

GORKI GONZALES editor

CARLOS CARO
JULIETA ESTREMADOYRO
MARISOL FERNÁNDEZ
GORKI GONZALES
CÉSAR LANDA
RENÉ ORTIZ
ELIZABETH SALMÓN
SANDRA SEVILLANO



Capítulo 4

derecho
y ciudadanía

ensayos
de interés
público



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2002

Derecho y Ciudadanía: ensayos de interés público

Editor : Gorki Gonzales

Primera edición: mayo de 2002

© Copyright 2002 por el Fondo Editorial de la Pontificia

Universidad Católica del Perú

Plaza Francia 1164, Lima 1

Teléfono: 330-7410

Telefax: 330-7411

E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Corrector: Hernando Burgos

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso del editor.

Depósito Legal: 1501052002-2126

ISBN: 9972-42-469-3

Impreso en el Perú - Printed in Peru

REPENSANDO EL INTERÉS PÚBLICO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

JULIETA ESTREMADOYRO*

1. Introducción
2. Características de las acciones de interés público
3. ¿La no discriminación de género como un tema de interés público?
 - 3.1. La regulación legal de la violencia doméstica
 - 3.1.1. Una larga historia
 - 3.1.2. La opción por la denuncia
 - 3.1.3. ¿Los derechos de las mujeres como derechos humanos?
 - 3.1.4. Leyes sobre la violencia familiar
4. Bases jurídicas para el desarrollo de acciones de interés público por la no discriminación de género
 - 4.1. Los derechos humanos de las mujeres
 - 4.2. La discriminación como delito
 - 4.3. Otros temas de la no discriminación de género
 - 4.3.1. Mujer y pobreza
 - 4.3.2. Mujer y educación
 - 4.3.3. Mujer y salud reproductiva
 - 4.3.4. Mujer y empleo

* Doctora en Derecho (PhD) y Magíster en Derecho con Mención en Desarrollo (LLM) por la Universidad de Warwick, Gran Bretaña.

- 4.3.5. Mujer y participación política
- 4.3.6. Mujer y violencia sexual
- 4.4. Un aprendizaje desde la experiencia de las mujeres
- 5. Conclusiones

1. Introducción

El presente texto tiene por objetivo vincular el tema de las acciones de interés público con la evolución de las estrategias de reivindicación de género. En la medida que se está desarrollando y consolidando en la región una perspectiva y práctica en torno a acciones de interés público, este ensayo tiene un carácter exploratorio. De esta exploración se concluye que las estrategias en defensa de los derechos de las mujeres no tienen solamente líneas de coincidencia con las llamadas acciones de interés público sino que comparten las características asignadas a estas.

Esta primera constatación sin embargo, no está libre de contradicciones. Haciendo un balance de las estrategias legales realizadas con el objetivo de articular los derechos de las mujeres en la agenda estatal, particularmente en casos de violencia contra la mujer, se da cuenta de la distancia entre derecho formal y justicia sustantiva para las mujeres.

En este sentido, este ensayo concluye en la necesidad de reivindicar la acción política y la práctica social como fundamentales para generar consenso en torno a acciones de interés público que consideren las demandas específicas de las mujeres.

2. Características de las acciones de interés público

Se han definido las acciones de interés público como «aquellas acciones que permiten al ciudadano/la ciudadana participar en la toma de decisiones, en el control de la gestión pública y reclamar por el efectivo cumplimiento de sus derechos en cuestiones relacionadas con los intereses colectivos, utilizando las herramientas constitucionales existentes».¹

¹ SABSAY, Daniel y TARAK, Pedro. «Nuevas herramientas para la acción ciudadana en defensa de los derechos del medio ambiente». Fundación Poder Ciudadano,

La *acción* en este contexto no se entiende en su acepción dentro de la doctrina procesal (para iniciar un proceso jurisdiccional), sino que, como señala Gorki Gonzales,² comprende el accionar ante «cualquier autoridad con capacidad o poder suficiente para pronunciarse o decidir, influyendo positivamente sobre el asunto materia de la controversia que interesa al actor».

Otros autores incluso han manifestado que la acción puede ser la expresión de una estrategia de defensa más completa que incluye el uso de las vías «lícitas» de hecho. Sin embargo, en las discusiones en la materia, es evidente un énfasis en las acciones jurisdiccionales dirigidas contra el Estado, puesto que estas generan un mayor impacto público y su difusión en un contexto democrático sienta un precedente para la repetición de este tipo de iniciativas.

El otro elemento de reflexión es el concepto de *interés público*. A diferencia de la concepción tradicional, aquí el interés público no se identifica con lo estatal. Es más bien la coincidencia de los intereses de los ciudadanos. Gorki Gonzales sostiene que es «el espacio en el cual los ciudadanos participan libremente para propiciar consensos respecto de temas de interés y necesidad compartida».³ Le pertenece a la sociedad civil y generalmente implica una demanda al Estado, aunque no únicamente. Es por eso que se dice que excede a la noción —al menos más aceptada— de acciones por los derechos humanos, en cuanto estas se refieren a violaciones sistemáticas. Las acciones de interés público pueden usarse en un hecho singular y la acción puede estar dirigida contra un tercero.⁴

Argentina (Programa de Participación y Fiscalización Ciudadana). En <http://www.farn.org.ar/docs/p10/publicaciones10.html>. Consulta efectuada el 8 de mayo del 2001.

² GONZALES, Gorki. «Relatoría sobre las acciones de interés público en el Perú». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, 1997, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, pp. 151-197, p. 156.

³ GONZALES, Gorki. «Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción». En *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, pp. 41-59, p. 43

⁴ GONZÁLEZ, Felipe. «Relatoría general proyecto sobre acciones de interés público». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Co-*

Las bases jurídicas de las acciones de interés público son aquellas de la tutela de derechos fundamentales, aunque también pueden estar inscritas en el marco de la justicia comunal y la justicia de paz. El activismo de las acciones de interés público es entonces de aquellas agrupaciones con conciencia de derechos más nuevos o emergentes, que están desarrollando una práctica para su defensa. En ese sentido, las entidades a cargo de impulsar acciones de interés público son principalmente las organizaciones no gubernamentales (ONG), las clínicas jurídicas u otros consultorios jurídicos que propician un espacio para este tipo de práctica jurídica, e instituciones como las Defensorías del Pueblo que por su naturaleza están destinadas a contribuir a la vigencia de los derechos fundamentales.

