meyers, 2004).

Por presumir um agente isolado de interferências advindas de relações e emoções, o conceito liberal-tradicional seria insuficiente para articular os contornos da autonomia exercida em concreto, isto é, em contextos sociais, em que sujeitos não atuariam livres de opressão, seriam diversos e complexos e, especificamente no caso das mulheres, identificados com valores comunitários, de interdependência, cuidado e ligações interpessoais e emocionais (Mackenzie & Stoljar, 2000; Stoljar, 2015; Veltman & Piper, 2014; Meyers, 2004). Sua lente polarizada de autonomia, que não admite exercício parcial ou contextualmente variado de agência (Abrams, 1999), forçaria interpretação dicotômica, presa entre agência transcendente e vitimização, relegando sujeitos subordinados², como o são as mulheres, à posição permanente de vítima, incapaz de responderem por seu destino e em necessidade de tutela estatal (Abrams, 1995).

Teorias feministas têm de enfrentar, assim, um "dilema de agência": a ambivalência de se reconhecer os efeitos negativos da socialização opressiva ao exercício da autonomia, sem que isso signifique negar qualquer possibilidade de agência por parte das mulheres e outros grupos subordinados.

A literatura no campo da filosofia sob o termo generalista "autonomia relacional" é parte desse esforço: diversas teorias de autonomia que têm como premissas o enraizamento social, histórico e cultural dos agentes autônomos – considerando, então, as implicações de relações interpessoais (e.g. amor, lealdade) e interseccionais (e.g. gênero, raça, classe), bem como de emoções, criatividade e corpo dos agentes no exercício da autonomia individual (Mackenzie & Stoljar, 2000; Veltman & Piper, 2014). Trata-se de movimento construtivo reformista, que, dada a centralidade da autonomia para construir agenda política emancipatória (Mackenzie & Stoljar, 2000; Veltman & Piper, 2014; Meyers, 2004), tenta reabilitar tal conceito incorporando críticas feministas ao conceito liberal-tradicional de autonomia.

Embora bebam de fontes do feminismo interseccional, pós-moderno, pós-estruturalista e até cultural, essas teorias relacionais continuam sendo liberais por manterem-se comprometidas com um foco ético-normativo na escolha e liberdade individual e nas condições necessárias para isso, separando e priorizando o bem-estar do indivíduo em face da família e qualquer outra organização orgânica/corporativa. Não obstante, mantêm-se críticas ao liberal-tradicional e, veremos adiante, oferecem (re)articulações sofisticadas de autonomia capazes de enfrentar o dilema de agência em jogo.

¹Libertarianismo é uma forma do liberalismo que enfatiza o direito à liberdade individual. Este é protegido de tal modo que coerções à escolha individual dificilmente são vistas como justificadas – em especial se impostas pelo Estado "para o seu próprio bem" ou em favor do bem-estar coletivo. O papel do Estado na proteção dos direitos individuais é, assim, reduzido a uma atuação negativa.

²Uma revisão de literatura do debate feminista estadunidense sobre o dilema de agência foi feita pela autora em Herscovici (2018).

Passando ao campo do direito, como o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro tem pensado sobre autonomia? Como decidem casos que materializam esse dilema conceitual? Investiga-se a partir de um caso específico: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.424/DF. Movida pela Procuradoria-Geral da República, questionou perante o STF a constitucionalidade de se interpretar os artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha – LMP) como comandos de condicionamento da ação penal pública contra crimes de lesão corporal leve no contexto de violência doméstica. Em fevereiro de 2012, o STF decidiu, por maioria, que a instauração da ação em questão seria incondicionada, não dependendo da autorização da mulher que sofreu a lesão.³

³A ADI é uma das ações de controle judicial abstrato de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Seu objetivo é "impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, comprometendo a regularidade do sistema normativo por violar a supremacia constitucional. (...) Além [disso] (...), objetiva preservar a segurança jurídica, impedindo que surjam decisões discrepantes sobre a constitucionalidade [de uma determinada norma]." (Lunardi; Dimoulis, 2021, p. 124). No Brasil, as normas que podem ser objeto de controle em sede de ADI são "lei ou ato normativo federal ou estadual" (art. 102, I, CF/88). O parâmetro de constitucionalidade é todo o bloco de constitucionalidade federal: tanto o texto originário da Constituição Federal (CF), quanto Emendas Constitucionais (EC) e tratados internacionais com força de EC (Lunardi; Dimoulis, 2021, p. 136, 139). O STF tomou para si também o controle de EC, que não são leis nem atos normativos, são direito constitucional secundário (Lunardi; Dimoulis, 2021, p. 133). Por essa lógica, o STF também poderia fazer o controle de tratados internacionais incorporados pelo Legislativo com força de EC (Lunardi; Dimoulis, 2021, p. 136). Nesses casos, o único parâmetro de constitucionalidade seria o texto originário da CF. Note-se que o texto originário da CF jamais pode vir a ser objeto de controle por ADI porque é em si o parâmetro de constitucionalidade; para o texto originário, só cabe harmonização em caso de conflito entre normas (Lunardi; Dimoulis, 2021, p. 133). Ficam excluídos do controle por ADI, além do texto originário da CF, normas pré-Constitucionais, normas municipais, leis revogadas, leis de efeito concreto (i.e., sem generalidade e abstração) e atos sem normatividade (como súmulas comuns), normas estaduais que se limitam a reproduzir normas federais, normas já declaradas inconstitucionais, normas que violam apenas indiretamente a CF, súmulas vinculantes (por terem procedimento especial para modificação ou cancelamento) e, por fim, omissões inconstitucionais pelos legisladores (objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO) (Lunardi; Dimoulis, 2021, p. 138-139). A CF fixa um rol de legitimados a propor uma ADI perante o STF, composta por nove atores, conforme disposto no art. 103. É de competência originária do STF (art. 102, CF/88) julgar ADIs e o que este decide nesta oportunidade tem "eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal" (art. 102, §2º, CF/88). Há uma lei específica que regulamenta o processo e o julgamento de ADIs pelo STF, a Lei nº 9.868/1999. Seus arts. 22 e 23 dispõem que a conclusão do julgamento de uma ADI necessita de um quórum de decisão e outro de deliberação: que pelo menos 6 dos 11 ministros votem em um mesmo sentido, sendo que 8 dos 11 precisam estar presentes na sessão de julgamento. No Brasil, a deliberação do STF é pública e televisionada, e os/as ministros/as redigem votos individuais – geralmente antes da sessão de julgamento, durante a qual apenas leem o material, podendo receber comentários e interagir em reação ao que foi dito. Em uma ADI, a apreciação do STF não se limita ao que foi pedido pelo autor. A Corte pode considerar outros fundamentos para a inconstitucionalidade, bem como pode de ofício declarar outras normas de mesmo conteúdo como inconstitucionais "por arrastamento" (Lunardi; Dimoulis, 2021, p. 128-129). É irrecurável o que o STF decidir em sede de ADI, sendo cabível apenas Embargos de Declaração, um instrumento que se limita apenas a pedir ao STF esclarecimentos sobre "obscuridade, dúvida, omissão ou contradição" na decisão (art. 26, Lei nº 9.868/1999). Se o STF decidir pela procedência de uma ADI significa que a norma objeto de controle é inconstitucional, desde sua origem, tendo efeitos retroativos – salvo se a Corte optar por modulação de efeitos. Já se o STF decidir pela improcedência de uma ADI, isso equivale a uma declaração de constitucionalidade da norma questionada (art. 24, Lei nº 9.868/1999). Não obstante, tal decisão de improcedência não faz coisa julgada material, sendo possível propor uma nova ADI questionando a mesma norma (Lunardi; Dimoulis, 2021, p. 144), desde que por outros fundamentos, fatos ou alteração nas normas constitucionais federais vigentes (Lunardi; Dimoulis, 2021, p. 223).

O caso foi escolhido porque os argumentos postos pelo STF para defender o incondicionamento da ação – em especial aquele sobre vício de vontade – se ancoram em premissas sobre o status autônomo que mulheres em situação de violência doméstica (não) teriam. Partindo de visões estereotipadas do que é ser mulher e estar em uma situação de violência doméstica, assumem que as mulheres seriam unicamente "vítimas", isto é, que não teriam qualquer capacidade de ação autônoma, de modo que, ao, por exemplo, desistirem da ação penal, estariam "escolhendo errado", ou melhor, não escolhendo e sim agindo sob vício de vontade. Assim, precisariam ser protegidas (inclusive de si próprias) pelo Estado, na forma da instauração incondicionada da ação penal, a qual, esta sim, refletiria seu melhor interesse. Esse esquema de raciocínio remonta ao mencionado conceito liberal-tradicional de autonomia.

Note-se que a discussão da ADI poderia ter sido travada em outros termos. Ela não necessariamente precisaria ter sido uma questão de autonomia. Mas foi. Os/as ministros/as usaram como parte de sua razão de decidir argumentos sobre autonomia das mulheres. E é por isso que o caso foi escolhido para o presente artigo, que tem por preocupação primordial o conceito de autonomia que o Direito está (re)produzindo. Não se ocupa aqui em discutir a eficácia da Lei Maria da Penha ou qual seria a melhor política pública para coibir a violência doméstica (se o condicionamento ou o incondicionamento da ação penal, se pela via penal ou assistencial, entre outras discussões possíveis). Não se quer aqui propor quais seriam as melhores razões ou o melhor resultado para proteger as mulheres da violência doméstica. Quer-se, em vez disso, chamar a atenção para aquilo que o STF está comunicando sobre autonomia das mulheres e como isso é limitante, justificando a necessidade e preparando o terreno para agendas de pesquisa que busquem articular no direito concepções de autonomia alternativas, mais justas do ponto de vista das teorias feministas.

Interessa, portanto, examinar a fundamentação dessa decisão e o que ela comunica sobre a autonomia das mulheres: qual conceito de autonomia o STF pressupõe em sua fundamentação e o que isso comunica a respeito das mulheres? A fundamentação de uma decisão é tão importante quanto seu resultado; o que é comunicado como razões de decidir também serve de parâmetro para como outros casos semelhantes serão decididos no futuro, sendo parte essencial do que compõe um precedente e servindo, assim, como fonte do direito⁴. O STF é um ator chave na construção do direito; o que diz compõe o discurso institucional do direito. Entender o que comunica com suas decisões – independentemente de se os/as ministros/as pensam intencionalmente dessa maneira ou não – é importante para entendermos as opressões que o direito (re) produz, afetando a vida real das pessoas que pertencem aos grupos oprimidos.

Para isso, utiliza-se quatro categorias analíticas: nomenclatura; adjetivação; eixo diretivo; e eixo constitutivo. As duas primeiras foram propostas por Wodak (2001) para investigar discursos discriminatórios, no campo da análise de discurso⁵, especificamente na modalidade análise crítica de discurso, que, assim como teorias feministas pós-estruturalistas, considera o discurso uma instância de poder. O intuito de trazê-las à análise foi compreender como os/as ministros/as caracterizam mulheres em situação de violência doméstica, se e que tipo de sujeito concebem. As duas últimas categorias foram extraídas da tese do duplo eixo proposta por Meyers (2014). Tal tese será explicada adiante; por ora cuida explicitar que, embora tenha sido criada para classificar teorias de autonomia relacional, sua utilidade não se esgota nisso. Aplicá-la a concepções de autonomia não-relacionais/tradicionais – como já se suspeita ser a posição do STF, considerando o pressuposto das teorias feministas de que o direito é (construído pelo e em favor do) opressor, não preocupado com a exclusão de certos grupos – oferece chave de análise qualificada e nuançada das possíveis formas de teorização sobre autonomia.

⁴Ver Neil MacCormick (1978). No Brasil, a importância da fundamentação de decisões judiciais é explicitada no art. 489 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 2015), que estabelece a fundamentação como elemento essencial de decisões judiciais, sem a qual seriam nulas. Para que uma sentença seja considerada como devidamente fundamentada, deve-se, entre outras coisas, atentar às razões de decidir dos precedentes que evoca e que se aplicam ao caso em julgamento. Vale dizer que o fato de o Brasil adotar um sistema de civil law não significa que a lógica de precedentes não tenha força. Como afirma Glezer (2017), vemos o dever dos tribunais em seguir precedentes já nos institutos processuais "Súmula Vinculante" e "Repercussão Geral" postos pela Emenda Constitucional n. 45/2004, voltados à uniformização dos entendimentos dos tribunais inferiores em relação a casos semelhantes julgados por tribunais superiores. O CPC/2015 explicitou esse dever no art. 927 e criou mais um instituto processual de uniformização, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976, CPC/2015).

⁵Análise de discurso não equivale a teorias de argumentação jurídica. Não diferencia o peso dos vários argumentos para a construção de sentido, não se limita à retórica e lógica, e não busca fixar um critério de correção racional. Toma a linguagem como prática social e examina as formas discursivas em si e seus elementos de sentido (gramaticais, lexicais, funcionais, sócio-históricos, semióticos etc.).

⁶Sobre a relação entre análise de discurso e teorias feministas, ver Gavey (1989) e Lazar (2005).

Essa lente permite enxergar em que medida a leitura tradicional não seria complexa o suficiente para explicar o exercício de autonomia individual em seu contexto real, com todas as dificuldades que isso implicaria – como é o caso do exercício de autonomia das mulheres em situação de violência doméstica.

A interpretação e análise do acórdão da ADI 4.424/DF quanto a essas categorias foi operacionalizada por técnicas da análise de discurso propostas por Kroger e Wood (2000): leitura cíclica e repetitiva; atenção à forma como se lê o objeto de análise e com base em quais aspectos do texto; atenção ao ausente/não-dito; adoção de perspectiva crítica/questionadora, procurando pelas premissas dos argumentos; atenção a estruturas gramaticais/termos que rotulem o objeto da fala como agente ou paciente, por indicar atribuição de responsabilidade (e.g. utilização da voz passiva ao falar de violência); preservação das categorias construídas pelos próprios participantes; atenção à possibilidade de ironia; busca pelo significado de um dado enunciado olhando para o enunciado anterior; identificação de padrões entre segmentos do posicionamento de um/a mesmo/a ministro/a e entre posicionamentos de diferentes ministros/as. Orientações como essas ajudam a perceber as manifestações do "eu" na linguagem (tanto o de quem fala quanto o de quem lê) – exercício útil quando se quer compreender noções pressupostas sobre mundo e sujeitos na fala institucional do direito.

O esforço do presente artigo é de desconstrução, visando a uma construção em trabalhos futuros. Isto é, pretende-se aqui descrever a concepção de autonomia na qual se apoia as razões de decidir do STF no caso escolhido e apontar como ela é problemática. Essa é uma etapa fundamental para que se possam desenvolver caminhos decisórios alternativos⁷.

Outros trabalhos já apontaram a conexão entre autonomia e ADI 4.424/DF, mas não fizeram esse aprofundamento conceitual. Vieira e Efreim Filho (2020) citam a ADI como um dos exemplos de um fenômeno operado pelo STF que entendem ser problemático: a construção de determinados sujeitos através de sua vulnerabilidade. Focando na atuação e narrativas do STF como um dos loci de produção (mútua) de direito, Estado e gênero, expõem uma determinada lógica discursiva liberal-tradicional constitutiva do nosso sistema jurídico. Em especial, de um STF que se pretende uma voz colegiada e racional, defensora da democracia e da igualdade, mas que operacionaliza "fábulas de violências" e só enxerga mulheres como sujeitos de direito a partir de uma diferenciação feita pelo conceito de "vulnerabilidade". Esse e outros grupos subordinados teriam o acesso a direitos e proteção estatal condicionado à correspondência a determinado imaginário de comportamentos "palatáveis" ao status quo de gênero e sexualidade, em especial um de vítima e sofrimento, ficando forçados a uma performatização para serem reconhecidos. E sua adequação a essa figura seria minuciosamente examinada e disputada pelos/as ministros/as do STF para que então pudessem agir.

Semelhantemente, de Oliveira (2012), Nothhaft (2012) e Plastino (2016) destacam como a fundamentação da ADI 4.424/DF retrata mulheres negativa e exclusivamente como vítimas e de vontade viciada; cujo corolário seria uma resposta estatal paternalista e punitivista, com o direito penal mais preocupado em punir agressores do que com o bem-estar das mulheres afetadas e, então, limitado no que pode oferecer para satisfazer as necessidades das mulheres a que estaria a serviço.

Falta, contudo, um exame detido do conceito de autonomia presente nos argumentos lançados pelos/as ministros/as. Autonomia não se reduz a poder de escolha, livre-vontade, não-vulnerabilidade, empoderamento ou fortalecimento, como parecem sugerir esses trabalhos. Que tipo de concepção de autonomia está implicada na decisão em questão e sustenta a construção problemática de "mulher vulnerável/vítima"? A discussão conceitual de autonomia é um passo necessário se quisermos compreender sistematicamente o que esse discurso institucional está nos comunicando, fazer uma avaliação a respeito e propor mudá-lo. É justamente por seu compromisso normativo que teorias feministas do direito dedicam-se a expor as formas pelas quais o direito é construído, suas premissas e valores subjacentes, despindo-o de sua suposta neutralidade e objetividade. O artigo contribui, assim, trazendo lente da filosofia – a literatura de autonomia relacional, especificamente sua sistematização por Meyers – para olharmos esse material jurídico. Com ela, conseguimos extrair da decisão judicial o que ministros/as do STF estão construindo sobre autonomia das mulheres (e o que isso coloca em jogo).

⁷Uma tentativa de construção está sendo desenvolvida por esta autora em sua dissertação de mestrado. Nela, pretende-se articular como a ADI 4.424/DF poderia ter sido decidida caso se partisse de diferentes conceitos de autonomia de diferentes teorias de autonomia relacional, construindo repertório feminista ao direito.

Não é a primeira vez que isso é feito. Biroli (2016), Rodrigues (2014) e Senra (2018) investigaram a partir da literatura de autonomia relacional as concepções de autonomia impressas nos argumentos dos/as ministros/as do STF ao decidir a ADI 4.424/DF. Contudo, essas autoras não trabalharam com a tese do duplo eixo de Meyers; utilizaram-se da classificação de teorias de autonomia relacional em procedimentais e substantivas – diferença que o tópico seguinte abordará. Talvez por isso tenham chegado a conclusões distintas das aqui defendidas.

Biroli (2016) leu a decisão pelo incondicionamento como acertada e em linha com uma concepção de autonomia relacional substantiva (em oposição a concepções tradicionais e a concepções relacionais procedimentais, conforme explicar-se-á adiante), na qual ela própria se inscreve com sua teoria de "agência diferenciadamente imperfeita" (Biroli, 2012). Defende que o incondicionamento seria uma intervenção protetora favorável e necessária para garantir a dignidade das mulheres. Partindo de Biroli como sua principal referência teórica, Rodrigues (2014) e Senra (2018) concluem, em reforço, que a corrente majoritária teria adotado concepção substantiva de autonomia, enquanto a divergência de Peluso teria se apoiado em concepção procedimental. Ainda que com alguma ressalva, a posição majoritária é normativamente elogiada pelas autoras, supostamente condizente com a teoria de agência imperfeita de Biroli. Já a posição vencida condenam-na como um "vale-tudo" acrítico das barreiras do contexto de opressão ao exercício da autonomia, ligado à privacidade.

Em relação a esse conjunto de trabalhos, o presente artigo diverge do entendimento de que Peluso teria adotado concepção procedimental de autonomia e de que a corrente vencedora estaria em linha com a ideia relacional substantiva de autonomia de Biroli. Trabalhando com a literatura de autonomia relacional a partir da proposta de Meyers, a contribuição pretendida é apontar que a corrente vencedora e o voto dissidente não são tão diferentes entre si e menos ainda romperam com o conceito liberal-tradicional de autonomia, sendo o discurso institucional do STF ainda problemático sob lentes feministas.

O artigo divide-se em três partes. A primeira explica a tese do duplo eixo de Meyers e seu ganho analítico em relação à classificação procedimentais/substantivas. A segunda apresenta através das quatro categorias analíticas mencionadas a concepção de autonomia que o STF comunica em seu discurso institucional. A terceira reflete crítico-normativamente sobre tal concepção.

2. A tese do duplo eixo

Existem inúmeras formas de conceituar autonomia individual partindo da premissa de constituição relacional dos sujeitos. As diversas teorias de autonomia relacional costumam ser organizadas em procedimentais, substantivas fortes e substantivas fracas (Mackenzie & Stoljar, 2000).

Teorias procedimentais teriam conteúdo condicional neutro, considerando autônomo qualquer resultado que passasse por processo reflexivo crítico. Já teorias substantivas rejeitariam essa neutralidade – em sentido fraco, sugerindo condições necessárias que restringiriam o conteúdo da estrutura motivacional que os agentes podem autonomamente possuir e manifestar; ou, em sentido forte, exigindo conteúdos específicos para tal estrutura (Mackenzie & Stoljar, 2000). Disputando essa classificação, Meyers (2014) propõe sua tese do duplo eixo. Existiriam dois eixos por qual compreender uma teoria de autonomia, o diretivo e o constitutivo, que corresponderiam aos dois tipos de papel que os valores desempenhariam na construção teórica.

O eixo diretivo classifica as teorias gradualmente, conforme nível de prescrição/proscrição de valores enquanto resultados autônomos, condutas que expressariam certa concepção de bem. No ponto zero, teríamos "teorias neutras em relação a valor", que nada prescreveriam/proscriveriam. Estariam preocupadas somente com o processo de reflexão dos agentes, de modo que o conteúdo da conduta adotada não seria critério excludente de seu caráter autônomo (Meyers, 2014). Uma mulher poderia escolher continuar em relacionamento abusivo sem que isso automaticamente implicasse perda de autonomia.

No extremo oposto, teríamos "teorias saturadas de valor", que exigiriam os agentes adotarem determinadas concepções de bem, restringindo o conteúdo das escolhas e ações que podem autonomamente tomar. Prescreveriam aos agentes condutas de repúdio a normas opressivas e proscreveriam toda e qualquer conformidade com essas normas para que sejam autônomos (Meyers, 2014). Uma mulher estaria proibida de tomar determinadas ações como depilar-se ou prostituir-se, posto que essas condutas em si já seriam inautênticas, heterônimas, por compactuarem com estrutura opressiva de beleza e sexualidade.

Esta categoria não admitiria, pois, gradações – o indivíduo que adotasse condutas de deferência não seria autônomo em nenhum grau.

No campo intermediário, estariam "teorias carregadas de valor", que também prescreveriam/proscriveriam valores, mas em graus menores que "teorias saturadas de valor". A conformidade com normas opressivas e a autonomia individual estariam inversamente relacionadas, admitindo considerações de gravidade (e.g. dizer que mulheres podem autonomamente se depilar, mas não se prostituir, supondo que este é mais grave que aquele) ou frequência (e.g. para ser autônoma, pode se depilar ocasionalmente, mas não todo dia) da norma adotada (Meyers, 2014). Ilumina-se, pois, diferentes contabilizações possíveis de como e em que medida socializações opressivas afetam autonomia (Meyers, 2014).

Já o eixo constitutivo classifica as teorias em diferentes conjuntos de valores utilizados na composição do processo de reflexão/motivação do agir autônomo (Meyers, 2014). Cada teoria elegeria um conjunto de valores que indivíduos deverão manifestar para responder quem são e o que lhes é importante, i.e., sua concepção de bem, que orientará suas ações (Meyers, 2014). Criatividade e autoestima, por exemplo, poderiam ser valores constitutivos. Isso não significa que criatividade e autoestima sejam aquilo que elegeram como bem; apenas que a manifestação desses valores é necessária para que a resposta formulada – seja ela qual for – tenha passado por um processo autônomo. Valores constitutivos estariam a serviço de, mas não corresponderiam ao que o indivíduo escolheria como concepção de bem e decidiria fazer para persegui-lo. É nesse sentido que exerceriam papel distinto dos valores diretivos.

Toda teoria de autonomia tem de articular conjunto próprio de valores constitutivos, não importando sua posição no eixo diretivo. Teorias neutras em relação a valor, ainda que não prescrevam/proscriveram valores como resultado, permitindo que qualquer conduta seja autonomamente adotada, utilizam valores para explicar o que faria de determinado processo de reflexão algo autônomo. Assim, apesar de soar contraintuitivo, teorias neutras em relação a valor não prescindem por completo de valores; apenas os utilizam para pautar o processo e não o resultado autônomo. Em contraposição, para teorias saturadas de valor, condutas em conformidade com normas opressivas jamais seriam consideradas autônomas, ainda que o agente tenha chegado a essa decisão manifestando os valores constitutivos eleitos, passando por processo de reflexão em que, por exemplo, compreendesse a dimensão estrutural da conduta deferente.

A tese do duplo eixo implica as seguintes mudanças classificatórias: "teorias procedimentais" são reformuladas como "teorias neutras em relação a valor" e "teorias substantivas fortes" como "teorias saturadas de valor", ambas no eixo diretivo. A categoria intermediária entre esses extremos passa a ser não mais "teorias substantivas fracas" – relocalizadas em eixo distinto, o constitutivo, equivalendo a "teorias utilizadoras de valor" –, mas a nova categoria "teorias carregadas de valor".

3. As concepções de autonomia das mulheres na argumentação de cada ministro/a

As concepções de autonomia impressas na argumentação de cada ministro/a foram acessadas a partir de quatro categorias analíticas: *Nominação*: como se referem às mulheres? Faz-se distinção? *Adjetivação*: quais características atribuem explícita/implicitamente às mulheres? *Eixo diretivo*: prescreve-se/proscrive-se concepção de bem/condutas específicas para mulheres serem autônomas? *Eixo constitutivo*: que valores utilizam para explicar processo autônomo?

POSIÇÕES DOS/AS MINISTROS/AS SOBRE AUTONOMIA DAS MULHERES

Ministro/a	Nominação	Adjetivação	Eixo diretivo	Eixo constitutivo	Citações
Marco Aurélio	mulher/esvítima	esperançosa ingênua patológica irracional coagida ante o contexto do lar subordinada histórico e culturalmente	prescreve repressão, querer a ação penal e sair da relação abusiva / proscree retratação	livre manifestação da vontade – espontaneidade, sem vício de fatores da convivência do lar e da assimetria de poder coragem dignidade – construção livre da própria personalidade racionalidade	<p>"acaba (...) assentada na esperança, por afastar a representação"; "isso quando munida de coragem a implementá-la"; "pedia misericórdia quanto ao companheiro"; "contenta-se com o maltrato menor"</p> <p>"recoo mediante uma livre manifestação de vontade? aos 65 anos de idade, não acredito mais em Papai Noel"; "a espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias"; "recoo viciado ante o contexto em que vive a mulher no próprio lar"</p> <p>"deixar a carga da mulher a atuação estatal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais"</p>
Rosa Weber	mulher/es vítima mulheres vítimas de violência doméstica vs. vítimas em outros contextos	mulher/es vítima mulheres vítimas de violência doméstica vs. vítimas em outros contextos	prescreve repressão, querer a ação penal e sair da relação abusiva / proscree retratação	livre manifestação da vontade – independência e autossuficiência (econômica, emocional, ...), livre de pressões externas e internas racionalidade	<p>"do ponto de vista psicossocial" – "subordinação afetiva ao agressor"</p> <p>"forte coação moral e domínio psicológico, a colocando em situação de vulnerabilidade física e emocional"</p> <p>"obstáculos como dependência emocional e financeira – seja real ou imaginária – e medo da morte comprimem a autonomia da vontade da mulher"</p> <p>"vontade da vítima (...) vulnerável a pressões externas e internas"</p>
Luiz Fux	mulheres que sofrem violência doméstica vs. mulheres que não sofrem violência doméstica	patológica desinformada ingênua irracional abalada em seu emocional-coagida	prescreve repressão, querer a ação penal e sair da relação abusiva / proscree retratação	racionalidade, intelecto, malícia	<p>"do pont "aspecto biopsicológico" – "a mulher já abalada no seu emocional diante da agressão, da violência física, moral, sexual, enfim"</p> <p>"coagida" [ao se retratar] – "manifestação da mulher, em favor do seu consorte"</p> <p>"as mulheres sofrem essa violência, têm a inibição e não sabem quais as consequências da espécie da ação, se é condicionada ou não"; "mas eu acho que os homens sabem, o ofensor sabe"</p>

Dias Toffoli	mulher	vulnerável indefesa incapaz	-	-	"Quem defende a mulher e a criança no seio familiar, dentro de casa? Não há, ali, defensor dativo, não há um advogado a ser nomeado."
Cármem Lúcia	mulher/es nós pessoas	enfraquecida mutilada amedrontada patológica irracional	prescreve repressão, querer a ação penal e sair da relação abusiva / proscree retratação	racionalidade	"tentando ficar cada vez mais fortes"; "sofridas, maltradas, que passamos por situações que, na generalidade, não deveríamos viver"; "pessoas que, todos os dias, foram aquebrantadas, mutiladas, enfraquecidas e que têm medo, começam a achar que a vida delas depende daqueles que, pelo menos, as deixam sobreviver" "se retratam porque o homem voltou para casa e disse a elas que iria sair; de alguma forma, ameaçou "
Ricardo Lewandowski	mulher mulher vs. mulher fragilizada, nos extratos inferiores da camada social	fragilizada permanentemente coagida moral e fisicamente	prescreve repressão, querer a ação penal e sair da relação abusiva / proscree retratação	livre manifestação da vontade – livre de coação	"fragilizada"; "sob permanente coação moral e física que inibe sua livre manifestação da vontade"; "sob permanente temor de sofrer um dano" "a mulher não representa porque sua vontade é viciada"
Gilmar Mendes	-	-	-	-	"às vezes, a própria ação penal pública incondicionada vai ser um elemento de tensão familiar e, eventualmente, de desagregação familiar. E o texto constitucional quer um mínimo de integração."
Joaquim Barbosa	grupo social	vulnerável	-	-	"Com isso, quero dizer que a CF, ao desnudar certos grupos sociais , ela o faz porque reconhece a condição de vulnerabilidade desses grupos."
Ayres Britto	mulher/es a agredida o fraco/ cordeiro/ oprimido/ dominado	condescendente benevolente deferente fraca vulnerável indefesa coagida pelo contexto cultural irracional, precisa ser protegida de si	prescreve repressão, querer a ação penal e sair da relação abusiva / proscree retratação	racionalidade intransigência assertividade autoestima	"autodepreciação ou até autodesprezo sistemático"; "fragilidade, vulnerabilidade histórica"; "desproporção física"; "indefesas, porque, entre quatro paredes" "a agredida – num contexto cultural patriarcal, (...), machista como o nosso – tende a condescender com o agressor" "a lei, aqui, protege a agredida dela mesma , da sua excessiva condescendência"

Celso de Mello	-	-	-	-	(Trata somente da ADC 19, sem apreciar pedidos da ADI 4.424)
Cezar Peluso	mulher/es	indecisa, receosa fragilizada esposa, mãe	prescreve retratação / proscreeve querer a ação penal [motivo: manutenção da família]	dignidade – responsabilidade do seu destino; decidir por um caminho; ser sujeito da sua história racionalidade	"tampouco podemos dizer que isso seja regra de caráter absoluto"; "não denunciar pode ser uma "decisão que significa exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana" "possibilidade de retratação fragiliza a mulher, porque ela volta atrás e continua sendo vítima de violência"; "receio de que agora não haja mais volta" "Há o risco de ela ser, continuando a conviver com o parceiro que a ofendeu – e pode ter sido ofensa eventual e isolada –, no meio dessa convivência eventualmente já pacificada mediante renovação do pacto familiar, ser surpreendida com uma sentença condenatória" "Por outro lado – e esse o aspecto que mais me preocupa (...) e esta é a razão pela qual estou tomando esta postura –, acho que nós, do Judiciário, estamos assumindo todos esses riscos, e assumindo-os com perda da visão da situação familiar."

FONTE: Elaboração própria.

Quanto à nomenclatura, interessa destacar a utilização de termos que já carregam consigo denotação de vulnerabilidade. Marco Aurélio e Rosa Weber recorreram a termos como "a vítima" e "a agredida". Ayres Britto usou ainda de comparações ao "fraco" e "cordeiro" para referir-se às mulheres como um todo: "Bem, assim como Lacordaire disse que entre fracos e fortes, ou seja, entre hipossuficientes e hipersuficientes, a liberdade é que escraviza e a lei é que liberta, há uma fábula conhecidíssima: a mesma liberdade para lobos e cordeiros é excelente para os lobos." (ADI 4.424/DF, p. 79).

Alguns desses termos apareceram conectados a uma noção estrutural da opressão social que as mulheres sofrem, como as referências de Joaquim Barbosa e Ayres Britto a "grupo social" e a "dominado/oprimido", respectivamente; mas também ressaltando sua condição de vulnerabilidade e inautenticidade em razão da internalização de opressões:

... a Constituição, ao desnudar certos grupos sociais, ela o faz porque reconhece a condição de vulnerabilidade desses grupos. (ADI 4.424/DF, p. 74, voto do ministro Joaquim Barbosa).

'Os dominados' – ou seja, os oprimidos – 'aplicam categorias construídas do ponto de vista (...) dos dominantes às relações de dominação, fazendo-as assim ser vistas como naturais (...) [o] que pode levar a uma espécie de autodepreciação' (...) Aí diz: '(...) na representação que as mulheres (...) fazem de seu sexo (...) como algo deficiente, feio ou até repulsivo (...)'. (ADI 4.424/DF, p. 76-77, voto do ministro Ayres Britto).

Destaca-se, ainda, a utilização dos termos "nós" e "pessoas" por Cármen Lúcia, na medida em que suscitam algum grau de identificação e coletividade – também ligadas à noção estrutural mencionada – e, assim, certa humanização e desmistificação da mulher em situação de violência doméstica⁸. Curiosamente aqui a ministra endereça a construção dos sujeitos mulheres apenas por sua vulnerabilidade:

⁸Na contramão, Celso de Mello refere-se às mulheres no singular e com letra maiúscula, essencializando-as como se fossem entidade mística uniforme. Não obstante, seu voto não foi aqui considerado por não ter apreciado a matéria da ADI 4.424/DF.

E isso que hoje se diz, ainda não sei se com certo eufemismo, com certo cuidado, de que nós somos mais vulneráveis, na verdade, significa que somos mulheres maltratadas, mulheres sofridas, todas nós que passamos por situações que, na generalidade, não deveríamos viver. (...) Estamos tentando ficar fortes, cada vez mais. E ações como essa, discussões como essa, nos permitem, exatamente, essa possibilidade (ADI 4.424/DF, p. 65).

O restante do seu voto, contudo, não escapa desse lugar-comum, veremos adiante.

Alguns ministros fizeram distinções ao se referir às mulheres. A ministra Rosa Weber distinguiu "mulheres vítimas de violência doméstica" de "vítimas em outros contextos", salientando a subordinação afetiva como uma "condição especial" dessa violência. O ministro Fux, vale mencionar, tentou fazer consideração parecida durante seu pronunciamento sobre a ADC 19/DF, distinguindo "mulheres que sofrem violência doméstica" e "mulheres que não sofrem violência doméstica", mas para explicar a discriminação positiva da LMP. Na ocasião, ele foi corrigido pela ministra Cármen Lúcia, que, ainda na apreciação da ADC 19/DF, afirmou ser a violência doméstica uma violência de gênero, atingindo todas as mulheres [enquanto grupo social]. Em antecipação de voto na ADI 4.424/DF, Fux retoma essa interação, dizendo aceitar a correção feita. Porém, logo em seguida afirma que "nós, homens de bem" (ADI 4.424/DF, p. 50) também se sentiriam atingidos pela violência doméstica, assim como as mulheres – o que denota confusão quanto ao princípio de igualdade enquanto fundamento da discriminação positiva concretizada pela LMP. A referida lei protege as mulheres enquanto grupo social oprimido em relação aos homens. Uma segunda distinção foi trazida pelo ministro Lewandowski entre "mulher" e "mulher fragilizada, que se situa nos extratos inferiores da camada social": "O que acontece com a mulher, sobretudo a mulher fragilizada, que se situa nos extratos inferiores da camada social?" (ADI 4.424/DF, p. 67). Essa foi a única menção que possivelmente remetesse a uma noção minimamente interseccional das mulheres, trazendo recorte de classe social, ainda que talvez com um certo tom essencialista (Harris, 1990), ao colocar a mulher de classe privilegiada como a essência do que é ser mulher, e a mulher pobre como um aditivo de opressão a esse padrão.

