

La violencia de género en clave de perspectiva de la niñez

Daniela Bersi¹

“No hay una solución simple, pero es necesario pensar más y estar en un proceso constante. Cuando el proceso se cierra, es decir, cuando la vida se cierra, se llega a lo inerte, [en cambio], la política en clave femenina es otra cosa, es movimiento”

Rita Segato

Quiero agradecer a todas las mujeres que hicieron y hacen posible que siempre este en movimiento, a mi abuela Paula, mi mamá Marisa, mi hermana Malena y en ella a las amigas hermanas de la vida, a mis sobrinas y a mis compañeras relatoras de la Fiscalía de Casación.

Se la dedico a Pedro, mi hijo, que sabe y acompaña este movimiento.

Resumen

El derecho de las mujeres y las personas LGBTI+ a tener una vida libre de violencias se ha consolidado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y en el orden jurídico nacional gracias a una importante legislación protectora en esta materia.

En el presente artículo intentaré visibilizar a las niñas y adolescentes como grupo vulnerable, discriminadas a través de los años, con sus características específicas, y plasmar las consecuencias de la ausencia de normativa específica al momento de tener un acceso real a la justicia en materia penal.

La inexistencia de una protección especial hacia las niñas por su condición de género acarrea una limitación y en algunos casos una imposibilidad de acceso a la justicia como grupo vulnerable específico.

Palabras clave

Derechos humanos – niñez – violencia de género – acceso a la justicia

Introducción

¹ Abogada (UNLP). Especialista en Comunicación y Género (UNLP). Titular Ordinaria de Derecho a la Información de la FPyCS-UNLP; Titular Interina de “ESI con perspectiva de género” ATFD-UNA. Fiscal de Casación del Tribunal de Casación de la Provincia de Bs. As. Correo electrónico: bersidaniela@hotmail.com

El derecho de las mujeres y las personas LGBTI+ a tener una vida libre de violencias se ha consolidado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y en el orden jurídico nacional gracias a una importante legislación protectora en esta materia.

Esta recepción del enfoque de género en el análisis del derecho y de sus prácticas es una demanda históricamente sostenida por la teoría legal feminista, que encontró sus fundamentos en el carácter androcéntrico del derecho y de sus regulaciones que, de manera explícita o implícita, a través de su falsa y aparente neutralidad, ha perjudicado a las mujeres y a otros colectivos debido al género.

La mayor parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina tienen cláusulas alusivas al reconocimiento de la igualdad entre varones y mujeres y al acceso a la justicia, con el propósito de contar con medios efectivos a fin de defender los derechos de las mujeres y de las personas LGBTI+ frente a la violencia. Por ejemplo, la obligación de actuar con debida diligencia reforzada para prevenir, investigar y sancionar los hechos, así como para garantizar a las víctimas el acceso efectivo a la justicia y a una reparación integral.

Debemos reconocer que estas obligaciones reforzadas sobre las que tanto insisten los organismos internacionales, a la hora de garantizar el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia de género tienen su razón de ser en que, históricamente, el camino hacia la justicia para ellas ha sido (y es) discriminatorio. Estas situaciones ocurren en las diferentes ramas del derecho y especialmente se **agravan** al verse reflejadas en el lenguaje y el razonamiento de quienes aplican el derecho penal marcado por la impunidad en el tratamiento de los casos. Cuando la respuesta del Estado es la **impunidad**, priva de derechos a las víctimas y estamos ante un Estado que ejerce **violencia institucional**.

En el presente artículo intentaré visibilizar a las niñas y adolescentes como grupo vulnerable, discriminadas a través de los años, con sus características específicas, y plasmar las consecuencias de la ausencia de normativa específica al momento de tener un acceso real a la justicia en materia penal.

En el caso del grupo de personas en cuestión, se interseccionan dos vulnerabilidades que complejizan las experiencias de inequidad en el ámbito penal cuando se acumulan dimensiones identitarias. Una es de origen cultural, dado su género femenino, y otra es de carácter esencial, producto de su edad, por lo que su abordaje debe ser realizado desde la perspectiva de la niñez y de la de género.