3. ¿La no discriminación de género como un tema de interés público?

Esta revisión de los elementos que conforma la noción de interés público da cuenta de que la defensa de los derechos de las mujeres comparte similares características. Sin embargo, aquí es necesario problematizar el concepto mismo de interés público. Gorki Gonzales dice que *lo público* implica «un procedimiento deliberativo que permite confrontar y articular las distintas visiones de la ciudadanía en torno a tópicos que atañen al conjunto». En otro momento añade: «lo público se refiere a los principios y valores básicos de la comunidad».⁵

¿Es —o ha sido— la no discriminación de género un valor básico de los ciudadanos de este país? En todo caso, ¿de qué porción de esos ciudadanos? Y, ¿hay en la actualidad un consenso con relación a ello o lo que vemos continuamente es que en ciertos «procesos deliberativos» la cuestión de género tiende

lombia y Perú, Santiago de Chile: Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, 1997, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 7, pp. 23-24.

⁵ GONZALES, Gorki. «Interés público e institucionalidad democrática: relaciones y estrategias de desarrollo de la investigación». Mimeo. Reporte Analítico del taller «Investigación en Materia de Interés Público». Santiago de Chile, 25 y 26, 1999, pp. 1-18; 1999, p. 3

con mas frecuencia de lo que quisiéramos a desaparecer? Estas interrogantes son centrales si se quiere tomar seriamente una articulación entre la no discriminación de género con el interés público.

Para quienes hemos seguido la historia y el desarrollo del movimiento de mujeres en el mundo sabemos que lo que hoy las mujeres peruanas detentan como derechos reconocidos ha sido producto de una larga y tenaz actividad política, tanto a escala nacional como mundial.⁶ Y aun una vez reconocidos estos derechos, su aplicación es una batalla cotidiana que no siempre tiene resultados positivos, porque en la no discriminación, muchas veces, ni hay consenso, ni hay voluntad para llegar a éste, y ello se da a todo nivel.

Para alcanzar reivindicaciones de género lo primero que se ha tenido que romper es la dicotomía público/privado que está en la base de una concepción del Derecho y el Estado moderno. Aunque la noción tiene orígenes tan antiguos como Aristóteles, fue desarrollada por el Derecho Natural e inspiró las declaraciones de derechos de los siglos XVII y XVIII.

La noción de separación entre una esfera regulada por el Estado y otra libre de su intervención, sostiene que hay espacios de la vida social y económica en las que no se debe ni regular, ni intervenir.⁷ Como la vida de las mujeres se ha desarrollado principalmente en lo que se considera la esfera privada, la familia, la opresión femenina no ha sido una materia de preocupación estatal, ni le ha correspondido a las mujeres actuar en la vida pública.⁸

⁶ Ver, por ejemplo, VARGAS, Virginia. *Como cambiar el mundo sin perdernos: el movimiento de mujeres en el Perú y América Latina*. Lima: Ediciones Flora Tristán, 1992.

⁷ ROSE, Nikolas. «Beyond the public/private division: law, power and the family». *Journal of Law and Society*, vol. 14, N° 1, spring, 1987, pp. 61-76.

⁸ No hay necesariamente una separación absoluta entre público y privado. Por ejemplo, el Estado no ha dudado en intervenir para controlar la natalidad, pero para efectos del análisis del Estado moderno desde una perspectiva feminista esta dicotomía ha servido como elemento critico fundamental para entender la opresión femenina y la exclusión de las mujeres de los espacios públicos. Ver LACEY, Nicola. «Theory into practice: pornography and the public/private dichotomy». *Journal of Law and Society*, vol. 20, N° 1, 1993, pp. 93-113, p. 94.

Esto nos lleva al tema de la ciudadanía, pues como bien señala Vargas,⁹ «la ciudadanía se define y está en relación con lo público». Este es el espacio donde se conquistan derechos y se ejercen. Se cambian las políticas públicas, se negocian las reformas. Por mucho tiempo las mujeres casadas estuvieron negadas de ejercer sus derechos por sí mismas, eran representadas por sus esposos.¹⁰

Ha sido un largo proceso, entonces, incluir los intereses de las mujeres en la agenda del Estado. Un proceso de construcción de la ciudadanía, como lo llama Jelin,¹¹ en el cual las mujeres se convierten en sujetos de derecho, y que ha involucrado cambiar prácticas sociales, sistemas institucionales y representaciones culturales. Objetivos alcanzados a través de luchas políticas y sociales en procesos no exentos de contradicciones. Pues lo que en un momento se ha creído suficiente como reivindicación de género en otros no lo es más. Cambian con nuestras visiones de las estrategias en favor de las mujeres y cambian también con la coyuntura histórica.

El caso de la regulación jurídica de la violencia en las relaciones de pareja (o violencia doméstica) ilustra algunas de estas ideas.

3.1. La regulación legal de la violencia doméstica

Resulta evidente el porqué el movimiento de mujeres ha considerado al Derecho como un medio para cambiar la situación de las mujeres en la sociedad y su interés en introducir reformas en el ámbito legislativo e institucional. Sin embargo, no hay

⁹ VARGAS, Virginia. *Un tema en debate: la ciudadanía de las mujeres*. Lima: Flora Tristán, 1998.

¹⁰ LOLI, Silvia. «Historia, derecho y sociedad en el Perú republicano del siglo XIX». *Politeia*, N° 13, Cultura y Derecho, 1993, pp. 201-220. ESTREMADOYRO, Julieta. *La regulación jurídica de la violencia en las relaciones de pareja: aportes para un análisis del rol del derecho en la construcción de relaciones de género en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. Tesis de Abogada.

¹¹ JELIN, Elizabeth. «La construcción de la ciudadanía: solidaridad, responsabilidad y derechos». En HENRÍQUEZ, Narda (ed.). *Encrucijadas del saber: los estudios de género en las ciencias sociales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 255-276.

una relación instrumental entre reivindicaciones de género y Derecho, como la experiencia por erradicar la violencia doméstica lo revela.