Pontua-se, por fim, a ausência de qualquer referência às mulheres nas manifestações do ministro Gilmar Mendes, centradas nas questões de escolha normativa e papel do Judiciário. Quanto à adjetivação, a corrente vencedora caracterizou as mulheres em situação de violência doméstica como sujeitos predominantemente sem capacidade de agência, de vontade viciada, com faculdades mentais significativamente comprometidas, agindo irracionalmente.

A caracterização de irracionalidade apareceu na grande maioria das manifestações da corrente vencedora. Rosa Weber e Fux enfatizaram questões psicológicas da violência doméstica, caracterizando mulheres em situação de violência doméstica como movidas por emoções, afetivamente subordinadas, emocionalmente abaladas, incapazes de pensar com clareza.

Ora, o requisito da representação da ofendida (...) impõe, do ponto de vista psicossocial, exigências maiores às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, do que às vítimas que sofrem esse mesmo tipo de lesão em outros contextos sociais, nos quais não se cogita de **subordinação afetiva** da vítima ao agressor. Em vista das condições especiais em que os crimes domésticos contra a mulher são praticados, nas quais há uma **vinculação da vítima ao agressor, o impacto dessa exigência não é o mesmo para ambas as vítimas** (ADI 4.424/DF, p. 47, voto da ministra Rosa Weber, grifado).

... verifico que, sob o ângulo do princípio da razoabilidade, **não se revela mesmo razoável essa representação exigível da mulher**, que demonstra ser uma estratégia inibidora, como destacou o Ministro Marco Aurélio, pelo aspecto **biopsicológico**: a mulher já está **abalada no seu emocional diante da agressão, da violência física, moral, sexual, enfim**; de sorte que essa repressão à violência doméstica deve se fazer *ex officio*. (ADI 4.424/DF, p. 51, voto do ministro Luiz Fux, grifado).

Seu estado mental chega a ser retratado como patológico. Na passagem acima extraída do voto de Fux, vemos que este faz referência ao caráter "biopsicológico" da situação de violência doméstica para justificar a irrazoabilidade da exigência de representação. Nessa linha, Cármen Lúcia e Marco Aurélio fazem referência à "Síndrome de Estocolmo". Comenta a ministra em debate:

O que Vossa Excelência [Min. Ayres Britto] acaba de dizer, que está na linha do que o Ministro Marco Aurélio enfatizou no seu brilhante voto, diz respeito exatamente à **dição que foi estudada como 'Síndrome de Estocolmo'**. (...) E, essa síndrome – que é estudada só para os casos de sequestro –, hoje, eu leio na neurociência, também se

aplica às mulheres que sofrem, durante muito tempo. É que as pessoas que, todos os dias, foram aquebrantadas, mutiladas, enfraquecidas e que têm medo, começam a achar que a vida delas depende daqueles que, pelo menos, as deixam sobreviver! (ADI 4.424/DF, p. 78-79).

Ao que Marco Aurélio responde em acordo: "Contentando-se com o maltrato menor." (ADI 4.424/DF, p. 79). O ministro Ayres Britto acrescentou a essa formulação, ainda, a característica de "excessiva condescendência", concluindo que "a agredida" deveria ser "protegida dela mesma" (ADI 4.424/DF, p. 79). Este ponto também foi explorado nas manifestações de Marco Aurélio e Luiz Fux, retratando mulheres em situação de violência doméstica como "a mulher esperançosa" de que o agressor mudasse, "a mulher que pedia misericórdia" e se manifestava "em favor de seu consorte" durante a audiência:

Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la. (...) Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva. (ADI 4.424/DF, p. 8, voto do ministro Marco Aurélio).

Presidente, vou contar um caso que houve no Tribunal de Júri (...). Ocorreu uma tentativa de homicídio. O companheiro – eram pessoas de escolaridade menor –, cortou, com um facão, a mão da companheira. No Júri, ela pedia misericórdia quanto ao companheiro e dizia: é um homem bom, não o coloquem na cadeia. (ADI 4.424/DF, p. 22, voto do ministro Luiz Fux).

Pela prática da experiência judicante, em diversas hipóteses, no curso da ação penal, evidentemente, por via oblíqua, a manifestação da mulher, em favor do seu consorte, vai influir na avaliação do caso concreto pelo juiz, sem dúvida. (ADI 4.424/DF, p. 22, voto do ministro Luiz Fux).

Implicitamente, essa caracterização é acompanhada da noção de mulher deferente, benevolente, ingênua, que cede às vontades do homem e aos seus sentimentos por ele, trazendo, também, um tom paternalista à questão, ao considerar que a mulher não sabe o que é melhor para si e toma decisões que a prejudicam.

A noção de irracionalidade também apareceu como ignorância, desinformação ou falta de intelecto/malícia, de pensar estrategicamente, quando Fux afirma explicitamente que somente as mulheres – mas não os homens, ofensores – desconheceriam as consequências jurídicas da ação penal, se condicionada ou não, e até como incapacidade e fragilidade, quando Dias Toffoli compara mulheres a crianças, para enfatizar a necessidade de tutela pelo Estado:

Não, mas eu acho que os homens sabem, o ofensor sabe. Então, na verdade, esse efeito que impede uma eventual retratação é mais intimidatório do que a possibilidade de retratação. (...) Quer dizer, o homem sabendo que nem que ela queira, ela vai poder dispor... (ADI 4.424/DF, p. 21-22, ministro Luiz Fux).

Naquela oportunidade do julgamento do habeas corpus [HC 106.212], também lembrei a violência contra a criança. (...) Quem defende a mulher e a criança no seio familiar, dentro de casa? Não há, ali, defensor dativo, não há um advogado a ser nomeado. Manter a exigência da representação – penso que equacionou muito bem o eminente Relator – para o início desse dever do Estado, que é coibir a violência doméstica, vai de encontro ao comando contido no §8º do art. 226 do texto constitucional. (ADI 4.424/DF, p. 63-64, voto do ministro Dias Toffoli).

A referência à mulher "vulnerável", "fragilizada" e "indefesa" se repetiu nas manifestações de Lewandowski, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ayres Britto – sendo que este último ainda ressalta a fraqueza física da mulher em comparação ao homem –, bem como nas de Rosa Weber e Cármen Lúcia (ADI 4.424/DF, p. 24, 25, 40, 65, 67, 74, 79).

A vontade manifestada pela mulher assim caracterizada seria, pois, "viciada", "cerceada", "comprimida" ou até "inibida" pelo contexto de violência doméstica, como apontam as manifestações de Marco Aurélio, Fux, Cármen Lúcia, Lewandowski e Rosa Weber. Esta última, por exemplo, faz referência à vulnerabilidade da vontade da mulher em face de pressões externas e internas, intensas e peculiares à situação de violência doméstica: "É difícil imaginar uma seara

onde a vontade da vítima esteja mais vulnerável a pressões externas – e internas – do que nos crimes de violência doméstica" (ADI 4.424/DF, p. 43).

Outros ministros foram mais longe: com menções à "assimetria de poder" e à cultura "patriarcal" e "machista", respectivamente, Marco Aurélio e Ayres Britto justificaram o vício de vontade das mulheres não só pela situação de violência doméstica, mas pelo contexto onipresente e estrutural de opressão social – o que coloca em xeque a possibilidade em si do exercício de agência por parte das mulheres, que não podem escapar à realidade opressiva, condenando-as à posição permanente de vítima.

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. (ADI 4.424/DF, p. 12, voto do ministro Marco Aurélio).

... a proposta de Vossa Excelência de afastar a obrigatoriedade da representação da agredida, como condição de propositura da ação penal pública, me parece rimado com a Constituição, porque a agredida – num contexto cultural patriarcal, renitentemente patriarcal, mais do que isso, machista como o nosso – tende a condescender com o agressor. (ADI 4.424/DF, p. 78, voto do ministro Ayres Britto).

Já o voto divergente de Peluso destoa timidamente dessa caracterização ao reconhecer que o vício de vontade não é regra absoluta, dando espaço ao exercício de agência. Contudo, também fez referência à mulher fragilizada, confusa, indecisa sobre denunciar/representar ou não – em especial por querer manter o relacionamento e a situação familiar. Conforme mencionado, a preocupação central do ministro foi de resguardar a família e correlato papel tradicional da mulher como esposa e mãe, acabando por relativizar a gravidade da opressão e agressão sofridas pelas mulheres ao falar em "evento isolado" e "renovação do pacto familiar" e ao enfatizar a necessidade de compatibilizar o valor da proteção da família com o da proteção à mulher:

Porque há o risco de ela ser, continuando a conviver com o parceiro que a ofendeu – e pode ter sido ofensa eventual e isolada –, no meio dessa convivência eventualmente já pacificada mediante renovação do pacto familiar, ser surpreendida com uma sentença condenatória, que terá no seio da família consequências imprevisíveis. (ADI 4.424/DF, p. 92).

Mas assim o legislador, como o constituinte levaram em consideração, como valores, que têm que ser de algum modo compatibilizados, a necessidade da proteção da condição da mulher e a necessidade da manutenção da situação familiar, em que está envolvida não apenas a condição da mulher ou a condição do parceiro, mas também filhos, netos, outros parentes, e que constituem elemento fundamental na mecânica da sociedade. (ADI 4.424/DF, p. 93).

A caracterização das mulheres em situação de violência doméstica por parte dos/as ministros/ permite acessar as concepções de autonomia implicadas e localizá-las nos eixos diretivo e constitutivo – ainda que manifestações judiciais não pretendam ser formulações conceituais filosóficas.

Quanto ao eixo diretivo, com exceção de Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello, que não se pronunciaram explicitamente a respeito, a corrente vencedora adotou concepção de autonomia saturada de valor, prescrevendo-se a busca por repressão estatal pela via penal, o querer que a ação penal aconteça, o sair do relacionamento abusivo e proscrevendo-se a retratação. Somente a escolha da mulher pela denúncia e representação, querendo que a ação penal aconteça, foi considerada como autônoma. O oposto, a escolha de não denunciar ou de não representar – como ocorre na maior parte dos casos, conforme apontaram os/as ministros/as –, foi apresentado como resultado de vontade viciada, inautêntica e irracional, sinal de patologia, condescendência e coação.

Destaca-se que não foi feita consideração gradativa da autonomia da mulher, inversamente relacionada à frequência ou gravidade da conduta em conformidade com norma opressiva. Por esse motivo não parece adequado classificar a concepção empregada como carregada de valor, e sim como saturada de valor. O grau de autonomia da mulher não foi posto proporcionalmente ao número de vezes que ela desistiria de representar, nem em função de a decisão de não denunciar ou representar contra o agressor ser uma conformidade mais ou menos grave, entre outras possíveis formulações. Caso a mulher não escolhesse o que lhe era prescrito, ou seja, caso decidisse por não denunciar/não representar, não teria qualquer autonomia – era tida como vítima, coagida, patológica, condescendente.

Já o voto divergente de Peluso, à primeira vista, parece empregar concepção de autonomia neutra em relação a valor, não prescrevendo à mulher que leve a notícia-crime ou que queira a ação penal e nem proscrevendo a retratação. O ministro destaca que não denunciar/não representar pode, sim, ser escolha tomada autonomamente, como exercício da dignidade da pessoa humana. Contudo, seu compromisso com a diversidade de escolhas autônomas pode ser contestado, se considerarmos que o ministro parece enxergar somente o motivo da manutenção da família para reconhecer tal escolha. Nesse sentido, é possível a leitura de que, assim como a corrente vencedora, emprega concepção de autonomia saturada de valor, prescrevendo à mulher não denunciar ou não representar, para que não se coloque em risco a família e não se subverta papel tradicional da mulher como esposa e mãe, deferente e devota ao cuidado. Aqui não se explora gradações do efeito negativo da conformidade com normas opressivas ao status autônomo das mulheres, de modo que parece mais acertado falar em concepção saturada em vez de carregada de valor. Sua pobre articulação no eixo constitutivo, apresentada a seguir, também sugere que Peluso entende a retratação e a não-denúncia como uma escolha autônoma menos pelo processo da tomada de decisão e mais por seu conteúdo em si, valorizado pela preservação da família, em uma visão ainda pré-liberal organicista.

Por fim, quanto ao eixo constitutivo, com exceção de Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello, que, como mencionado, pouco trataram do assunto, cada ministro/a da corrente vencedora utilizou diferentes conjuntos de valores para explicar o que considerava como processo de reflexão autônomo, bem como o fez Peluso em sua divergência.

Destes, destacam-se três valores em ordem decrescente de aderência: (i) racionalidade, que integrou os conjuntos de valores de todos os ministros da corrente vencedora – salvo Lewandowski – e do voto divergente; (ii) livre manifestação de vontade, que integrou os conjuntos de valores de Marco Aurélio, Rosa Weber e Lewandowski (metade dos ministros da corrente vencedora aqui considerados), com as respectivas diferentes formulações: manifestação espontânea, livre de fatores da convivência do lar e da assimetria de poder; independência e autossuficiência econômica e emocional, livre de pressões externas e internas; e manifestação livre de coação; e (iii) dignidade, que integrou os conjuntos de valores tanto de Marco Aurélio, como construção livre da própria personalidade, quanto de Peluso, como responsabilidade sobre seu destino.

Outros valores que apareceram isoladamente foram (i) intransigência/assertividade e autoestima, no voto de Ayres Britto, a contrario sensu da excessiva condescendência (ADI 4.424/DF, p. 79) das mulheres, que faz com que precisem ser protegidas de si mesmas, e de seu autodesprezo enquanto grupo dominado/oprimido, que faz com que elas internalizem sonhos e valores inautênticos (ADI 4.424/DF, p. 76-77); (ii) coragem, no do ministro Marco Aurélio ao afirmar que na maioria dos casos a mulher não teria coragem para denunciar o agressor (ADI 4.424/DF, p. 8), dando a entender, a contrario sensu, que essa seria uma característica relevante e necessária para se adotar a conduta prescrita como autônoma; e (iii) intelecto/malícia, no do ministro Fux ao colocar como uma expressão de autonomia a capacidade intelectual e certa malícia dos homens – e que faltaria às mulheres – para, sabendo das consequências jurídicas da ação penal, agir estrategicamente quanto a agredir ou não a mulher (ADI 4.424/DF, p. 21-21) – o que pode ser entendido como uma variação do valor racionalidade⁹.

4. Considerações finais

A análise apresentada mostra que a corrente majoritária e a dissidência de Peluso são mais próximas do que se imagina: ambas articularam concepções de autonomia saturadas de valor, com valores constitutivos comuns, aludindo a características do sujeito liberal-tradicional. A corrente majoritária mostrou-se, no eixo diretivo, saturada de valor ao prescrever às mulheres denunciar e querer que a ação penal aconteça como escolha autônoma, proscrevendo, em contraste, a retratação, como sinal de irracionalidade e sério comprometimento de sua capacidade de agência. Já a divergência de Peluso destoa da corrente vencedora ao não proscrever a retratação ou a escolha de não denunciar, destacando-as como uma decisão autônoma, fruto do exercício da dignidade.

À primeira vista, parece empregar, como leram Rodrigues (2014) e Senra (2018), concepção de autonomia neutra em relação a valor. Contudo, como o ministro enfatiza como sua principal preocupação a proteção e manutenção da família, sua concepção de autonomia tende a con-

⁹Racionalidade/intelecto/malícia não são propriamente valores. Valores são característica de algo a ser promovido enquanto fator que influencia e guia escolhas do indivíduo (Blackburn, 1996, p. 390). Contudo, buscou-se resumir em uma palavra valores implícitos numa fundamentação que adota noção racionalista do sujeito autônomo.

siderar como autônoma somente a mulher que não denuncia ou não representa, prescrevendo tais condutas e, assim, sendo também saturada de valor. No eixo constitutivo, cada ministro/a adota um conjunto de valores diferente para explicar o que é preciso para um processo de reflexão autônomo; mas a maioria deles/as recorre a racionalidade, livre manifestação de vontade e dignidade.

Preocupa a falta de atenção dos/as ministros/as às diversas concepções de autonomia possíveis, que não necessariamente saturadas de valor, e ao que está em jogo quando se adota uma ou outra concepção. Consequentemente, também carecem de uma articulação explícita e aprofundada dos valores constitutivos que utilizam. A reconciliação e preservação da família apontada no voto divergente não é a única opção alternativa à corrente vencedora no nuançado espectro das concepções de autonomia. Plastino (2016), por exemplo, é exitosa em levantar argumentos alternativos escutando integrantes da rede de enfrentamento à violência contra mulheres.

Sobretudo, a falta de complexidade e nuance dos resultados interpretativos encontrados com as quatro categorias analíticas denuncia a incapacidade do STF em se desvencilhar do conceito liberal-tradicional de autonomia. Preso à articulação tradicional de autonomia, dicotômica e excludente, ministros/as reiteradamente retratam a mulher como vítima, coagida e em necessidade de tutela estatal, bem como o negativo e o aquém em relação ao referencial masculino, sem considerar e esmiuçar as implicações do contexto social sobre o exercício de autonomia.

Ainda, os valores que utilizam explícita ou implicitamente para explicar o que consideram por autônomo também evocam traços masculinistas, atomísticos e racionalistas. Os ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, por exemplo, colocaram o contexto de opressão como fator que eliminaria a autonomia das mulheres – mas em que situação, então, seriam consideradas autônomas? Estariam fadadas à ausência de controle sobre suas vidas? Fux também apontou, convicto, que “os homens sabem” das consequências jurídicas da natureza da ação penal – enquanto as mulheres, “abaladas em seu emocional”, não teriam a capacidade que os homens têm de agir racionalmente, no sentido do agir estratégico de meios e fins.

As ministras mulheres não representaram a autonomia das mulheres de maneira tão diferente que seus colegas homens. Embora Cármen Lúcia tenha se referido às mulheres como “nós”, parecendo se enxergar como parte desse grupo social, e, assim como Rosa Weber, ter acertadamente ressaltado a necessidade de superar a noção de que violência doméstica não seria passível de intervenção estatal por ocorrer no âmbito privado, suas manifestações reforçaram o estereótipo dicotômico tradicional da mulher como vítima, tratando da mulher em situação de violência doméstica como portadora de uma síndrome, incapaz de tomar decisões e responder por suas escolhas. Rosa Weber trouxe, ainda, noções de autossuficiência e independência, de liberdade contra interferências coercitivas ao colocar a vulnerabilidade a pressões externas e internas e a subordinação emocional como fatores que eliminariam a autonomia da mulher em situação de violência doméstica.

O voto vencido de Peluso divergiu da maioria apenas para firmar o papel social tradicional da mulher como esposa e mãe, endossando valores não só pré-feministas, mas também pré-liberais, colocando o bem-estar do ente “família” acima do bem-estar do indivíduo “mulher”.

A decisão fundamentada nesses termos reforça o que alguns trabalhos de antropologia e sociologia do direito (Vieira; Efreim Filho, 2020) já vem apontando: o STF só reconhece mulheres (e outros marcadores sociais) como sujeitos de direitos se os caracteriza pela vulnerabilidade/posição de vítima – e os considera apenas para reivindicações de proteção, inclusive no sentido paternalista de proteção de si próprios, como vemos nesta ADI. O status autônomo não parece ser concedido às mulheres em situação de violência doméstica, fadadas à heteronomia.

Cuida explicitar que o objeto da crítica feita no presente artigo não é o resultado da ADI, mas a concepção de autonomia liberal-tradicional na qual o STF se apoiou para fundamentar tal resultado. É justamente por isso que se quis mostrar como tanto a corrente vencedora, que defendeu o resultado “incondicionamento”, quanto o voto divergente, que defendeu o resultado “condicionamento”, apoiaram-se em concepções de autonomia muito similares e igualmente problemáticas do ponto de vista normativo feminista. O ponto foi mostrar que as razões de decidir do STF se apoiaram em uma concepção de autonomia liberal-tradicional; e que esta é problemática porque relega às mulheres a um destino marcado de não-autonomia. Não é a incondicionalidade da ação que faz isso. É a concepção de autonomia que os ministros usaram para sustentar a decisão final pela incondicionalidade. É esse o objeto da crítica.

Podem existir razões feministas para defender tanto a condicionalidade da ação penal em questão, quanto sua incondicionalidade. Podem existir concepções de autonomia relacional que possam sustentar a defesa da inconstitucionalidade, sem incorrer nas mesmas problemáticas que o conceito liberal-tradicional¹⁰. As perspectivas feministas são múltiplas e a questão da autonomia e opressão é complexa. Estamos de fato diante de um dilema. Não existem respostas óbvias nem simples. A própria literatura de autonomia relacional é composta por respostas diversas e muito diferentes entre si¹¹. E é a necessidade e a importância dessa agenda de pesquisa que a análise feita no presente artigo aponta.

O direito necessita de repertório para fundamentações mais conscientes do complexo contexto social e histórico-cultural da formação do sujeito e de seu exercício de autonomia, preocupando-se com a maneira pela qual mulheres são retratadas e o impacto disso na fruição de direitos e formação de políticas públicas de acesso a esses direitos. Afinal, o direito é prática social e decisões judiciais compõem seu discurso institucionalizado, instanciando determinadas visões de mundo e relações de poder. Perspectivas feministas há muito apontam que o direito não é neutro.

O tratamento aprofundado do assunto não está além do direito, nem exige dos/as ministros/as que se tornem filósofos/as. O próprio Conselho Nacional de Justiça (2021) reconhece a importância de se julgar a partir de perspectivas feministas e sua compatibilidade com a atividade jurisdicional, editando protocolo para a magistratura. Iniciativas de reescrita feminista de decisões judiciais muito contribuem neste sentido (Crawford et al., 2018), mostrando que mesmo com as regras do jogo atual existiriam várias possibilidades de interpretar o direito e escolhas menos arbitrárias e opressoras que poderíamos tomar desde já. Busquemos na literatura de autonomia relacional concepções de sujeito autônomo que deem conta de abarcar a complexidade das pessoas de-carne-e-osso e não solapem nossas lutas políticas emancipatórias.

¹⁰Para um exemplo de teoria de autonomia relacional que poderia ser utilizada para defender o incondicionamento da ação penal em questão, ver Marina Oshana (2006).

¹¹Cf. Natalie Stoljar (2015) para uma sistematização das diferentes teorias de autonomia relacional produzidas até o momento.

Referências

- Abrams, K. (1995). Sex wars redux: agency and coercion in feminist legal theory, *Columbia Law Rev.*, 95, 304–376.
- Biroli, F. (2012). Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia, *Rev. Bras. de Ciência Política*, 9, 7–38.
- Biroli, F. (2016). Autonomia, preferências e assimetria de recursos, *Rev. Bras. de Ciências Sociais*, 31(90), 39–56.
- Blackburn, S. (1996). *The Oxford dictionary of philosophy*. Oxford: OUP.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça (2021). Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Brasília: CNJ & Enfam.
- Brasil. STF. ADI 4.424/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/02/2012. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 01/08/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 17 abr. 2018.
- Crawford, B. J., Stanchi, K. M., & Berger, L. L. (2018). Feminist judging matters: how feminist theory and methods affect the process of judgment, *U.Balt.L.Rev.*, 47(2), 167–197.
- De Oliveira, M. G. F. (2012). Usurpação estatal da autonomia da mulher e/ou efetivação do direito fundamental à igualdade de gêneros? Um estudo bourdieusiano das modificações feitas à Lei Maria da Penha pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424. [Dissertação – Faculdade de Direito de Vitória].
- Gavey, N. (1989). Feminist poststructuralism and discourse analysis: contributions to feminist psychology, *Psychol. Women Q.*, 13(4), 459–475.
- Glezer, R. E. (2017). Ratio decidendi. Enciclopédia jurídica da PUC-SP, C. F. Campilongo, A. de Azevedo Gonzaga, A. L. Freire (coord.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: PUC-SP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidenti>. Acesso em: 23 set. 2023.
- Harris, A. P. (1990). Race and essentialism in feminism legal theory, *Stanford Law Rev.*, (42), 581–616.
- Herscovici, A. (2018). Teorias feministas e o dilema de agência. São Paulo. [Pesquisa desenvolvida com bolsa CNPq sob orientação de Catarina Barbieri, junto ao Programa de Iniciação Científica da FGV Direito SP]. Não publicado. Acesso mediante solicitação para pibic@fgv.br.
- Kroger, R. O., & Wood, L. A. (2000). *Doing discourse analysis: methods for studying action in talk and text*. Thousand Oaks: Sage.
- Lazar, M. M. (eds.). (2005). *Feminist critical discourse analysis: gender, power and ideology in discourse*. Basingstoke: Palgrave Macmillan UK.
- Lunardi, S., & Dimoulis, D. (2021). *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Mackenzie, C., & Stoljar, N. (2000). "Introduction: Autonomy refigured," em *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency and the social self* (pp. 3–31). New York: OUP.
- Meyers, D. T. (2014). "The feminist debate over values in autonomy theory," em A. Veltman & M. Piper (eds.). *Autonomy, oppression, and gender* (pp. 114–140). Oxford: OUP.
- Nothhaft, R. J. (2012). A autonomia da mulher na Lei Maria da Penha: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424 do Supremo Tribunal Federal. [Trabalho de Conclusão (Graduação em Ciências jurídicas e sociais) – UFRGS].
- Nussbaum, M. C. (1999). *Sex and social justice*. Oxford: OUP.
- Oshana, Marina. (2006). *Personal autonomy in society*. Aldershot: Ashgate Publishing.

- Plastino, L. M. (2016). Fios, teias e nós da violência doméstica: uma análise argumentativa sobre a representação. [Monografia – Escola de Formação da SBDP].
- Rodrigues, R. A. (2014). Autonomia da mulher e a violência doméstica: análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424 sob as perspectivas feministas da autonomia. [Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-RJ].
- Schneider, E. M. (1993). Feminism and the false dichotomy of victimization and agency, *New York Law School Law Review*, 38, 399–846.
- Senra, L. C. de M. (2018). Gênero e autonomia: o caso da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.424, *Rev. Direito Práx.*, 9, 749–780.
- Stoljar, N. (2015, fall). Feminist perspectives on autonomy. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, E. N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/feminism-autonomy/>. Acesso em: 02 mar. 2018.
- Veltman, A. & Piper, M. (2014). "Introduction", em *Autonomy, oppression, and gender* (pp. 1–11). Oxford: OUP.
- Vieira, A. D. & Efrem Filho, R. (2020). O rei está nu: gênero e sexualidade nas práticas e decisões no STF. *Rev. Direito Práx.*, 11, 1084–1136.
- Wodak, R. & Meyer, M. *Methods of critical discourse analysis*. London: Sage, 2001.

Derecho a la identidad. Lucha del movimiento transgénero en Argentina

Autora

Stephanie Debanne*

Cómo citar este artículo

Debanne, Stephanie (2023). Derecho a la identidad. Lucha del movimiento transgénero en Argentina, REV. IGAL, II (1), p. 40-50.

*Abogada y candidata a magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo.

RESUMEN

Para este trabajo seleccionaré estudiar el movimiento transgénero en la República Argentina. Específicamente analizaré algunos casos dentro de la jurisprudencia argentina pudiendo ver cómo a través de los años se aprobaba la obtención legal del cambio de género en el DNI y las determinaciones judiciales de las operaciones de reasignación de sexo previas a la aprobación y puesta en marcha de la Ley de Identidad de Género sancionada en el año 2012. También se analizará brevemente un caso atípico posterior a la Ley de Identidad de Género, como fue el caso de Luana en las infancias trans para la obtención de su identidad.

PALABRAS CLAVE:

MOVIMIENTO TRANSGÉNERO, IDENTIDAD DE GÉNERO, INFANCIAS TRANS

ABSTRACT

For this paper I will select to study the transgender movement in Argentina. Specifically, I will analyze some cases within the Argentine jurisprudence, examining how, over the years, the legal change of gender on the ID and judicial approvals of sex reassignment surgeries were granted prior to the approval and implementation of the Gender Identity Law passed in 2012. I will also briefly analyze a unique case that occurred after the Gender Identity Law, such as the case of Luana and transgender childhoods for the attainment of their identity.

KEYBOARDS:

TRANSGENDER MOVEMENT, GENDER IDENTITY, TRANSGENDER CHILDHOODS

1. Introducción

En este trabajo, profundizaré en cómo diversos juzgados a lo largo y ancho de la República Argentina, desde finales de la década de los 90 hasta la aprobación de la Ley de Identidad de Género, abordaron los amparos judiciales presentados por distintas personas afectadas dentro del movimiento transgénero.

A lo largo de este estudio, ahondaré en los argumentos utilizados para emitir fallos a favor del cambio de género y las operaciones de reasignación de sexo. También examinaré los fundamentos de carácter constitucional y los derivados de tratados internacionales que desempeñaron un papel crucial en estos fallos, ya que, en última instancia, estos se convirtieron en argumentos primordiales para la promulgación de la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) en el año 2012.

2. Breve historia del movimiento transgénero en Argentina

Para poder comenzar a hablar de la normativa alcanzada por el movimiento transgénero en la actualidad, debemos realizar un breve pasaje por la historia de este grupo. La historia del movimiento transgénero a nivel nacional es extensa, pero haré énfasis en los puntos más relevantes.

En 1967 se crea la primera organización LGBT+ de la República Argentina. El grupo "Nuestro Mundo" surge principalmente en el cordón suburbano de Buenos Aires en donde un conjunto de identidades disidentes se comenzó a autodenominar "locas" o "maricas".

Un año antes de esto, en 1966, hay registro de un fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional en el que el tribunal condenó por lesiones gravísimas a un médico que a pedido de su paciente efectuó una intervención quirúrgica de cambio de sexo. En la sentencia los jueces resuelven:

La extracción de un pene sano a un hombre físicamente sano carece de razón científica. Ni por razones estéticas, ni por satisfacción de un malsano interés psicológico, ni por complacer una desviación mental en la víctima, tal extirpación puede justificarse. El empleo de título, conocimientos, medios y técnica médica en la operativa no basta para cubrir la licitud, lo que es tan sólo una lesión dolosa reputada delito por la ley penal. (Cámara Nacional Criminal y Correccional, 29/07/1966. Fallo "S. M., R.", Fallo N° 56.208 (ADLA, IV; VII, 71), LL t. 123).

En ese momento de la historia, las personas transexuales eran consideradas personas enfermas con problemas psíquicos e incluso psiquiátricos.

Las cirugías de reasignación de sexo en Argentina eran inusuales hasta la década de los 90. En esta misma década comienza la organización del colectivo trans en nuestro país. En 1992 se forma la primera organización trans en Argentina: Transexuales por el Derecho a la Vida y la Identidad (TRANSDEVI). En 1993 se creó la Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina (ATTTA), en 1995 se dió una división por las posturas referentes a la prostitución entre abolicionistas y regulacionistas dentro de la ATTTA. Esto generó que las abolicionistas, lideradas por Lohana Berkins, constituyan su propia asociación llamada "Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transexual" (ALITT) quienes lograrían en el año 2006 obtener su personería jurídica llegando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de un recurso extraordinario federal, revocando la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K. Hablaremos con mayor profundidad de esta sentencia en la segunda sección.

Las primeras organizaciones trans que se formaron en los 90/principios de los 2000 buscaban el derecho al acceso de tratamientos hormonales y quirúrgicos para la reasignación de sexo, como así también se reclamaba la despatologización del travestismo (Farji Neer, A. 2017, p. 71-72) buscando que se pueda determinar el propio género sin intervenciones médicas, que solo fuera necesario poder realizarlo con la autopercepción y que las cirugías y los tratamientos hormonales no sean un requisito indispensable.

Estas organizaciones también luchaban por la derogación de los edictos policiales que perseguían la prostitución y el travestismo. Esto se logra en 1997 en Buenos Aires y en los quince años siguientes lograrían la derogación de edictos similares en el resto de las provincias.

En la segunda década del Siglo XXI el movimiento transgénero logra tres normativas de gran importancia:

1) En julio del 2010 la República Argentina se convierte en el primer país de América Latina en aprobar el **matrimonio igualitario** (Ley 26.618). Esta norma se aprueba luego de muchos años de luchas y campañas del movimiento LGBTQ+, que van desde proyectos de leyes de unión civil a una serie de amparos y fallos judiciales.

2) El 23 de mayo del 2012 se aprueba la **Ley de Identidad de Género** (Ley 26.743). Esta norma garantiza el libre desarrollo de las personas conforme a su identidad de género, corresponda o no éste con el sexo asignado al momento de nacer. Permite que las personas trans sean tratadas de acuerdo con su identidad autopercibida e inscriptas en sus documentos personales, como por ejemplo el DNI y partidas de nacimiento, con su nombre y género percibido. Además, ordena que todos los tratamientos médicos de adecuación a la expresión de género sean incluidos dentro del Programa Médico Obligatorio. Esto garantiza los tratamientos tanto en el sistema de salud público como privado.

3) El 24 de junio del 2021 se aprueba en el congreso argentino la **Ley de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero "DIANA SACAYÁN - LOHANA BERKINS"** (Ley 27.636) en el que se establece un cupo mínimo de 1% de los cargos y puestos del Estado Nacional para esta población. Su objetivo es que travestis y trans puedan acceder a un trabajo formal en condiciones de igualdad.

3. Estrategia judicial y resultados

La discriminación contra personas trans y la necesidad de garantizar sus derechos fue tratada en forma creciente durante los últimos años por parte de la justicia en forma nacional. Antes de analizar la estrategia judicial del movimiento trans, analizaremos cómo funciona un movimiento social y en que consiste.

De acuerdo con el sociólogo estadounidense Charles Tilly los movimientos sociales operan haciendo referencia a tres poblaciones/grupos de personas:

1. Reclamar contra las personas que detentan el poder.
2. Los activistas, que pueden variar de colaboradores menores a líderes.
3. Hacer referencia a una población desfavorecida, en la cual se respaldan las reclamaciones y a quienes representan los activistas.

Tilly refiere que los activistas de los movimientos sociales tienen la tarea de "constituirse como interlocutores válidos de la población desfavorecida maximizando su propia evidencia de su magnitud, determinación y unidad" (Tilly, 2010, p. 11).

El activismo trans puede encasillarse en la tercera población a que hace referencia Tilly: una población desfavorecida. Como he mencionado en la sección anterior las personas transgénero fueron históricamente discriminadas en nuestro país. No contaban con aceptación social ni institucional. Eran personas tratadas como "locas" o "dementes" no tenían ni siquiera un respaldo judicial antes de la década de los 90, periodo durante el cual las operaciones de reasignación de sexo eran consideradas hasta como depravaciones. Era un grupo socialmente oprimido como resultado de las restricciones sistemáticas institucionales (Moreno, A., 2008).

La movilización a nivel judicial y legislativa del movimiento comienza en la década de los 90's en la que, al mismo tiempo, el movimiento empieza a lograr una aceptación social, no así institucional¹. A nivel nacional existían los edictos policiales y se detenían personas trans bajo la fundamentación de la moral y las buenas costumbres.

La autora Aluminé Moreno hace referencia a cómo en esta década se extiende la movilización política del movimiento

en un contexto temporal y regional en la que se articulan reclamos de derechos en nombre de la diversidad sexual que resulta de la expansión de discursos relacionados a la epidemia mundial de sida y la conformación de redes internacionales que trabajan en la defensa de derechos sexuales y reproductivos (Moreno, 2008, p. 220).