El acceso a la justicia con perspectiva de género y de niñez

El abordaje del derecho penal tradicional se basa en una mirada androcéntrica del mundo que da valor de verdad a lo manifestado por el varón, menospreciando las voces de las mujeres, de las niñas, los niños y de adolescentes. Existe una excesiva burocratización de los procedimientos legales, así como demasiadas dificultades para investigar las complejas y crueles modalidades de violencia contra las mujeres y la infancia, llevando a que muchas veces no se denuncien este tipo de hechos, básicamente, porque difícilmente el ámbito penal pueda dar respuestas efectivas y protegerlas como se espera.

Especialmente en las mujeres, las niñas y adolescentes, se debe a la incomprensión de la magnitud de estos hechos como consecuencia de los patrones culturales patriarcales y misóginos prevalecientes en la sociedad, la naturalización y minimización de la violencia contra ellas, la asignación de la responsabilidad a la víctima y la imposibilidad de comprender y valorar los “contextos de violencia de género”.

Esta falta de respuesta evidencia que, en muchos casos, los mismos problemas que se presentan para formalizar la denuncia respecto a quien las agrede —en el caso de las mujeres dada la incomprensión de la problemática y en el caso de las niñas producto de la dependencia afectiva-emocional-vivencial— son los que hacen difícil sostener una causa en el tiempo, o atravesar el proceso penal sin soportar una victimización secundaria (o revictimización). Las experiencias, testimonios y declaraciones de las mujeres y niñas afectadas han sido y son puestas en duda, los estándares de prueba no se han ajustado a los desafíos de producir evidencia en contextos de violencia y los castigos a los perpetradores han sido irrazonablemente leves o inexistentes. Además, a menudo las víctimas han sido tratadas como victimarias, por ejercer su autodefensa “con premeditación”, o se las ha acusado de omitir cuidar a terceros/as (a menudo hijos o hijas), aunque ese deber de protección frustrado implicara muchos riesgos severos, incluso el de muerte por el inminente ataque de (ex)parejas violentas.

Todo esto trae aparejado que, cuando el Estado no responde en tiempo y forma a los compromisos internacionales asumidos en la materia, la violencia de género y la violencia en la infancia se convierte en violencia institucional.

Teniendo en cuenta la tradicional definición de acceso a la justicia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), según la que el Estado tiene que organizar todo su aparato estatal para asegurar las garantías de debido proceso y el acceso a un recurso judicial efectivo (Corte IDH, Opinión Consultiva N.º 11, sobre “Excepciones al agotamiento de los recursos internos, arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos-, 1990, párr. 24), debe agregarse a

la misma una dimensión estructural referida a las condiciones sociales, para que el proceso reconozca y resuelva factores de desigualdad real. Estableciendo que un acceso adecuado a la justicia no se circunscribe solo a la existencia formal de recursos judiciales, sino también a que estos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violencias denunciadas.

Una respuesta judicial efectiva en materia penal frente a estos hechos comprende la obligación de transversalizar la perspectiva de género y de niñez, haciendo accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos y prevenir de esta manera la impunidad.

La perspectiva de género abreva en la idea de género como: “las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas” (Recomendación General N.º 28, Comité CEDAW). Esta definición se constituye entonces en una categoría analítica que permite analizar el impacto diferencial que tiene una práctica social en la vida de las mujeres y las niñas.

Visibilizar las situaciones de desigualdad y exclusión estructural que atraviesan las trayectorias vitales de las mujeres y especialmente la de las niñas permite revelar cómo acciones judiciales o normas penales —que en apariencia pueden parecer neutras en términos de género— pueden afectarlas especialmente y, también, remarcar la necesidad de implementar medidas judiciales encaminadas a dismantelar patrones históricos de discriminación contra ellas que cristalizan mandatos que impactan en forma negativa sobre las mujeres y niñas que no se identifican con esos roles. Estos estereotipos generan a su vez indagaciones en la vida privada de las personas que nada tienen que ver con el objeto del proceso, pero están destinadas a desacreditar todo el proceso penal. Un claro ejemplo de estas indagaciones inapropiadas se evidencia con las frecuentes investigaciones sobre el pasado sexual de las víctimas de violencia de sexual, mayormente niñas, adolescentes y mujeres.