Las identidades de género son categorías sociales históricas y culturalmente definidas. No hablamos entonces del hombre y la mujer entendidos en sus diferencias biológicas sino en lo que el imaginario social creó como propio de lo masculino y femenino y lo convirtió en *la verdad* y en *lo natural*. Así se cree que los hombres *nacieron* para ciertas funciones y las mujeres para otras y que esto tiene su fundamento en la «naturaleza» de cada uno.

El Derecho, sin duda alguna, ha contribuido en la generación de relaciones de género. El sistema legal definió las categorías hombre y mujer subordinadamente a través de su normatividad legal, de su doctrina, de las decisiones judiciales y de la actitud de sus representantes. En este sentido, Mc Intosh¹² opina que la verdadera construcción de hombres y mujeres como categorías separadas y opuestas se ha dado en la regulación jurídica y social de la familia. Es allí donde se han regulado los roles sociales, convirtiéndose en normas jurídicas, lo que podríamos llamar normas de género.

Desde una perspectiva feminista, la violencia doméstica es la forma mas extrema y persistente de expresión del patriarcado. En un mundo dominado por el poder masculino, la violencia doméstica es una manera de control social sobre las mujeres, un medio para mantenerlas *en su lugar*, es decir, subordinadas y dependientes de los hombres.¹³

¹² Mc INSTOSH, Mary. «The welfare state and the needs of the dependant family». En BURMAN, Sandra (ed.). *Fit work for women*. Londres: Croom Helm, 1979, p 54.

¹³ BOGRAD, Michele. «Feminist perspectives on wife abuse: an introduction». En YLLO, Kirsty y BOGRAD, Michele (eds.). *Feminist perspectives on wife abuse*, 1988. Londres: Newsbury Park, 1988, pp.11-26. DOBASH, R. Emerson. and DOBASH, Russell P. *Violence against wives: a case against patriarchy*. Londres: Open Books, 1979. DWYER, Diane, SMOKOWSKI, Paul, BRICOUT, John and WODARSKI, John. «Domestic violence and woman battering: theories and practice implications». En ROBERTS, Albert (ed.). *Helping battered women: new perspectives and remedies*. New York: Oxford University Press, 1992, pp. 67-84.

3.1.1. Una larga historia

En el pasado, la violencia física contra la esposa era un derecho conferido al varón, el llamado derecho de corrección.¹⁴ En el Perú, el Código Penal de 1836, que estuvo en vigencia apenas dos años, fue el único instrumento legal que lo mencionaba explícitamente (artículo 447º). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se ocuparon extensamente del tema.

A su vez, el Código Civil de 1852 consagraba el deber de obediencia de la mujer al varón y su absoluta subordinación. La mujer casada perdía la potestad de ejercer por sí misma sus derechos civiles.¹⁵ Durante toda la larga duración del Código (84 años), la violencia era tolerada y solo condenable en casos «extremos», como bien ilustraba el jurista Cornejo¹⁶ cuando comentaba sobre la «exageración del derecho de corrección».

En 1936, un nuevo Código Civil entra en vigencia, consagrando una subordinación atenuada de la mujer al varón.¹⁷ Este Código permitió el divorcio vincular (recogiendo una ley anterior), pero continuó calificando la violencia, la cual debía ser «cruel» y «reiterada», y donde la intención de hacer sufrir debía ser probada. La violencia entonces era consubstancial a las relaciones de pareja, no desvirtuaba el matrimonio excepto en circunstancias muy graves.

En 1979, la mujer alcanza la igualdad formal. El Código Civil de 1984 tuvo como principal tarea la de adaptar el principio de igualdad a la regulación legal de la familia. Los nuevos artículos fueron redactados en similar estilo que los anteriores, reemplazando la palabra esposo por el otro cónyuge, según correspondiera.

¹⁴ Ver ESTREMADOYRO, Julieta. Ob. cit. También ESTREMADOYRO, Julieta. «Legal discourses and practises on domestic violence in Peru with particular reference to Andean communities». Universidad de Warwick, Gran Bretaña, 2000. Tesis de PhD.

¹⁵ PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I. Lima: Imprenta del Estado, 1872, p. 208.

¹⁶ CORNEJO, Angel Gustavo. *Comentarios al Código Civil de 1851*. Vol. I. Chiclayo: Imprenta Mendoza, 1921, pp. 237-238.

¹⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Lima: Librería Studium. Tomo I, 1986, cap. VI, p. 46.

A lo largo de esta normatividad trasciende la noción de una estructura familiar en la que alguien comanda y los otros obedecen, o lo que el doctor Cornejo Chávez llamaba el respeto a «la autoridad doméstica».¹⁸ La violencia «calificada» (sevicia o la ofensa moral) seguía siendo requisito para el divorcio o la separación.

3.1.2. La opción por la denuncia

Y aunque en el ámbito penal, por lo menos claramente desde el Código Penal de 1924, una mujer podía denunciar a su marido por lesiones o «faltas contra el cuerpo y la salud», la tolerancia de la violencia, particularmente de los operadores del derecho —policías, jueces, médicos legistas—, hacía de la denuncia una tarea infructuosa que desalentaba a muchas mujeres de hacerlo.

En la década de los setenta comienza a aparecer en el ámbito internacional un interés sistemático en el problema de la violencia doméstica. Inglaterra, Estados Unidos y Canadá tuvieron una experiencia política muy concreta: los denominados movimientos por las mujeres golpeadas.¹⁹ Estos fueron grupos de solidaridad que implementaron refugios y demandaron al Estado más recursos y nuevas políticas para enfrentar al problema.

En el Perú, esta solidaridad con las mujeres golpeadas se hace más evidente en la década de los ochenta.²⁰ «Rompiendo el silencio» fue un slogan que intentaba generar esta actitud solidaria invitando a las mujeres a compartir un problema común. En cuanto a impacto en el derecho formal, un segundo slogan fue enarbolado: «si te pega, denúncialo». Con ello se invitaba a las mujeres a «participar como ciudadanas».²¹ Es decir, a defender sus derechos en la manera como tradicionalmente el Derecho se ocupa de las conductas condenables: a través de la vía penal.