La activista trans Lohana Berkins hace referencia a cómo el grupo travesti sufre dos tipos de opresión: Opresión social: esta se basa en el imaginario colectivo de lo que se considera que es un travesti. Opresión institucional: esta se utiliza en aras de salvaguardar la moral, las buenas costumbres, las familias y la religión (Berkins, L. 2003). Esta segunda opresión es consecuencia de la primera.

¹Berkins en el texto refiere que a fines de la década de los 90 y a principios de la década de los 2000, mientras la Argentina sufría una severa crisis económica a nivel nacional, empezaron a sentir, como movimiento trans, una aceptación de la sociedad debido a la unión del pueblo en las calles a la hora de marchar por la crisis económica y la democracia.

Aluminé Moreno también habla de que la opresión tiene dos dimensiones que originan desventajas estructurales: Injusticias causadas por procesos económicos; injusticias basadas en procesos culturales (Moreno, 2008).

Las injusticias por procesos económicos en el movimiento trans son, por ejemplo, la imposibilidad del acceso laboral que tuvo el movimiento trans hasta el año en que se sancionó la Ley de cupo laboral para las personas transgénero. Esto derivaba en que las personas trans terminaban trabajando en la prostitución como única fuente de sostén económico, en la que se exponían a muchísimos peligros, inclusive la muerte.

Por eso el movimiento contra todas estas injusticias sufridas a diario y siendo un grupo totalmente desfavorecido en la década de los 90 forma asociaciones para luchar por sus derechos. Una de esas asociaciones, ALITT, llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2006 logrando la primera victoria del movimiento transgénero en nuestro país.

Como mencioné en la primera sección en el fallo "*Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia*" o mejor conocido como fallo "ALITT", una asociación civil que lucha por los derechos trans logra obtener su personería jurídica, anteriormente negada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K. La asociación recurre a la Corte Suprema mediante un recurso extraordinario federal.

La Cámara de Apelaciones había argumentado que la asociación no cumplía con el bien común, ya que según este tribunal:

(...) el bien común se satisface cuando el objeto de la asociación es socialmente útil, entendiendo por tal expresión a un bien general público extendido a toda la sociedad, de manera que los objetivos se proyecten en beneficios positivos, de bienestar común, hacia la sociedad en general." y, en el caso en cuestión, "(...) los objetivos expuestos por los recurrentes no se vinculan con ese propósito, sino que representan sólo una utilidad particular para los componentes de la asociación y -por extensión- para aquellos que participan de sus ideas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/11/2006. A. 2036. XL)

En primer lugar, la Corte Suprema entiende que la decisión de la Cámara restringe el derecho de asociación receptado en el artículo 14 de la Constitución Nacional y en tratados internacionales de igual jerarquía. La Corte tiene en cuenta que el movimiento transgénero forma parte de una minoría vulnerada a través del tiempo, que constantemente sufre actos discriminatorios, muchas veces violentos, y reconoce su vulnerabilidad y la marginación social que sufre. Además, consideraron la dificultad para la inclusión laboral, la carencia de la atención sanitaria que sufre el grupo trans en el sistema de salud y la violencia institucional de la que son víctimas, razones por las que la corte entendió que:

Resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/11/2006. A. 2036. XL).

La Corte considera que el bien común es el bien de todas las personas afirmando que (...) el "bien común" no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere "común" excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/11/2006. A. 2036. XL).

De esta manera se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. En este punto podemos citar a la jurista norteamericana Martha Minow cuando alega que "un caso ocasional ante la Corte que involucre asuntos sociales de interés general puede ser catalizador tanto para el debate legislativo o para una respuesta estatal, como lo es para dirigir consecuencias sociales" (Minow, 2000, p. 3). Esto resulta en un cambio total para el movimiento trans y en un gran acierto en su estrategia judicial. Luego de este fallo obtienen muy buena recepción en los pedidos judiciales referidos a cambio de sexo (rectificaciones de partidas de nacimiento y DNI) y vistos buenos respecto a la petición judicial de operaciones de reasignación de sexo.

Lo que genera el Fallo ALITT es una ola de activismo judicial, esta consiste en el uso estratégico de los tribunales de justicia por organizaciones dedicadas al litigio de interés público y por los ciudadanos en general para canalizar demandas hacia el Estado, como a la mayor disposición de los tribunales a involucrarse en tales asuntos y fiscalizar las políticas públicas (Delamata, 2013, p. 158).

Los tribunales de justicia comienzan a ser un contralor de los reclamos del movimiento transgénero a favor de lograr la realización de sus derechos civiles, políticos, económicos y culturales. De nuestra carta magna y los tratados internacionales se desprende un conjunto de principios como la igualdad, la no discriminación y la mayor autonomía de los ciudadanos, que terminan reflejados en los fallos que vamos a ver a continuación. (Delamata, 2013, p. 148-180).

Todo esto no significa que antes de ALITT no existieron fallos favorables para las personas trans, sino que eran una minoría los jueces que daban lugar a estos reclamos. Así comenzaremos este análisis jurisprudencial remontándonos al año 1997 con el fallo "N.N." del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 8 de Quilmes. Aquí una persona solicita, luego de obtener una intervención quirúrgica en el extranjero, la rectificación de su partida de nacimiento y de su documento de identidad. Este fallo es el primer antecedente jurisprudencial en el que se da lugar a la rectificación a una persona trans. Lo curioso de este fallo es que fue muy reciente a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 en el que se agregaron los tratados internacionales y convenciones de derechos humanos a la misma. El juez para la decisión recurrió a los principios generales del derecho y a la eliminación de toda forma de discriminación incorporada en nuestra carta magna a través de los tratados internacionales. El magistrado consideró que

la personalidad no es un valor que podemos configurar a nuestro gusto, su delineamiento se produce por innumerables factores que comienzan en etapas prenatales, al que se suman los ambientales, los de orden familiar o del medio social, como también la educación y otras experiencias de convivencia que afectan sensiblemente la definición de la misma y dentro de ella se encuentra todo lo atinente a su sexualidad (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 8 de Quilmes, 15/05/1997, LLBA 1997, 959, online AR/JUR/2682/1997).

Y termina dando lugar a la rectificación solicitada.

En el año 2008 la jurisprudencia nacional da lugar a un interesante fallo llamado "P., R. L." resuelto por el Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 4 de Mar del Plata. Este es el primer antecedente judicial en el que se da lugar a la rectificación de la partida de nacimiento y el DNI del solicitante sin que haya mediado una cirugía de rectificación previamente. Cuando la mujer trans realizó su solicitud judicial mediante un recurso de amparo, solicitó autorización tanto para la cirugía de reasignación como para la rectificación de sus documentos personales. Sin embargo, en la parte resolutive de la sentencia, el juez primero dio lugar a la modificación de la partida de nacimiento y la confección de un nuevo documento de identidad antes de conceder la aprobación para la intervención quirúrgica solicitada.

El magistrado pronunció que "no es la intervención quirúrgica la que determina la condición de persona transexual, sino que tal intervención quirúrgica habitualmente se lleva a cabo a consecuencia de la condición de transexualidad previa" (Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 4 de Mar del Plata, 10/04/2008. Causa N° 771). Este antecedente jurisprudencial fue de suma importancia para el posterior trabajo legislativo en la sanción de la Ley de Identidad de Género conforme a la que no es necesaria una cirugía de reasignación de sexo para poder pedir la rectificación del género en el DNI y en la partida de nacimiento. Para dictaminar el juez se apoyó en el art. 1 inc. 2 ("persona es todo ser humano") y art. 3 ("toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica") de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación al artículo 75 numeral 22 de la Constitución Nacional. Así es como el movimiento trans, mediante la estrategia judicial y su fundamentación constitucional apoyada en los tratados internacionales y convenciones de Derechos Humanos, le da un valor público al reclamo.

La politóloga Alba M. Ruibal, citando a Siegel, define el valor público de la condición en el que los movimientos deben traducir sus demandas particulares a un discurso que apele a valores e interpretaciones constitucionalmente compartidas. Así, "esta condición implica que cuando un movimiento intenta cambiar el ordenamiento normativo, debe presentar sus reclamos en la esfera pública como congruentes con los principios constitucionales vigentes y fundamentales para la sociedad" (Ruibal, 2014, p. 183).

En esta línea los fallos a favor del movimiento trans como estrategia se replican a nivel nacional a través de la herramienta del recurso de amparo. En el año 2009, el Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la ciudad de Formosa autorizó la realización de la cirugía de reasignación de sexo y también habilitó el cambio de sexo y nombre en la documentación personal del peticionante. Advierte la jueza en la parte resolutive de la sentencia "que la identidad sexual es uno de los caracteres primarios de la identidad personal" (Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la ciudad de Formosa, septiembre del 2009), distinguiendo entre los factores biológicos, con los que nace y se registra el sujeto, y los psicosociales que conforman su personalidad. Mientras que los primeros son estáticos, los segundos son dinámicos, definiendo al transexualismo como una disociación entre los factores determinantes biológicos y el sexo psicosocial. La magistrada sustentó el fallo en el artículo 19 de la Constitución Nacional que resultó decisivo para resolver la cuestión en cuanto garantía de la autonomía personal: "La noción de autonomía personal refleja un principio importante que orienta hacia la garantía de esa disposición, la esfera personal de cada individuo es protegida, comprendido el derecho para cada uno establecer los detalles de su identidad de ser humano" (Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la ciudad de Formosa, Fallo "B, A. S/VOLUNTARIO, septiembre del 2009).

En el año 2011, se presentó un amparo ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad de Buenos Aires (Fallo S. D. A. C/GCBA S/ AMPARO) en el que se resolvió que se procedía rectificar la documentación personal de una persona a quien el registro civil le había negado el cambio de identidad sexual. El juez hizo lugar al amparo sin la necesidad de que la persona peticionante se hubiere realizado una operación quirúrgica de reasignación de sexo. Según el juez:

la identidad sexual de las personas excede ampliamente lo biológico, por lo que no parecería apropiado condicionar una solicitud de cambio de sexo registral a la realización de una intervención quirúrgica en tanto ésta no hubiera sido solicitada. Ello por cuanto, supeditar la aceptación del pedido de la actora al sometimiento a una no deseada operación de ese tipo, implicaría en los hechos colocarla en la paradójica disyuntiva de someterse a una mutilación física, que conlleva ni más ni menos que la esterilización. (Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad de Buenos Aires, Expte. N° EXP 39.475/0, 29/12/2010).

Al igual que en los fallos anteriores, normativamente se fundamenta en el art. 19 de la Constitución Nacional que recepta el principio de autonomía personal. Para finalizar en la parte resolutive, y más allá de autorizar el cambio de identidad sexual de la persona peticionante, el juez advirtió la necesidad de la sanción de una norma de alcance general que regule el procedimiento a seguir en situaciones como estas.

Finalmente mencionaré el fallo "R. V. E. S/Acción de autorización judicial para la reasignación de cambio de sexo" del mes de febrero del año 2012. Este es uno de los últimos fallos judiciales sobre el tema, porque tres meses después de resuelto, se sancionará lo que hoy conocemos como la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743). Este fallo surge del Juzgado de Familia de Bariloche. Resulta importante ya que aquí se declara la inconstitucionalidad de una ley provincial que prohibía a los médicos a realizar operaciones de reasignación de sexo (Ley 3338, art. 26 inc. D). La magistrada advirtió que el único requisito necesario para acceder a esta cirugía era el consentimiento informado y que no existían "razones de peso para justificar la intervención judicial en una decisión de carácter personalísimo que no perjudica a terceros y no ofende el orden y la moral pública, por lo cual está exenta de la autoridad de los magistrados" (Juzgado de Familia de la ciudad de Bariloche, Expte. 15545/11;17/02/2012). Todo esto sustentado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Así culmina el análisis de la estrategia legal empleada por el movimiento transgénero en Argentina en relación al acceso a cirugías de reasignación y al reconocimiento del derecho a la identidad de género. Tras la aprobación y efectiva implementación de la Ley de Identidad de Género, no se han suscitado nuevas controversias legales, ya que la modificación de la identidad de género en el Documento Nacional de Identidad se ha convertido oficialmente en un mero procedimiento administrativo en todos los Registros Civiles del país.

Los procesos judiciales no resultaron fáciles de afrontar por las personas trans puesto que resultaban burocráticos debido a que en la mayoría de estos casos tardaban más de cinco (5) años en resolverse (ya fuera para su aprobación o rechazo). Además, de que cuanto más clausu-

rada estaba la opción por la autonomía del sujeto, mayores requisitos se imponía para certificar la veracidad de su palabra. También muchas veces resultaban procesos muy violentos para los peticionantes ya que la persona solicitante debía acreditar su "trastorno de identidad" y su palabra estaba en constante cuestionamiento o directamente desacreditada. Los mecanismos de violencia no sólo eran simbólicos sino también materiales. Así, el sometimiento a peritajes biomédicos implicaba la realización de un escrutinio corporal invasivo y violatorio a los estándares en derechos humanos.

Los jueces a través de los fallos que he analizado han hecho una interpretación de la norma constitucional operando su historización. Esto consiste en adaptar las fuentes existentes a las nuevas circunstancias descubriendo en ellas posibilidades inéditas, dejando de lado lo superado y lo caduco (Bourdieu, 2008, p. 184). Se adapta el art. 19 de nuestra carta magna al paradigma de la autonomía personal de las personas transgénero mediante el que sus decisiones se consideran de carácter personalísimo y no afectan a terceros ni a la moral pública.

Los jueces citando el art. 19 de la Constitución entienden que cuanto mayores condiciones institucionales existan para que una persona pueda afirmar su género en su vida cotidiana, mayores oportunidades habrá para que esa experiencia de vida pueda desarrollarse sin sometimientos o restricciones que invaliden su autonomía como sujeto.

También han adaptado la Convención Americana de Derechos Humanos conforme a la que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, dejando de lado la concepción de personas dementes o pervertidas que se asignaba a las personas trans que soliciaban su derecho a la identidad de género.

Todos los argumentos empleados en las sentencias previamente analizadas sirvieron como base para la elaboración y justificación del proyecto de Ley de Identidad de Género presentado en el año 2010 por las asociaciones Comunidad Homosexual Argentina (CHA), ALITT y Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL) ante la Cámara de Diputados. En las consideraciones del proyecto de ley de utilizó como principal soporte el art. 19 de la Constitución nacional que garantiza la libertad individual que no puede ser intervenida por terceros, sea el Estado o particulares, utilizada como fundamento de todos los fallos a favor del cambio de género. Así también se utilizaron los siguientes tratados internacionales: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículos 2, 3 y 7); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículos I, II y XI); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 1 y 12); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 2, 3, 5, 17, 24 y 26); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 2, 3, 4, 5 y 24).

En los aspectos socio jurídicos esbozados en el proyecto de ley se abordó la diferenciación del sexo biológico con el género escogido por las personas también utilizado en algunos fallos mencionados previamente como por ejemplo S. D. A. C/GCBA S/ AMPARO. Cada una de las sentencias examinadas resultó crucial en la justificación del proyecto de Ley que finalmente se convirtió en la Ley 26.743.

4. Infancias Trans – Caso Luana

El caso de Luana Mansilla fue el primer caso de una niña trans que a sus 6 años obtuvo por vía administrativa la rectificación de su DNI y la partida de nacimiento, pero no fue el primer caso de este tipo que se presentó en el país. El primero fue el caso que surge del fallo "C. J. A." del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, del año 2007.

En este caso los padres de una menor de catorce años de edad habían solicitado autorización para someter a su hija transexual a una intervención quirúrgica para la adecuación de sus genitales. En primera instancia se rechazó la petición. Se apeló dicha decisión y la Cámara rechazó la apelación. Entonces, recurrieron al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, este declaró mal denegado el recurso de casación interpuesto y anuló la decisión de la Cámara. Cuando el caso retornó a primera instancia para una resolución, la menor tenía ya 17 años. El juez de la causa concluyó que la menor tenía aptitud para entender la trascendencia de esta cirugía en su vida y comprendía perfectamente los riesgos que implicaba. Se emitió sentencia favorable en este caso autorizando la intervención quirúrgica requiriendo el consentimiento informado del menor y el asentimiento de los padres. Asimismo, se les impuso a los padres una debida supervisión o acompañamiento interdisciplinario por un psicólogo, psiquiatra, endocrinólogo y cirujano, tanto antes como después de la cirugía y hasta la mayoría de edad de la menor trans.

Vale aclarar que el caso "C. J. A." es anterior a la Ley de Identidad de Género. El caso de Luana Mansilla es posterior y por eso resultan polémicas las trabas institucionales que sufrió la niña en el caso C.J.A. para la rectificación de su nombre y género en el DNI. Cuando comienza el proceso administrativo la menor tenía 5 años. Era el primer caso en el que una niña tan pequeña solicitaba esta rectificación ante el registro civil. Cabe aclarar que en el 2012 luego de la sanción de la Ley de Identidad de Género ya no resulta necesario acceder a un proceso judicial para la obtención satisfactoria de la rectificación, sino que simplemente se trata de un proceso administrativo ante el registro civil.

En el año 2012 cuando se presenta la menor Luana Mansilla junto con sus padres en el registro civil a solicitar la rectificación en el DNI se la deniegan y derivan el caso a un asesor de Menores e Incapaces del Tribunal de Morón para que interviniera y judicialice el caso ya que consideraban que la niña era una menor impúber y por lo tanto era incapaz absolutamente de tomar decisiones porque podía estar viciada o influenciada su decisión. Se consideraba que la niña dejaba de ser impúber, de acuerdo al código civil, a los 8 años. Por esta razón se solicitaba la intervención judicial. No obstante, esta resolución se consideró contraria a la Ley de Identidad de Género. La madre de la niña optó por hacer público el caso a través de los medios de comunicación y, además, decidió redactar cartas dirigidas a la entonces Presidenta, la Dra. Cristina Fernández de Kirchner, y al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Daniel Scioli. Finalmente se logró revocar la decisión judicial que le negaba a la niña la emisión de un documento de identidad con género femenino. En su lugar, se emitió un nuevo documento que reconocía su identidad autopercebida, cumpliendo así con la Ley de Identidad de Género que había sido promulgada un año antes.

Luana Mansilla logró obtener su DNI rectificado el 8 de octubre del 2013 a la edad de 6 años y se convirtió en la infante trans más joven del mundo en obtener su rectificación de género y nombre por vía administrativa (Mansilla, G., 2016). En este caso particular la vía judicial no resultó de ayuda por lo que la familia de la niña, con apoyo de varias organizaciones y asociaciones de la comunidad trans, tuvo que recurrir a una estrategia diferente como recurrir a los medios de comunicación e interpelar la ayuda de funcionarios políticos.

5. Ley de Identidad de Género, actualidad y futuro del movimiento trans

La Ley nacional 26.743 de identidad de género fue promulgada el 23 de mayo del año 2012. Dicha norma modifica la Ley 17.132 del año 1967 eliminando la prohibición de llevar a cabo intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo que requería autorización judicial. También contiene una referencia a la Ley 18.248 de 1969 sobre el nombre al apartarse del procedimiento judicial que establecía. Además, remite a la Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, al mencionarse la garantía del abogado/a del niño/a.

El 3 de julio del año 2012, el decreto 1007/12 reglamentó la ley en materia registral. Posteriormente, por medio de la resolución N° 1795/2012, la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas garantizó el carácter gratuito del trámite registral conforme lo disponía la ley.

Lo más novedoso de la Ley de identidad de género es que fue impulsada y redactada por organizaciones argentinas de personas trans. Suelen ser escasas las oportunidades históricas en las cuales las personas involucradas pueden participar tan activamente en la toma de las decisiones concretas relativas a sus intereses, derechos y vidas.

El trabajo en comisión de la Cámara de Diputados fue arduo y consistió en condensar los numerosos proyectos que existían, presentados por distintas organizaciones de personas trans. Éstas dejaron de lado sus diferencias políticas para llegar a un texto de consenso. En dicha Cámara el proyecto recibió el apoyo de 167 diputados (17 en contra y 7 abstenciones), o sea más del 87% de los presentes (y a 5 votos de obtener una mayoría calificada). En revisión en el Senado, fue aprobada por 55 votos a favor, ninguno en contra y una abstención.

La Ley de Identidad de Género permite que las personas trans sean tratadas de acuerdo a su identidad autopercebida y la inscripción correspondiente en sus documentos personales y otros registros con el nombre y el género vivenciado (sin necesidad de intervención judicial, este trámite se debe realizar por vía administrativa de manera 100% gratuita). Además, la ley ordena que todos los tratamientos médicos de adecuación a la expresión de género sean incluidos en el programa médico obligatorio. Esta Ley fue considerada como una de las más avanzadas del mundo en cuanto a libertades y derechos para el colectivo trans.

Como mencioné anteriormente en la sección primera de este trabajo, el colectivo trans fue adquiriendo muchos derechos a lo largo de los últimos años como la Ley de matrimonio igualitario, la Ley de cupo laboral trans y la ya mencionada Ley de identidad de género. La lucha del movimiento trans no termina aquí sino que continúa firme puesto que aún es un grupo vulnerado social e institucionalmente. A futuro este movimiento busca la aprobación de la Ley integral trans presentada como proyecto por la ATTA (Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina) que propone asegurar a las personas trans el ejercicio pleno y en condiciones de igualdad de sus derechos y libertades, promover el respeto de su dignidad, la integración social a nivel cultural, económico-laboral, en el ámbito de salud y educación, así como en cualquier otro ámbito de la vida ciudadana. En este proyecto se incluye de forma novedosa la protección contra la violencia, la explotación, la trata y el abuso; también el aseguramiento a la vivienda digna de las personas trans y la obtención de un subsidio a personas trans mayores de 40 años.

Como decía Lohana Berkins hay que tratar de evitar pensar en sentido dicotómico o binario cuando nos referimos a las personas trans. Es posible que convivan con el sexo que poseen, pero al final, se busca construir un género propio y distintivo. Se cuestiona el estatus quo que se tiene hasta el momento (Minow, M., 2000) sobre lo que es el género y el sexo. Existe un abanico ajeno al estatus quo de la binariedad establecida hombre-mujer al que debemos adaptarnos no solo socialmente sino con normativa que vaya de la mano de esta evolución y protegiendo que no se vulneren derechos.

Las batallas ganadas por el colectivo trans fueron enormes a lo largo de la historia Argentina pero aún continúan muchas para que finalmente las personas trans no se sientan vulneradas y se forje un futuro mejor para todos y todas.

Referencias:

- Berkins, L. (2003). Un itinerario político del travestismo. En D. Maffia (Ed.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero* (pp. 127-137). Buenos Aires: Scarlett Press.
- Bourdieu, P. (2008). *Poder, derecho y clases sociales* (2da ed.). Bilbao, España: Desclée de Brouwer, cap. V.
- Delamata, Gabriela (2013). Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea. *Sociologías* 15(32): 148-180.
- Farji Neer, Anahí (2017). «El dispositivo de la transexualidad». *Travestismo, transexualidad y transgeneridad en los discursos del Estado argentino: desde los edictos policiales hasta la Ley de Identidad de Género*. Teseo. ISBN 9789502916576.
- Mansilla, Gabriela (2016). *Yo nena, yo princesa. Luana la niña que eligió su propio nombre*. San Martín, Provincia de Buenos Aires: Ediciones UNG.
- Minow, M. (2000). Derecho y cambio social. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 5(1), 1-13.
- Moreno, A. (2008). La invisibilidad como injusticia. Estrategias del movimiento de la diversidad sexual. En M. Pecheny & C. Figari (Eds.), *Todo sexo es político: estudios sobre sexualidades en Argentina* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: Libros del Zorzal.
- Ruibal, A. (2014). *Mobilización Y Contra-Mobilización Legal. Propuesta Para Su Análisis En América Latina*. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2481536.
- Tilly, C. (2010). *Los movimientos sociales 1768* (1st Edition). Barcelona, España: Critica, cap. I.

Jurisprudencia

- Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala de Cámara, 29/07/1966. Fallo "S. M., R.", Fallo N° 56.208 (ADLA, IV; VII, 71), LL t. 123.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/11/2006. A. 2036. XL, Fallo "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia".
- Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la ciudad de Formosa, septiembre del 2009, Fallo "B, A. A S/VOLUNTARIO". Publicado por el CIJ (Centro de información Judicial) <https://www.cij.gov.ar>.
- Juzgado de Familia de la ciudad de Bariloche, 17/02/2012, Fallo "R V. E. S/ACCION DE AUTORIZACION JUDICIAL PARA LA REASIGNACION DE CAMBIO DE SEXO (RESERVADO)", Expte. 15545/11; Publicado por el CIJ (Centro de información Judicial) <https://www.cij.gov.ar>.
- Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, 21/09/200, Fallo "C. J. A. y otra - solicitan autorización". Publicado en LLC2007 (noviembre), 1102. Cita online: AR/JUR/5596/2007.
- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 8 de Quilmes, 15/05/1997. Fallo "N. N.", Publicado en: LLBA 1997, 959, con nota de Julio César Rivera. Cita online: AR/JUR/2682/1997.
- Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 4 de Mar del Plata, 10/04/2008. Causa N° 771, Fallo "P., R. L."
- Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad de Buenos Aires, 29/12/2010. Fallo "S. D. A. C/GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)", Expte. N° EXP 39.475/0. Publicado por el CIJ (Centro de información Judicial) <https://www.cij.gov.ar>.

La judicialización de la violencia por prejuicio cometida en contra de personas LGBTIQ+: retos y avances desde el estudio del DIH y el DPI

Autor

Andrés Felipe Martín Parada*

Cómo citar este artículo

Martín Parada, Andrés Felipe (2023). La judicialización de la violencia por prejuicio cometida en contra de personas LGBTIQ+: retos y avances desde el estudio del DIH y el DPI, REV. IGAL, II (1), p. 51-65.

*Estudiante de doctorado, docente e investigador de la Universidad del Rosario.

RESUMEN

El siguiente artículo analiza las complejidades del Derecho Internacional Humanitario (DIH) frente a la protección de personas LGBTQI+ que no participan de las hostilidades a partir del abordaje de la protección de este sistema jurídico a las mujeres en el marco de la guerra. Con base en ello, el texto muestra cómo este cuerpo reglamentario de la guerra no se sumerge en protecciones específicas de categorías como orientaciones sexuales e identidades de género diversas, lo cual imposibilita el entendimiento de la violencia por prejuicio perpetrada en Colombia en contra de personas LGBTQI+ en el marco de la guerra. Este artículo también sumerge al lector en las dificultades del DIH en la materia y analiza que existen otros instrumentos jurídicos que permiten la judicialización de los responsables por actos constitutivos de violencia por prejuicio, tales como el Derecho Penal Internacional (DPI) el cual puede ser aplicado en Colombia de manera directa por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), como el órgano judicial que conoce de las conductas perpetradas en el conflicto y que puede llegar a sancionar estas conductas como un crimen de lesa humanidad.

PALABRAS CLAVE:

LGBTQI+, VIOLENCIA POR PREJUICIO, DIH, DIP, JUSTICIA TRANSICIONAL

ABSTRACT

The following article analyzes the lack of protection provided by International Humanitarian Law (IHL) to LGBTQI+ persons who do not participate in hostilities based on the protection of this legal system for women in the context of war. Based on this, the text shows how this regulatory body of war does not delve into specific protections for categories such as sexual orientations and diverse gender identities, which makes it impossible to understand the violence perpetrated in Colombia against LGBTQI+ persons in the context of war. This article also immerses the reader in the difficulties of IHL in this area and analyzes that there are other legal instruments that allow the prosecution of those responsible for acts constituting violence by prejudice, such as International Criminal Law (ICL), which can be applied directly in Colombia by the Special Jurisdiction for Peace (JEP), as the judicial body that hears the conducts perpetrated in the conflict and that can punish these conducts as a crime against humanity.

KEYWORDS:

LGBTQI+, VIOLENCE BY PREJUDICE, IHL, ICL, TRANSITIONAL JUSTICE.

1. Introducción

El DIH, entendido como el derecho que humaniza los conflictos y limita los efectos de este, presenta amplias discusiones alrededor del ámbito material de su aplicación (Salmón, 2016, p. 27). En este sentido, si bien el DIH fue previsto para aplicarse en los conflictos armados internacionales y no internacionales, las normas e instrumentos internacionales que lo regulan son muchas veces discriminatorios con las mujeres. Igualmente, en materia de derechos de la población LGBTIQ+, el DIH presenta problemáticas en su aplicación, pues no protege de manera expresa a las identidades y orientaciones sexuales diversas que son perseguidas en el conflicto por parte de los actores armados. Este tipo de persecución de lo que se considera negativo ha sido denominada violencia por prejuicio, entendida como "un fenómeno social —y no como un hecho aislado— que constituye actos como 'crímenes de odio' o actos homofóbicos y transfóbicos que son el resultado de percepciones negativas basadas 'en generalizaciones falsas, así como reacciones negativas' frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas" (Martín, 2020, p. 8); la cual no está cobijada por la protección de instrumentos del DIH.

En el plano del conflicto armado, esta violencia se incrementa, pues los actores armados como guerrillas y fuerza pública ejercen un control en ciertos territorios para exterminar todo lo que para ellos no encaje dentro de la sociedad. El propósito de este artículo, a modo de crítica, es mostrar que el DIH, además de desproteger a las mujeres en el marco de las hostilidades, también deja de lado la protección de categorías relacionadas con la vida de personas LGBTIQ+ dada la configuración de su normatividad.

De esta forma, las críticas al DIH en materia de género son múltiples. Feministas como Helen Durham y Katie O'Byrne afirman que el DIH en efecto discrimina a las mujeres, "puesto que se trata de un régimen jurídico que prioriza a los hombres, específicamente a los combatientes varones, y a menudo relega a las mujeres a la categoría de víctimas o les confiere legitimidad sólo cuando desempeñan funciones relativas a la crianza de niños" (2010, p. 38). Esto se ve reflejado en las 42 disposiciones relacionadas con la mujer que se encuentran en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales de 1977, donde se observa que la mayoría del articulado se refiere a las mujeres embarazadas o a madres que amamantan (Durham, 2010).

Ahora, si bien las nociones sobre las cuales se basa el DIH pueden resultar discriminatorias con las mujeres como se afirmó anteriormente, se debe reconocer algunos aspectos positivos que contempla esta normativa especializada para proteger a la mujer en el marco de un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o de carácter no internacional. Así, se puede mencionar, por ejemplo, la Norma 134 del DIH consuetudinario la cual establece el respeto por las necesidades específicas de las mujeres afectadas por los conflictos armados en materia de protección, salud y asistencia; o también el artículo 3 del IV Convenio de Ginebra que prevé la recogida y atención de todos los enfermos y heridos en guerras y 3(c) ultrajes a la dignidad personal, además de la protección general de "no discriminación". En este punto Aditi Aggarwal afirma que en el marco del artículo 3 "las mujeres están protegidas con normas especiales que se categorizan en la protección específica de género" (Vinay Aggarwal, 2018, p. 35) así como también que con base en el CICR "de los quinientos sesenta artículos que componen el derecho de Ginebra, aproximadamente cincuenta disposiciones de los Convenios y Protocolos tratan de la no discriminación o proporcionan de otro modo 'protección especial para las mujeres' " (Vinay Aggarwal, 2018, p. 35) en actos como la separación de cuartos y comodidades para las mujeres privadas de la libertad o el trato especial que reciben las mujeres embarazadas o en estado de gestación. Sin embargo, se debe reiterar la problemática y es que el tipo de lenguaje usado en estos instrumentos, si bien responde a las necesidades y el contexto de los años 40 del siglo XX, dificulta en la actualidad aproximarse a las nociones de violencia sexual o violencia por prejuicio en el marco de los conflictos armados actuales, ya que a las mujeres de violencias, como la violencia sexual o las violencias por prejuicio, que estas puedan padecer en el marco de las hostilidades.

¹De acuerdo con su propia mención, la agrupación se define a sí misma como Colectivo Ni Una Menos. Así se observa en el sitio web <https://niunamenos.org.ar/quienes-somos/carta-organica/>.

²En este trabajo se utilizará la expresión mujeres y disidencias con el fin de escapar al sesgo del binomio establecido por la asignación biológica varón-mujer ya que entiendo que el género es una construcción que excede lo biológico.

³La brecha entendida como la distancia que existe en la observación diversa de un evento.

⁴En este trabajo se utilizará la expresión "mujeres y disidencias" para identificar a las personas que conforman el colectivo bajo análisis. Esta denominación responde a la necesidad de reflejar un concepto que no quede acotado al binarismo asociado al sexo biológico de mujer-varón sino que permita que las identidades que se identifiquen como mujeres, lesbianas, trans, travestis y no binarios puedan incluirse.

Actores armados han acudido a este tipo de violencias por distintos motivos en el marco de las hostilidades. En el plano de la violencia sexual, Aguilar (2010) afirma que la violencia sexual ha sido usada por parte de los actores armados como un instrumento de guerra que es considerada "como síntesis política de la opresión de las mujeres [porque] implica apropiación y daño. Es un hecho político que sintetiza un acto, la cosificación de la mujer y la realización extrema de la condición masculina patriarcal". Por su parte, frente a la violencia por prejuicio, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (en adelante Comisión de la Verdad) ha afirmado, en el caso de Colombia que los distintos actores armados acudieron a este tipo de violencia al utilizar la "discriminación como un arma de guerra en contra de las personas LGBTIQ+ para alcanzar múltiples fines, como por ejemplo lograr mayor legitimidad en los territorios bajo su control o vincular a personas que consideraban especialmente vulnerables para realizar labores feminizadas como lavar la ropa o cocinar" (2020).

En Colombia, las críticas al tratamiento de los hechos ocurridos en la guerra han abierto la puerta a que se hable de un enfoque diferencial y de género, tal como sucedió con el Acuerdo de Paz firmado entre el gobierno colombiano y la extinta guerrilla FARC-EP. Así, en el actual proceso de justicia transicional se comenzó a hablar de la relevancia de estos enfoques en el tratamiento de personas victimizadas en contextos de guerra, entendiendo el género en un sentido amplio que contemple, no solo visibilizar la guerra desde la perspectiva de daños hacia las mujeres, sino también visibilizar la grave problemática existente en contra de personas LGBTIQ+ en el marco del conflicto armado colombiano (Martín, 2020, p. 10).

De esta forma, la aplicación de un enfoque diferencial y de género, el cual no se limita al tratamiento de la violencia contra las mujeres en el marco de un conflicto armado, sino que va más allá en el reconocimiento de las particularidades de sectores invisibilizados, permite entender y realizar una lectura más completa de las causas del conflicto y su profunda humanización, que es el objetivo principal del DIH. Esta lectura permite, por un lado, comprender el papel de la mujer dentro del conflicto armado, no solo como una víctima más o en su papel de garante y protectora de los menores, sino también en su papel de mujer combatiente y como víctima de crímenes de violencia sexual, ya que es la población más afectada, al ser sus cuerpos usados como instrumentos de guerra (Mackenzie, 2010), sin que haya protección del DIH en esa humanización que pretende.

Por otro lado, en el caso de personas LGBTIQ+, esta lectura da pie a la judicialización de crímenes internacionales cometidos debido a la orientación sexual o la identidad de género por fuera de los órdenes heteropatriarcales, crímenes ocasionados por violencia por prejuicio, concepto que se desarrollará en líneas subsiguientes. Esta judicialización, como se verá más adelante, se lleva a cabo en el marco del DPI, al ser una respuesta en apariencia efectiva del tratamiento de estas violencias como crímenes internacionales.