Según un estudio que llevó a cabo la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2013, casi un tercio de las mujeres que han mantenido una relación de pareja han sido víctimas de violencia física o sexual en esa relación. El estudio revela que universalmente un alto porcentaje de la población femenina se encuentra expuesta a distintas formas de violencia y que el 38% de los homicidios de mujeres se debe a la violencia conyugal o íntima. En América Latina, las cifras reflejan el mismo panorama: cerca del 29,80% de las mujeres han sufrido violencia física y/o sexual por parte de sus parejas y el 10,70% han sido atacadas por personas ajenas a su núcleo familiar. Según otro estudio más reciente de la misma organización, una cuarta parte de todas las personas adultas manifiestan

haber sufrido violencia física en la niñez, y una de cada cinco mujeres y uno de cada trece hombres denuncian haber sufrido abusos sexuales en la infancia (OMS, 2016).

Incorporar la perspectiva de género y el enfoque de niñez teniendo en cuenta el interés superior de la niña en la justicia penal o de responsabilidad penal juvenil implica, sin dudas, cambiar la mirada. El enfoque de derechos humanos, en cuyo ámbito se insertan ambas perspectivas para el diseño e implementación de políticas en materia criminal, es el marco conceptual y metodológico basado en las normas internacionales de derechos humanos y que, desde el punto de vista operacional, se orienta a la promoción y protección de los derechos fundamentales y primordiales.

Siendo “el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño y de la niña es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño [y en este marco de derechos humanos], la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’”. Corte IDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 108.

Estos principios a nivel del sistema interamericano de derechos humanos han promovido la creación de programas e instituciones especializadas para abordar las temáticas de violencia contra la mujer y, con menor compromiso, las de violencia contra las niñas con un enfoque interseccional integral.

La necesidad de un marco normativo específico para las niñas

Cabe destacar que los argumentos sobre la exigibilidad de los derechos de las niñas en el sistema penal deben ser construidos a partir de las normas que reconocen derechos a los niños y a las mujeres. Podemos mencionar algunas normas dentro del derecho internacional no convencional relacionadas con las mujeres y con las niñas, pero no existen normas específicamente referidas a las niñas en la justicia penal con carácter convencional.

Entre los instrumentos e informes que abordan la cuestión de las mujeres en el sistema penal se encuentran las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (conocidas como Reglas de Bangkok), la Declaración y Plataforma de Acción de Beijín, y dos documentos de las Naciones Unidas: *Estrategias y medidas prácticas modelo de Naciones Unidas para eliminar la violencia contra los niños en el ámbito de la prevención del delito y la justicia penal* y *Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer*. Ninguno de estos documentos e instrumentos, por la razón que se señaló al comienzo, se refiere específicamente a las niñas, aunque sí se ha señalado en alguna ocasión que el concepto "mujer" abarcaba al de niña. Al no ser convencionales en principio no serían vinculantes para los Estados.

Así, el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que regula el derecho a la integridad personal como un derecho humano, eleva el estándar de protección cuando se trata de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, al establecer en el inciso 5: "cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento". Esa separación, cuando se trata de niñas, debe incluir la separación entre niñas y niños, además de la separación entre mujeres y niñas. En la práctica el respecto a esta garantía se obstaculiza bajo el argumento de la baja incidencia de casos de niñas en la justicia juvenil.

Por su parte, el artículo 19 de la Convención Americana establece: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

El alcance que la Corte Interamericana le ha otorgado a esta norma es la de la obligación estatal de asegurar el derecho a la protección especial a la infancia, traducándose en garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes "condiciones de existencia digna". Es así que en el emblemático caso "Niños de la Calle" sostuvo:

144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. [...]