¹⁸ Id., Tomo I. cap. VI, pp. 253-254

¹⁹ *Movement of battered women, women for shelter or women's aid movement.*

²⁰ TAMAYO, Giulia. «Behind the mirror (courses and discourses of a different justice in the strategies for confronting violence against women)». En VÁSQUEZ, Roxana (ed.). *Women: watched and punished*. Lima: Cladem, 1993, pp. 99-124.

²¹ Id., p. 106.

En 1987, la inauguración en la ciudad de Lima de la llamada primera Comisaría de Mujeres viene a mejorar el espacio de denuncia para las mujeres.²² Su objetivo: la recepción y denuncia del maltrato físico y psicológico en contra de las mujeres. Se convierte así en la primera política pública en un problema que afecta a las mujeres en su condición de género: el de la violencia doméstica, e inspirará réplicas similares en otras partes del país. Y tal como ocurrió con experiencias similares en España y Brasil, mujeres que no hubieran acudido a denunciar en otras dependencias policiales se acercaron a estas comisarías o delegaciones de mujeres. En 1994, solo en el Primer Juzgado de Paz de San Miguel, del total de 49 casos de violencia doméstica (procesados como Faltas contra la Persona), 26 provenían de la Comisaría de Mujeres de Lima.²³

La mayor contradicción de la existencia de la Comisaría, es que una estación policial especializada en casos de violencia doméstica había nacido, pero no había una legislación especializada en la materia. Los casos enviados por maltratos psicológicos a los jueces de paz eran devueltos, alegando que dicha figura no estaba consagrada en el Código Penal.

En cuanto a las Faltas contra la Persona, los expedientes tenían que venir con el correspondiente certificado médico legista. La mujer denunciante tenía que tener una huella evidente del maltrato, lo que no solo excluía a las mujeres víctimas de maltrato psicológico sino a todas las maltratadas físicamente sin huella alguna. Se privilegiaba, como sucede en la racionalidad del Derecho Penal, el resultado de la acción, cuando el énfasis de la violencia doméstica debería estar en el contenido de la relación violenta (como expresión de coacción contra las mujeres), mas que en su resultado.

En 1989, a propósito de la revisión del Código Penal, Cladem²⁴ presentó propuestas en las figuras legales que afectaban

²² ESTREMADOYRO, Julieta. *La regulación jurídica de la violencia en las relaciones de pareja: aportes para un análisis del rol del derecho en la construcción de relaciones de género en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. Tesis de Abogada.

²³ Id.

²⁴ Cladem —Comité por la Defensa de los Derechos de la Mujer— es una red que agrupa ONGs abocada a la tarea de la defensa de los derechos de las mujeres. En-

a las mujeres (aborto, violación sexual y violencia doméstica). Demandaba que el maltrato se considerara una figura especial y que se incluyeran sus manifestaciones físicas, psicológicas y morales.²⁵

El nuevo Código Penal fue promulgado en 1991. Las Faltas contra la Vida, el Cuerpo y la Salud cambiaron su denominación a Faltas contra la Persona (su figura principal en el artículo 441°). Asimismo, el Código tomó en cuenta la relación de pareja en el artículo 442° —que regula el maltrato físico que no deja lesión—, aumentando la pena de prestación de servicios comunitarios cuando medie esta circunstancia.

En 1995, la Comisaría de Mujeres no procesó ningún caso por el artículo 442°. Todos fueron procesados por el artículo 441°.²⁶ En 1992 acudieron 9216 mujeres a la Comisaría de Mujeres de Lima a denunciar violencia doméstica. De éstas solo 3784 cumplieron con los requisitos legales para que sus denuncias fueran recibidas y procesadas como Faltas contra la Persona. Otras 5432 no sufrían maltratos para efectos de la ley. Estos son solo algunos ejemplos de como el Derecho, con sus reglas y procedimientos, construye una *verdad* acerca de las mujeres que es superior a la propia realidad de éstas.²⁷

Y es no solo este aspecto. En 1991, en cuatro juzgados de paz de Lima, llegaron 258 casos por «faltas» vinculadas a violencia doméstica.²⁸ Pero solo 12 llegaron a sentencia, dando como resultado la absolución de 7 hombres. En 1993, en el Primer Juzgado de Paz de San Miguel, de 92 procesos ingresados por Faltas contra la Persona (relacionados con la violencia doméstica), solo 3 de estos casos fueron sentenciados.

En 75% en un caso y en 85% en el otro, los procesos concluyeron por prescripción de la acción penal. En otras palabras,

tre sus principales participantes se encuentran el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, el Movimiento Manuela Ramos y Demus.

²⁵ CLADEM. *Reforma del Código Penal. Propuestas del Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer*. Mimeo. Lima: Flora Tristán, 1989.

²⁶ ESTREMADOYRO, Julieta. *Ib.*

²⁷ SMART, Carol. *Feminism and the power of the law*. Londres: Routledge, 1989.

²⁸ REINOSO, Carmen. «El maltrato: una mirada a partir del sistema jurídico nacional». Tesis de Abogada. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

los expedientes pasaron 6 meses en trámite y terminaron. Conversaciones con los secretarios de juzgado y los mismos jueces revelaron el poco interés que se tenía en impulsar este tipo de casos.²⁹

Sin embargo, el Código Penal de 1991 trajo un cambio fundamental: eliminó la impunidad de la violación dentro del matrimonio. En el código anterior el marido legalmente podía violar a su esposa. Esto sin duda fue un avance substancial y le dio coherencia a la demanda por la erradicación de la violencia doméstica, pues no tiene lógica un sistema que condena el maltrato físico a la mujer pero permite su violación sexual.

3.1.3. ¿Los derechos de las mujeres como derechos humanos?

Perú suscribió la en 1983 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Este documento fue considerado un gran avance para mejorar la condición femenina a escala mundial. Pese a su trascendencia, la Convención no hizo referencia explícita a la violencia de género.

Hacia el final de la década de los ochenta empieza una campaña internacional por el reconocimiento de toda forma de violencia contra la mujer como una violación de derechos humanos. El objetivo era la elaboración de una propuesta desde las mujeres para ser presentada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos a realizarse en Viena en 1993.³⁰ La campaña buscaba llamar la atención sobre la gravedad de la violencia de género que, aunque cometida por individuos privados, no debía ser tolerada.

El reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos implicaba, asimismo, poner a su disposición el sistema internacional de protección de estos derechos. Las organizaciones de mujeres en el Perú tomaron la iniciativa en la región.

²⁹ ESTREMADOYRO, Julieta. Ib.

³⁰ FRIEDMAN, Elisabeth. «Women's human rights: the emergence of a movement». En PETERS, Julie y WOLPER, Andrea (eds.). *Women's rights, human rights: international feminist perspectives*. Londres: Routledge, 1995, pp. 18-35.

Es en este contexto de efervescencia por los derechos humanos de las mujeres que el primer proyecto de una ley sobre violencia familiar es enviado a consideración de las ONGs que trabajan este problema. Fruto de este diálogo, en marzo de 1991, la diputada Lourdes Flores presentó un proyecto de ley al respecto. Este pasó a discusión en la Cámara de Senadores, donde opiniones discordantes detuvieron su promulgación. Luego sobrevendría la disolución del Congreso, el 5 de abril de 1992.

La Constitución de 1993, controversial como el proceso en que se dio,³¹ consagra en el artículo 2° inciso 24.h: «Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física». En este enunciado no se discrimina quien recibe la violencia, ni quien la ejerce y se considera el daño moral y psíquico como violencia. Esto fue considerado auspicioso para la erradicación de la violencia contra la mujer.

Otro cambio fundamental, se dio ese mismo año con la entrada en vigor del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Este modificó el artículo 333° incisos 2 y 11 del Código Civil de 1984 y reconoció a la violencia «física y psicológica» como causal de separación y divorcio.

Sin embargo, nuestros jueces y fiscales —que para la causal de violencia física y psicológica seguían solicitando el mismo acopio probatorio que para la causal de sevicia—³² tardaron en darse cuenta que sevicia no era lo mismo que violencia física y psicológica y que esto era más que un cambio de nombre.

3.1.4. Leyes sobre la violencia familiar

Las leyes sobre violencia doméstica (o violencia familiar, como en el caso peruano) han aparecido en el ámbito internacional como una respuesta más adecuada a los dilemas que se enfrenta cuando se usa el sistema legal para intervenir en estos casos. La violencia es condenada a través de una legislación especial,

³¹ Ver, por ejemplo, UGARTECHE, Óscar. *La arqueología de la modernidad: el Perú entre la globalización y la exclusión*. Lima: Desco, 1998.

³² ESTREMADOYRO, Julieta. *Ib.*

pero los canales procesales incluyen la vía civil y están más enfocados hacia la prevención. Las llamadas medidas de protección consideran la violencia potencial: tratan de evitar el asedio (por ejemplo, prohibir las visitas del agresor o el que siga a la víctima aun a la distancia) y, en general, cualquier actitud que represente una amenaza o que simplemente genere temor en la víctima.³³

En el Perú, el proyecto sobre violencia familiar se desarrolló en un ambiente de efervescencia por los derechos humanos de las mujeres. El contexto explica de alguna manera lo que pasó. El borrador original del proyecto estaba inspirado en la ley puertorriqueña, que incluía como un gran avance que las medidas de protección pudieran ser solicitadas ante los jueces municipales, instancia de fácil acceso para las mujeres y que, al igual que con la justicia de paz peruana, no requiere mediación profesional.

La propuesta original peruana consideraba a la justicia de paz. Pero esto fue objetado por considerarse que la protección de los derechos fundamentales de las mujeres no debía dejarse a un juez de la más baja jerarquía.³⁴ Una posición cuestionable, primero, porque la gran mayoría de los casos relacionados con la violencia doméstica eran procesados como faltas en los juzgados de paz; segundo, esta reflexión se basa en una lógica conservadora de lo que son las jerarquías del sistema judicial, obviando el rol importantísimo que la justicia de paz cumple en el país; y, finalmente, porque la justicia de paz es la única forma real de acceso al sistema legal para la mayoría de mujeres en el país.³⁵

³³ En el derecho anglosajón, estas medidas son llamadas *injunctions*.

³⁴ CHIAROTTI, Susana. «Domestic violence: Legal strategies in Latin America». En VÁSQUEZ, Roxana. (ed.). *Women: watched and punished*. Lima: Cladem, 1993, pp.79-86, p. 83.

³⁵ LOLI, Silvia. «El acceso a la justicia y la justicia de paz en el Perú». En PODER JUDICIAL. *Acceso a la justicia*. Lima: Oficina Técnica del Proyecto de Cooperación Internacional del Poder Judicial, 1997, pp. 83-112. ESTREMADOYRO, Julieta. «Legal discourses and practises on domestic violence in Peru with particular reference to Andean communities». Universidad de Warwick, Gran Bretaña, 2000. Tesis de PhD.

El proyecto, sin embargo, fue de gran importancia por ser la primera iniciativa legislativa. Traía novedades como la definición misma de violencia (actos físicos y psicológicos), y la inclusión en las relaciones familiares a los convivientes y a los que habían procreado hijos en común, abriendo el abanico a todos aquellos vínculos de pareja que el derecho formal se ha resistido a reconocer. Asimismo, comprometía un gran espectro del sector estatal en la elaboración de medidas para erradicar la violencia contra la mujer.

Se trataba de una iniciativa muy necesaria. Sin embargo, en un país donde como en la mayoría de países del mundo la violencia contra la mujer está tan enraizada y es tan masiva, fue tomada con muchas reservas.

El proyecto pasó a las Cámara de Senadores y por discrepancias se detuvo su promulgación. En enero de 1993 se presentó una nueva versión del proyecto al entonces Congreso Constituyente Democrático, donde fue aprobada y enviada al Ejecutivo en abril. Este la devolvió en mayo aduciendo que las mujeres estaban suficiente protegidas por el Código Penal y los niños por el Código de los Niños y los Adolescentes. Tomó tiempo, pero finalmente el proyecto fue aceptado el 8 de diciembre de 1993, convirtiéndose en la Ley N° 26260.