Con base en el contexto anotado, este texto se enfoca, en primer lugar, en comprender las críticas que algunos sectores feministas han hecho al conjunto de normas que integran el DIH y con ello poner en evidencia la manera en que estas críticas feministas discuten alrededor de, no solo de violencias cometidas en contra de las mujeres en el marco de las hostilidades, sino que en el caso colombiano ha permitido la inclusión de poblaciones invisibilizadas como las personas LGBTIQ+ con base en el análisis de la violencia por prejuicio, que da cuenta de las limitaciones del DIH en la protección de categorías particulares frente a identidad de género y orientación sexual. En segundo lugar, estudia cómo se han implementado las normas del DIH en Colombia y cómo su aplicabilidad, en el marco de la JEP, puede responder o no a proteger categorías violentadas por el prejuicio en contra de personas sexualmente diversas. En este punto, el texto también precisa que, si bien el DIH está limitado en su alcance, existen otras herramientas como las ofrecidas por el DPI que darían respuesta a la judicialización de estas violencias como un crimen internacional. Finalmente, se exponen los retos que aún quedan pendientes para el tratamiento judicial de personas victimizadas debido a su género u orientación sexual en el marco de las conductas cometidas con ocasión del conflicto armado colombiano, con especial enfoque en el trabajo que ha realizado la JEP hasta ahora.

2. Algunas críticas del feminismo al DIH y la complejidad de su aplicación en personas LGBTIQ+ frente a la violencia por prejuicio

Para empezar, sectores feministas critican lo dispuesto en el inciso 3 del art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual define que "el término «género» se refiere a los dos sexos, mascu-

lino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede". Esta es una interpretación restrictiva del género, lo que a su vez se traduce en una norma definida con una concepción patriarcal que impide la aplicación de enfoques diferenciales más favorables a la protección de todos aquellos que no responden a una concepción no binaria y no biológica de la sexualidad, tales como las personas queer, trans e intersex (Consejo Económico, Social y Cultural, 2001).

También se critica que el DIH prioriza la protección de personas del género masculino, en especial aquellos que son combatientes, relegando así a las mujeres a la categoría de víctimas siempre o a la función de garantes y protectoras de niños. Esto, según Olsen (2000), es una reproducción de una observación brindada —desde la teoría feminista del fenómeno legal— sobre la subordinación de lo femenino, y una paradoja a la exaltación de ciertas características femeninas. Esto se ve reflejado en el artículo 76 del Primer Protocolo Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra, referido a la protección de la mujer, cuando afirma que

en toda la medida de lo posible, las Partes en conflicto procurarán evitar la imposición de la pena de muerte a las mujeres encintas o a las madres con niños de corta edad a su cargo por delitos relacionados con el conflicto armado. No se ejecutará la pena de muerte impuesta a esas mujeres por tales delitos,

pues la protección va ligada precisamente al rol de las mujeres como víctimas o protectora de niño, dejando claro el papel de la mujer en el marco de la guerra y reafirmando el rol social que le ha sido asignado dentro de la sociedad.

En el plano de personas LGBTIQ+, que también se encuentran en una situación de vulnerabilidad en el marco de las confrontaciones armadas entre dos partes, el DIH no contempla categorías expresas de protección a particularidades como la orientación sexual o identidad de género de una persona. Sin embargo, aunque el DIH no contempla categorías expresas que protejan elementos tan íntimos de una persona como la orientación sexual y la identidad de género, existen trabajos como el de Alon Margalit que visibilizan una reinterpretación del DIH el cual permite, eventualmente, la protección de personas LGBTIQ+ en el conflicto armado. En ese sentido, Margalit (2018) afirma que, pese a que las referencias específicas a personas LGBTIQ+ no se encuentran en el DIH, se pueden inferir de sus principios como el de humanidad y el principio de distinción que implica la prohibición de distinción adversa por motivos, de raza, sexo o religión, una protección extensiva a poblaciones vulnerables. Así, para Margalit el DIH podría reconocer, bajo su interpretación, que hay grupos vulnerables en la guerra como menores de edad, mujeres, ancianos, heridos o enfermos, en donde otorga una protección especial a estos sectores e instruye a las partes beligerantes a que respeten y presten atención a sus necesidades (Margalit, 2018).

En particular, la protección que brinda el DIH a personas LGBTIQ+, a la luz de los preceptos de Margalit (2018), se aplica simplemente por el hecho de ser personas que no participan de las hostilidades (Margalit, 2018, p. 249). Sin embargo, existen otras tesis que sostienen una protección mayor a esa interpretación. Gloria Gaggioli (2014), por ejemplo, sostiene que para tratar un incidente como una violación del DIH —en el que una persona (que puede ser LGBTIQ+) resultó dañada por su orientación sexual o su identidad de género—, dicho incidente debe cumplir dos requisitos acumulativos: debe existir un nexo entre el abuso y el abuso sexual por motivos de orientación sexual o identidad de género y ese nexo debe estar correlacionado con conflicto armado, es decir, haber sido cometido durante el enfrentamiento de los grupos beligerantes (Gaggioli, 2014, p. 516).

Las críticas anteriores permiten observar dos posiciones interpretativas distintas. Por un lado, se podría decir que el DIH en sí mismo excluye la protección de las mujeres y otros grupos vulnerables como la población LGBTIQ+, sobre cierto tipos de violencias, dado que la redacción de su cuerpo normativo no precisa categorías especiales de orientación sexual e identidad de género de las personas que sufren las hostilidades de la guerra, pese a incorporar algunas menciones sobre el género, que se enmarcan sobre todo en situaciones de protección de mujeres privadas de libertad o en estado de embarazo. Esto podría significar que las normas del DIH responden a contextos patriarcales que impiden la garantía de derechos y la protección de ciertos sectores sociales en un conflicto armado, precisamente por su limitación en las concepciones sobre el género que conlleva también a la imposibilidad de establecer enfoques más amplios no solo limitados a la protección a mujeres combatientes —pues si bien hay protección hacia ellas esta no es suficiente—, sino que incluyan a las personas que no se reconocen dentro del sistema binario como hombre o mujer, como personas trans que están dentro de la población LGBTIQ+.

Sin embargo, existen investigaciones como las de Margalit (2018) y Gaggioli (2014) que reinterpretan el DIH de cara a fenómenos actuales, los cuales permiten ver el panorama de una forma distinta y mucho más amplia: si bien la normativa del DIH no cambia en su tenor literal, sí permite ser flexible en la práctica al momento de reconocer realidades antes invisibilizadas con categorías que permiten el juego y la inclusión de nuevos preceptos acordes a la realidad de ciertos conflictos. El DIH sigue siendo, a pesar de esas reinterpretaciones, limitado, pues es un cuerpo normativo creado durante el siglo XX que encajaba con las problemáticas de ese momento y, si bien la reinterpretación de su contenido podría eventualmente subsanar los casos de abuso en contra de civiles protegidos por el DIH, violencias como la violencia por prejuicio parecen ser más complejas que lo cobijado por esta normatividad.

En Colombia se ha reconocido en los últimos años que las personas LGBTQI+, en el marco del conflicto armado, han sido discriminadas y violentadas debido a su identidad de género y orientación sexual diversas (Serrano, 2018). No obstante, es relevante mencionar que, si bien Colombia Diversa ya desde el 2011 había documentado las violencias que sufren estas personas en el marco de la guerra, también reconoce que no todas las personas LGBTQI+ han sido violentadas por esa razón (Colombia Diversa, 2018).

El informe *Un Parche que resiste* es de gran importancia, pues allí Colombia Diversa explica cómo los hechos cometidos en contra de víctimas LGBTQI+ se traducen en una violencia por prejuicio. Sin embargo, es preciso mencionar que esta violencia se ha entendido como aquella que es ejercida en contra de cuerpos por ser lo que son o en contra de cuerpos no normativos, es decir, aquellos que no están enmarcados bajo una lógica heterosexual. A su vez, es una violencia que se puede ejercer de forma jerárquica o de forma excluyente, de acuerdo con su finalidad (Gómez, 2008, p. 91). En este sentido, la forma jerárquica de esta violencia se ejerce para recordar el estado de inferioridad o subordinación, mientras que la forma excluyente se usa para liquidar lo que el otro cuerpo representa (Gómez, 2008, p. 91).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) (2015) también ha entendido esta violencia en los términos anteriores, y siguiendo las líneas de Gómez (2008), ha establecido que la violencia por prejuicio es entendida como

un fenómeno social y no como un hecho aislado, que constituye así actos como los 'crímenes de odio' o actos homofóbicos y transfóbicos que son el resultado de percepciones negativas que se basan "en generalizaciones falsas, así como reacciones negativas" frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas. (Martín, 2020, p. 8).

En palabras de Colombia Diversa (2014), la violencia por prejuicio tiene al menos cinco características a resaltar, sobre todo en contextos de conflicto armado:

1. Permite explicar las violencias contra personas LGBTQI+ en el conflicto armado mientras se aplique una mirada interseccional y de género sobre esta, pues "las investigaciones [que] se han adelantado sobre el particular permiten identificar una suerte de patrón común a los diferentes actores armados que deja entrever que en el momento en el que la orientación sexual o la identidad de género de la víctima se convierte en la razón por la que se ejercen actos de violencia contra personas LGBTQI+, hay, entonces, una violencia por prejuicio" (Colombia Diversa, 2014, p. 37).

2. La estigmatización de personas LGBTQI+ se profundiza por distintos factores de vulnerabilidad, debido a que estas violencias ejercidas por distintos actores armados, bajo la idea de tener pueblos "limpios", es decir, sin personas no deseadas o inmorales, implican toda una estrategia de estigmatización que se dirige a personas vulnerables como "las personas trans en ejercicio del trabajo sexual y consumidoras habituales de sustancias (...) [lo que genera que se] implementen mecanismos de 'limpieza' de todas las personas que no son bienvenidas en el proyecto de sociedad que promueven" (Colombia Diversa, 2014, p. 37).

3. Las normas sobre la sexualidad y género se refuerzan o modifican en contextos de conflicto armado, ya que "los actores armados no sólo controlan la circulación de las personas en ciertos lugares o la posibilidad de desarrollar determinadas actividades económicas, sino que, además, establecen formas 'correctas' de vestir, peinarse, caminar e incluso, amar o relacionarse sexualmente" (Colombia Diversa, 2014, p. 37).

4. La violencia armada contra personas LGBTIQ+ se nutre bajo el contexto de discriminación y goza de legitimidad por parte de la sociedad. Frente a este punto, Colombia Diversa recuerda lo precisado por el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH, 2015 y 2018) cuando señala que "si bien la violencia armada contra personas LGBTIQ+ alcanza unos niveles de ensañamiento y sevicia particulares, lo cierto es que se alimenta constantemente de los prejuicios que ya están instalados en la sociedad, incluso antes de la llegada de la guerra" (Colombia Diversa, 2014, p. 38).

5. Los ciclos de violencia suelen prolongarse luego de que ocurren los hechos victimizantes, pues "es habitual que las personas LGBTIQ+ que han sido víctimas de actores armados consideren esa violencia como parte de un continuum o sumatoria de actos en contra de lo que son y de la forma en la que habitan el mundo, y que muchas veces, por su naturalización no logran distinguirse de otras violencias heteronormativas" (Colombia Diversa, 2014, p. 38).

Así, es pertinente resaltar que las normas de DIH, al limitarse a los roles de mujer y hombre cisgénero dentro de una óptica heteropatriarcal, desconoce en su aplicación la violencia por prejuicio. Sin embargo, como se verá más adelante, es a partir del entendimiento de esta violencia que se han planteado alternativas para judicializar los hechos victimizantes, tal vez no con la aplicación del DIH, pero sí del DPI, por vía de la labor que ejerce la JEP.

3. Las limitaciones del DIH en materia de protección a personas LGBTIQ+ en el marco del conflicto armado y el DPI como instrumento para el tratamiento de la violencia por prejuicio

El DIH, como se ha mencionado en líneas anteriores, está llamado a humanizar los conflictos y a limitar sus efectos. Bajo ese entendido se ha previsto, en los cuatro Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, la protección a personas que no participan de las hostilidades, tales como civiles, personal médico, miembros de organizaciones humanitarias, así como enfermos, prisioneros de guerra y náufragos (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2018).

Si bien los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 regulan y protegen a las personas antes mencionadas, esa protección ha sido discutida desde sectores feministas, que como se mencionó con anterioridad, encasilla a la mujer en determinados roles sociales que impiden que las categorías concebidas en estas normas las puedan proteger por fuera de lo que está concebido, así normas como la 134 del DIH consuetudinario prevén cierta tipo de protección a las mujeres en sus hogares, o en situaciones de detención o desplazamiento como resultado del conflicto. En ese sentido están los avances que se han dado debido a la traducción de un enfoque de género enmarcada en la protección de la mujer, pero complejizados más tarde por categorías de orientación sexual e identidad de género no heteronormativas; y así poner en evidencia los retos que persisten y las soluciones que se han brindado para proteger los derechos de las personas LGBTIQ+ victimizadas en el marco de un conflicto armado.

De esta manera, el DIH, pese a ser un derecho enmarcado en lógicas patriarcales y machistas, contempla regulaciones que sacan a la mujer del rol de víctima o cuidadora de menores, para protegerla también como combatiente y como prisionera de guerra, lo que refleja entonces avances en el DIH al salirse de ese esquema tradicional en el que el hombre siempre es quien lucha y la mujer siempre es la que necesita apoyo. A su vez, como se resaltó en línea anteriores, existen algunos sectores que sostiene que la protección del DIH sí permite incluir, de forma no precisa, una protección a personas LGBTIQ+ en el entendido de civiles que no participan en las hostilidades (Olsen, 2000 y Margalit, 2018). Sin embargo, es una interpretación que no solventa el tratamiento de la violencia por prejuicio.

Autoras como Helen Durham o Katie O'Byrne afirman que el reconocimiento de la mujer en un rol distinto al de víctima refleja que el DIH apoya el principio de igualdad formal, "por lo que en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales de 1977 se reitera el requisito de que las protecciones se apliquen sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo" (Durham y O'Byrne, 2010).

Hablando de este enfoque diferencial y de género con respecto al campo de la protección de los prisioneros, es pertinente resaltar que el DIH también contempla una diferenciación entre las

necesidades de hombres y mujeres, lo cual se puede traducir en un buen ejemplo para ejemplificar la materialización de un enfoque diferencial y de género en el DIH¹. Por ejemplo, en el III Convenio de Ginebra en los artículos 25, 29, 97 y 108, se exige que las mujeres cuenten con instalaciones sanitarias y dormitorios separados, incluso si se encuentran bajo castigo por causas disciplinarias o penales; o en el artículo 88 del mismo Convenio que se exige contemplar el sexo del prisionero y los castigos que se vayan a aplicar dado que las mujeres no pueden recibir castigos más severos o duros que los hombres.

Si bien el DIH mantiene estructuras en sus contenidos normativos que pueden resultar discriminatorias, se han dado avances significativos en la materia como los señalados anteriormente, pues este instrumento jurídico reitera constantemente la necesidad de proteger sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo (CPI, Fiscal vs. Thomas Lubanga, Sentencia Caso N.º ICC-01/04-01/06, 2007) en cualquier etapa del conflicto, ya fuere si se tratase de la detención de una persona, el enjuiciamiento o el interrogatorio de prisioneros de guerra. Lo anterior se traduce en que no puede haber humillación basada en el sexo de hombres o mujeres, pues está expresamente prohibida por criterios generales y específicos de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos.

No obstante, si bien la protección a mujeres se ha desarrollado en el DIH, la protección que otorga el DIH no es extensiva a hechos que pueden ser constitutivos de violencia por prejuicio contra personas LGBTIQ+ en los términos que se precisaron en el primer capítulo: hasta el momento estas regulaciones no han propuesto categorías nuevas en el marco de los conflictos armados internacionales o internos, pese a los trabajos estudiados que dan un panorama de reinterpretación del DIH. Pero no sería correcto afirmar, en consecuencia, que el DIH debe tener en cuenta elementos tan personales como la identidad u orientación sexual, pues como se vio, sus fines son otros. Sin embargo, en materia práctica, puede suponer ciertos retos de aplicación que sí dejarían por fuera de esa noción de persona protegida a una persona que probablemente fue perseguida o victimizada por ejercer una sexualidad diversa por fuera de los estándares socialmente aceptados.

Frente a este panorama, el Informe de Colombia Diversa *Las órdenes del prejuicio: los crímenes cometidos sistemáticamente contra persona LGBTIQ+ en el conflicto armado colombiano* (2020) ha encontrado una solución para el tratamiento de esta violencia en el marco del conflicto, que es precisamente enjuiciar estas violencias con base en el DPI. En Colombia, gracias al trabajo que está desarrollando la JEP² como organismo de justicia transicional, se podrán aplicar fuentes del derecho internacional en casos relacionados con población LGBTIQ+. Para Colombia Diversa resultaría un acierto, en términos de justicia, el uso del DIH y del DPI, pues, aunque el DIH no contiene categorías específicas que permitan la protección de personas víctimas de violencias por prejuicio, el DPI permitiría el tratamiento judicial de esta violencia de cara a los intereses de las víctimas.

Este crimen, considerado desde el Estatuto de Roma como un crimen de lesa humanidad, se sustenta sobre la base de un concepto base para la ocurrencia de esta violencia: la discriminación. De esta forma,

en el art. 7.1 ER se encuentran conductas que pueden afectar a los sujetos pasivos por igual y otras motivadas por un afán de discriminación debido a determinadas razones que persiguen excluir de la sociedad a determinadas personas. Entre estas últimas conductas se encontraría el tipo de persecuciones y el de apartheid, los cuales contendrían un elemento discriminatorio prohibido por la costumbre internacional con carácter de *ius cogen*. (Liñán Lafuente, 2008, p. 29).

De la misma forma, el artículo 7.1.h) del Estatuto de Roma señala que el tipo penal se configura de la siguiente forma:

Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

De aquí, como lo menciona Lafuente (2008) surgen tres impresiones que se deben confrontar con los elementos del crimen para hallar su correcto significado:

[1] que el objeto del crimen pasa a ser el grupo entero, o una colectividad con identi-

²El artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 estableció que la JEP podría dar uso de manera directa a fuentes del derecho internacional como el DIH: "(...) La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad".

dad propia. [2] La segunda establecería un aumento de los motivos con respecto a los instrumentos internacionales anteriores, hasta el extremo de dejar una cláusula abierta sobre el tema. Y la [3] tercera sería la ya anunciada pérdida de autonomía del tipo al exigírsele una conexión con los actos del art. 7 o los demás crímenes contemplados en el Estatuto. Pero junto a esta descripción de la conducta se hacía necesario definir, por primera vez en un instrumento internacional, qué se debe entender por 'persecución'. (Liñán Lafuente, 2008, p. 20)

A su vez, el concepto de "género" contenida en el artículo 7 es importante anotar. Así, cuando el Estatuto hace referencia al género, lo define en el artículo 7 (3) como "los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. Esta definición reconoce la construcción social del género y los roles, comportamientos, actividades y atributos asignados a las mujeres y los hombres, y a las niñas y los niños" (CPI, Policy Paper, 2014, p. 4). Esta noción, casi que equipara dos conceptos que deben entenderse distinto: sexo y género; pues la política del 2014 de la CPI considera que los delitos de género que han sido cometidos contra persona sean hombres o mujeres, son por causa de su sexo y/o de sus roles de género socialmente construidos (CPI, Policy Paper, 2014, p. 4) ; lo cual puede ser complejo de cara a entender el fenómeno, en específico, de la violencia por prejuicio, pero que puede ayudar para la configuración de elemento como crimen de persecución de lesa humanidad.

No obstante, el informe de Colombia Diversa (2020) muestra que los crímenes internacionales tienen una estructura relativamente simple, ya que para su configuración se requiere de un elemento objetivo y uno subjetivo, así como de unos elementos contextuales y específicos. En materia del crimen de lesa humanidad de persecución, que es el que se estudia en este informe para tratar las violencias por prejuicio en contra de personas LGBTIQ+, el elemento contextual es determinante para saber si se ha cometido el crimen con base en un prejuicio, dejando de lado otros elementos para la materialización (Díaz , 2020, p. 23), por tres razones que se exponen en los siguientes párrafos.

La primera razón es de orden "teórico-práctico, porque el crimen de persecución se funda en la idea de que hay personas o grupos de individuos que son perseguidos por la forma prejuiciosa en que son vistos por sus victimarios" (Díaz, 2020, p. 23), por lo que ese prejuicio se encuentra fundado

"en sistemas de dominación, que existen como medio para garantizar el desequilibrio en el acceso al poder en una sociedad, y se fundan en cuestiones como la raza, la religión, el origen nacional, la etnicidad, el género y, en fin, todos los elementos que el Estatuto recoge y que se desprenden de las reflexiones del derecho a la igualdad y no discriminación" (Díaz, 2020, 24).

Si bien colectivos de personas o grupos de individuos no alcanzan a ser minorías en el plano numérico, en el plano simbólico sí lo son, tal como sucede con las personas LGBTIQ+, puesto que en países como Colombia no se "reflejan las cifras oficiales disponibles que adolecen de un enorme subregistro y de otros problemas sustanciales que impiden verificar la orientación sexual o identidad de género de las víctimas, sus perpetradores o motivaciones" (Díaz, 2020, p. 24).

La segunda razón responde a la naturaleza jurídica que está relacionada directamente con el sistema ideado en Colombia para juzgar los máximos responsables de crímenes internacionales desde el Acuerdo de Paz. Así pues, los crímenes que sean competencia de la JEP serán aquellos que fueron cometidos por las FARC-EP o la Fuerza Pública y constituyan graves violaciones a los derechos humanos, infracciones al DIH o crímenes internacionales de manera sistemática, sin que este elemento de sistematicidad sea presumido por los órganos de la JEP (Acto Legislativo 01, 2017).

Finalmente, Colombia Diversa resalta que se descarta el análisis de otros elementos por relación de "identidad en el debate entre sistematicidad y el elemento contextual de ataque contra la población civil" (Díaz, 2020, p. 27). En el informe se explica que en la jurisprudencia penal internacional se ha tendido a confundir que el ataque se perpetúa con el fin de "cumplir o promover una política con la ausencia de aleatoriedad, [que resulta ser un] elemento esencial de la sistematicidad".

Esta exclusión es importante, pues permite entender lo siguiente:

(...) cuando se comete un ataque contra la población civil en contextos donde predominan marcos culturales y políticos articulados por formas de dominación como el del sistema sexo-género-deseo y a propósito de una confrontación armada que refuerza y

profundiza dicho sistema, es innecesario que las víctimas prueben la existencia de un plan o política específico destinado a violentarlas, pues la prueba de contexto sobre la prevalencia de ese sistema de dominación basta para dar cuenta de la naturaleza organizada, racional y no azarosa o aleatoria de las conductas (Díaz, 2020, p. 29).

En suma, el elemento de sistematicidad necesita ser visto bajo otra mirada en el marco de la justicia transicional en Colombia cuando se trata de hechos violentos en contra de personas LGBTQI+ cometidos en el conflicto armado.

Ahora bien, es importante mencionar en este punto los desarrollos que ha habido en otros contextos internacionales. De esta forma, en jurisprudencia de la tribunales pernales internacionales como la Corte Penal Internacional (CPI) y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), ya se ha establecido que la persecución se configura como uno de los crímenes más serios en contra de la humanidad, ya que niega una serie de derechos fundamentales de una o varias personas que pertenecen a un grupo determinado (CPI, Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Sentencia de 07 de noviembre, 2019, párr. 157) Así mismo, se ha reconocido que la discriminación en sí misma puede ser constitutiva de un crimen internacional de persecución, pues ya en casos como Fiscal vs. Duško Tadic de mayo de 1997 se aplicaba el crimen de persecución bajo el entendido que constituía una violación grave del derecho a la igualdad (TPIY, Fiscal vs. Duško, Sentencia N.º IT-94-I-T, 1997, párr. 697) "que [podría conllevar a la vulneración] del ejercicio de un derecho básico o fundamental con base en las categorías enlistadas en el artículo 5 literal h del Estatuto raza, religión y posición política" (Díaz, 2020, p. 74).

No obstante, para la configuración de este crimen, la CPI ha resaltado que se deben probar las razones discriminatorias del victimario en el acto cometido sin que esto implique que se deba probar el lugar que ocupaba la víctima en un grupo objetivo, aunque sí se deba analizar el contexto del acto violento que conllevó a la selección del objetivo (CPI, Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Sentencia de 08 de julio, 2019, párrs. 1009-1011). Por lo tanto, la configuración del crimen de persecución "supone el reconocimiento de la violencia por prejuicio como crimen internacional y evidencia los graves alcances que puede tener la discriminación, así como el profundo reproche que la comunidad y el derecho internacional le asignan a este tipo de actos" (Díaz, 2020, p. 74).

El análisis detallado de Colombia Diversa, junto con la poca jurisprudencia resaltada de la CPI leídas bajo un enfoque de género amplio, brindan herramientas para el tratamiento de esta violencia generalizada en contra de personas LGBTQI+. Si bien, existen instrumentos internacionales como el DIH llamados a proteger a quienes no participan de las hostilidades, la protección de este marco normativo resulta limitada en términos de la violencia por prejuicio, en específico, frente a personas no heteronormativas. Sin embargo, el DPI puede llegar a suplir esos vacíos que el marco jurídico anterior no llena, con propuestas como la evidenciada, que permitirían, no solo el tratamiento de protección a personas victimizadas por actos discriminatorios debido a su identidad u orientación sexual diversas, sino un avance genuino en materia de derechos humanos que reflejen en el ámbito judicial un reconocimiento simbólico y material a los daños que se han causado a miles de personas en el conflicto colombiano por ser quienes son y expresarse por fuera de estándares heteronormativos.

4. La JEP como el órgano llamado a aplicar el DIH y el DPI: retos y debates entorno a la calificación de la violencia por prejuicio como crimen internacional

Ya se ha precisado el alcance del concepto de la violencia por prejuicio. También que esta es una violencia que ha sido perpetrada en contra de personas LGBTQI+. Por último, se evaluó cómo el DPI puede servir de herramienta para abordar la violencia por prejuicio judicialmente. En las siguientes líneas se precisará el rol que juega la JEP, al ser el órgano judicial encargado de examinar los casos y actos violentos cometidos con ocasión y en relación con el conflicto armado, pues es finalmente la que investiga y recalifica conductas teniendo en cuenta enfoques diferenciales y de género con el fin de esclarecer la verdad sobre hechos violentos impulsados por categorías discriminatorias.

Con base en el artículo 5 del Acto legislativo 01 de 2017, la JEP está facultada para realizar una calificación jurídica propia respecto a las conductas que conoce y, en ese sentido, podrá usar no solo el Código Penal Colombiano, sino también las normas del DIDH, el DIH y el DPI. Esta facultad

es importante ya que permite a la JEP analizar nuevamente conductas conocidas por la Justicia Penal Ordinaria (JPO) en una lógica distinta a la analizada previamente y la cual debe responder a los fines de la justicia transicional en el marco de todo el sistema que se ha creado. Esto implica que para calificar de nuevo una conducta bajo una nueva mirada pueda acudir a otras fuentes distintas al derecho local, sobre todo al DIH y el DPI.

En el marco del tratamiento judicial de la violencia por prejuicio, tal como se mencionó anteriormente, el DPI es una herramienta que podría ser usada para dar respuesta a víctimas violentadas por razones de género u orientación sexual como la población LGBTQI+. Así, es posible que la JEP pueda usar el análisis precisado por Colombia Diversa. No obstante, la materialización del DPI en los casos de violencia por prejuicio sufrida por personas LGBTQI+ conllevaría a distintos retos que serán mencionados a continuación.

En primer lugar, dado que el crimen de lesa humanidad de persecución está consagrado en el artículo 7 del Estatuto de Roma (ER) es pertinente tener en cuenta las limitaciones de orden temporal de la aplicación de este en Colombia al momento de calificar una conducta como crimen internacional. Dado que el ER entró en vigor en Colombia a partir del 01 de noviembre de 2002, solo las conductas cometidas desde esa fecha podrían calificarse a la luz del Estatuto. Ahora bien, si las conductas no pudieran ser calificadas bajo el ER, en jurisprudencia de la Sección de Apelación (SA) de la JEP ya se ha reconocido que el DPI no se limita solo a su aplicación convencional, es decir, bajo el ER, sino que hay conductas que deben mirarse también a la luz de fuentes del derecho internacional consuetudinario. Así, se descartaría la aplicación del ER de manera retroactiva, como se ha propuesto eventualmente, lo que podría traducir en una violación al principio de legalidad y al debido proceso (JEP; Sección de Apelación, Auto TPSA-AM-203, 2020, párr. 52). En un segundo momento, sería necesario integrar otro tipo de fuentes que permitan el cumplimiento de los fines de la justicia transicional en Colombia, que son, en últimas, el fin de la guerra y la consolidación de la paz, unido al tratamiento del pasado para garantizar los derechos de las víctimas (Correa y Martín, 2020, pp. 33.34).

La complejidad también en este crimen radica en el entendimiento de categorías como el "género", enunciadas en este y que han tenido un desarrollo desde la jurisprudencia internacional. En este sentido, "tanto el sistema regional de protección de derechos humanos como la legislación doméstica colombiana tienen una comprensión amplia de la categoría género, en la que se reconoce que las dinámicas que subyacen a las relaciones de género van más allá de la distinción biológica entre hombres y mujeres" (Díaz, 2020, p. 80). No obstante, en materia de calificación jurídica como crimen internacional, es deber del sistema "interpretar el artículo 7, numeral 1 literal h del ER-CPI en el sentido de, bien reconocer la categoría género de forma amplia pues la misma resulta más beneficiosa a las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por prejuicio hacia su orientación sexual e identidad de género" (Díaz, 2020, p. 80) o en caso de no aceptarse esta interpretación amplia, también sería correcto que la JEP entendiera que "la discriminación fundada en la orientación sexual, identidad y expresión de género de las víctimas, ejercida como parte de un ataque sistemático a la población civil, constituye un motivo 'universalmente reconocido como inaceptable con arreglo al derecho internacional', como indica el artículo 7, numeral 1 literal h del ER-CPI" (Díaz, 2020, p. 80).

Por otro lado, otro de los grandes retos que supone el tratamiento de la violencia por prejuicio como un crimen internacional es que la JEP aplique enfoques diferenciales y de género que permitan entender la complejidad de este fenómeno en víctimas LGBTQI+. Este reto, si bien va unido a la última parte del párrafo anterior, implica no solo el entendiendo del "género" en sentido amplio o como una categoría discriminatoria en materia del crimen internacional, sino que impone una labor de contrastación y verificación de la información aún mayor por parte de las Salas y Secciones a la JEP, por lo que no sería correcto que esta impusiera cargas probatorias adicionales a las víctimas frente a la consolidación de patrones criminales para poder enjuiciar a los máximos responsables.

En el trabajo que ha venido adelantando la JEP frente a los macrocasos (JEP; Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, 2022, p. 93), la jurisdicción ha mostrado avances frente a la persecución de víctimas LGBTQI+ en el marco del conflicto armado. En el subcaso Casanare del caso 003 que investiga los hechos relacionados con Asesinatos y desapariciones forzadas ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR) de la JEP reconoció que hubo una persecución en contra de personas sexualmente diversas, pues en el auto 055 del 24 de julio de 2022 "esta Sala afirmó que

personas con identidades género diversas eran susceptibles de ser eliminadas, dado que estas personas, bajo el pensamiento de los agentes del Estado, no servían al desarrollo de una comunidad" (JEP; Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, 2022, p. 93). Estas personas eran torturadas y golpeadas hasta causarles la muerte y en el marco de esas atrocidades les decían:

que era un marica detestable, que qué asco, que severa flor, (...) qué haremos con el mariquita, siga llorando mariquita y le pegaban, y él obviamente se ponía a llorar y ellos no dejaban de golpearlo, le daban por todos lados y obvio lo insultaban, que no sé cuentas, malparido, vicioso. (Auto 005, con base en la Declaración jurada de XYZ, 28 de octubre de 2021).

Así mismo en el marco del caso 002 en el auto 03 de 2023, también reconoció la ocurrencia de actos constitutivos de violencia por prejuicio afirmando que afirmó que en el marco de este caso se encontraron "168 hechos de violencia sexual, basada en género y por prejuicio cometidos por integrantes de las FARC-EP contra mujeres, niñas y personas con OSIEGD" (JEP; Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, 2023, p. 142) , a pesar de que en principio eran actos que estaban prohibidos en la organización, pero que esta misma permitió "para cumplir con los fines de la política de control territorial y social implementada por las unidades guerrilleras presentes en estos municipios" que se caracterizó por ser "una cultura organizacional patriarcal, heteronormativa y cismnormativa". En este caso la JEP haciendo uso del DPI, determinó que actos que constituyen violencia por prejuicio constituyen también de crimen internacional de persecución lo cual resulta en un avance significativo en la materia pues permite ver que la JEP está aplicando el marco normativo internacional.

Estos dos casos, el 002 y el 003, en los autos de determinación de hechos y conductas mencionados, ponen en evidencia el trabajo que apenas se empieza consolidar por parte del órgano de justicia transicional de cara al tratamiento de las violencias por prejuicio, pues para la SRVR fue evidente, en el caso 003, que "el personal de la Brigada XVI que permanecía de civil (supra) rondando por estas zonas urbanas usaba los estigmas de sus víctimas para etiquetarlas como ladrones, delincuentes, guerrilleros, violadores" (JEP; Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, 2022, p. 93), es decir, a partir de la concepción negativa hacia los cuerpos y orientaciones sexuales de personas LGBTIQ+ los encasillaban como categorías no deseables para la sociedad, lo que justificaba perseguirlas, torturarlas y asesinarlas.

En este sentido, si bien se debe reconocer que desde el mismo Acuerdo de Paz el enfoque diferencial y de género incluyó a las personas LGBTIQ+ (Martín, 2020, p. 10), es importante también que esa corporación judicial entienda que la discriminación y la exclusión hacia personas LGBTIQ+ se traduce en "una estrategia de poder que, por medio de la anulación, del derecho a habitar un lugar, hace que las personas del colectivo se retraigan, se pierdan y desaparezcan del escenario de lo público" (Sánchez y Medina, s.f., p. 27), hechos que se pueden traducir en manifestaciones de violencia por prejuicio y sería deber de la JEP analizarlos bajo la óptica del crimen de persecución. Hasta el momento, como se mostró solo existe una decisión de la JEP relacionada con eso y es esperable que siga avanzando sobre la línea que comenzó con el sub-caso Casanare. Así bien, estas precisiones permiten la aplicación de un enfoque diferencial y de género sobre personas LGBTIQ+ en el marco del análisis jurídico de los hechos perpetrados en contra de estas víctimas para la configuración de estas conductas como un crimen internacional en el marco del conflicto armado.

5. Conclusiones

Como se vio en las líneas anteriores, la violencia por prejuicio es aún un universo que si bien explorado en la literatura y en alguna jurisprudencia del orden local, regional e internacional, aún requiere de mucho desarrollo en Colombia. La JEP como el órgano judicial del Sistema Integral que está encargada de analizar, investigar y judicializar las conductas cometidas en el marco del conflicto armado, le surgen diversos retos en la aplicación del DIH y el DPI de cara al tratamiento de la violencia por prejuicio.

Frente al DIH, como se vio existen múltiples críticas desde autoras feministas que analizan la forma en que la mujer es concebida bajo el amparo de este. La noción de persona protegida, si bien ha tenido desarrollos importantes, sobre todo en materia del tratamiento de la mujer por fuera de los órdenes de víctima y cuidadora, impide en sí mismo la protección de categorías como la orientación sexual e identidad de género, lo que supone, primero, un mayor trabajo de interpretación de estas normas que fueron concebidas a mediados del siglo XX por parte de las corporaciones

judiciales; y segundo, la búsqueda de otras herramientas para el tratamiento, en específico de la violencia por prejuicio ejercida en contra de personas LGBTQI+.

En este sentido, el DPI, como se vio en líneas anteriores, se consolida como una herramienta que puede llegar a ser efectiva para el tratamiento judicial de la violencia por prejuicio, al constituirse esta en actos discriminatorios, como un crimen internacional. De esta forma, este orden normativo que viene desde el Estatuto de Roma llega a suplir esos vacíos en los que el DIH no ha profundizado para investigar y sancionar los hechos y conductas cometidas en contra de personas LGBTQI+.