»146. La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción (infra, párr. 191)².

Asimismo, el artículo 25 que regula el derecho a la protección judicial es el que se refiere al acceso a la justicia:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Dentro de las normas regionales, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (conocida como la Convención de Belém do Pará) establece que los Estados parte deberán adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia, para lo cual deberán tomar especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su edad.

Finalmente, la Convención del Derecho del niño de Naciones Unidas, en su art. 3 plasma la concepción de la niñez como nuevo sujeto de derecho al establecer: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Los estándares internacionales fijados por el sistema universal y el interamericano en materia de derechos humanos para las mujeres, son abordados con un enfoque de género y de edad en diferentes casos jurisprudenciales, como la obligación de utilizar el enfoque de edad: “[D]e conformidad con el artículo 19 [sobre derechos del niño] de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados

²Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C.N.º 63, párr. 146.

especiales orientados en el principio del interés superior del niño”, Corte IDH, caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia del 31 de agosto de 2010 párrafo 201; y en el mismo sentido: Corte IDH, caso Servellón García vs. Honduras, sentencia del 21 de septiembre de 2006, párrafo 116.

En relación con el interés superior de la niñez como consideración legítima, primordial e imperiosa: “El Comité considera que la palabra “primordial” de la Convención quiere decir que el interés superior del niño no puede tenerse en cuenta al mismo nivel que otras consideraciones. El Comité considera también que, a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración principal/primordial, cualquier decisión sobre el niño debe estar motivada, justificada y explicada”, comité CEDAW, M. W. Vs. Dinamarca, dictamen del 22 de febrero de 2016; y en el mismo sentido: Comité CEDAW, X. vs. Timor Leste, dictamen del 26 de febrero de 2018, párr. 8.7.

Cabe destacar que la inadmisibilidad de legitimar una discriminación con el argumento del interés superior de la niñez encontró acogida cuando en la sentencia del 24 de febrero de 2012 la Corte IDH, en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile pronunció:

“Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibile legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía [por qué] sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual”.

Conclusiones

De lo desarrollado en el presente artículo podemos concluir que el derecho no individualiza a las niñas como grupo vulnerable diferente a los niños y a las mujeres. Esto se ve plasmado en la ausencia de normas específicas sobre las niñas (incluidas aquellas que están en conflicto con la ley penal), lo que provoca la invisibilización de los problemas propios de este grupo y complejiza sus reclamos.

La inexistencia de una protección especial hacia las niñas por su condición de género acarrea una limitación y en algunos casos una imposibilidad de acceso a la justicia como grupo vulnerable específico.

Las niñas y adolescentes infractoras de la ley penal, víctimas y testigos, enfrentan diversas dificultades al momento de acceder a la Justicia; ya sea por la propia legislación o bien, por una legislación inadecuada, por procedimientos o prácticas incompatibles con la protección de sus derechos, por la falta de capacitación de las y los operadores judiciales, por la falta de acompañamiento y apoyo, por la ausencia o precaria ingeniería institucional, entre otros.

Los pocos estudios elaborados en Latinoamérica sobre las niñas y adolescentes infractoras de la ley penal muestran que sus perfiles son similares en todos los países y dan cuenta de historias de vida signadas por el abuso, la violencia, el abandono y la opresión ininterrumpidos.

Las niñas están expuestas a padecer mayor violencia respecto a los niños debido, precisamente, a su condición de género. La invisibilidad general de la violencia que sufren las niñas en todos los ámbitos de la vida, en la justicia penal, se ve reflejada en la falta de individualización como grupo vulnerable.

Esta ausencia de normativa específica plantea como desafío para las y los operadores judiciales que los fundamentos para su protección sean producto de la creación pretoriana a partir de la interpretación de las normas que reconocen derechos a los niños y a las mujeres. Así lo ha venido haciendo la Corte IDH en la última década y el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.