La ley ciertamente no era clara en los procedimientos, pero tampoco era restrictiva de las medidas de protección. En los procedimientos autónomos (aquellos en que se solicitaba directamente medidas de protección), otorgaba protagonismo a los jueces civiles. Estos podían recibir las peticiones directamente o a través del Ministerio Público. Los jueces penales podían aplicarlas dentro de los procesos de su competencia (lesiones, por ejemplo) que tuvieran contenidos de violencia familiar.

A un año y medio de su promulgación, solo las ONGs que trabajaban el problema la habían utilizado y lograron que sus acciones fueran aceptadas por los jueces.

Aun cuando se establecía que los procesos debían tramitarse en forma sumarísima, por ser procesos civiles y por la manera como el sistema judicial peruano funciona, las acciones perdían

su sentido protectorio pues entre la demanda y a resolución del juez declarando la medida podían pasar meses.³⁶

A pesar de estos serios problemas, hasta antes de esta ley no era posible demandar que la pareja saliera del hogar común, o que se le prohibiera las visitas (aun en el caso de que esto representara una amenaza para la mujer o los hijos). Los casos revelaban, asimismo, que las medidas habían sido exitosas cuando el esposo había salido voluntariamente. De lo contrario era necesario realizar el trámite correspondiente para que la policía prestara su auxilio.

Otro aspecto importante de la ley era que cualquier persona que conociera de los hechos y no solo la víctima o sus representantes o familiares, podía solicitar protección para la víctima. Con ello se ampliaba la capacidad de los ciudadanos para intervenir en la defensa de los derechos de las personas que sufrían violencia (artículo 10° inciso e). Este aspecto fue posteriormente removido con la modificación de la ley.

En marzo de 1997, para solucionar algunos problemas de la Ley N° 26260, se promulgó la Ley N° 26763. Para evitar mayores confusiones el Poder Ejecutivo publicó el Texto Único Ordenado de la Ley de Violencia Familiar en junio 1997 (D.S. 006-97-JUS).

Las modificaciones hechas, además, adaptaban la ley a los cambios que se estaban dando en la estructura legal e institucional en el Perú. Para entonces había sido creado el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano y aparecieron en la escena los jueces y fiscales de Familia.³⁷ Este nuevo documento endosa al Ministerio de la Mujer las iniciativas a realizarse en el marco de la ley.

La ley clarifica procedimientos, señala la potestad de la policía para allanar el domicilio del agresor de ser necesario (artí-

³⁶ Como en el expediente 3884-94, que llegó en apelación a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior. Solamente entre la sentencia de primera y segunda instancia pasaron 4 meses. Se pedía la suspensión de la cohabitación y de las visitas del agresor.

³⁷ Resolución Administrativa N° 025-CMPE-PJ, 10 enero de 1996

culo 7º), y le da valor probatorio a los certificados expedidos por los centros de salud del Estado.

Sin embargo, reduce el ámbito de su aplicación al no reconocer a aquellos que hayan procreado hijos en conjunto e ignora nuevamente a la ex-conviviente. Hay un énfasis en la conciliación como vía adecuada para resolver los casos de violencia familiar, particularmente en el rol de los fiscales y en la intervención de las Demunas (Defensoría del Niño y el Adolescente).³⁸

Esta tendencia será reforzada más tarde con la promulgación de la Ley de Conciliación (Ley N° 26872, de noviembre de 1997), que en su artículo 9º incluía a la violencia familiar como materia conciliable. La conciliación como manera de solucionar problemas de violencia doméstica ha sido por largo tiempo cuestionada en la literatura relacionada con el problema.³⁹ El argumento principal es que precisamente la violencia es una expresión de coacción e intimidación en contra de la otra parte. Aquí no se puede hablar de partes que libremente negocian posiciones a fin de llegar a un acuerdo conveniente para ambas.

Otra importante modificación del texto es que se concede a los jueces de paz letrados atribuciones para dictar medidas de protección en los procesos por hechos de violencia familiar que lleguen a su conocimiento (artículo 26º). El juez de paz no letrado no fue mencionado.

En febrero de 1998 entra en vigencia el llamado Reglamento de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar (D.S. No. 002-98-JUS) y se realizan nuevas modificaciones. El Reglamento incluye a las ex-cónyuges y a las ex-convivientes en el ámbito de aplicación de la ley. Enfatiza que las denuncias por actos de

³⁸ Sobre las Demunas ver ALVARADO, José. «Defensorías del Niño y el adolescente en el Perú». En Poder Judicial. *Acceso a la justicia*. Lima: Oficina Técnica de Proyección de Cooperación Internacional del Poder Judicial, 1997, pp. 197-218.

³⁹ Bottomley se pregunta: «¿(...) existe una igualdad de poder en la relación entre las partes, y entre las partes y el mediador? Este proceso "abierto" está también abierto a manipulación. Ser persuadidas puede ser una desagradable manera de juicio y control (...) a pesar de la presentación del mediador en términos de neutralidad y objetividad (...)». BOTTOMLEY, Ann. «Resolving family disputes: a critical view». En FREEMAN, Michael D. (ed.) *The state, the law and the family: critical perspectives*. Londres: Tavistock Publications, 1984, pp. 293-303, p. 295.

violencia familiar pasan al fiscal provincial de familia, lo cual producirá mayor dilación en la conclusión de los procesos y también en las medidas de protección, las cuales tienen que ser necesariamente aprobadas por el juez de familia.

En julio del 2000 se promulga otra ley modificatoria, la Ley N° 27306. Esta incluye nuevamente a las personas que hayan procreado hijos en común y a los ex-convivientes. Asimismo, restablece la disposición de que cualquier persona que conozca los hechos puede hacer la denuncia (artículo 4°, segundo párrafo). El fiscal provincial de familia ya no requiere pedir autorización al juez sino simplemente comunica las medidas de protección.

Finalmente, por Ley N° 27398 se modifican artículos de la Ley de Conciliación antes mencionada y se establece que no procede la conciliación extrajudicial en los casos de violencia familiar.

Esta larga historia por la protección de los derechos fundamentales de las mujeres agredidas por sus parejas o ex-parejas, que dentro de la lógica de la no discriminación puede resultar tan obvia, ha encontrado muchísimas dificultades y resistencias. Primero, en los mismos legisladores, pero segundo, y más importante, en los operadores del derecho.