Referencias

- Aguilar, Y. y Fulchiron, A. (2010). El carácter sexual de la violencia contra las mujeres. En *Las violencias en Guatemala. Algunas perspectivas*. UNESCO, Colección Cultura de Paz.
- Castillo, P. (2019). *Enfoque de género y el derecho internacional humanitario*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 46-49. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTIQ+.pdf>
- Colombia Diversa. (2014). *Cuando el prejuicio mata: Informe de derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y personas trans en Colombia*. Bogotá.
- Colombia Diversa. (2018). "Un parche que resiste". *Recomendaciones para una reparación colectiva y transformadora de lesbianas, gays, bisexuales y trans*. Bogotá, Colombia. https://colombiadiversa.org/colombiadiversa2016/wp-content/uploads/2018/08/UnParche_que-Resiste.Final-impresión.pdf
- Comisión de la Verdad. (2020). *(¿Por qué el prejuicio es funcional a la guerra?, s. f.)*
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2018). *Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales*. Artículo, 27 de septiembre de 2018. <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>.
- Consejo Económico, Social y Cultural. (2001). Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos. *La violencia contra la mujer*. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer.
- Correa, M. C. y Martín, A. (2020). *Jurisdicción Especial para la Paz: un modelo de justicia transicional en Colombia*. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo* 3, 30-50. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe002>
- Corte Penal Internacional – CPI (2014), *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*, junio de 2014. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf>
- Corte Penal Internacional – CPI. (2019). *Fiscal vs. Bosco Ntaganda*. Sentencia caso No. ICC-01/04-02/06 de 08 de julio de 2019.
- Corte Penal Internacional – CPI. (2019). *Fiscal vs. Bosco Ntaganda*. Sentencia caso No. ICC-01/04-02/06 de 7 de noviembre de 2019.
- Díaz, M. D. y Colombia Diversa. (2020). *Los órdenes del prejuicio: crímenes cometidos sistemáticamente contra personas LGBTIQ+ en el conflicto armado colombiano*. <http://web.archive.org/web/20200727011818/https://colombiadiversa.org/colombiadiversa2016/wp-content/uploads/2020/07/LIBRO-WEB-1.pdf>
- Durham, E. y O' Byrne, K. (2010). *Críticas feministas al DIH. El diálogo de la diferencia: el derecho internacional humanitario y las perspectivas de género*. *International Review of the Red Cross*.
- Durham, H. (2002). *Women, Armed Conflict and International Law*. *Revue Internationale de La Croix-Rouge/International Review of the Red Cross* 847, 655-660. doi:10.1017/S1560775500090416
- Gaggioli, G. (2014). *Sexual Violence in Armed Conflicts: A Violation of International Humanitarian Law and Human Rights Law*. *International Review of the Red Cross* 96, 894, 503-538. <https://doi.org/10.1017/S1816383115000211>
- Gómez, M. M. (2008). *Violencia por prejuicio*. C. Motta Y M. Sáez (eds.), *La mirada de los jueces*, 89-190. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Red ALAS.
- Jurisdicción Especial para la Paz (2022). *Sección de Apelación*. Auto TPSA-AM-203, 27 de octubre de 2020, Caso de Jaime Aguilar.

- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. (2022). Auto 055 de determinación de hechos y conductas. Caso Casanare.
- Liñán Lafuente, A. (2008). La tipificación del crimen de persecución en el estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.
- Mackenzie, M. (2010). Securitizing Sex? Towards A Theory Of The Utility Of Wartime Sexual Violence. *International Feminist Journal of Politics* 12, 2, 202-221. <https://doi.org/10.1080/14616741003665250>
- Margalit, A. (2018). Still a Blind Spot: The Protection of LGBTIQ+ Persons during Armed Conflict and Other Situations of Violence. *International Review of the Red Cross*, 100, 237-265. <https://doi.org/10.1017/S1816383119000201>
- Martín, A. F. (2020). Desafíos de la JEP en el derecho de reparación y justicia de las víctimas LGBTIQ+. *Revista Temas Socio Jurídicos* 39. <https://doi.org/10.29375/01208578.3751>.
- Olsen, F. (2000). *El sexo del Derecho*. E.C. Rupíz (comp), *Identidad feminidad y discurso jurídico*, Buenos Aires: Biblos, Colección Identidad, Mujeres y Derecho.
- Salmón, E. (2016). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Pontificia Universidad Católica del Perú y CICR. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>
- Serrano, J. F. (2018). *Homophobic Violence in Armed Conflict and Political Transition*. New York: Palgrave Macmillan.
- Vinay Aggarwal, A. (2018). *Women in Armed Conflicts: Susceptible or Prey?* (SSRN Scholarly Paper 3452707). <https://papers.ssrn.com/abstract=3452707>
- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. (1997). *Fiscal vs. Duško Tadic*. Sentencia No. IT-94-I-T, Tr. Ch. II, 7 de mayo de 1997.

Direito social de proteção à maternidade nas prisões: limites da progressividade especial durante a pandemia de covid-19 no Brasil

Autores

Rafaela Peres Castanho

Bruno Rotta Almeida

Cómo citar este artículo

Peres Castanho, Rafaela e Rotta Almeida, Bruno (2023), Direito Social de Proteção à Maternidade nas Prisões: Limites da progressividade especial durante a pandemia de covid-19 no Brasil, REV. IGAL, II (1), p. 66-78.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar as questões que permeiam a progressividade do cumprimento da pena, em especial as mudanças trazidas pela legislação de dezembro de 2018, que alterou as regras da concessão do benefício da progressividade para mulheres, mães, gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência. A pesquisa, ainda, utiliza-se da delimitação temporal, ao pesquisar a influência da referida legislação no contexto da pandemia no Brasil. Desse modo, o objetivo geral do trabalho é analisar a efetividade da Lei nº 13.769/2018 durante a pandemia de COVID-19 no Brasil. Para tanto, objetiva-se, também, verificar os elementos da lei e seus requisitos, comparando ao perfil da mulher encarcerada e considerar as condições carcerárias, para chegar à conclusão da (in)efetividade da nova legislação. A pesquisa, do tipo bibliográfica, descritiva e jurisprudencial, utilizou o método hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE:

MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE; CONTEXTO PRISIONAL; DIREITO SOCIAL DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE; COVID-19; LEI Nº 13.769/2018.

ABSTRACT

The scope of this article is to analyze the issues that permeate the progressiveness of serving the sentence, in particular the changes brought about by the legislation of December 2018, which changed the rules for granting the benefit of progressiveness to women, mothers, pregnant women or guardians by a child or person with a disability. The research also uses temporal delimitation, when researching the influence of said legislation in the context of the pandemic in Brazil. Therefore, the general objective of the work is to analyze the effectiveness of Law No. 13,769/2018 during the COVID-19 pandemic in Brazil. To this end, the aim is also to verify the elements of the law and its requirements, comparing them to the profile of the incarcerated woman and considering prison conditions, to reach the conclusion of the (in)effectiveness of the new legislation. The research, bibliographical, descriptive and jurisprudential, used the hypothetical-deductive method.

KEYWORDS:

WOMEN DEPRIVED OF LIBERTY; PRISON CONTEXT; SOCIAL RIGHT TO PROTECT MATERNITY; COVID-19; LAW 13.769/2018.

1. Introdução

É de conhecimento geral que o sistema prisional brasileiro vive um verdadeiro caos: prisões superlotadas, falta de condições mínimas de higiene e saúde, direitos fundamentais violados diariamente, dentre outros tantos problemas. O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, reconheceu a crise das penitenciárias brasileiras como um "Estado de Coisas Inconstitucionais" (Brasil, 2015).

Ao longo do artigo, restou evidenciado, pelas referências posteriormente abordadas, que a violação de direitos e prerrogativas das mulheres presas é ainda mais evidente, tendo em vista a característica androcêntrica do sistema prisional – construído por e para homens. Com isso, as particularidades e singularidades concernentes ao gênero feminino são esquecidas e as mulheres sofrem um processo de invisibilização dentro do ambiente carcerário. As mulheres que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade e que são mães estão numa situação ainda mais delicada, seja pela quebra dos laços materno afetivos, seja por ver seu filho institucionalizado juntamente a si, a dor vivida diariamente por esse grupo é demasiada, como será exposto oportunamente.

Dessa forma, o presente artigo tem como tema a questão da progressividade especial do cumprimento da pena privativa de liberdade às mulheres mães, prevista no parágrafo terceiro, do artigo 112, da Lei nº 7.210/1984, a Lei de Execução Penal. Num aspecto temporal, embora a mudança tenha ocorrido em dezembro de 2018, pela Lei nº 13.769, o artigo se debruça sobre a eficácia da medida especialmente no momento de pandemia pelo coronavírus no Brasil, entre os anos de 2020 a 2021.

O artigo busca responder ao seguinte questionamento: em que medida a progressividade especial da pena pode contribuir para o contexto de desencarceramento das mulheres presas durante a pandemia do coronavírus no Brasil?

O objetivo geral do trabalho é analisar a progressão especial de regime, instituída através da Lei nº 13.769/2018. Especificamente, pretende-se, também, estudar os elementos e requisitos trazidos pela referida lei e correlacioná-los com o atual perfil da mulher privada de liberdade. Ademais, o artigo possui um recorte temporal, qual seja, os anos entre 2020 a 2021, durante a pandemia causada pelo coronavírus no Brasil.

Para tanto, o artigo utiliza-se do método hipotético-dedutivo, uma vez que parte de uma hipótese, qual seja, a progressividade especial da pena privativa de liberdade, concedida às mães, gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência, pode contribuir para o desencarceramento e, conseqüentemente, para a garantia ao direito social de proteção à maternidade no âmbito do contexto prisional quando efetivamente aplicada. Contudo, presume-se que a taxa de aplicação da lei seja baixa.

Ao decorrer da pesquisa, tal hipótese será confirmada ou refutada. Para confirmação ou refutação da hipótese se utilizará de pesquisa do tipo bibliográfica e descritiva, através do estudo e análise de legislações, e também da pesquisa jurisprudencial, já que a pesquisa tem como objetivo estudar a progressão especial de regime e sua (in)efetividade frente ao direito social de proteção à maternidade e à infância em relação às mulheres privadas de liberdade que são mães.

O artigo está estruturado em três tópicos, sendo que o primeiro trata do perfil da mulher encarcerada, as condições estruturais das penitenciárias brasileiras e se faz um estudo, respeitando o recorte temporal proposto, sobre o impacto da pandemia no encarceramento de mulheres; no segundo tópico aborda-se a execução penal, seus aspectos gerais e também a chamada progressividade especial trazida pela Lei nº 13.769/2018; e, por fim, no terceiro tópico recai-se sobre o direito social de proteção à maternidade das mulheres privadas de liberdade.

¹Libertarianismo é uma forma do liberalismo que enfatiza o direito à liberdade individual. Este é protegido de tal modo que coerções à escolha individual dificilmente são vistas como justificadas – em especial se impostas pelo Estado "para o seu próprio bem" ou em favor do bem-estar coletivo. O papel do Estado na proteção dos direitos individuais é, assim, reduzido a uma atuação negativa.

²Uma revisão de literatura do debate feminista estadunidense sobre o dilema de agência foi feita pela autora em Herscovici (2018).

2. O perfil da mulher encarcerada e as condições estruturais das penitenciárias brasileiras

Desde a promulgação da Lei de Drogas, as taxas de encarceramento no país aumentaram consideravelmente, de modo especial em relação às mulheres. Em pouco mais de uma década, o número de mulheres presas cresceu mais de 600% (Brasil, 2020a). Ocorre que, ao abordar o encarceramento feminino é necessário analisar fundamentos interseccionais, principalmente a respeito do sexismo e o racismo. A compreensão da interseccionalidade e os cruzamentos de gênero, raça, classe, e até mesmo de outras categorias, como idade, sexualidade e deficiência, é essencial para o aprofundamento teórico e também ao estudo da criminologia (Boiteaux, 2019).

Conforme Dina Alves (2019, p. 80), "ser negra, pobre e mulher são fatores decisivos que influenciam as decisões judiciais na aplicação da lei penal e no encarceramento em massa." Para a autora (Alves, 2019), entender o legado da escravidão no país como fundante do sistema penal atual pode contribuir para a democratização da Justiça. Além disso, o reconhecimento da especificidade da mulher negra encarcerada é importante para perceber a produção de um sistema de privilégios e de desigualdades relacionadas a tais categorias, o qual se verifica na realidade carcerária.

As penitenciárias femininas mantêm "práticas patriarcais opressivas" (Davis, 2018, p. 50) que revelam a falta de representatividade do gênero, tanto no ambiente, quanto no corpo de funcionários que trabalham nas prisões. As práticas são consequências da ausência de preparo do sistema carcerário em abrigar mulheres – grupo que, historicamente, sempre teve seu lugar à margem do principal. E o cárcere é mais um dos ambientes em que se interpreta a mulher como marginalizada, enquanto o centro da discussão são os homens. De modo particular em relação à raça, há de se considerar que o sistema de justiça criminal "cria o alvo que intenta reprimir" (Borges, 2019a, p. 86), garantindo a manutenção de desigualdades raciais, sociais e econômicas.

Assim, o aprisionamento, vivido sob a perspectiva das mulheres, é uma punição estatal diária e constante, não somente pelo delito cometido, mas também pela condição biológica e sociocultural a que pertencem. E, sob a ótica da sociedade, a mulher novamente sofre dupla responsabilização, primeiro pelo crime e, depois, por transgredir os padrões sociais impostos a elas, como o da figura familiar, que cuida da casa, dos filhos e do marido (Leal, 2014, p. 05).

Segundo Olga Espinoza (2004), a prisão exhibe um ambiente paradoxal, e representa uma caricatura da sociedade em geral. Trata-se, por um lado, de um espaço que reproduz as condições de exclusão das mulheres; e, por outro lado, intensifica os defeitos da sociedade de forma perversa, ao controlar os aspectos da vida das pessoas, dependentes de uma autoridade externa, e também infantilizadas, ao mesmo tempo em que delas é exigida maturidade para declará-las ressocializadas.

Em junho de 2020, a última atualização dos dados oficiais, a população feminina privada de liberdade era composta por 37.200 (trinta e sete mil e duzentas) mulheres. A maioria jovem, entre 18 a 29 anos, com baixa escolaridade, negras e pardas. Em relação à maternidade, o censo mostra que dentro dos estabelecimentos penais havia 225 (duzentas e vinte e cinco) lactantes, 276 (duzentas e setenta e seis) gestantes ou parturientes e 1.446 (mil, quatrocentas e quarenta e seis) crianças – filhas e filhos institucionalizados junto das mães (BRASIL, 2020a).

Quanto à natureza do crime, observa-se que mais da metade das mulheres privadas de liberdade incide em algum dos tipos penais dispostos na Lei de Drogas. Entretanto, a maioria dessas mulheres ocupa posição de coadjuvante nos referidos crimes, muitas vezes realizando serviços de transporte das substâncias e de pequeno comércio. Muitas são flagradas, inclusive, nas filas de visitas das penitenciárias masculinas, outras são usuárias, e a minoria está relacionada às maiores redes de organizações criminosas (Costa, 2016).

Já quanto ao tempo de cumprimento de pena, 70% das mulheres foram condenadas a penas não superiores a oito anos, o que, segundo o Código Penal, artigo 33, parágrafo 2º, alínea b, daria o direito destas mulheres iniciarem o cumprimento da pena, desde logo, no regime semiaberto (Brasil, 1991). Infelizmente, a previsão legal não é respeitada nas situações concretas, uma vez que todo o grupo examinado no relatório anual do Departamento Penitenciário Nacional encontra-se cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado (Brasil, 2020a).

Há que se ressaltar, como já referido, a seletividade do encarceramento feminino. A mulher que ingressa no sistema prisional brasileiro possui um perfil específico e, de certo modo, pré-determinado: jovem, negra, baixa escolaridade, mãe e com conduta delituosa ligada às drogas, ocupando baixa posição na organização hierárquica do crime (Brasil, 2020a). Antagonicamente, de acordo com a

Constituição Federal, a igualdade formal garante a todas as pessoas os direitos fundamentais e sociais de forma isonômica. Contudo, há, materialmente, mecanismos ocultos de discriminação, de modo que algumas pessoas são menos iguais, ou menos humanas e até mesmo não humanas (Alves, 2019).

Para Luciana Boiteaux (2019), a invisibilidade e o menosprezo com relação às questões de gênero integram uma construção social. Junto a isso, o aumento do encarceramento feminino no país não foi acompanhado de políticas públicas efetivas de gênero. O sistema carcerário nacional reproduz a estrutura patriarcal da sociedade, sendo concebido por homens para o encarceramento masculino. Tal conjuntura reforça a violência imposta às mulheres presas e seus filhos e suas filhas, além de receberem maior atenção de políticas repressivas.

Os efeitos da política de drogas, por exemplo, impactam fortemente nas mulheres, especialmente negras, diante do encarceramento; na relação com a família, filhos e filhas; como também nas sobrecargas com a responsabilidade de sustentar a entidade familiar e na ampla situação de vulnerabilidade econômica e pobreza (Boiteaux, 2019). No sentir de Juliana Borges (2019b), o contínuo e alucinante crescimento dos índices de prisões de mulheres, sendo majoritariamente negras, indica que a política de guerra às drogas é um elemento central, sendo conjugado com outros fatores de ordem simbólica e política, os quais demonstram um fio histórico de controle e aprisionamento de corpos femininos negros ao estigma criminalizante.

Para além destas questões, outras devem ser levadas em consideração no que diz respeito ao encarceramento de mulheres, especialmente no que tange às condições estruturais do cárcere. Segundo a autora Debora Diniz (2016), o aprisionamento não gera apenas privação de liberdade, mas também privações territoriais, subjetivas, de direitos e afetiva. A primeira diz respeito aos lugares em que os estabelecimentos prisionais estão situados – em geral a uma distância considerável dos centros das cidades. Isso faz com que a população ignore ou não seja lembrada do que acontece intramuros e de quem está cumprindo pena. A distância, também, dificulta as visitas, pois não são todas as apenadas que possuem parentes e pessoas dispostas e com recursos para enfrentar quilômetros e, por vezes, horas de viagem para uma visita tão rápida. Isso faz com que muitas mulheres, durante anos, fiquem sem receber uma única visita.

A segunda privação que se pode observar (Diniz, 2016) é interpretada como subjetiva e está relacionada às vivências pré encarceramento. Para a grande maioria das mulheres é difícil desvincular-se dos acontecimentos passados, pois são vidas de sofrimento, separações, violências, dificuldades e tantos outros fatores que culminam no aprisionamento. São histórias e fatos que dão sentido à frase "os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos; mas é mais violenta a realidade que as leva até eles" (Queiroz, 2019, p. 63). Entretanto, quando ingressam no cárcere, não há recursos para que essas mulheres possam tratar seus traumas e dores e, muitas delas, se veem diante de uma realidade difícil de ser assimilada, privando suas próprias subjetividades (Diniz, 2016).

As duas privações já citadas culminam, dentre outros fatores, na terceira privação, a de direitos – que em muito está relacionada com a precária infraestrutura dos presídios, mas a isso não se limita (Diniz, 2016). Há privação de direitos quando se nega concessão de benefícios, quando normas e prerrogativas não são observadas, quando o julgamento perpassa a questão jurídica e incide na moral. Há privação de direitos quando a segregação do cárcere sufoca a identidade, o gênero, a individualidade e os laços afetivos, filiais e maternos.

Por fim, a quarta privação é a afetiva (Diniz, 2016), decorrente da falta de convívio com a família e, principalmente, com os filhos e filhas. Essa privação, para muitas mulheres, é causa de um demasiado sofrimento – sofrimento este que, não raras as vezes, desencadeiam psicopatologias e doenças físicas.

Além dessas questões emocionais e subjetivas outras devem ser observadas, especialmente no que tange à estrutura dos estabelecimentos prisionais. Segundo dados do Levantamento Nacional (Brasil, 2020a), estima-se que atualmente, nas prisões brasileiras, exista um déficit de vagas superior a 300 (trezentos) mil. Além disso, havia a estimativa de que, até dezembro de 2019, 12,61% de toda a população prisional (considerando homens e mulheres) estava alocada em estabelecimentos penais mistos e que somente 3,79% em estabelecimentos femininos, taxa que corresponde a 28.374 (vinte e oito mil, trezentas e setenta e quatro) mulheres (Brasil, 2020a).

Observa-se que, além da grave questão da superlotação que acomete o sistema prisional brasileiro como um todo e da falta de convivência das mães presas com seus filhos, aproximadamente dez mil mulheres estão cumprindo pena privativa de liberdade em estabelecimentos penais considerados mistos (Brasil, 2020a). Vale destacar que esses estabelecimentos mistos tiveram, via de regra, uma

destinação originária masculina. Dessa forma, esse dado revela a violência e o desrespeito aos direitos humanos das mulheres dentro das unidades prisionais, uma vez que, por terem necessidades específicas, não podem ser submetidas ao mesmo tratamento que a população masculina (Borges, 2019a).

Quando se trata de mulheres gestantes, a situação se torna mais grave. Isso porque apenas cinquenta e cinco unidades prisionais no Brasil possuem celas ou dormitórios destinados às futuras mães. Já para as encarceradas com filhos pequenos, em que é necessário manter o vínculo, especialmente pelo aleitamento, apenas 14% das penitenciárias femininas ou mistas contêm berçário, também chamado de centro de referência materno-infantil, espaço destinado para acomodação de bebês com até dois anos de idade (Brasil, 2020a).

Paralelamente a essa situação, é importante destacar o acesso das mulheres privadas de liberdade ao direito à saúde, especialmente pelo grande percentual de encarceradas grávidas. Salienta-se que a garantia a este direito fundamental, não só é previsto na Constituição Federal, como também encontra respaldo na LEP, que determina que os ambientes prisionais devem prover a assistência médica necessária para mulheres apenadas (Brasil, 2011). Entretanto, dados recentes demonstram que a realidade fática é bastante díspar ao texto da lei. Isso porque em alguns estados da federação milhares de mulheres ocupam penitenciárias sem módulos de saúde, ficando dependentes da discricionariedade das autoridades competentes para saída e acesso à unidade básica de saúde (Brasil, 2020a). Em relação ao direito à educação, apenas 25% das mulheres encarceradas estão envolvidas em atividades educacionais, que compreendem cursos de alfabetização, capacitação ou técnicos, e, dentre esse percentual, metade está cursando aulas de ensino fundamental – o que corrobora com o dado da baixa escolaridade da população prisional feminina (Brasil, 2018). E o percentual de mulheres apenadas que exercem atividades laborais no país é de 24% – muito similar ao direito à educação. Dentre as atividades, grande maioria (cerca de 87%) exerce trabalho interno, isto é, dentro das penitenciárias (Brasil, 2018).

Com base nesses dados e informações, pode-se chegar a duas conclusões, sendo elas: primeiramente, existe uma seletividade do sistema de justiça criminal no que diz respeito ao encarceramento feminino, de modo que as mulheres que são privadas de liberdade possuem um perfil pré-determinado; e o segundo ponto se refere à falta de estrutura física, estrutural e institucional das penitenciárias em acolher apenadas. A falta de olhar individualizado para as necessidades do gênero feminino e a precária assistência prisional (quanto ao oferecimento de serviços, oficinas e cursos, por exemplo) prejudicam sobremaneira, e ainda mais, a vivência intramuros. Ademais, muitas das penitenciárias não possuem sequer módulo de saúde, o que significa dizer que, sobrevivendo alguma enfermidade, devem esperar algum profissional ir até a penitenciária ou, ainda, aguardar o deslocamento até alguma unidade básica – sempre dependente da discricionariedade do diretor do estabelecimento. Além disso, poucas mulheres presas são submetidas a programas de estudo ou trabalho, o que inviabiliza a remição de pena através desses institutos e, até mesmo, as chances e esperança de um futuro mais promissor (Brasil, 2018).

2.1. A situação vivenciada durante a pandemia de COVID-19 no Brasil

Respeitando o recorte temporal proposto no presente artigo, passa-se agora à análise do impacto da pandemia causada pelo coronavírus no encarceramento de mulheres mães, nos anos 2020 e 2021. Ante a urgência da situação instaurada pela pandemia do coronavírus, algumas medidas foram tomadas no âmbito legislativo e normativo para o contexto prisional, ambiente considerado de risco para fins estatísticos, frente aos problemas sociais e estruturais já mencionados.

A título exemplificativo, cita-se a Recomendação nº 62, publicada pelo Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2020b), cujo objetivo era promover a reavaliação das prisões provisórias e a concessão de saídas antecipadas às pessoas presas que se enquadravam nos grupos de risco, como era o caso das gestantes e mães. A importância da liberação se dá, sobretudo, por conta da rápida proliferação do vírus, ainda mais em ambientes fechados, com pouca ventilação e incapacidade de se cumprir as regras de distanciamento social, ao exemplo das prisões brasileiras superlotadas. Além disso, dentro desses espaços não há, sequer, "ventilação adequada, acesso à água para a realização da limpeza pessoal e dos espaços, distribuição de itens básicos de higiene, suporte de medicamentos, nem alimentação nutricional adequada" (Brasil, 2020c, p. 03), acarretando em um ambiente favorável à proliferação não só da COVID-19, como de outras doenças virais.

Elencada como a principal medida adotada para evitar altos índices de contaminação, a Recomendação não foi suficientemente atendida pelos Tribunais e Cortes Superiores. Comprova-se tal ideia com dados de pesquisa realizada sobre o direito social de proteção à maternidade e à infância, onde se verificou a atuação dos tribunais brasileiros perante o direito social durante a pandemia. Para tanto, a pesquisa, realizada em junho de 2021, considerou como lapso temporal o período compreendido entre março de 2020 a maio de 2021, foi feita com busca pelas palavras-chave "maternidade; pandemia; penal" e realizada perante o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais (das cinco regiões) e os Tribunais de Justiça Gaúchos (TJ/PR, TJ/RS e TJ/SC). A escolha pelos tribunais se deu para fins de comparação a nível nacional e regional, sendo esta a região onde se desenvolve a presente pesquisa, ligada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS.

Durante a pesquisa jurisprudencial notou-se que a grande maioria dos casos tratava-se de demandas individuais, geralmente habeas corpus, impetrados por advogados constituídos, com pedido de prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva previamente determinada, em razão das mulheres estarem grávidas e/ou possuírem filhos menores de doze anos – o que, conseqüentemente, as enquadraria como pessoas dos grupos de riscos. Muitos dos remédios constitucionais utilizavam a Lei nº 13.769/2018 como fundamento do seu pleito. Entretanto, constatou-se que grande parte das demandas foram indeferidas por não haver prova da maternidade e, também, pela situação de exposição em relação à prole, uma vez que grande parte delas respondia a crimes relacionados às drogas onde a casa era o ambiente de traficância.

Os resultados obtidos com a pesquisa demonstram a exígua atuação do Poder Judiciário em garantir, ainda que minimamente, o direito social às mulheres presas e, conseqüentemente, seus filhos. Neste ponto, comunga-se da opinião de Elaine Pimentel (2020) quando menciona que "as muitas decisões denegatórias demonstram que, entre o exercício do poder punitivo do estado e o direito fundamental à saúde de pessoas privadas de liberdade, tende a prevalecer a força das práticas punitivas no Brasil" (Pimentel, 2020b, p. 03). Não só pedidos foram indeferidos, mas também a esperança, a segurança e tranquilidade de inúmeras famílias. As decisões deferidas representam uma minoria.

A pandemia não foi em si uma causa geradora de violação de direitos humanos, mas sim uma situação agravante, que demonstrou, de forma mais evidente, a situação desumana que vivem os presos e presas do país (Almeida; Pimentel; Caciado, 2020). O direito de proteção à maternidade, que já sofria desrespeito dentro do ambiente carcerário, tornou-se ainda menos respeitado, após a pandemia da COVID-19.

As mulheres, muitas gestantes ou com crianças pequenas, mesmo com decisões judiciais e leis, como a de nº. 13.769/18, que garante a prerrogativa de cumprimento de pena domiciliar ou do benefício da progressão especial de regime, continuam dentro do ambiente insalubre e indigno das prisões. Outras, com filhos fora das penitenciárias, tiveram o contato totalmente suspenso, sem saber, sequer, notícias de sua família. Com isso, é possível concluir que, mesmo diante da situação desumana e degradante vivida pelas apenadas, as políticas públicas e ações de enfrentamento ao vírus dentro das penitenciárias foram ínfimas e tiveram baixa aceitação, inclusive, da Suprema Corte brasileira.

3. Execução penal e progressividade especial: noções gerais e inovação legislativa

A pena privativa de liberdade foi sendo geralmente utilizada a partir da prática carcerária do século XIX, influenciada por determinados sistemas penitenciários oriundos dos Estados Unidos. Com forte influência de concepções religiosas, os sistemas surgidos nesse país, ao fim de suas experiências, apontaram para uma graduada constatação: a solidificação do uso da pena privativa de liberdade como o principal método de regeneração – e, por vezes, de dominação – do indivíduo (Goffman, 2005).

Aos poucos, o uso da pena de morte, das sanções corporais, da deportação às colônias e dos trabalhos forçados foi diminuindo gradativamente. O entendimento era de que se buscasse com a execução da pena de prisão a reabilitação da pessoa presa; para isso, o regime celular foi sendo substituído por um regime progressivo, cujo sistema atingiu seu ápice nas primeiras décadas do século XX. A essência do modelo progressivo era diminuir o aspecto rígido da duração da pena, de modo que a pessoa detida pudesse, depois de preenchidos os requisitos necessários (boa conduta e recuperação terapêutica), usufruir de certos benefícios, como por exemplo, ser reintroduzido na sociedade antes do fim de sua pena (Pitlevnik, 2016).

O direito de execução penal prevê o regime progressivo da pena, isto é, a colocação da pessoa presa em regimes não tão severos, desde que cumpridos alguns requisitos (Brasil, 1991). A ideia da progressividade está muito associada à ressocialização, uma vez que, cumpridos os requisitos que serão abordados posteriormente, o sujeito possui condições de não ter recaído sobre si um regime de controle tão rígido. Assim, a progressividade é vista como "modelo de cumprimento da finalidade ressocializadora da pena" (Pitlevnik, 2016. p. 109). Há de se considerar que o sistema progressivo, mesmo que benéfico para as pessoas presas, traz consigo algumas ideias que refletem o pensamento preconceituoso da sociedade sobre o cárcere e, sobretudo, sobre as pessoas detidas. Isso porque, paira sobre a progressão a noção de que o indivíduo é disciplinado dentro das penitenciárias, a fim de evoluir como ser humano e ser capaz de exercer o autocontrole (Pitlevnik, 2016).

Os requisitos para a concessão da progressão de regime estão previstos no artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP) e subdividem-se em requisitos objetivo e subjetivo, aos quais passa-se à análise. O requisito objetivo diz respeito ao tempo mínimo de cumprimento de pena no regime anterior, está previsto nos incisos I a VIII do referido artigo, e apresenta percentuais diferentes conforme o tipo de crime cometido e as circunstâncias judiciais, variando de 16% a 70% do total da pena imposta. Já o requisito subjetivo trata de manifestação do diretor do estabelecimento penitenciário atestando boa conduta carcerária, ainda que o ambiente penitenciário não contribua com tal exigência (Brasil, 2011). Não parece assertivo exigir um comportamento positivo de pessoas que estão submetidas a ambientes superlotados e que violam, diariamente, direitos fundamentais. Dessa forma, os requisitos gerais previstos no artigo 112 da LEP não condizem com a realidade do sistema prisional brasileiro e reproduzem a permanência do encarceramento e do sofrimento.

Em dezembro de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.769, que alterou a Lei de Execução Penal e a Lei dos Crimes Hediondos, para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, criando a chamada "progressão de regime especial". A maioria das mulheres presas no Brasil é jovem, de baixa renda, mães, e incidentes no tipo penal relacionado às drogas (Brasil, 2020a). Assim, de fato, mostra-se necessário e importante um olhar particular para esse grupo, de modo que a Lei 13.769/18, numa rápida e simplista visualização, é considerada um tanto quanto avançada nesse sentido, já que oportuniza que algumas mulheres possam, de forma mais rápida, estar ao lado da prole, prestando-lhes assistência material e afetiva e garantindo um completo e saudável desenvolvimento (Santa Rita, 2006).

Analisando os requisitos gerais da inovação legislativa de 2018 – mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência – cabe algumas considerações. Em relação à responsabilidade, tem-se como conceito amplo que abrange não apenas casos de curatela, tutela e guarda, mas também hipóteses nas quais a apenas seja a única pessoa que exerça os cuidados fáticos da criança ou da pessoa com deficiência (Santa Rita, 2006). Quanto ao conceito de criança, a lei é condizente com os termos do artigo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, compreendendo as pessoas com até doze anos incompletos (Brasil, 2019). Já em relação à deficiência, não há restrição legal quanto ao tipo, presumindo-se ser aceitável tanto a patologia física ou mental.

Entretanto, o direito só será concedido se estiverem presentes, cumulativamente, os demais requisitos: (I) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; (II) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (III) ser primária e ter bom comportamento carcerário; (IV) não integrar organização criminosa; e (V) ter cumprido ao menos 1/8 da pena no regime anterior (Brasil, 2011).

Acerca do requisito "não ter cometido o crime com violência ou grave ameaça à pessoa", tem-se que a violência é aquela exercida fisicamente, e a grave ameaça corresponde à violência mental e psíquica. Ressalta-se que a violência ou ameaça são restritas à pessoa, de forma que se a agente do crime tiver exercido violência contra um objeto – como rompimento de barreira ou obstáculo, por exemplo – não estará impedida de ser beneficiada pela regra (Greco, 2017).

A respeito do requisito "não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente", é importante mencionar que, conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Brasil, 2020a), a maioria das apenadas incide sobre os tipos penais relacionados às drogas e, secundariamente, em crimes contra o patrimônio, como furtos e roubos simples, de modo que se presume que tal requisito não é um óbice à aplicação da lei no plano fático.

Já em relação ao requisito "ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento", o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (Almeida; Felipe; Souza; Canheo, 2019) entende que a exigência da primariedade é inconstitucional, pois significa uma dupla

punição por um crime que já teve sua pena cumprida. Ainda, cabe salientar que esse requisito não é exigível nem para os condenados a crimes hediondos, mostrando-se totalmente desproporcional para os casos em tela. Além disso, no que se refere ao bom comportamento carcerário, volta-se ao já fora exposto – da inadequada exigência de tal requisito. Isso porque, sobretudo para mulheres mães, o rompimento dos laços materno afetivos, consequência do isolamento proveniente do cárcere, afeta sobremaneira o seu estado natural. Não há que se esperar que as mães presas não tenham preocupações sobre a situação dos seus filhos, quem está lhe provendo o sustento ou sendo referência familiar. Cumulado a isso, a saudade e a falta do convívio, intensificados pela vivência entre grades, podem resultar em comportamentos estressantes e prejudicar a visão sobre seu bom comportamento – decisão esta totalmente arbitrária e unilateral.

Sobre o requisito "não ter integrado organização criminosa", verifica-se que a exigência para progressão de mulheres mães e gestantes é igualmente desproporcional e discriminatória, já que não existe nenhum tipo de documentação que ateste tal fato, ainda mais considerando o precário acesso à justiça (Almeida; Felipe; Souza; Canheo, 2019). Por fim, o requisito "ter cumprido ao menos 1/8 da pena no regime anterior" trata de requisito objetivo que prevê a concessão do benefício somente após o cumprimento de determinado período da pena no regime anterior, independente da natureza do crime – se comum ou hediondo.

Assim, após a análise de cada um dos requisitos, entende-se que o parágrafo introduzido pela Lei 13.769/2018 se mostra, *prima facie*, um avanço para a população prisional feminina, especialmente para as mães. Entretanto, a regra exige o cumprimento de muitos requisitos, com notória carga desproporcional e discriminatória, não só pelas condições estruturais das penitenciárias, mas também e, principalmente, por exigir das mulheres privadas de liberdade comportamentos não compatíveis à situação de quebra dos vínculos materno afetivos intensificados pela vivência intramuros das prisões.

4. Superando obstáculos jurídicos e sociais: em busca da efetividade do direito social de proteção à maternidade das mulheres privadas de liberdade

Além de todas as questões até então suscitadas, há de se considerar também os efeitos perversos e os danos sociais causados pelo cárcere que, diariamente, rompem os ideais de justiça e de igualdade (Modesti, 2011). Retomando as ideias trazidas ao decorrer do texto, este tópico pretende, ao ir concluindo o pensamento, refletir sobre tudo que foi abordado fazendo uma relação com o direito social de proteção à maternidade e à infância.

Em tempo, cabem algumas considerações sobre tal direito social. Embora existam legislações e normas que versam sobre questões atinentes ao direito de proteger à maternidade e à infância, há um cumprimento insatisfatório destas previsões normativas se observada, por exemplo, a realidade das prisões brasileiras. As normas que garantem esses direitos são, em sua maioria, de cunho material, uma vez que dispõem sobre como deve ser a estrutura dos estabelecimentos penitenciários para abrigar mulheres, gestantes, parturientes, e crianças de pouca idade, como é o caso, por exemplo, da Lei de Execução Penal (Brasil, 2011).

Conforme discorrido no presente artigo, é necessário que se destine um olhar diferenciado a determinados grupos, a fim de que suas diferenças, vulnerabilidades e desigualdades sejam respeitadas, garantindo a máxima de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Assim, ter normas que garantem ambientes mais cômodos, com uma infraestrutura mais adequada e voltados às mulheres e às crianças, com atendimento e acompanhamento médico e psicossocial, não gera desigualdade, mas, contrariamente, promove o acesso ao direito social de proteção à maternidade e à infância.

No contexto brasileiro, o direito de proteger a maternidade e à infância, além de ser um direito social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, é uma garantia prevista na legislação processual penal e na lei de execução penal (Brasil, 1991; Brasil, 2011). Ambas, apesar de também trazerem algumas garantias materiais, se debruçam mais sobre o aspecto processual. Assim, garantem, por exemplo, que mulheres com filhos de pouca idade possam progredir de regime mais rapidamente ou, ainda, que tenham sua prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar – inovação trazida pela lei de 2018, objeto do presente artigo (Brasil, 2011).

As normas referidas são, sem sombra de dúvidas, grandes avanços para as mulheres, as quais, durante muitos anos, sequer eram dignas de receber tratamento como sujeitos de direitos. Mas, infelizmente, essas previsões normativas não são suficientes por si só, especialmente no ambiente prisional. Há ainda muito o que se avançar, se percorrer e se discutir para que as políticas públicas e de segurança não sejam alheias às vivências dos mais variados sujeitos, conforme dados já trazidos ao decorrer do texto.

A predominância da condenação sobre a subjetividade humana feminina é evidente e o preconceito que incide sobre as mulheres é demasiado. Além de sofrerem com as sanções jurídicas impostas, as mulheres têm que arcar com o sofrimento em relação aos reflexos de seus atos no contexto social e familiar. É comum que as mulheres se sintam duplamente condenadas e, de fato, sofram dupla punição: uma jurídico-penal, em que têm que suportar a sanção imposta através de condenação por meio de sentença judicial, e outra social e de gênero, porquanto são condenadas pela sociedade por transgredirem o padrão natural da mulher. Tradicionalmente, na história do sistema punitivo mundial, as mulheres que eram condenadas por crimes eram tidas como transgressoras dos princípios morais fundamentais da condição feminina, enquanto que os homens eram considerados indivíduos que tinham transgredido o contrato social (Davis, 2018, p. 55).

A fim de evitar esse sofrimento em duplicidade, as mulheres, ao ingressarem nas penitenciárias, negam, distorcem e negociam suas próprias identidades. A resignificação de representações sociais femininas gera os conflitos de identidade sofridos pelas encarceradas, especialmente quando se trata da representação materna (Oliveira, 2008). Ocorre que a negação de identidade e o uso, por vezes, de substâncias psicoativas – utilizadas com o intuito de frear o sofrimento – causam ainda mais problemas, sendo mais um elo na cadeia de múltiplas violências vivenciadas pelas mulheres encarceradas.

Ainda, cabe salientar um ponto específico e crucial, capaz de potencializar os conflitos de perda da representatividade feminina no cárcere: a destinação originária masculina da maioria das prisões. Isso se explica por um motivo natural, pois, quando uma mulher ingressa em um ambiente projetado arquitetonicamente para homens, que é composto, majoritariamente, por homens – sejam pessoas presas ou funcionários – sem objetos de cunho feminino, ela começa a perder sua identidade como mulher. E, além disso, as políticas públicas voltadas a esses estabelecimentos esquecem as necessidades específicas das mulheres e se omitem quanto a esses espaços que, diariamente, acarretam desrespeito e violação de direitos humanos às mulheres (Borges, 2011).

Podemos concluir, portanto, que o sistema penal é androcêntrico, ou seja, foi pensado e construído para os homens e, por isso, às mulheres restam as sobras da política penitenciária e uma atuação pífia das agências policiais e judiciárias que desconsideram as peculiaridades do sexo feminino (Ramos, 2012). E a sociedade, quando incentiva e corrobora com essa violência estatal, contribui com e para a exclusão de pessoas consideradas menos cidadãs que outras, como se, a elas, fosse permitido excluir, negligenciar e abolir direitos (Borges, 2019a, p. 57; p. 75).

A situação fica ainda mais séria quando, através de um estudo interseccional, se observa as violências causadas em mulheres negras presas. Isso porque essas mulheres são vistas pela sociedade, com o olhar preconceituoso e colonial, como mais violentas e perigosas (Akotirene, 2019), por vezes sem razão de ser, e por outras, por simplesmente morarem em áreas periféricas. A discriminação de raça fica evidenciada nos exemplos de instituições penais pensadas para corrigir e remediar a situação das mulheres condenadas. O modelo consistia em transformar celas em quartos, com o objetivo de treinar as mulheres presas para a realização de afazeres domésticos, para se tornarem boas mães e esposas. Mas, na realidade, o treinamento fazia com que as mulheres mais pobres, negras, executassem, quando da sua liberdade, serviços domésticos para mulheres brancas, de maior poder econômico (Davis, 2018, p. 56). Assim, observa-se que as condições de raça, sexo e classe, quando interseccionadas dentro do ambiente carcerário, resultam em inúmeras violências estatais e desrespeito à condição humana.

Além de todos esses conflitos internos, falta de representatividade e de identidade feminina e preconceito vivenciados dentro do cárcere, outro grande – e talvez um dos maiores – sofrimento das mulheres encarceradas que são mães é a quebra do vínculo afetivo com o filho. Em razão da prisão há o rompimento da rotina, do cuidado diário, do convívio e tem, ainda, o sentimento de culpa pairando sobre as presas (Araujo, 2011).

Por isso que, dentre as poucas políticas prisionais femininas existentes, a grande parte delas limita-se à proteção da maternidade e do cuidado com os filhos pequenos. Uma das normas nesse sentido é a que ora se está sendo analisado, a de nº 13.769/18, que prevê a possibilidade de substituição da pena por prisão domiciliar e garante a progressão especial de regime.

Entretanto, embora existentes, tais ações e normas não são suficientes para garantir a permanência ou o resgate dos vínculos afetivos entre mãe e filho durante o encarceramento (Pimentel, 2013), tampouco são interpretadas com o respeito e garantia que merecem, gerando dor, sofrimento e mais punição. A perda do papel materno é uma consequência natural do aprisionamento feminino, bem como a mortificação do ser e o rebaixamento pessoal (Goffmann, 2005).

Corroborando com tal entendimento, Miriã Claro de Araujo (2011) afirma que quando uma pessoa é presa, ela é desprovida de todos os seus papéis sociais, adquirindo apenas um, o de criminosa. Os estigmas e preconceitos gerados através da imposição da pena privativa de liberdade, especialmente à mulher, por vezes, ficam tão enraizados que, até mesmo quando a pena é cumprida e a liberdade é alcançada, as mulheres ainda sofrem com as marcas deixadas pela condenação, como a perda do emprego, a grande dificuldade em reingressar no mercado de trabalho, além da ruptura afetiva com os filhos – por vezes, irreversível.

Diante de todo o exposto, fica evidenciado que o sistema prisional é como uma engrenagem que funciona a todo o vapor em prol da manutenção de hierarquias sociais, raciais e de gênero (Borges, 2019a, p. 76), de modo que aos grupos marginalizados, como é o caso das mulheres, nada deve ser garantido e tudo pode ser suprimido. Por isso a necessidade de se pensar em políticas públicas e ações de enfrentamento, não apenas para garantir normas de proteção, mas, sobretudo para assegurá-las. Isso porque, a exemplo da Lei nº 13.769/2018, muitas normas já existentes não são asseguradas.

Com isso, pode-se concluir que o problema não está na falta de previsão legal, mas sim em garantir e efetivar os direitos e prerrogativas dispostos nas legislações. A lei de 2018 que criou a chamada progressão especial de regime é, sim, um grande passo para garantir às apenadas condições mais benéficas no cumprimento da pena. Mas, como visto, é ineficaz e insuficiente. O sistema de justiça criminal é falho na sua essência, naquilo que é mais básico e no que deveria ser, facilmente, assegurado. É custoso acreditar, portanto, que aprovar leis que dispõem que a maternidade deve ser protegida dentro das prisões, basta para que o cenário mude. Diante de um “Estado de Coisas Inconstitucionais” (Brasil, 2015), é preciso ir fundo para corrigir o problema e assegurar aquilo que, constitucionalmente, é protegido: o materno, o cuidar, o amar.

5. Considerações finais

A inovação trazida pela lei nº 13.769/2018, que prevê a progressão de regime especial para mulheres, mães, gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência é compatível com o sistema progressivo da pena e com direitos e princípios constitucionais e infraconstitucionais penais. Ocorre que, como abordado no presente artigo, grande parte das decisões judiciais não respeitam a previsão normativa e não concedem às apenadas mães tais benefícios, ainda que cumpridos todos os requisitos. Além disso, frente ao momento histórico da pandemia causada pelo coronavírus em que o ambiente penitenciário se mostrou, ainda mais, um risco à saúde e integridade física, a situação não foi modificada. Muitas decisões negaram a saída provisória ou a transferência para regime menos gravoso de mulheres gestantes ou mães, desrespeitando, inclusive, a referida legislação, pretérita ao COVID, bem como as promulgadas de forma emergencial no contexto da pandemia.

Tudo isso afeta não somente a mulher condenada e que cumpre pena privativa de liberdade, mas também seu contexto familiar, especialmente seus filhos, que sofrem com o abandono e com a ruptura abrupta dos laços maternos ou, se institucionalizados juntamente às mães, que ficam expostos a tal situação e ao ambiente insalubre e indigno das penitenciárias brasileiras. A pesquisa, ao final, respondeu ao problema de pesquisa e confirmou a premissa inicialmente apresentada.

A atualização legislativa em questão mostra-se um considerável instrumento para proteger e assegurar direitos sociais, como o direito social de proteção à maternidade, mas não basta por si só. O cumprimento cumulativo de tantos requisitos, sejam subjetivos ou objetivos, mostra-se um obstáculo e uma hiperburocratização, resultando em baixa aplicação prática pelos Tribunais. Por isso, ante o conjunto de dados e materiais estudados e abordados, conclui-se pela ineficácia da lei ante à realidade social e fática das mulheres que têm suas liberdades privadas, inclusive durante a pandemia do coronavírus no Brasil, o que prejudica, sobremaneira, o direito social de proteção à maternidade no âmbito do contexto prisional.

Referências

- Akotirene, Carla (2019). *Interseccionalidade*. São Paulo: Polén, 2019.
- Almeida, Bruno Rotta; Pimentel, Elaine; Cacicedo, Patrick (2020). Brazil - Covid-19 and prisons in Brazil: conditions and challenges. *Revista Antigone*, ano XV, nº. 1, p. 27-32.
- Almeida, M. C. D.; Felipe, M. B.; Souza, R. C. B.; Canheo, R. O. (2019). Mulheres em prisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/mulheresemprisao-enfrentando-invisibilidade-mulheres-submetidas-a-justica-criminal.pdf>. Acesso em: 29 de jun. 2022.
- Alves, Dina (2019) Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. In: Pimentel, Elaine; Dorvillé, Elita Morais (org.). *Mulheres, feminismos e interseccionalidade nas ciências criminais: escritas em homenagem para Sueli Carneiro*. Maceió: EDUFAL.
- Araujo, Miriã Claro de. (2011) *Mulheres encarceradas e o (não) exercício do papel materno*. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.
- Boitexa, Luciana (2019). Ausências e presenças das mulheres nas ciências criminais e as mulheres encarceradas por tráfico de drogas. In: PIMENTEL, Elaine; DORVILLÉ, Elita Morais (org.). *Mulheres, feminismos e interseccionalidade nas ciências criminais: escritas em homenagem para Sueli Carneiro*. Maceió: EDUFAL.
- Borges, Juliana (2019b). A construção da "mulher negra criminosa" na sociedade brasileira. In: Pimentel, Elaine; Dorvillé, Elita Morais (org.). *Mulheres, feminismos e interseccionalidade nas ciências criminais: escritas em homenagem para Sueli Carneiro*. Maceió: EDUFAL.
- Borges, Juliana (2019a). *Encarceramento em massa*. São Paulo: Polén.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62. 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>. Acesso em: 23 out. 2022.
- Brasil. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC). Apelo à situação das pessoas privadas de liberdade no Brasil durante a pandemia de COVID-19. 2020c. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2020/06/Apelo-OEA-Final.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.
- Brasil. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e a Lei dos Crimes Hediondos. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em: 06 ago. 2023.
- Brasil. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 27 out. 2023.
- Brasil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 06 ago. 2023.
- Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 06 ago. 2023.
- Brasil. Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN de dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 06 ago. 2023.
- Brasil. Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. 2.ed. Disponível em: https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 06 ago. 2023.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de set. 2015. Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 ago. 2023.

- Costa, Samira Pereira da. (2016). O encarceramento feminino no contexto regional e nacional. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Pelotas, Pelotas.
- Davis, Angela (2018). *Estarão as prisões obsoletas?* Trad. Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel.
- Diniz, Débora (2016). *Cadeia: relatos sobre mulheres*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Espinoza, Olga (2004). *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM.
- Goffman, Erving (2005). *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva.
- Greco, Rogério (2017). *Curso de Direito Penal: parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus.
- JusBrasil (2023). Pesquisa jurisprudencial "maternidade. pandemia. penal" no STF, STJ, TRFs e TJs Região Sul. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=maternidade.+pandemia.+penal>>. Acesso em: 06 ago. 2023.
- Leal, Jackson da Silva (2014). A mulher e o sistema penal: de vítima à infratora e a manutenção da condição de subalternidade. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 18, n. 27, São Paulo: Brasil.
- Modesti, Marli Canello (2011). *As mulheres aprisionadas e os reflexos familiares decorrentes do cárcere: as drogas e as dores da privação da liberdade*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- Oliveira, Erika Patrícia Teixeira de. *Mulheres em conflito com a lei: representações sociais, identidades de gênero e letramento*. 2008. Dissertação (Mestrado em Letras) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2008.
- Pimentel, Elaine (2020). A pandemia da covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo brasileiros: entre narrativas, recomendações e realidades. *Boletim IBCCRIM* – ano 28 – n.º 335 – outubro de 2020.
- Pimentel, Elaine (2013). O lado oculto das prisões femininas: representações dos sentimentos em torno do crime e da pena. *Latitude*, v. 7, n. 2.
- Pitlevnik, Leonardo Gabriel (2016). Progresividad de la Pena, Reglas de Conducta y Prácticas Judiciales en la Argentina. *Sociedade em Debate*, v. 22, n.º 2, p. 104-126.
- Queiroz, Nana (2019). *Presos que menstruam*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Record.
- Ramos, Luciana de Souza (2012). *Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.
- Santa Rita, Rosângela Peixoto (2006). *Mães e Crianças atrás das grades: em questão princípio da dignidade da pessoa humana*. 2006. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília.

Estrategias para las contra memorias del colectivo feminista. Un femicidio como brecha histórica.

Autora

Malena Maceira*

Cómo citar este artículo

Maceira, Malena (2023). Estrategias para las contra memorias del colectivo feminista. Un femicidio como brecha histórica, REV. IGAL, II (1), p. 79-93.

RESUMEN

El femicidio de Lucía Pérez sacudió a la sociedad argentina y, especialmente, al movimiento de mujeres y disidencias. Lo hizo tanto por su relevancia e impacto a nivel de la visibilización de la violencia contra las mujeres y disidencias y su consecuente organización en el colectivo Ni Una Menos, como también motor de construcción de memorias colectivas en función del acto de resistencia. Mediante el proceso penal, el femicidio de Lucía Pérez se resignificó operando como motor de cambio para la comprensión del evento en tanto violencia patriarcal. En este trabajo intentaré analizar la idea de evento histórico como elemento fundamental para la construcción de las memorias colectivas dentro de un grupo social determinado, es decir, el Colectivo Ni Una Menos.

PALABRAS CLAVE:

FEMICIDIO. MEMORIA COLECTIVA. NI UNA MENOS. EVENTO HISTÓRICO

ABSTRACT

The femicide of Lucía Pérez shook Argentine society and, especially, the women's movement. It did so both because of its relevance and impact in terms of the visibility of violence against women and its consequent organization in a collective such as Ni Una Menos, and as an engine for the construction of collective memories as an act of resistance. Through the criminal process, the historical event understood as the femicide of Lucía Pérez was re-signified, operating as an engine of change for the understanding of the historical event understood as patriarchal violence. In this paper I will try to analyze the idea of historical event as a fundamental element for the construction of collective memories within a given social group, that is, the Ni Una Menos Collective.

KEYWORDS:

SEXUFEMICIDE. COLLECTIVE MEMORY. NI UNA MENOS. HISTORICAL EVENT

1. Introducción

La idea de memoria colectiva funciona como una metáfora. De acuerdo con Astrid Erll (2011), la memoria se conforma del acto de recordar; un acto dentro de la esfera de lo individual que, en el caso de la memoria colectiva, se transfiere a la sociedad como un ente que puede recordar de forma colectiva.

De la mano de la memoria, se encuentra el olvido (Jelin, 2021, p. 314). Este juego de tracción entre el recordar y el olvidar también forma parte de las memorias de cada persona. ¿Podemos recordar colectivamente? ¿Podemos olvidar también como un colectivo?

El movimiento feminista en Argentina ha sido uno de los principales agentes de memoria colectiva que contribuyó —y aún lo hace— a las construcciones contra hegemónicas de la memoria colectiva. Principalmente, el Colectivo Ni Una Menos¹ surgió como una necesidad social del colectivo de mujeres y disidencias² de producir contra memoria(s) que incluyeran a aquellas que fueron (y siguen siendo) asesinadas por hombres en un contexto de violencia de género.

Desde esta perspectiva, me centraré en un evento histórico. Se trata del caso paradigmático del femicidio de Lucía Pérez. Este caso me permitirá reflexionar sobre por qué el colectivo social de mujeres y disidencias en Argentina lo eligió como representación de una brecha³ entre el discurso histórico hegemónico y la memoria colectiva —sobre las cuales también exploraré en este trabajo—. Y también, este caso me permitirá observar la forma en que un agente de memoria tan importante como el Colectivo Ni Una Menos reacciona enérgicamente a los altos niveles de violencia patriarcal que implicó en comparación a la reacción del sistema judicial.

¿Puede ser considerado el caso de Lucía Pérez como un evento histórico que está en disputa y construcción por las memorias? ¿Hay otra brecha narrativa reflejada en este acontecimiento? ¿Este evento histórico forma parte de una memoria colectiva hegemónica o se trata de una elección que resiste a esta narrativa mediante la creación de una contra memoria?

Para reflexionar sobre estas preguntas, en el punto uno me referiré al evento histórico y al principal agente de la memoria: el Colectivo Ni Una Menos de Argentina. En el punto dos, desarrollaré el concepto de memoria(s) colectiva(s) y cómo se pueden relacionar entre quienes producen la memoria como "agentes de memoria" y cómo interpretan el evento histórico. En el punto tres analizaré cómo interactúa en este caso el hecho histórico con las memorias colectivas y cuál fue su recorrido por el sistema judicial. Por último, en el punto cuatro intentaré dar una conclusión a este trabajo.

1. El femicidio de Lucía Pérez. El evento histórico

1.1. El impacto de un femicidio

En octubre de 2016, Lucía Pérez, una joven de 16 años, fue asesinada. Según los medios de comunicación, su cuerpo fue encontrado en una ciudad costera de la provincia de Buenos Aires, Argentina, presentando signos de abuso sexual. El caso generó conmoción por la extrema violencia que presentó el cuerpo, por lo que tuvo un impacto masivo en los medios de comunicación como así también en las redes sociales.

Comprender este evento requiere remontarnos un año atrás. El femicidio de Chiara Pérez, una adolescente de catorce años embarazada de su novio ocurrió el 10 de mayo de 2015 en Ruffino, localidad de la provincia de Santa Fe, Argentina. Fue asesinada por su pareja de 17 años y su cadáver fue encontrado en el patio de los abuelos del victimario.

El femicidio de Chiara Pérez fue atroz —como cada femicidio— pero en particular por las condiciones de la víctima: su corta edad y embarazada de su novio también menor de edad. Tuvo una relevancia que resonó entre los movimientos de mujeres y disidencias⁴. A partir de diversos actos, reuniones y asambleas, se unificó el reclamo por justicia contra la violencia machista bajo el Colectivo Ni Una Menos.

En el aspecto legislativo, el debate había sido llevado adelante sobre la posibilidad de dar visibilidad a la violencia machista desde una herramienta conocida —y no menos controvertida— como es el derecho penal. En el año 2012, luego de debatir en torno a las figuras que rodean la violencia contra las mujeres y disidencias y sobre la responsabilidad del Estado argentino para llevar adelante

¹De acuerdo con su propia mención, la agrupación se define a sí misma como Colectivo Ni Una Menos. Así se observa en el sitio web <https://niunamenos.org.ar/quienes-somos/carta-organica/>.

²En este trabajo se utilizará la expresión mujeres y disidencias con el fin de escapar al sesgo del binomio establecido por la asignación biológica varón-mujer ya que entiendo que el género es una construcción que excede lo biológico.

³La brecha entendida como la distancia que existe en la observación diversa de un evento.

⁴En este trabajo se utilizará la expresión "mujeres y disidencias" para identificar a las personas que conforman el colectivo bajo análisis. Esta denominación responde a la necesidad de reflejar un concepto que no quede acotado al binarismo asociado al sexo biológico de mujer-varón sino que permita que las identidades que se identifiquen como mujeres, lesbianas, trans, travestis y no binarios puedan incluirse.

acciones positivas para erradicarla⁵, se sancionó la ley 26.791. Se incorporó la figura de femicidio en el Código Penal argentino dentro del artículo 80⁶. Así, el artículo 80 establece desde entonces que:

Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º) A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

4º) Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

11º) A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

12º) Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º. (el destacado me pertenece).

A pesar de la regulación de estas nuevas conductas agravadas en caso de homicidio, las cifras oficiales que daban cuenta de la existencia de estas conductas no fueron contabilizadas hasta el año 2015, como explicaré en los próximos párrafos. La falta de conocimiento hasta ese momento sobre las estadísticas delictivas dificultaba o hasta imposibilitaba la aplicación de políticas criminales tendientes a atender la violencia machista contra las mujeres y disidencias. No había conocimiento real de cuál era la situación de las mujeres asesinadas mediante este tipo de violencia machista.

Esta reforma legislativa, unida a la falta de conocimiento de las condiciones de la realidad, fue evidenciada por la movilización y activación de las organizaciones feministas⁷. Ellas fueron quienes de manera informal realizaron registros de los femicidios que reflejaban cifras que los datos oficiales, hasta entonces, no podían dar.

Entre tanta desinformación oficial y en el contexto del femicidio de Chiara Páez, tuvo lugar la primera movilización masiva a nivel nacional. El tres de junio de 2015 millones de mujeres y disidencias de todo el país se movilizaron bajo la consigna "Ni una menos" para repudiar la seguidilla de homicidios a mujeres —femicidios— cometidos por hombres en contextos de violencia de género.

Asimismo, resulta relevante destacar que fue justamente en aquella movilización que el Colectivo Ni Una Menos⁸ tuvo su origen como un colectivo. Según las propias definiciones adoptadas en su carta orgánica, el Colectivo se forma de los lemas que colmaron las calles y en el documento que se construyó de manera colectiva para esa primera movilización. Tal como lo definen ellas en su carta orgánica, "Ni Una Menos es un colectivo que reúne a un conjunto de voluntades feministas, pero también es un lema y un movimiento social" (Ni Una Menos, Carta Orgánica, 2017).

Un año más tarde, el 12 de octubre de 2016 se dio a conocer la noticia del asesinato de Lucía Pérez en Mar del Plata. Ese mismo día concluía en Rosario, Santa Fe, el XXXI Encuentro Nacional de Mujeres (ENM) cuyas principales consignas reflejaron el pedido del fin de la violencia patriarcal como también el derecho al aborto legal, seguro y gratuito⁹. Unas cien mil mujeres se organizaron para manifestarse al cierre del ENM. Ante ello, la respuesta estatal fue la represión a las manifestantes por las fuerzas de seguridad en el marco de un dispositivo de comunicación que intentó cubrir los hechos de represión¹⁰.

En este contexto de organización feminista y la consiguiente represión, ante el conocimiento del femicidio de Lucía Pérez, las organizaciones feministas —entre ellas y principalmente— el Colectivo Ni Una Menos, convocaron a un Paro Nacional de Mujeres el 19 de octubre de 2016¹¹.

El caso de Chiara Páez como el de Lucía Pérez, sumados a otros casos cuyo tratamiento me-

⁵Ello en atención a la ratificación de la Argentina a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) además de los instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos establecidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional argentina.

⁶La ley cambió además otros tres incisos de ese artículo y amplió las figuras de femicidio íntimo, homicidio por odio a la identidad de género y su expresión y el femicidio vinculado, que puede incluir casos en los que un hombre mata a una tercera persona para causarle dolor o sufrimiento a la mujer que es o fue su pareja.

⁷Por ejemplo, la organización feminista La Casa del Encuentro relevó que entre 2008 a 2014 tuvieron lugar 1088 femicidios. <http://www.lacasadelencuentro.org/>

⁸De conformidad a la carta orgánica del Colectivo Ni Una Menos, disponible en <https://niunamenos.org.ar/quienes-somos/carta-organtica/>

⁹No fue hasta el año 2020 que se aprobó la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en Argentina.

¹⁰Los hechos quedaron registrados en varios medios como por ejemplo en la siguiente nota <https://www.anred.org/2016/10/10/amplio-repudio-a-la-represion-policial-en-el-31-encuentro-nacional-de-mujeres/>

¹¹Cabe recordar que para esa fecha no se había cumplido todavía un año desde que el gobierno de Pro Cambiemos había asumido en funciones. Este paro general era el primer paro que se le realizó al gobierno de Mauricio Macri <https://latfem.org/2-anos-del-primero-paro-macri-paro-nacional-mujeres/>

diático fue especialmente duro con las víctimas y en los cuales la violencia ocupó un lugar sobre la que se colocó el foco¹², fueron fundamentales para comprender parte del contexto de unidad que reunió al Colectivo Ni Una Menos. Este contexto es importante también para comprender por qué en particular el caso de Lucía Pérez se puede identificar como un evento histórico sobre el cual se construyeron narrativas diversas. En particular desde la vía judicial.

El Colectivo Ni Una Menos, como fuerte representante transversal del colectivo de mujeres y disidencias en toda la Argentina, tomó el caso de Lucía Pérez y lo convirtió en su principal reclamo de justicia. Ellas (nosotras, ya que soy mujer y parte de esta memoria colectiva) cambiaron el foco poniendo en la esfera pública la necesidad colectiva de abordar los femicidios y la violencia patriarcal. Por lo tanto, el Colectivo Ni Una Menos pasó a ser un actor importante que transitó codo a codo el camino judicial que padeció el caso de Lucía Pérez.

Ante la falta de registro de la violencia machista por parte del Estado argentino, la narrativa oficial sobre los femicidios se había producido en torno a la idea de que la situación de violencia contra las mujeres no era tal como la que denunciaba el Colectivo Ni Una Menos ni otras organizaciones feministas. Por el contrario, era una situación desconocida a nivel oficial y por demás ajena al mundo judicial; ello a pesar de haberse modificado el Código Penal en el año 2012 con la introducción del concepto femicidio. El reclamo por el femicidio de Lucía Pérez englobaba no solo su caso en concreto, sino que ponía de manifiesto una brecha³ entre una narrativa oficial y una contra hegemónica.

En 2018 se celebró el primer juicio en el caso y los jueces (Facundo Gómez Urso, Pablo Viñas y Aldo Carnevale) absolvieron a los acusados de los cargos de violación y asesinato de Lucía Pérez. Ello conllevó a un segundo Paro Nacional de Mujeres el 5 de diciembre de 2018 que contó con movilizaciones en todo el país bajo la consigna "Todas somos Lucía".

El fallo fue apelado –con el apoyo del colectivo Ni Una Menos que se expresó en manifestaciones públicas– y en 2020, la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires anuló el primer juicio y ordenó uno nuevo. Lo hizo indicando que las pruebas y los argumentos estaban llenos de afirmaciones basadas en estereotipos de género¹³. En 2021, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó la decisión de un nuevo juicio. Así fue como el 23 de marzo de 2023 se celebró finalmente el nuevo juicio ordenado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de Mar del Plata condenó a prisión perpetua a Matías Farías por abuso sexual con acceso carnal agravado por el suministro de estupefacientes y la muerte en concurso ideal con femicidio, mientras que dispuso una pena de 15 años a Juan Pablo Offidani, a quién consideró partícipe secundario en el delito de abuso sexual agravado (Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de Mar del Plata, Causa N° 563523/03/2023)¹⁴.

1.2. Identificar el grupo social

La memoria colectiva trabaja normalmente de manera activa entre quienes pertenecen a una sociedad y pueden identificarse como un grupo social. Este concepto está dado por el campo de la sociología a la hora de analizar el conjunto social ya que permite subdividirlo y comprender lógicas propias de cada grupo social. De acuerdo con Fredrik Barth (1969), citado en el trabajo de Moshe Hirsch (2015, p. 50) existen dos elementos fundamentales en la identidad social: la semejanza y la diferencia. Las personas necesitan tanto un nivel de diferencia como de semejanza del resto; y de esa tensión deriva el sentido de pertenencia a un grupo social (a nivel interno del grupo) o de diferencia (a nivel externo del grupo) (Barth, 1969 como se citó en Hirsch, 2015). Todo lo que esté por fuera de cada grupo social se convertirá en "los de fuera" y se remitirá siempre a un sentido de pertenencia cuando el vínculo esté identificado con los valores y principales características del grupo social (Taifel & Turner, 1986 como se citó en Hirsch, 2015, p. 51).

¹²Por nombrar los casos que marcaron la agenda, familia Barreda-McDonald (1992), Aló (1996), Mellmann (2001), García Belsunce (2002), Yaconis (2003), Dalmasso (2006), Taddei (2010) —citados en Cabral & Acacio, 2016—, Rawson (2013) y Romero (2014).

¹³Por ejemplo, en la página 40 de la sentencia, se lee

[A] este respecto es de destacar que aparece como un despropósito que el Tribunal se haya efectuado indagaciones tales como las conductas de Lucía a la luz de detalles preexistentes en su historia vital, sin centrarse en el episodio y sus distintas secuencias, amén de adentrarse en otras circunstancias de su vida íntima que poco aportaban a la elucidación del hecho enjuiciado (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, Causa N° 95.425, 16/07/2020).

¹⁴Sentencia disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90679-juicio-lucia-perez-condena-violacion-agravada-sumistro-estupefacientes-y-resultar>

Las personas nos identificamos como pertenecientes a uno o varios grupos sociales. Por ejemplo, puedo identificarme como mujer, migrante, obrera, estudiante, judía, pobre, lesbiana, latinoamericana, etc. Esta identificación puede ser con relación a ciertos aspectos personales derivados de la propia imagen que tenemos de nosotras y nosotros y según la identidad social con la que nos identifiquemos (Hirsch, 2018, p. 9). Como mencionaba unos párrafos más arriba, los grupos funcionan por semejanza y diferenciación. Me agrupo a aquellas y aquellos con quienes comparto cierta afinidad, ciertas similitudes.

En los grupos sociales, por medio de procesos de socialización, muy a menudo se encuentra la tarea de poder transmitir esa memoria colectiva que se fue conformando dentro de cada grupo social a las otras y los otros integrantes del grupo social que se encuentran en el proceso de formarse en aquella identidad colectiva. Es decir, el proceso por el cual construimos nuestra identidad individual está normalmente atravesado, mediante la socialización secundaria, por la construcción de una identidad colectiva. La memoria de un grupo social implica la integración de varias memorias personales en un pasado común único de historias colectivas, mitos, y más (Hirsch, 2018, p. 7).

Los grupos sociales cuentan con sus memorias particulares, propias. Estas memorias están atravesadas por las mismas lógicas patriarcales existentes en el conjunto social. Así como la lógica de asignación de roles sociales en base al sexo modela a la sociedad, también se transfiere a los grupos sociales. Si observamos cómo se construyó el Colectivo Ni Una Menos entenderemos también el grupo social que se vio principalmente afectado por la construcción de la memoria colectiva del femicidio de Lucía Pérez.

Al reflexionar sobre el Colectivo Ni Una Menos, podemos ver que se trata de un grupo social que está formado por mujeres y disidencias¹⁵ de todo el país. Normalmente, los grupos feministas ya compartían espacios comunes en ocasiones puntuales como el Encuentro Nacional de Mujeres¹⁶ que convocaba a todas las mujeres¹⁷ a participar durante varios días en talleres y manifestaciones en una ciudad que normalmente se alterna en todo el territorio de Argentina.

Este grupo social ha ocupado el lugar para debatir y contestar las prácticas sociales hegemónicas que involucran estereotipos de género. Por lo tanto, si bien es fácil identificar subgrupos, existe un elemento cohesionador en su masividad que es el género. El Colectivo Ni Una Menos está conformado principalmente por mujeres y disidencias que, además, se subdividen en grupos sociales diversos.

2. Memoria colectiva y contra memorias

2.1 La producción de las memorias colectivas

El carácter de evento histórico de un caso tan resonante como el mencionado evidenció lo que las mujeres y disidencias venimos intentando expresar desde los márgenes de la memoria colectiva hegemónica, un punto de vista que no fue incluido. Es decir, la idea de pensar las contra memorias busca justamente identificar una brecha en el evento histórico elegido y rellenarla con una narrativa histórica que disiente de la hegemónica. Para ello, la recolección de las sensaciones y percepciones del evento histórico por parte de los grupos sociales construye diversas memorias sobre el hecho.

Algunas se vuelven hegemónicas porque son las socialmente masivas o porque forman parte de los discursos formales del Estado. Otras siguen existiendo, pero de forma alternativa a la construcción del relato hegemónico y ponen en pugna la narración oficial, resistiendo. Para entenderlo, es imprescindible analizar qué es la memoria colectiva y, más aún, qué significa construir memorias colectivas.