La Defensoría del Pueblo —a través de la Defensoría Especializada en los Derechos de la Mujer—⁴⁰ concluye que se encuentra en los operadores del Derecho los mayores obstáculos para la aplicación de la ley. Las delegaciones policiales que todavía se resisten a recibir denuncias y demandan requisitos que la ley no exige, así como las demoras en las fiscalías merman la efectividad de la norma. No tiene sentido llamar «de protección» a una medida si, debido a las trabas en su aplicación, no protege a nadie.

Adicionalmente, la legislación sigue basada en una estructura de acceso a la justicia que no corresponde ni a la realidad, ni

⁴⁰ Los informes de la Defensoría del Pueblo están disponibles en la internet: <http://www.ombudsman.gob.pe>

a las percepciones de las comunidades en las zonas rurales del país.

Sin embargo, no necesariamente el tratar de trasladar esta experiencia a las zonas rurales puede tener resultados positivos. La percepción de la policía, sino es buena en las zonas urbanas, lo es menos en las zonas rurales. Las leyes sobre violencia doméstica le dan un protagonismo a la institución policial, que puede provocar una mayor rechazo de esta normatividad. Asimismo, en las zonas andinas la conciliación no puede ser descartada de antemano, pues el conversar, el arreglar, es una práctica social que también es aceptada por las mujeres.⁴¹

Por las desigualdades sociales y culturales existentes en el país, las recetas que incluyen a *todas y todos* los ciudadanos no necesariamente son las más adecuadas.

Se podría concluir, por todo lo expuesto, que en la defensa de los derechos de las mujeres no siempre hay consenso sino mucha discordancia.

4. Bases jurídicas para el desarrollo de acciones de interés público por la no discriminación de género

Decíamos en el primer punto que las bases jurídicas de las acciones de interés público son primordialmente el marco normativo para la protección de los derechos fundamentales. En el caso de la no discriminación de género, los convenios internacionales han sido el mayor soporte para el cambio de las políticas y las legislaciones nacionales. Estos convenios han servido de referentes muy importantes, pues son considerados estándares internacionales respecto a los cuales es posible ser medido. Se acompañan con informes tanto oficiales como no oficiales sobre el estado de la cuestión y esto representa una tarea fiscalizadora y de sensibilización importantes.

La discriminación de género es multidimensional, se manifiesta en todas las esferas de la actividad humana. Tiene su ex-

⁴¹ Este tema es materia de ESTREMADOYRO, Julieta. «Legal discourses and practices on domestic violence in Peru with particular reference to Andean communities». Universidad de Warwick, Gran Bretaña, 2000. Tesis de PhD.

presión en las normas sociales, jurídicas, económicas, en el lenguaje. De allí que cuando se hable de acciones legales por la no discriminación, éstas deben referirse al vasto universo de procesos jurídicos y de afirmación de los derechos, que cruzan disciplinas legales y que se pueden actuar a todo nivel de relación con el Estado y entre los miembros de la sociedad civil.

La no discriminación, asimismo, no significa que a las mujeres se les otorgue los mismos derechos que a los hombres, sino que involucra una serie de medidas destinadas a erradicar su postergación histórica. Esto incluye que se les otorguen mayores derechos, lo que se llama acciones positivas por la no discriminación o simplemente discriminación positiva.

El instrumento legal que desde hace ya varios años se constituyó en la pauta internacional para la no discriminación y que creó estándares para su erradicación, es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que el Perú suscribió en 1982.

En la Convención la discriminación en contra de la mujer es definida en su artículo 1° como:

(...) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Este instrumento internacional compromete a los Estados a condenar esta discriminación en todas sus formas, debiendo para ello (artículo 2°):

- a. Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada, el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

- c. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d. Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e. Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Pese a su trascendental importancia, la Convención no hacía referencia expresa a la violencia de género. Esta situación fue en parte subsanada en 1992 cuando el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que supervisa el cumplimiento del tratado, emitió la Recomendación General N° 19 e incluyó formalmente a la violencia de género como un tema de discriminación de género.

La Convención, asimismo, no contemplaba mecanismo alguno para que las mujeres a título individual o colectivo presentaran quejas sobre la vulneración de sus derechos al amparo de la Convención. Tampoco el Comité podía impulsar investigaciones sobre ello. La máxima obligación de los Estados era presentar reportes sobre el estado de la discriminación de género en sus países y asumir los nuevos compromisos.

Esto ha sido recientemente subsanado mediante la adopción del llamado Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el cual ha sido ratificado por el Perú en abril del 2001.⁴²

⁴² Fecha de la entrega del instrumento de ratificación.

El protocolo trae dos grandes novedades. La primera establece un procedimiento de comunicación que permite a mujeres individuales o grupos de mujeres presentar quejas ante el Comité sobre la violación de los derechos protegidos en el marco de la Convención. La segunda, es un procedimiento de investigación que puede iniciar el Comité en cualquiera de los países signatarios de la Convención y el Protocolo, cuando existe vulneración a los términos del tratado. Lo cual es un gran avance.

4.1. Los derechos humanos de las mujeres

Pensar los derechos de las mujeres como derechos humanos implicó proveerlos de una nueva dimensión, colocarlos en el centro de los debates y del sistema legal internacional.⁴³ Este re-dimensionamiento se inició como una denuncia de la violencia que sufren las mujeres por el hecho de ser mujeres (violencia de género).

Demasiada violencia es cometida en contra de las mujeres en la llamada esfera privada y por personas individuales como para ignorarla como una violación de derechos humanos.⁴⁴

Las situaciones de violencia de género implican acciones sistemáticas, enraizadas y masivas que cobran mas víctimas que cualquier otro tipo de violencia y que, según los estándares internacionales, no son coexistentes con la dignidad humana.

Bajo esta perspectiva, además, el Estado se hace responsable por la sanción y la erradicación de los actos de violencia contra la mujer y si falla en hacerlo es cómplice de la situación.⁴⁵

⁴³ FRIEDMAN, Elisabeth. «Women's human rights: the emergence of a movement». En PETERS, Julie y WOLPER, Andrea (eds.). *Women's rights, human rights: international feminist perspectives*. Londres: Routledge, 1995, pp. 18-35.