Existe en sociología la idea de que las sociedades tienen memoria (Hirsch, 2015, p. 47). Esta memoria social se diferencia de la memoria individual (Jelin, 2021, p. 318) porque puede funcionar como elemento cohesionador. En palabras de Elizabeth Jelin, la memoria tiene un papel altamente significativo como mecanismo cultural para fortalecer el sentido de pertenencia y, a menudo, para construir mayor autoconfianza (Jelin, 2021, p. 419). De acuerdo con Hirsch (2018) la construcción de la memoria colectiva es un proceso selectivo: no todo evento histórico es almacenado en la memoria colectiva; además, cuando sucede que el grupo social recuerda el evento histórico en cuestión, su memoria normalmente no incluye todos los aspectos del evento (Hirsch, 2018, p. 50). La memoria colectiva interpreta los eventos históricos de acuerdo con el contexto social contemporáneo a una sociedad en particular (Hirsch, 2018).

¹⁵ Así se observa en la descripción del sitio web de Ni una menos disponible en: <http://niunamenos.org.ar/quienes-somos/19-0/>

¹⁶ El Encuentro Nacional de Mujeres no cuenta con sitio web. Sin embargo, al rastrear su historia, el primer ENM tuvo lugar en 1986 y se caracterizó por ser autogestivo por fuera de cualquier estructura formal u organización estatal. Más información en <https://latfem.org/todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-el-encuentro-nacional-de-mujeres/>

¹⁷ No siempre es pacífico el concepto de "mujer" por lo que en algunas ocasiones las mujeres trans sufren de transfobia y no son bien recibidas en estos encuentros.

Para comprender la memoria colectiva, debemos tener en cuenta cuál es el evento histórico que se observa. A continuación, debemos añadir la pregunta sobre quién lo está observando como parte de su propia historia. Esto nos permitirá identificar al grupo social y, por tanto, sus características. El evento histórico tendrá entonces significados diferentes según el grupo social al que se esté observando.

A la hora de analizar la memoria colectiva de grupos sociales conformados por mujeres y disidencias, no podemos desprendernos del contexto patriarcal que atraviesa a la sociedad en su conjunto (Ahmed, 2021). La forma en la que las mujeres y disidencias observamos la realidad está modificada por cómo hemos sido socializadas en un contexto de asignación de roles en atención al género (Smart, 2000; Scales, 2006). La memoria, igual que la historia, está construida en base a relaciones de género (Greyer, 1997; Paletschek, 2008, Llona, 2020). En palabras de la historiadora canadiense Carrie Hamilton, el hecho de que la memoria está construida a base de las relaciones de género no quiere decir que las mujeres y los hombres siempre recuerden de forma diferente, pero como en la mayoría de las sociedades el género tiene una función de organización social, condiciona la memoria (Hamilton, 2007).

En este contexto, el acto de recordar —como referencia a la producción de una memoria— deberá atravesar diversos procesos asociados a los roles sociales asignados que, en este caso, será de acuerdo con el sexo/género ya que se trata de un grupo social conformado por mujeres y disidencias. La división sexual de los roles asignados en la sociedad habilita a que ciertas formas de actuar no estén disponibles o sean adecuadas para todas las personas por igual (Smart, 2000).

El grupo social presenta una memoria selectiva que le permite elegir entre diversos eventos históricos uno en concreto en el que todas las personas del grupo social están de acuerdo. Este evento histórico suele tener un elemento que forma parte de la identidad del grupo social que lo ha elegido. Todos y todas quienes pertenecen al grupo social se ven afectados y afectadas por este evento histórico, aunque ni siquiera lo hayan vivido más que a través del recuerdo de otras memorias individuales. En esta percepción colectiva, pueden sentirlo de forma similar y construir su propio relato histórico (Jelin, 2021, p. 311-316).

La idea de memoria colectiva está fuertemente ligada a las emociones que, a su vez, están vinculadas a un sentimiento en tiempo presente (Hirsch, 2018). Aunque el evento histórico haya ocurrido en el pasado, su observación y percepción se realizan en el presente. Por lo tanto, la idea del evento histórico está influenciada por el contexto contemporáneo de ese grupo social concreto que lo observa.

Si analizamos el caso concreto del femicidio de Lucía Pérez, hay un evento histórico que no necesariamente es percibido de la misma manera por diversos grupos sociales que conviven, en este caso, en la sociedad argentina. Por ejemplo, un grupo de hombres adultos lo percibirá de manera diferente según su organización familiar (si tienen hijas o hermanas jóvenes) que otro grupo social como el de las mujeres y disidencias. El evento histórico, en este caso, es el mismo: un femicidio. Pero las mujeres y/o disidencias pueden compartir una perspectiva que probablemente sea distintiva a la de los hombres.

De hecho, el femicidio como tal no "existió" para el derecho penal hasta el año 2012, por lo que ya desde su mención y su consecuente puesta en escena de forma performativa en términos de Judith Butler (2002), es claro que existen diversas observaciones del fenómeno "femicidio" u "homicidio" según quién o qué grupo social esté narrando. La forma en que cada grupo social entiende este evento histórico —el femicidio de Lucía Pérez— formará o no parte de su identidad según en qué medida pueda extraer valores de él (Hirsch, 2015, p. 49). Los valores extraídos pueden, a su vez, entenderse de forma diferenciada lo que permitirá diversas conclusiones que contribuirán a crear un sentimiento de solidaridad entre las personas que conformen un grupo social.

2.2. Las contra memorias y su apoyo en la contra historia

La memoria colectiva también puede ser motivo de disputa. En la sociedad pueden existir tantas representaciones de los eventos históricos como grupos sociales. En ocasiones, la memoria colectiva es compartida entre diversos grupos, pero en otras, las interpretaciones del evento histórico son contradictorias o antepuestas y derivan en que se producirán nuevas memorias, las contra memorias. Estas disputas en las narrativas pueden depender de qué elemento del recuerdo —o del olvido— ese grupo social retiene y (re)produce como su memoria propia. Dependerá del vacío histórico al que se refiera el grupo social.

Las partes del relato histórico que queden fuera de la propia memoria colectiva de cada grupo social serán el objeto sobre el que recaerá la brecha narrativa. Ese espacio vacío, que la historia deja de lado, será retomado por otros grupos sociales como su propio recuerdo —u olvido— y pondrá en disputa la producción de la narrativa histórica. Por lo tanto, ya no se tratará exclusivamente de contra memorias, sino que la disputa se realiza ya sobre la historia en sí, evidenciando relaciones de poder entre los discursos que determinan las narrativas dominantes y, por lo tanto, la memoria colectiva dominante.

En términos de Foucault (1977), las narraciones de eventos históricos responden a un discurso histórico. Este discurso también produce una justificación del poder y un refuerzo de ese poder (Foucault, 2006 [1997]). Si producimos un relato de los eventos históricos, será diferente en función de quién lo produzca. Así, si proponemos una nueva memoria de un evento histórico, en términos de Foucault, estaríamos hablando de contra historia. Foucault explica que cuando hay un nuevo discurso histórico, la memoria funciona de manera diferente. En sus palabras, “[P]or el contrario, la nueva historia que surja tendrá que desenterrar algo que ha estado oculto, y oculto no sólo porque ha sido descuidado, sino también porque ha sido cuidadosamente, deliberadamente, perversamente, disfrazado y enmascarado.” (Foucault, 2006 [1997]).

La contra historia, como fuente del evento histórico que se recordará —u olvidará— para producir las contra memorias impugna la perspectiva hegemónica de la narrativa y, por tanto, modifica la memoria colectiva creando también una contra memoria. En el caso del femicidio de Lucía Pérez es posible identificar al menos dos memorias colectivas que entran en conflicto que responden a diferentes percepciones de los eventos históricos. Por un lado, para el grupo que asume la memoria colectiva hegemónica, alineada al discurso histórico oficial, los femicidios no cuentan; el asesinato de una mujer joven no es siquiera relevante como un femicidio. Las razones pueden ser diversas. Por ejemplo, puede responder a que los elementos que conforman las relaciones establecidas por las lógicas patriarcales de la sociedad no se identifican a la hora de narrar el evento histórico en sentido “hay homicidios de hombres y de mujeres” por contraposición a “hay homicidios de hombres y mujeres y hay femicidios”. O bien, ya sea porque quien está encargado de la narración del discurso oficial no sepa cómo nombrarlo¹⁸.

Asimismo, en su mayoría, la característica principal de los que construyen la narrativa dominante es que se trata de hombres incrustados en estereotipos patriarcales (Jelin, 2021, p. 391). Así, la justificación de la invisibilización de estos casos donde se ejerce violencia patriarcal normalmente tiende a poner la atención en las víctimas y evita valorar a los perpetradores, que en estos casos también son hombres. Como contra memoria, el evento histórico del femicidio como tal es observado por otro colectivo: una minoría. Este colectivo de mujeres y disidencias está inserto en una lógica de relación de poder perpetuada por el discurso histórico en términos de Foucault, es decir, de sometimiento, que las invisibiliza (Deveux, 1994).

La percepción del femicidio de Lucía Pérez fue una demostración de la falta de intervención pública respecto a la violencia contra las mujeres. Fue la confirmación de que la narrativa oficial produce una memoria colectiva en la cual la violencia patriarcal solo es recuperada como evento histórico a recordar por un determinado grupo social conformado por una minoría: las mujeres y disidencias. Y, asimismo, el femicidio de Lucía Pérez evidenció la existencia de una pugna entre un evento histórico y su interpretación.

2.3. Si hay una grieta... “Ante la justicia machista, la memoria es feminista”¹⁹

Si hay tantos otros femicidios, ¿por qué el caso de Lucía Pérez fue la brecha histórica para este grupo social? Si observamos las estadísticas de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el acopio de datos sobre la incidencia de femicidios viene aumentando desde el año 2015²⁰.

El femicidio de Lucía Pérez, como ya mencioné, tuvo lugar un año después de las primeras protestas de “Ni Una Menos” en Argentina. Esta fue una oportunidad ineludible para el colectivo de mujeres y disidencias al abordar este femicidio —con su particularidad violencia— como una representación del efecto exacto de la negligencia de la continuidad del discurso histórico hegemónico. Para las contra memorias fue relevante que todos los femicidios se sumaran, apilándose al de Lucía

¹⁸Si por ejemplo el Estado no cuenta con una tipificación especial que incluya un elemento en un tipo penal que responda a comportamientos machistas, difícilmente podrá nombrar y producir memoria que incluya esa lógica de pensamiento entre su narrativa.

¹⁹Campaña de la organización LatFem Periodismo feminista reivindicando la lucha contra la justicia patriarcal <https://latfem.org/galerias/5d-ante-la-justicia-machista-la-memoria-feminista/>

²⁰Es importante mencionar que estas estadísticas no existían con anterioridad. No fue sino hasta después del 2015 —primer año de las movilizaciones del 3 de junio— que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la Oficina de la Mujer, comenzó a registrar los femicidios <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>. Por lo tanto, antes del 2015 no sabemos el número oficial. Ahora bien, desde el año 2015, en Argentina, el registro de los datos de femicidios han ido en aumento. comportamientos machistas, difícilmente podrá nombrar y producir memoria que incluya esa lógica de pensamiento entre su narrativa.

Pérez. El colectivo Ni Una Menos, como todos los demás grupos y organizaciones feministas, alzaron sus voces para identificar a todos los femicidas. El caso de Lucía Pérez fue en un primer lugar, clave por el tipo de violencia que se ejerció por parte de los femicidas; pero, en segundo lugar, con el primer fallo judicial, el hartazgo que se evidenciaba en esa brecha de la narración, en esa interpretación del evento histórico, fue masivo.

El femicidio de Lucía Pérez fue un evento histórico. En ello fue fundamental la participación de un actor relevante en los procesos de producción de memoria: el poder judicial. El proceso penal que tuvo que atravesar el femicidio requirió que los jueces definieran cuál fue el evento histórico. Y lo llevaron adelante mediante la utilización de estereotipos de género que pusieron el foco en la víctima. Su contra memoria fue, de la mano del Colectivo Ni Una Menos, lo que motorizó la incorporación de esa interpretación del evento histórico para que fuera incorporado a la narrativa oficial: como producto del nuevo juicio celebrado en 2023.

Por lo tanto, la lucha por visibilizar la violencia patriarcal y su consecuente producción de una memoria contra hegemónica, se relaciona con el femicidio de Lucía Pérez por haber sido el evento histórico sobre el cual diferentes grupos sociales tenían su propia percepción, sus propios recuerdos y olvidos. Ello fue así, sobre todo, por haber sido el evento histórico que permitió que esas contra memorias se reprodujeran dentro del contexto de la narrativa oficial, que es aquella que establecen los agentes de memoria oficiales. En el siguiente apartado me referiré a esta cuestión.

El tratamiento que recibió el femicidio de Lucía Pérez arrojó luz sobre quiénes fueron los agentes de memoria, pero también los que posibilitaron la invisibilización de la violencia contra las mujeres y disidencias, en particular en el contexto del sistema de justicia patriarcal. Por eso el eslogan que acompañó este caso fue que "Ante la justicia machista, la memoria es feminista", mostrando la fuerte función social que las contra memorias pueden ocupar con relación a los grupos sociales que las producen.

2.4. Los y las agentes de (contra) memoria y sus conmemoraciones

Tanto la memoria colectiva hegemónica como las contra memorias se transmiten entre las personas del grupo social que se identifican con esa memoria colectiva. El proceso normalmente está a cargo de agentes de memoria (Hirsch, 2015, p. 50). En el caso de los femicidios en Argentina, hay varios agentes de memoria que lo hicieron de manera muy activa. En primer lugar, hay que referirse al Colectivo Ni Una Menos. En 2015, la consigna "Ni Una Menos" representaba la invisibilización que sufrían las mujeres como víctimas de violencia de género. El Colectivo se masificó en todo el país y contó con representantes de todos los grupos de mujeres y disidencias que venían trabajando en estos temas de manera aislada. El Colectivo Ni Una Menos fue en 2016 quien se ocupó de alzar una voz común por el caso de Lucía Pérez. Los principales procesos a través de los cuales actuaron como agentes de memoria fueron aquellos espacios con grandes representaciones: las redes sociales (Cabral & Acacio, 2016) y las manifestaciones públicas en las calles de todo el país.

Además de Ni Una Menos, se pueden identificar también otros agentes de memoria, tanto privados como públicos. Sobre los privados puedo hacer referencia a las ONG y Asociaciones Civiles feministas como el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género²¹, La Casa del Encuentro²², Socorristas en Red²³ u otras más relacionadas directamente con la observación de las sentencias penales y los derechos humanos como el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)²⁴. Todas ellas apoyan la campaña de Ni Una Menos que reclama justicia para Lucía Pérez, pero también por los derechos de las mujeres.

Hay varias otras organizaciones de mujeres y disidencias que operan como agentes locales de memoria como la Casa del Encuentro en los barrios más marginados donde brindan un espacio para que las mujeres y disidencias debatan sobre sus derechos y los elementos que construyen la identidad del colectivo y, por lo tanto, su contra memoria colectiva. En la esfera pública, hay algunas entidades públicas que funcionan también como agentes de contra memoria. Por ejemplo, muchos ministerios plantearon pronunciamientos y declaraciones sobre el tema de Lucía Pérez²⁵, o universidades públicas y centros de investigación se expresaron sobre el caso de Lucía Pérez como la Universidad de La Plata-CONICET²⁶ y la Universidad de Córdoba²⁷.

²¹<https://www.ela.org.ar/c/APP187/50/79/12/3482>

²²<http://www.lacasadelencuentro.org/>

²³<https://socorristasenred.org/quienes-somos/>

²⁴<https://inecip.org/prensa/comunicados/lucia-perez-un-caso-de-injusticia-patriarcal/>

²⁵Por caso, el ENACOM –órgano a cargo de las telecomunicaciones– realizó una declaración sobre la importancia del reconocimiento de la violencia contra las mujeres.

²⁶<https://idihs.fahce.unlp.edu.ar/cinig/comunicado-lucia-perez-presente/>

²⁷<https://ffyh.unc.edu.ar/noticias/12/2018/repudio-a-la-sentencia-del-caso-lucia-perez/>

Otras prácticas se pusieron en marcha para conmemorar los femicidios. Si bien la fecha del 3 de junio fue la establecida por otro femicidio anterior (el ya mencionado femicidio de Chiara Pérez), el femicidio de Lucía Pérez formó parte de la consigna de las manifestaciones de todos los años cada 3 de junio y de la cultura popular donde hasta encontró espacios donde realizar expresiones artísticas en museos²⁸.

Por lo tanto, para concluir este apartado, puedo observar que los y las agentes de la memoria en el caso del Colectivo de Ni Una Menos toma el caso de Lucía Pérez como una posibilidad de contrarrestar el relato histórico que abarca las relaciones de poder entre grupos sociales en función de su género, pero no exclusivamente. El femicidio de Lucía Pérez hizo evidente para el grupo social que la interpretación de la historia de la violencia sufrida por las mujeres y disidencias no era justa y la impugnaron.

3. Memoria colectiva, contra memorias y el rol del sistema judicial: la sentencia del femicidio de Lucía Pérez

El proceso judicial del caso de Lucía Pérez fue traumático para todo el colectivo²⁹. Como analizaré en los dos puntos siguientes, existieron dos momentos bien diferenciados en los que la justicia intervino con criterios diversos respecto a la brecha histórica. Por un lado, un tribunal que se basó en el análisis de las pruebas presentes para legitimar el statu quo impugnado por el Colectivo Ni Una Menos. Por el otro lado, un tribunal revisor que tomó los argumentos planteados por la contra memoria del Colectivo Ni Una Menos y la campaña por justicia para Lucía Pérez que llevó a la anulación del primer juicio y ordenó uno nuevo.

El contexto jurídico de protección de derechos de las mujeres y disidencias en ambos casos era el mismo. Argentina había ratificado instrumentos internacionales sobre derechos humanos como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará). Además, en el ámbito local, Argentina promulgó en 2009 una ley de protección integral de las mujeres³⁰ y en 2012 modificó su Código Penal —como mencioné al analizar la introducción del femicidio al artículo 80— y añadió un agravante de homicidio que castigaba los cometidos por hombres en el contexto de una situación de violencia de género.

3.1. El primer juicio: reafirmando la narrativa hegemónica

El 26 de noviembre de 2018, el Tribunal Criminal N° 1 de Mar del Plata dictaminó que los tres hombres investigados por el homicidio y violación de Lucía Pérez no eran culpables del hecho (Tribunal Criminal N°1 de Mar del Plata, Causa N° 4974, 26/11/2018)³¹. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal se valió de estereotipos de género para atribuir la responsabilidad de la relación sexual a la víctima. Para ello, consideraron como hechos probados que Lucía mantenía normalmente relaciones sexuales con hombres que no conocía, que consumía estupefacientes y que no era sumisa (Tribunal Criminal N°1 de Mar del Plata, Causa N° 4974, 26/11/2018)³².

Con relación a cómo fue llevada adelante la investigación, el Tribunal hizo referencia a que la Fiscalía a cargo del inicio de la investigación, representada por la Dra. Sánchez, había intentado reencauzar la causa apelando a la violencia de género que podrían haber ejercido los femicidas sobre Lucía Pérez. Pero que, de acuerdo con el Tribunal, esa violencia de género a la que haría referencia la Fiscal no estaban debidamente acreditados³³. Así lo deja claro el Tribunal al decir que: "se está tratando de encauzar de cualquier manera el desatino inicial de la Dra. Sánchez, para satisfacer las falsas expectativas generadas por ella misma" (Tribunal Criminal N°1 de Mar del Plata, Causa N° 4974, 26/11/2018, p.19).

²⁸Una exhibición de arte sobre la habitación de Lucía Pérez se instaló en el Museo de Mar del Plata <https://www.pagina12.com.ar/325198-el-cuarto-de-lucia-arte-contra-la-violencia-femicida-en-mar->

²⁹Muchos medios de comunicación levantaron la primera sentencia y las palabras de la familia de Lucía Pérez donde "Para la Justicia, a Lucía nadie la mató. Es una burla" <https://quedigital.com.ar/sociedad/marta-montero-segun-la-justicia-a-lucia-nadie-la-mato-es-una-burla/>

³⁰Ley 26.485. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

³¹Sentencia disponible en <https://www.cosecharoja.org/wp-content/uploads/2018/11/sentencia-toc-1-lucia-perez.pdf>

³²Del punto e.3) de la sentencia: En primer lugar porque ha quedado demostrado que Lucía no era una drogadependiente que echara mano a cualquier recurso para conseguir satisfacer sus deseos y que pagaba por las drogas que consumía. En segundo lugar porque también fue acreditado que solo mantenía relaciones sexuales con quién ella quería. Y en tercer lugar porque Lucía tenía 16 años y Fariás 23, por lo que sería muy forzado hablar de una situación de desigualdad o superioridad, sobre todo teniendo en cuenta la personalidad de Lucía quién no se mostraba como una chica de su edad y que además había referido mantener relaciones con hombres de hasta 29 años.

³³El juez Urso establece sobre la Fiscal: "se fue de vacaciones a los pocos días de promocionar un caso de "muerte de una adolescente de 16 años por empalamiento con un sufrimiento inhumano" y, por supuesto, no concurrió al debate a "sostener" su hipótesis", pp. 32 y ss.

A lo largo de las páginas, la sentencia deja en claro que cualquier intento por parte de la acusación de establecer la desigualdad y el poder ejercido por los feminicidas de Lucía Pérez, en verdad es exagerado y que no tiene en cuenta la propia voluntad de la víctima. Es decir, según este Tribunal compuesto por tres jueces, la muerte de Lucía tuvo lugar casi exclusivamente por el propio comportamiento de ella. La invisibilización de la violencia ejercida es total. Parece esquizofrénico el análisis del Tribunal cuando establece que está al tanto de la violencia de género pero resulta incapaz de observarla en el caso de Lucía:

Quisiera concluir este análisis aclarando que no desconozco la existencia de la llamada violencia de género y el interés del Estado argentino en que ésta se elimine, siendo también una preocupación de este Tribunal que ello ocurra, pero eso no significa que bajo ese escudo se pretenda encuadrar un hecho que —como se analizara— es diametralmente opuesto a ello. ((Tribunal Criminal N°1 de Mar del Plata, Causa N° 4974, 26/11/2018, p. 20)

El contexto provisto en la sentencia permite percibir que la narrativa incluida y seleccionada por el Tribunal se relaciona con la narrativa histórica hegemónica: las mujeres eligen a sus propias parejas sexuales; aún más cuando tienen un carácter fuerte y malos hábitos. Como mencioné en el punto 2.4 sobre agentes de memoria, los tribunales pueden desarrollar narrativas históricas con sus sentencias que pueden influir en la memoria colectiva (Hirsch, 2018, p. 10). En sus sentencias pueden recuperar argumentos de las interpretaciones de ciertos grupos sociales y ubicarlas como "hechos probados". En este caso particular, el Tribunal optó por sostener una narrativa disputada por el grupo social que conforma al Colectivo Ni Una Menos. La interpretación del Tribunal asume que no es tal la posición de dominio que existió ejercida por los varones sobre Lucía, y llega a esa conclusión de la interpretación que realiza del evento histórico sin hacer caso a las alternativas propuestas por otros grupos sociales con sus narrativas contra hegemónicas.

3.2. Revocación de la narrativa hegemónica

Dos años después de la sentencia que absolvió a los dos imputados, la Cámara de Casación de la Provincia de Buenos Aires revocó el fallo³⁴. En este caso, la Cámara estableció que debía realizarse un nuevo juicio porque el anterior se hizo bajo prejuicios que culpabilizaban a la víctima y la hacían responsable de su muerte. Los jueces —particularmente a partir de la página 38— establecieron que la víctima no estaba siendo investigada en esta oportunidad como sí lo había sido en el juicio anterior. Así lo estableció:

[A]vocado al tratamiento de los agravios invocados por los recurrentes, tendientes a cuestionar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de mérito, considero que, la tarea revisora —en este caso— se circunscribirá en advertir y destacar expresiones subjetivas expresamente explicitadas en la sentencia, que —adelanto—aparecieron como prefijando conceptos en el razonamiento de los Magistrados de Juicio. El análisis que me propongo es verificar cómo los mismos han repercutido en la apreciación de la existencia de la "vulnerabilidad" de la víctima, y su también eventual liberalidad sexual y de consumo con sustancias psicotrópicas, las que necesariamente tiñeron —con mengua de la necesaria imparcialidad— las libres convicciones a las que llegaron los sentenciantes. No olvidemos que en esta instancia no se está juzgando a la víctima (como pareciera estar ocurriendo) sino a los eventuales victimarios. (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, Causa N° 95.425, 16/07/2020, p. 37).

Además de esto, la Cámara se hizo eco de los diversos *amicus curiae* que fueron presentados por institutos de derecho penal y organizaciones feministas. Estos actores actuaban como agentes de memoria reflexionando sobre la brecha existente entre el evento histórico y la narrativa oficial que se representó en el primer juicio.

En esta segunda sentencia, la Cámara adoptó una posición diferente respecto al papel de los tribunales y sus interacciones con las memorias colectivas. La Cámara accedió a los argumentos que los agentes de la contra memorias presentaron como alternativa al relato histórico hegemónico y patriarcal. Así lo refleja en su sentencia al establecer que el relato oficial no es en verdad el propuesto por el Tribunal Criminal N°1 de Mar del Plata, sino que la violencia de género es una realidad más compleja que aquella que resume el tribunal. Además, hace referencia a que el Estado será responsable por esa falta al establecer que: "Estas normas imponen a quienes tienen la tarea a su cargo, tener en consideración el contexto en el que ocurren los hechos, realizar un análisis de los mismos,

³⁴Fallo disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/49279-caso-lucia-perez-abuso-sexual-acceso-carnal-seguir-do-muerte-sentencia-sin-perspectiva>

determinar el encuadre jurídico apropiado, y valorar la prueba con perspectiva de género" (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, Causa N° 95.425, 16/07/2020, p. 39).

De acuerdo con la perspectiva sociológica que nos permite entender estas interacciones entre tribunales y memoria colectiva, entiendo que el primer juicio se realizó con la intención de sostener y legitimar las estructuras establecidas por la narrativa dominante (Hirsch, 2018, p. 12) que se trata de una narrativa subsumida en las lógicas del patriarcado. Pero, en el caso de la segunda sentencia, la Cámara observó las interacciones entre el Colectivo Ni Una Menos y demás agentes de contra memoria e intervino activamente con la sentencia para la deconstrucción de la narrativa hegemónica.

4. Resistir. Las luchas sobre los símbolos culturales. Conclusión

El caso de Lucía Pérez se inserta en una lucha cultural y social por deconstruir la perspectiva hegemónica sobre el género sobre las víctimas y en la justicia penal. Según la perspectiva del conflicto social (Griffiths & Keirns, 2015, p. 16), el femicidio en general, pero este evento histórico en particular, representa cómo dos grupos sociales separados por la concepción que tienen sobre el género –elemento que modifica la percepción del evento histórico– se encuentran en una lucha constante por el dominio de las relaciones de poder.

El Colectivo Ni Una Menos como gran agente de la contra memoria colectiva expone todos los elementos simbólicos que el femicidio y la violencia contra las mujeres y disidencias proporcionan en cuanto a la producción de las mujeres y disidencias como sujetos que se encuentran bajo la dominación de otro grupo social. Al haberse incorporado al discurso de resistencia el caso de Lucía Pérez, se incorporó también la resistencia a la justicia patriarcal y al relato machista que ella produce que no es más que aquel que invisibiliza de la narración de la historia la violencia sistemática que sufrimos las mujeres y disidencias.

La forma en la que el sistema judicial construye y reproduce sesgos de acuerdo con los roles asignados a los géneros es previo al momento en el cual la mujer llega al sistema judicial. En la década de 2000s, la filósofa Miranda Fricker acuñó el término injusticia epistémica para referirse a la forma sistemática en que existen diferencias estructurales en este tipo de instituciones (Fricker, 2007).

La idea desarrollada por Miranda Fricker hace referencia a que ya desde la producción del conocimiento, se presuponen desigualdades. Para poder explicarlo, la autora considera que existen dos tipos de injusticia epistémica: la testimonial, vinculada a la credibilidad de esa persona, es decir, a cómo comunica sus percepciones al exterior; y la hermenéutica es aquella injusticia que existirá cuando la idea o el concepto que se quiere comunicar no existe o no puede ser nombrado todavía. La experiencia de una persona no es comprendida (por ella misma o por los demás) porque no hay ningún concepto disponible que pueda identificar o explicar adecuadamente aquella experiencia (Fricker, 2007).

En este sentido, se puede explicar la dificultad que sufren las mujeres y disidencias cuando intentan acceder a la justicia y deben experimentar que no se les crea o que sean revictimizadas una y otra vez por operadores del sistema judicial que no comprenden aquello que las víctimas o las infractoras tienen para decir (Aranda Maiz & Lekanda Alzibar, 2022). La resistencia de los grupos sociales como aquel representado por el Colectivo Ni Una Menos viene a cuestionar justamente este elemento injusto de la memoria colectiva hegemónica que, a su vez, se reproduce en la narrativa judicial de los eventos históricos.

La idea de injusticia epistémica expone aquellos esquemas de opresión en los que no existe capacidad de comprensión por parte de quien ejerce el poder. Primero porque no le interesa y segundo porque no lo comprende. La inclusión de las contra memorias de las resistencias aporta en estos contextos alternativas que intentan compensar esa lucha social por el acceso a los recursos (justicia, presupuesto, seguridad, acceso al mercado laboral, etc.).

El poder judicial como agente de memoria, desde lo simbólico, pero también desde la asignación real de recursos, actuará también dentro del contexto en que observa el evento histórico como grupo social. Tal como referí a la hora de comprender los grupos sociales, en muchas oportunidades se solapan, como en este caso. Por eso también es importante comprender que el vasto grupo social que forma parte de la justicia, tal como lo identifican Carol Smart (2000) o Miranda Fricker (2007) es machista y patriarcal.

4.1. Conclusión

La lucha por determinar cuál es la memoria colectiva oficial como si solo existiera una, fragmenta y separa a la sociedad. Mientras exista la violencia de género como consecuencia de que un determinado grupo social, que es el dominante en una sociedad patriarcal, no quiera renunciar a sus privilegios, existirá la fragmentación de la memoria y de la narrativa histórica.

Las memorias colectivas se producen y se resisten (Foucault, 1977) en las lógicas de la teoría del conflicto (Griffiths & Keirns, 2015, p. 16). Los recursos que la sociedad posee para su redistribución son limitados y se asignan de forma desigual, por lo tanto, los diversos grupos sociales intentarán obtenerlos a lo largo del conflicto.

El femicidio de Lucía Pérez fue un evento histórico que puso de manifiesto la existencia de una memoria colectiva oficial y otras memorias que se le resistieron. Para ello fue fundamental el Colectivo Ni Una Menos que logró transformarse en un grupo social enorme que ejerció presión para que la narrativa hegemónica de la historia oficial se modificara a través de la justicia penal.

La disputa de la narrativa es también una lucha por recursos. Que exista la violencia machista implica que los estados toman —o no— decisiones políticas que permitirían redistribuir recursos escasos. La justificación de una narrativa hegemónica se interrelaciona directamente con cómo la sociedad observa los hechos, los eventos históricos, y cómo los recuerda. Por eso es que la lucha por la resistencia de las contra memorias, al final de cuentas, es una lucha por la igualdad. Que el Estado proteja activamente a las mujeres y disidencias de la violencia machista que está introyectada en la sociedad es el resultado de la resistencia de las contra memorias del grupo social minoritario.

Referencias

- Ahmed, S. (2021). *Vivir una vida feminista*, Caja Negra, Buenos Aires.
- Butler, J. (2002) *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Buenos Aires: Paidós.
- Cabral, P. & Acacio, J. A. (2016). "La violencia de género como problema público. Las movilizaciones por "Ni una menos" en la Argentina", en *Questión*, n° 9-2016, Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Periodismo y Comunicación Social.
- ErlI, A. (2011). *Memory in Culture*. DOI: 10.1057/9780230321670.
- Deveux, M. (1994). *Feminism and Empowerment: A Critical Reading of Foucault*, *Feminist Studies*, Vol. 20, No. 2.
- Dillon, M. (2014). *Introduction to Sociological Theory*, Blackwell.
- Foucault, M. (1977). *Language, Counter Memory & Practice: Selected Essays and Interviews* (Ithaca NY: Cornell University Press.
- Foucault, M. (2006[1997]). "Il faut défendre la société": cours au collège de france (1975-1976). Éditions Gallimard: Éditions Seuil.
- Fricker, Miranda (2017). *Injusticia Epistémica. El poder y la ética del conocimiento*. Herder.
- Griffiths, H. & Keirns, N. (2015). *Introduction to Sociology 2e*. OpenStax.
- Halbwachs, M. (2010). *La memoria colectiva*. Miño y Dávila. Disponible en: <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/ehu/59445?page=4>
- Hamilton, C. (2007) *Women and ETA. The gender politics of radical Basque nationalism*. Manchester University Press.
- Hirsch, M. (2015). *Invitation to The Sociology of International Law*, Oxford: Oxford University Press
- Hirsh, M. (2018). *The Role of International Tribunals in the Development of Historical Narratives* en *Journal of History of International Law*, Forthcoming, Hebrew University of Jerusalem International Law Forum Working Series 03-18, Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper No.18-15, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3124825>.
- Hirst, W. & Manier, D. (2008). *Towards a psychology of collective memory*. *Memory*, 16(3).
- Jelin, E. (1995). *La política de la memoria: El movimiento de derechos humanos y la construcción democrática en la Argentina*. En AA.VV., *Juicio, castigos y memoria: Derechos humanos y justicia en la política argentina*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Jelin, E. (2002). *Los Trabajos de la Memoria*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- Jelin, E. (2021). *Las tramas del tiempo. Familia, género, memorias, derechos y movimientos sociales*. Antología esencial. CLACSO.
- Llona, M. (2020) *La memoria de las otras: feminismo y recuerdo*, en *Mélanges de la Casa de Velázquez* [online], 50-1 | 2020. DOI : <https://doi.org/10.4000/mcv.12912>.
- Ni Una Menos, Carta Orgánica*, 2017.
- Paletschek, S. (2008). *The gender of memory: cultures of remembrance in nineteenth- and twentieth century Europe*. Frankfurt: Campus 2008, S. [7]-28.
- Pollak, M. (2006). *Memoria, Olvido y Silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límite*. La Plata: Ediciones el Margen.
- Piper Shafir, I. (2002). *Memoria colectiva y relaciones de género: ¿Prácticas de dominación o resistencia?*, en *Realidad: Revista De Ciencias Sociales Y Humanidades*, (85), 31-43. DOI: <https://doi.org/10.5377/realidad.v0i85.4057>.
- Scales, A. (2006). *Legal Feminism. Activism, lawyering and Legal Theory*, New York University Press: New York.
- Smart, C. (2000). *La teoría feminista y el discurso jurídico*, en Birgin, Haydée (compiladora), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Buenos Aires, Biblos.

Tribunal Criminal N° de Mar del Plata, Causa N° 4974, 26/11/2018.

Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, Causa N° 95.425,
16/07/2020.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de Mar del Plata, Causa N° 5635, 23/03/2023.

RESEÑAS



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

Manual de Direito Penal com perspectiva de gênero: repensando o direito penal brasileiro

Autoras

Hanna Rossi Roehé*

Paula Franciele da Silva**

O Manual de Direito Penal com perspectiva de gênero é uma obra coletiva, organizada e idealizada pelas professoras Carmen Hein de Campos e Ela Wiecko de Castilho. Lançada em 2022 (Lumen Juris), com financiamento da RED ALAS, é pioneira na temática no Brasil. Trata-se de fato, de um Manual Feminista de Direito Penal porque, embora discuta os crimes, a perspectiva feminista antirracista e abolicionista é o seu fio condutor. Estudantes ou profissionais da área do Direito, que não se dedicam aos estudos na temática de gênero, podem questionar o porquê de um Manual de Direito Penal com perspectiva de gênero. A resposta é complexa, mas tentaremos levantar alguns pontos, a fim de sinalizar porque essa obra é um marco tão significativo para o campo dos estudos do direito penal e gênero. Pensar a produção acadêmica e o ensino do direito penal com um enfoque de gênero é mais do que necessário. Dentro das grandes áreas do Direito, ainda que a produção acadêmica de mulheres seja significativa, pode-se dizer que ela é desconsiderada na medida em que as bibliografias básicas dos cursos de Direito, majoritariamente, apresentam poucas ou nenhuma referência feminina e em grande parte são compostas por manuais sob um viés androcêntrico e masculinista.

O Manual de Direito Penal com perspectiva de gênero é a primeira obra que incorpora a discussão de gênero na forma de um manual e visa demonstrar com exemplos reais, julgados e jurisprudências nacionais e internacionais, como o gênero pode ser um fator de incremento à complexidade teórica e também ao ensino do direito.

A obra conta com uma abordagem teórica e metodologicamente feminista, interseccional, antirracista e decolonial. Por isso é, também, pioneira no campo penal ao abordar como a colonialidade se articula com as questões de raça, gênero e classe e seus reflexos na seletividade do sistema de justiça criminal.

A perspectiva de gênero em um manual de direito penal é fundamental para pensarmos criticamente o direito penal. Ele rompe com o senso tradicionalmente ensinado de que a lei penal é igualmente aplicada, retirando os véus e revelando como historicamente o direito penal também foi e é uma ferramenta de controle e violência generificada e racializada.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1

[2023]

Como referido, trata-se de uma obra coletiva, cujas autoras são acadêmicas, pesquisadoras e atuantes no campo das ciências criminais, depreendendo-se daí que o campo do direito penal possui pesquisadoras qualificadas e essa obra reflete a qualidade dessas produções. O Manual é, sem dúvida, um marco da produção teórico-feminista no direito penal.

O livro está organizado em duas partes: Parte I e Parte II. A primeira trabalha a doutrina geral (parte geral do código penal brasileiro), e está dividida em quatro capítulos: 1) Olhares Feministas sobre o Direito Penal; 2) Uma História de Longa Data: Direito Penal e o contínuo público e privado; 3) Sofrimento Feminino: As prisões da miséria e a miséria das prisões e 4) Teoria do Crime: Um ensaio sobre dogmática penal e pensamento situado. Na primeira parte, discute, teoricamente, e a partir de perspectiva feminista, a continuidade da noção público/privado no direito penal, a inconsistência da pena de prisão e a necessidade de se pensar a teoria do crime a partir da concretude de uma suposta abstração teórica.

A segunda parte, por meio de interpretações marginais e subvertendo a ótica dogmática usual, aborda, sob uma perspectiva antirracista e de gênero, os crimes em espécie.

Para introduzir a incorporação dos principais conceitos e do conceito de violência baseada no gênero, a segunda parte do manual abre a discussão sobre a Lei Maria da Penha (Lei no 11.340 de 7 de agosto de 2006), referindo os movimentos feministas que lutaram pela criação da lei e também sobre a experiência exitosa de advocacy feminista na sua elaboração. O Manual elucida que a violência doméstica e de gênero visam à manutenção da estrutura de dominação masculina.

Ao iniciarem a parte especial (crime em espécie) pela discussão conceitual da violência baseada no gênero, as organizadoras rompem com a tradição jurídica brasileira que inaugura a parte especial do Código Penal com o crime de homicídio. Em relação aos crimes contra a vida, discute os crimes de homicídio, feminicídio e transfeminicídio, pontuando a importância da nomeação deste último. Sobre o feminicídio, as autoras dialogam sobre a influência da teoria feminista no processo de tipificação e das qualificadoras. O debate acerca do infanticídio, abandono de incapaz, exposição ou abandono de recém-nascido enfatiza a necessidade de se pensar criticamente os crimes relacionados à maternidade, pois muitas vezes é depositado somente sobre a mãe, o dever de agir em acordo com as expectativas sociais, especialmente no que se refere ao cuidado com os(as) filhos(as).

O manual também realiza uma análise quanto à descriminalização de condutas e dos tipos penais, investigando a descriminalização do aborto para a proteção da vida das mulheres. Ao discutir o crime de lesões corporais e violência obstétrica, pontua a necessidade de que sejam pensados sob uma ótica que não reafirme uma lógica racista e institucionalizada.

No que se refere aos "crimes contra a honra", há um debate sobre a noção de honra construída em relação às mulheres e o poder institucional masculino. Ainda, as autoras pontuam as barreiras sociais enfrentadas pelas mulheres para o acesso ao judiciário, em razão da classe e do acesso à informação, óbice para muitas mulheres pobres, em um país marcado pela desigualdade social.

O Manual também trata sobre crimes contra a liberdade individual, ameaça e perseguição sob uma ótica feminista.

Abordam ainda, a importância do recém-criado tipo penal da violência psicológica para a violência doméstica. No debate sobre os crimes contra a liberdade individual, como o sequestro e o cárcere privado, além de suas qualificadoras, o Manual pontua a alta incidência dentro dos lares, se tratando de uma violência intrafamiliar. No tópico, também é discutido o crime de re-



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1

[2023]

dução à condição análoga à escravidão, trazendo dados sobre a escravidão contemporânea no Brasil, a reprodução do racismo e a desigualdade social, continuidade do colonialismo escravista e patriarcal. O tópico também expõe brevemente a realidade das trabalhadoras domésticas no Brasil, as quais em sua maioria são submetidas a condições de trabalho informal e precário, sendo, mesmo assim, raros os processos criminais que versam sobre a redução à condição análoga à de escravo. No mesmo sentido, realizando uma análise comprometida com uma epistemologia feminista, o manual, discute crimes contra o patrimônio, realizando uma análise doutrinária e jurisprudencial das mulheres condenadas pelos crimes de furto e roubo, demonstrando a ausência de uma perspectiva de gênero nesses crimes.

Quanto aos crimes contra a dignidade sexual, contextualizando-os, realiza uma crítica à doutrina da honra e da honestidade da vítima, abordagem que a doutrina penal brasileira envelhecida, descontextualizada e teoricamente pobre, permeada por um discurso colonizado e desqualificador da mulher, que insistem em manter. Discute ainda, o registro não autorizado da intimidade sexual e a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, dispondo sobre a atualidade de tais crimes e o problema de tipificação da conduta, bem como a tendência de culpabilizar a vítima em casos de pornografia não consensual. As autoras pontuam que, diante dos prejuízos irreparáveis que a vítima pode sofrer em razão de sua exposição indevida, é importante a criminalização da divulgação da intimidade sexual de outra pessoa sem a sua autorização, sendo igualmente importante o comprometimento do Estado na prevenção da divulgação de tais materiais, por meio de políticas públicas que promovam discussões sobre gênero, história e diversidade, nas mais diversas esferas da sociedade. Quanto ao estupro de vulnerável, o livro traz importantes debates em relação às crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e a necessidade de que tenham acesso à educação sexual, apontando para soluções no campo das políticas públicas para a sua prevenção.

Por fim, o livro discute os conceitos de lenocínio, tráfico de pessoas e demais formas de exploração sexual, realizando uma crítica ao Código Penal brasileiro que induz a erro, vez que possibilita a compreensão da prostituição enquanto forma de exploração sexual, estando em completo desacordo com o Protocolo de Palermo. Assim, o texto de lei cria ambiguidades na percepção da prostituição/trabalho sexual, deslocando o debate para um viés moralista e criminalizante. Dessa forma, as autoras realizam uma análise dos tipos penais, apontando a necessidade de sanar as suas ambiguidades, devendo ser acrescentado no texto legal as hipóteses em que resta configurada a exploração de trabalho sexual. Sobre o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, as autoras fazem uma análise do papel do Estado na promoção de seu enfrentamento, não se limitando à tipificação do crime, mas criando políticas públicas para a prevenção e promoção da defesa e salvaguarda das vítimas.

Por fim, pode-se dizer que o manual traz importantes conceitos e contribuições para a formação de juristas comprometidos com uma perspectiva de gênero decolonial, anticapitalista e antirracista. As autoras executam um giro histórico no sistema de justiça criminal do Brasil, possibilitando um debate decolonial associado às dimensões de gênero e raça, revelando uma necropolítica que macula a vida de mulheres, especialmente aquelas que sofrem opressões cruzadas e estão na linha de frente da reprodução das desigualdades e violências, como mulheres negras, transexuais e indígenas. Ainda, ao fazer uma crítica aos tipos penais, é um importante instru-



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

mento para a interpretação da legislação brasileira. As autoras, pensando as dinâmicas de gênero sob o viés do feminismo interseccional, trazem uma perspectiva não punitivista e comprometida com o enfrentamento do encarceramento em massa da população negra agenciada pelo estado brasileiro, contrariando a lógica conservadora que se apropria de uma pauta feminista para a promoção e continuidade de uma cultura punitivista.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

Referências

Campos, C. H., & Ela Wiecko, V. C. (2022). *Manual de Direito Penal com Perspectiva de Gênero*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

Manual de Derecho Penal con perspectiva de género: repensando el derecho penal brasileño

Autoras

Hanna Rossi Roehé* y Paula Franciele da Silva**

El Manual de Derecho Penal con perspectiva de género es una obra colectiva, organizada y concebida por las profesoras Carmen Hein de Campos y Ela Wiecko de Castilho. Lanzado en 2022 (Lumen Juris), con financiación de RED ALAS, es pionero sobre el tema en Brasil. Se trata, de hecho, de un Manual Feminista de Derecho Penal porque, aunque trate de crímenes, la perspectiva feminista antirracista y abolicionista es su hilo conductor. Estudiantes o profesionales del Derecho que no se dedican a los estudios de género pueden preguntarse por qué existe un Manual de Derecho Penal con perspectiva de género.

La respuesta es compleja, pero intentaremos plantear algunos puntos para señalar por qué esta obra es un hito tan significativo para el campo del derecho penal y los estudios de género.

Pensar la producción académica y la enseñanza del derecho penal con enfoque de género es más que necesario. Dentro de las grandes áreas del derecho, si bien la producción académica de las mujeres es significativa, puede decirse que es menospreciada en la medida en que las bibliografías básicas de los cursos de derecho, en su mayoría, tienen pocas o nulas referencias femeninas y están compuestas, en gran parte, por manuales con sesgo androcéntrico y masculinista.

El Manual de Derecho Penal con Perspectiva de Género es la primera obra que incorpora la discusión de género en forma de manual y pretende demostrar, con ejemplos reales, sentencias y jurisprudencia nacional e internacional, cómo el género puede ser un factor que aumente la complejidad teórica y también la enseñanza del Derecho.

El libro adopta un enfoque teórico y metodológico feminista, interseccional, antirracista y decolonial. Por eso es también pionero en el campo del derecho penal, al abordar cómo la colonialidad se articula con cuestiones de raza, género y clase y sus repercusiones en la selectividad del sistema de justicia penal.

La perspectiva de género en un libro de texto de derecho penal es fundamental para pensar críticamente el derecho penal. Rompe con la noción tradicionalmente enseñada de que el derecho penal se aplica por igual, descorriendo los velos y revelando cómo históricamente el derecho penal también ha sido y es una herramienta de control y violencia de género y racializada.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

Como se ha mencionado, se trata de una obra colectiva, cuyos autores son académicos, investigadores y profesionales del campo de las ciencias penales, lo que significa que el campo del derecho penal cuenta con investigadores cualificados y esta obra refleja la calidad de estas producciones.

El libro está organizado en dos partes: Parte I y Parte II. La primera trata de la doctrina general (la parte general del código penal brasileño), y se divide en cuatro capítulos: 1) Miradas feministas sobre el derecho penal; 2) Una larga historia: El derecho penal y el continuum público y privado; 3) Sufrimiento femenino: Las prisiones de la miseria y la miseria de las prisiones y 4) Teoría del delito: Un ensayo sobre dogmática penal y pensamiento situado. La primera parte discute, teóricamente y desde una perspectiva feminista, la continuidad de la noción público/privado en el derecho penal, la inconsistencia de la pena de prisión y la necesidad de pensar la teoría del delito desde el punto de vista de la concreción de una supuesta abstracción teórica.

La segunda parte, a través de interpretaciones marginales y subvirtiendo la perspectiva dogmática habitual, aborda los delitos en especie desde una perspectiva antirracista y de género.

Para introducir la incorporación de los principales conceptos y el concepto de violencia de género, la segunda parte del manual abre la discusión sobre la Ley Maria da Penha (Ley no. 11.340, de 7 de agosto de 2006), haciendo referencia a los movimientos feministas que lucharon por la creación de la ley y también a la exitosa experiencia de incidencia feminista en su redacción.

Al iniciar la parte especial (delito en especie) con una discusión conceptual sobre la violencia de género, las organizadoras rompen con la tradición jurídica brasileña que abre la parte especial del Código Penal con el delito de homicidio. En relación a los crímenes contra la vida, discuten los crímenes de homicidio, feminicidio y transfeminicidio, enfatizando la importancia de nombrar este último. En relación al feminicidio, las autoras discuten la influencia de la teoría feminista en el proceso de tipificación y los calificativos. El debate sobre el infanticidio, el abandono de incapaces, la exposición o el abandono de un recién nacido pone de relieve la necesidad de reflexionar críticamente sobre los delitos relacionados con la maternidad, ya que el deber de actuar de acuerdo con las expectativas sociales suele recaer únicamente en la madre, especialmente cuando se trata del cuidado de los hijos.

El manual también realiza un análisis sobre la despenalización de conductas y tipos penales, investigando la despenalización del aborto para proteger la vida de las mujeres. Al hablar del delito de lesiones corporales y violencia obstétrica, se destaca la necesidad de pensarlos desde una perspectiva que no reafirme una lógica racista e institucionalizada.

Respecto a los "crímenes contra el honor", existe un debate sobre la noción de honor construida en relación con las mujeres y el poder institucional masculino. Además, los autores destacan las barreras sociales que enfrentan las mujeres para acceder al poder judicial, debido a la clase social y al acceso a la información, un obstáculo para muchas mujeres pobres, en un país marcado por la desigualdad social.

El Manual también aborda los delitos contra la libertad individual, las amenazas y la persecución desde una perspectiva feminista.

También aborda la importancia del recientemente creado tipo penal de violencia psicológica para la violencia doméstica. En el debate sobre delitos contra la libertad individual, como el secuestro y la prisión ilegal, además de sus calificativos, el Manual destaca la alta incidencia



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1

[2023]

dentro de los hogares, tratándose de violencia intrafamiliar. El tema también analiza el crimen de reducción a una condición análoga a la esclavitud, proporcionando datos sobre la esclavitud contemporánea en Brasil, la reproducción del racismo y la desigualdad social, la continuidad del colonialismo esclavista y patriarcal. El tema también expone brevemente la realidad de las trabajadoras domésticas en Brasil, la mayoría de las cuales están sometidas a condiciones laborales informales y precarias, aunque los procesos penales que involucran reducción a una condición similar a la esclavitud son raros. En el mismo sentido, realizando un análisis comprometido con una epistemología feminista, el manual aborda los delitos contra la propiedad, realizando un análisis doctrinal y jurisprudencial de las mujeres condenadas por delitos de hurto y robo, demostrando la ausencia de una perspectiva de género en estos delitos.

Respecto de los delitos contra la dignidad sexual, contextualizándolos, critica la doctrina del honor y la honestidad de la víctima, enfoque que la doctrina penal brasileña, envejecida, descontextualizada y teóricamente pobre, permeada por un discurso colonizado y descalificante de las mujeres, que insiste en mantener. También se analiza la grabación no autorizada de intimidad sexual y la difusión de escenas de violación o de violación de personas vulnerables, escenas de sexo o pornografía, proporcionando información sobre la naturaleza actual de tales delitos y el problema de clasificar conductas, así como la tendencia a culpabilizar. la víctima en los casos de pornografía no consentida. Los autores señalan que, dado el daño irreparable que puede sufrir la víctima como consecuencia de una exposición indebida, es importante tipificar como delito la divulgación de la intimidad sexual de otra persona sin su autorización, y el compromiso del Estado de impedir la divulgación de dichos materiales, a través de políticas públicas que promuevan discusiones sobre género, historia y diversidad, en los más diversos ámbitos de la sociedad. Respecto a la violación de personas vulnerables, el libro trae importantes debates en relación a los niños y adolescentes como sujetos de derechos y la necesidad de que tengan acceso a la educación sexual, apuntando soluciones en el campo de las políticas públicas para su prevención.

El libro analiza los conceptos de proxenetismo, trata de personas y otras formas de explotación sexual, criticando el Código Penal brasileño, que induce a error, ya que permite entender la prostitución como una forma de explotación sexual, estando en total desacuerdo con la Protocolo de Palermo. Así, el texto de la ley crea ambigüedades en la percepción de la prostitución/trabajo sexual, desplazando el debate hacia un sesgo moralista y criminalizador. De esta manera, los autores realizan un análisis de los tipos penales, señalando la necesidad de resolver sus ambigüedades, y las hipótesis en las que la explotación del trabajo sexual queda configurada en el texto legal. Respecto a la trata de personas con fines de explotación sexual, los autores analizan el papel del Estado en promover su lucha contra la misma, no limitándose a tipificar el delito, sino creando políticas públicas para la prevención y promoción de la defensa y salvaguarda de las víctimas.

Finalmente, se puede decir que el manual trae importantes conceptos y aportes a la formación de juristas comprometidos con una perspectiva de género decolonial, anticapitalista y antirracista. Los autores dan un giro histórico en el sistema de justicia penal brasileño, permitiendo un debate descolonial asociado a las dimensiones de género y raza, revelando una necropolítica que empaña la vida de las mujeres, especialmente aquellas que sufren opresión cruzada y están en la primera línea de la reproducción. .de desigualdades y violencia, como las mujeres negras, transexuales e indígenas. Además, a la hora de criticar tipos penales, es un instrumento importante para interpretar la legislación brasileña. Las autoras, pensando en las dinámicas de género



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

desde la perspectiva del feminismo interseccional, aportan una perspectiva no punitiva comprometida con el enfrentamiento del encarcelamiento masivo de la población negra gestionado por el Estado brasileño, contradiciendo la lógica conservadora que se apropia de una agenda feminista para la promoción y continuidad de una cultura punitiva.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

Referencias

Campos, C. H., & Ela Wiecko, V. C. (2022). *Manual de Direito Penal com Perspectiva de Gênero*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.



Recensión¹

Autora

Diana Maquillón Tamayo*

"Fronteras de la Igualdad de Género. Perspectivas legales transnacionales" constituye una obra esencial para toda persona que trabaje en aras de la igualdad y la no discriminación, tanto a nivel académico como en la significativa tarea de impartir justicia. El libro editado este año, 2023, por University of Pennsylvania Press, recoge el trabajo de veinticuatro personas quienes respondieron a la invitación realizada por la editora de este libro, la reconocida académica, Rebecca Cook. A lo largo de esta obra las distintas personas autoras analizan temas trascendentales para alcanzar la igualdad sustantiva desde una nueva óptica y por medio del análisis de casos y nuevas teorías que buscan brindar respuestas a algunas de las principales críticas y desafíos en la aplicación de la perspectiva de género en un contexto global.

El propósito de la obra, y de los distintos capítulos que la componen, fue analizar cómo todos quienes trabajamos por la no discriminación podemos avanzar en ser más persuasivas en nuestro pensamiento y defensa de la perspectiva de género. Lamentablemente, hoy observamos a nivel global el posicionamiento de visiones "conservadoras" y programas políticos autoritarios, discursos que están tomando fuerza incluso con apoyo en las urnas, en desmedro de los derechos y libertades de las personas y afectando particularmente a las mujeres y grupos históricamente discriminados como personas migrantes, personas LGBTQ+, entre otros (Haley McEwen y Lata Haley McEwen and Lata Narayanaswamy, 2023)². Por lo tanto, este libro resulta significativo para profundizar en una necesaria reflexión sobre cómo podemos avanzar a través de nuevas narrativas y herramientas prácticas en la igualdad de género.

Se destaca en especial la composición y estructura de la obra. El libro contiene tres partes, la primera de ellas se titula "Comprensión de la desigualdad y la igualdad de género" y se compone de seis artículos. La segunda parte titulada "Promover la igualdad de género a través de tratados de derechos humanos" contiene ocho artículos y a la vez se dividen en dos secciones. En la primera se abordan las principales convenciones del sistema de Naciones Unidas de aplicación universal.

En la segunda sección, se profundiza en el análisis de instrumentos internacionales de carácter regional, permitiendo así un enriquecedor análisis comparativo conociendo los desafíos en particular de los sistemas africano, americano, árabe y europeo.

Para finalizar, la tercera parte del libro nos propone una perspectiva de futuro, como indica su nombre "Mirando hacia atrás para seguir adelante", contiene seis capítulos donde a través de casos se destacan los avances pero también se ponderan aquellas brechas donde persiste la necesidad de elaborar nuevas respuestas para el abordaje de las problemáticas planteadas. Para dar cierre a la obra encontramos una sección final con conclusiones.

*Abogada de la Universidad Diego Portales y Master of Laws (LLM) in International Legal Studies de New York University (NYU). Actualmente se desempeña como Coordinadora Jurídica de la Secretaría Técnica de Igualdad de género y no Discriminación de la Corte Suprema de Justicia de Chile.

¹Este escrito es una reseña del libro: Rebecca J. Cook (Ed.) (2023). *Frontiers of gender equality. Transnational legal perspectives*, University of Pennsylvania Press.

²Haley McEwen y Lata Narayanaswamy, May 2023, "The International Anti-Gender Movement. Understanding the Rise of Anti-Gender Discourses in the Context of Development, Human Rights and Social Protection". Disponible en <https://cdn.unrisd.org/assets/library/papers/pdf-files/2023/wp-2023-4-anti-gender-movement.pdf>



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

La primera parte del libro se concentra en un examen conceptual y teórico, a través de los capítulos que la componen en los cuales se retoma el análisis de nociones ampliamente conocidas pero con nuevos enfoques en aras de alcanzar una efectiva aplicación de la perspectiva de género. Por ejemplo se examina la relevancia de comprender y aplicar el concepto de igualdad sustantiva, remarcando el valor de dejar atrás una aproximación netamente formal al abordar la discriminación.

En el primer capítulo, Sophi Moreau, elabora un análisis sobre cómo identificar la discriminación en razón de género a través de una aproximación pluralista que en lugar de centrarse en los motivos de discriminación ponga su foco en sus efectos. Para ello propone tres maneras de advertir cuándo estamos ante una situación discriminatoria: (a) si se subordina injustamente a un grupo de personas en razón de sus características, colocándoles en una posición de desventaja basada en estereotipos; (b) si se niega a una persona el derecho de adoptar decisiones sobre su vida, limitándose tanto su actuar como sus pensamientos, restringiendo su libertad de acción y en consecuencia su autonomía; (c) si se niega el acceso a un bien o derecho básico que resulta esencial para toda persona en orden a desenvolverse como un igual integrante de la sociedad con los mismos derechos.

Para complementar su análisis ejemplifica los tres enfoques propuestos a través de casos de carácter universal como la presencia (o más bien ausencia) de las mujeres de los ensayos clínicos y sus devastadoras consecuencias en la garantía de su derecho a la salud. También, analiza la utilización de la esterilización forzada como una práctica que atenta contra la autonomía de las mujeres, la cual ha sido empleada por distintos países con devastadoras consecuencias en los proyectos de vida de las mujeres afectadas.

Finaliza explicando cómo el derecho al agua y las limitaciones en el acceso a dicho recurso natural tiene particulares efectos para las mujeres indígenas, reconociendo su específico valor como elemento sagrado. Subraya cómo los problemas de acceso al agua adquieren otro significado para las mujeres indígenas al tratarse de un elemento que conforme a su cosmovisión les otorga una posición particular en sus comunidades. Así la autora visibiliza la importancia del análisis interseccional cuando abordamos la discriminación de género.

Complementando estas ideas, cabe destacar el segundo capítulo cuya autora, Sandra Fredman, nos presenta una nueva propuesta para abordar la igualdad sustantiva analizando la realidad laboral de las mujeres, su vínculo con el trabajo no remunerado y las labores de cuidado y la importancia de avanzar una igualdad sustantiva.

Para el desarrollo de su enfoque propone el abordaje de la discriminación a través del examen de cuatro dimensiones: (a) reparar la desventaja; (b) abordar los estigmas, estereotipos, prejuicios y violencia que sufren las personas discriminadas; (c) facilitar y dar voz y participación a aquellas personas que son excluidas; (d) apuntar hacia cambios estructurales orientados a abordar la asimetría de poder que viven las personas discriminadas.

Sandra Fredman, por medio del análisis de la precariedad laboral que experimentan las mujeres trabajadoras dedicadas a tareas de cuidados en el Reino Unido (realidad que es posible de advertir en otros países a nivel global), destaca lo esencial que son las labores de cuidado para la sociedad pero a la vez la vulnerabilidad en que se encuentran millones de mujeres ante la ausencia de un Estado que brinde un marco normativo protector y reconozca el gran valor económico de dichas tareas.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

Como destaca la autora, la pandemia del COVID-19 permitió visibilizar en todo el mundo la importancia de las tareas de cuidados, tanto remuneradas como no remuneradas, sin embargo siguen siendo en la actualidad labores mal pagadas y entregadas a la libre regulación del mercado. Subraya que constituye un desafío pendiente para los Estados la adopción de políticas públicas concretas orientadas a la construcción de sistemas integrales de cuidados, que valoricen debidamente el cuidado no como un bien de consumo sino como un derecho social. Solo a través de políticas públicas que reconozcan los quehaceres de cuidado como elemento fundamental de nuestra sociedad, podremos avanzar hacia el empoderamiento real de las mujeres y una efectiva igualdad de género. Es necesario progresar en reconocer las labores de cuidado, como una pieza clave del sistema social y económico de los países.

En resumen, una reevaluación radical de las fronteras de la igualdad de género, particularmente en el mundo post-COVID, requiere de una transformación aún más fundamental del papel de las labores de cuidado en la sociedad.

Luego siguen interesantes artículos, en el texto elaborado por Shreya Atrey se profundiza el concepto de interseccionalidad, presente a lo largo de distintos capítulos del libro, analizando cómo la universalidad de los tratados internacionales es compatible con una priorización de materias y realidades y que precisamente la interseccionalidad se posiciona como el concepto clave para lograr la igualdad sustantiva. Si bien el sistema internacional de protección de los derechos humanos ha desarrollado un andamiaje para el fortalecimiento del concepto de interseccionalidad, la forma en que ha sido aplicado no está exenta de críticas. Por medio de la revisión de la jurisprudencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, particularmente del Caso Alyne de 2011³ y de las observaciones generales desarrolladas para orientar la aplicación de la CEDAW por los Estados, ejemplifica que si logramos adoptar medidas y políticas dirigidas a proteger a aquellas mujeres más vulnerables —por la superposición de características que generan discriminación— se logrará también brindar protección a todas las mujeres.

En concreto, la autora afirma que al momento de analizar el fenómeno de discriminación si lo hacemos desde la interseccionalidad el análisis será más ilustrativo y enriquecedor que aquellos basados en un solo rasgo identitario. La autora subraya el concepto de "mujeres", el cual abarca todo tipo de identidades por lo que no podemos hablar de la discriminación de género sin asegurarnos de que las distintas formas de discriminación de género, vinculadas a la etnia, edad, discapacidad, origen social, entre otras, se incluyan dentro de la ecuación.

Para complementar esta primera sección del libro encontramos el artículo de Daniel Del Gobbo con un interesante análisis sobre cómo las iniciativas de gobernanza gay desempeñan un papel crucial en la promoción de estándares de derechos humanos al buscar la inclusión formal de la población LGBTIQ+ en el orden legal internacional. Sin embargo, es crítico en la forma en que se ha llevado adelante ese proceso tanto del litigio ante sede internacional de los derechos de las personas de las diversidades sexo-genéricas como en el desarrollo de instrumentos que buscan dar protección a las personas LGBTIQ+.

El autor profundiza su crítica en la retórica plasmada tanto en los Principios de Yogyakarta como en la forma que fueron presentados casos ante el Comité de Derechos Humanos. Subrayar lo interesante de este capítulo y su relevancia para enfrentar debates actuales como los movimientos "anti-géneros" y grupos religiosos o "pro-familia" además de abordar las discusiones en torno a los conceptos de las diversidades sexo-genéricas. Para cerrar la primera parte del libro se

³ Comité CEDAW. Alyne da Silva Pimentel c./ Brasil (Comunicación Nro. 17/2008).



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

analizan por Siobhán Mullally las reservas a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y luego Marieme S. Lo aborda la vinculación de la igualdad de género con los objetivos de desarrollo sostenible (ODS).

En la segunda parte de la obra se analiza el valor de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de carácter universal y regional, para avanzar en la igualdad de género. En los distintos capítulos se aborda cómo los problemas que enfrenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con relación a la igualdad de género no son necesariamente tan distintos a los que ha enfrentado el derecho doméstico. Así, por ejemplo, es un derecho, en general, concebido por varones y desde la realidad masculina e interpretada, en sus inicios, fundamentalmente por hombres. En definitiva, en términos simbólicos y sustantivos, el estándar de lo neutro y lo universal se construyó a nivel nacional e internacional con base a un estándar masculino de la realidad (y no de cualquier hombre, si no al alero de la figura de un hombre blanco, heterosexual, adinerado y letrado) en oposición a otras personas que han sido históricamente discriminadas, como las mujeres y personas de las diversidades sexuales.

Destacamos especialmente el capítulo de la académica chilena Verónica Undurraga, titulado "Igualdad de género transformadora en el sistema interamericano de derechos humanos", en el cual analiza el abordaje de la igualdad de género tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y plantea la forma en que el sistema ha utilizado un lenguaje progresista en materia de igualdad y ha dado lugar a importantes sentencias sobre situaciones de desigualdad estructural e interseccional. Señala que la CorteIDH ha integrado en su jurisprudencia los desarrollos de otros sistemas internacionales, cuestión que ha sido controversial, pero muy útil para el análisis de los casos sometidos a su conocimiento. Sin embargo, advierte que en materia de igualdad de género está pendiente avanzar en un análisis integrado de los derechos económicos, sociales y culturales para así profundizar la comprensión interseccional de las dimensiones de género en la pobreza.

En concordancia con lo señalado en la presentación de esta obra, por la académica chilena y ex jueza de la CorteIDH, Cecilia Medina, el artículo da cuenta que el papel del sistema interamericano de derechos humanos en la tarea de transversalizar la perspectiva de género dentro de su análisis fue extremadamente modesto en las primeras décadas de funcionamiento. Recién en 2006 la CorteIDH incorpora la perspectiva de género en una sentencia de fondo con ocasión del Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú⁴. Por lo tanto la transversalización de la perspectiva de género no es solo un desafío para los Estados y sus sistemas de justicia sino también es posible advertirlo en la arena internacional, en los distintos sistemas de protección y promoción de los derechos humanos.

En la tercera parte del libro se abordan diversos casos con el objeto de analizar caminos para avanzar en la igualdad de género. Destacamos el artículo de Naina Kapur, titulado "Dar vida a la igualdad: el Caso Vishaka" conocido como Vishaka v. Estado de Rajastán, es un fallo histórico de la India que desempeñó un papel fundamental a la hora de abordar y prevenir el acoso sexual en el lugar de trabajo. El artículo profundiza en cómo el acoso sexual en el ámbito laboral es contrario al principio de igualdad y no discriminación y constituye una manifestación de la violencia de género que pone en evidencia la persistente desigualdad en las relaciones de poder entre mujeres y hombres. El acoso sexual tiende a desarrollarse en espacios de trabajo donde se reproducen estereotipos y pueden expresarse en acciones de disímil características hasta la

⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

brutales agresiones sexuales. Lamentablemente, este tipo de violencia contra las mujeres es tolerada socialmente, ya que se traduce en conductas naturalizadas que no son identificadas como violencia y acoso. El artículo visibiliza la trascendencia de un caso para lograr cambios legales significativos y contar, tras 16 años, con una ley que brinde protección a las mujeres.

Esta sección también analiza el fenómeno de la violencia contra las mujeres. Las autoras Martha Rodríguez de Assis Machado y Mariana Mota Prado examinan los efectos e implementación del emblemático Caso Maria da Penha de la CIDH. La ley adoptada en virtud del caso se tradujo en una serie de innovaciones institucionales en Brasil con el objeto de abordar de manera integral la violencia doméstica. Como visibiliza el conocido caso, ni las autoridades policiales ni la judicatura brindaron una respuesta apropiada a Maria da Penha frente a la violencia sufrida a manos de su exmarido. El artículo repasa cómo las reformas legales deben ir acompañadas de cambios estructurales, ya que en la implementación de un marco normativo se presentan dificultades a nivel institucional. Además, demanda que los sistemas de justicia adopten acciones eficaces tendientes a lograr eliminar las barreras en el acceso a la justicia de mujeres y niñas que se ven afectadas por la violencia en razón de género. Las autoras reafirman cómo la violencia contra las mujeres debe ser una cuestión prioritaria para los Estados en aras de conseguir sociedades más justas, inclusivas e igualitarias para todas las personas.

Para dar cierre a la obra encontramos una sección final con conclusiones titulada "Balance de la igualdad de género" de autoría de Francisca Pou Giménez. Este capítulo, en palabras de Rebecca Cook, inspirará a otros académicos y académicas a examinar las tendencias diversificadas y convergentes de los marcos normativos existentes en materia de igualdad de género con miras a identificar temáticas en las cuales se hace indispensable profundizar el debate.

En definitiva, el propósito de la obra es, a través de múltiples miradas globales y regionales, brindar herramientas y analizar los desafíos para alcanzar la igualdad de género. El objetivo es precisamente identificar y traspasar las fronteras del género. Este libro tiene afán orientador y transformador y sin duda su estudio y revisión resulta determinante para avanzar en la anhelada igualdad sustantiva. A través de esta obra es posible advertir el poder transformador de la incorporación de la perspectiva de género en el acceso a la justicia de las mujeres. Sin embargo, se reconoce claramente cómo la realidad que enfrentan las mujeres es más compleja y más fluida que lo que pueden capturar los marcos normativos nacionales y la apertura a otros enfoques de análisis es necesaria para dar respuesta eficaz ante un caso concreto.

La lectura de este libro resulta esencial para comprender la evolución de la igualdad de género en el sistema internacional y los desafíos en su aplicación y judicialización. Debemos destacar el rigor y valor académico de los distintos artículos que componen esta obra, cada uno de sus capítulos permite explicar el rol transformador de la perspectiva de género como metodología de análisis. La invitación es a difundir sus contenidos y profundizar en su estudio.

Este trabajo resulta indispensable para quienes desempeñan un rol en los sistemas de justicia, y en el campo académico, ya que les permitirá conocer el desarrollo de conceptos, análisis de jurisprudencia y propuestas de nuevas estrategias teóricas que permiten comprender con mayor claridad cómo opera la discriminación por razones de género, el enfoque interseccional, el efecto



VOLUMEN 2 / NÚMERO 1
[2023]

Referencias

- Comité CEDAW. Alyne da Silva Pimentel c./ Brasil (Comunicación Nro. 17/2008).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)
- Haley McEwen y Lata Narayanaswamy, May 2023, "The International Anti-Gender Movement. Understanding the Rise of Anti-Gender Discourses in the Context of Development, Human Rights and Social Protection". Disponible en <https://cdn.unrisd.org/assets/library/papers/pdf-files/2023/wp-2023-4-anti-gender-movement.pdf>
- Rebecca J. Cook (Ed.) (2023). *Frontiers of gender equality. Transnational legal perspectives*, University of Pennsylvania Press.