⁴⁴ CHARLESWORTH, Hillary, CHINKIN, Christine and WRIGHT, Shelley. «Feminist approaches to international law». En *The American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 613-645.

⁴⁵ ROMANY, Celina. «State responsibility goes private: a feminist critique of the public/private distinction in international human rights law». En COOK, Rebecca (ed.). *Human rights of women: national and international perspectives*. Filadelfia: University of Philadelphia Press, 1994, pp. 285-302.

Como decíamos, la Convención contra la discriminación no hizo mención expresa a la violencia de género. El activismo de la década de los noventa puso el tema en la agenda. En 1990, la Comisión Interamericana de Mujeres urgió a los Estados miembros a celebrar un convenio para erradicar la violencia contra la mujer. Asimismo, Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993, recibió una propuesta desde las mujeres.

En esa reunión, los 171 Estados participantes adoptaron la llamada Declaración de Viena y el Programa de Acción. En este documento se recoge parte de la propuesta del *lobby* de mujeres en relación con la condena de la violencia de género como un hecho de vulneración de los derechos humanos. Asimismo, se hace un llamado a la Asamblea General para adoptar una declaración en contra de la violencia contra la mujer y se urge a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y al Comité que monitorea la Convención contra la Discriminación, para la preparación de un protocolo opcional a esta Convención que incluyera el derecho a petición (comentado párrafos arriba). Se respalda la nominación de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre Violencia contra la Mujer, cuya función es investigar las causas y consecuencias del problema a escala mundial.⁴⁶

La Declaración Universal sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada en diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es el primer documento internacional que específicamente trata sobre el problema y provee una definición clara sobre la violencia. Asimismo, realiza una serie de recomendaciones que los Estados partes deben asumir para la erradicación del problema.

En 1994, dentro del sistema interamericano, se dio un paso adelante en la condena a la violencia con la elaboración de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que el Perú suscribió en junio de 1996 y que influirá directamente en las futuras políticas y re-

⁴⁶ Empezó funciones en 1994.

formas legales que se han dado en la materia. El documento ofrece una definición comprehensiva de la violencia y de los derechos vulnerados con la misma. Expresamente señala la violencia contra la mujer como una vulneración de los derechos humanos tanto en la esfera privada como pública.

Estas ideas van a ser reforzadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, donde se establece una Declaración y Plataforma de Acción que los Estados participantes se comprometen a cumplir.

Esto implica que el análisis de género debe ser incluido en las políticas nacionales y que el ordenamiento legal debe ajustarse a las aspiraciones de la Convención y otros documentos.

En aquella ocasión se identificaron 12 áreas críticas que merecen especial atención: pobreza, educación, salud, violencia, conflictos armados, economía, acceso de las mujeres al poder, mecanismos institucionales para el mejoramiento de la condición femenina, derechos humanos, medios de difusión, medio ambiente y niñas.

En junio de 2000, en Nueva York, se llevó a cabo un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para la evaluación de los compromisos asumidos en Beijing, a los 5 años de su celebración (conocida como Beijing + 5). El tema fue Las Mujeres en el Año 2000: Igualdad de los Géneros, Desarrollo y Paz en el Siglo XXI. Esta reunión buscó reforzar los mecanismos para aumentar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento de los compromisos asumidos.

4.2. La discriminación como delito

Por medio de la Ley N° 27270 —promulgada el 26 de mayo y publicada el 29 de mayo de 2000— se tipifica el delito de discriminación (artículo 323°) y se le incorpora al Título XIV-A del Código Penal sobre los Delitos de la Humanidad. Con ello se reconoce su estrecha vinculación con los delitos contra los derechos humanos.

Asimismo esta ley modifica artículos de la Ley N° 26772, haciendo precisiones sobre la igualdad de trato en el acceso al empleo y la educación.

El entonces congresista Carlos Chipoco, quien es autor de la primera iniciativa legislativa sobre esta ley (Proyecto de Ley N° 4173, 15 de septiembre de 1998), sustentó su propuesta en los convenios internacionales suscritos por el Perú, y puso especial énfasis a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en los compromisos asumidos por el país en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Señaló que la discriminación vulnera el modelo de convivencia democrática. En este sentido, no solo afecta al particular que la sufre sino que su supervivencia en el tejido social afecta al colectivo y sus aspiraciones por una vida digna.

El delito contra la discriminación es otra ruta legal que puede efectivamente acompañar otras acciones que se tomen en el ámbito administrativo, constitucional o de responsabilidad civil, dependiendo de las características específicas de los casos de discriminación de género que se asuman.

4.3. Otros temas de la no discriminación de género

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer se definieron líneas críticas en las cuales hay que poner especial énfasis para mejorar la condición de las mujeres. Las siguientes páginas tratan de algunos de esos temas y su reciente desarrollo en el ámbito legislativo en el país.

4.3.1. Mujer y pobreza

Este es un tema relacionado a todas las otras áreas críticas y nos vamos a referir a su aspecto legal, sino simplemente reflexionar en el hecho de que de los 1.3 billones de pobres del mundo, 70% son mujeres.⁴⁷

En el Perú se calcula que 44% de las mujeres son pobres y otro 18% viven en pobreza absoluta.⁴⁸

⁴⁷ Sobre «feminización de la pobreza» ver, por ejemplo, ANDERSON, Jeannine. *The feminization of poverty in Latin America*. Lima: Red Entre Mujeres, 1994.

⁴⁸ BÉJAR, Héctor. «Peru: commitment by commitment». *Social Watch 2000*. En <http://www.socwatch.org.uy>. Consulta realizada el 8 de mayo del 2001.

La postergación femenina ha sido el factor fundamental para este panorama. Los cambios políticos y de sistemas económicos afectan a los más vulnerables en la sociedad. Las mujeres no tienen, en la mayoría de los casos, el control del acceso a los recursos. Están limitadas en su participación social y en la intervención en las decisiones políticas. Son las encargadas principales del cuidado de los niños y son mayormente las que se quedan con ellos si la pareja las abandona.

La crisis económica ha afectado fundamentalmente a las mujeres. Son las mayores desempleadas. Su acceso a los servicios públicos se ha reducido aun más y son las primeras excluidas de la educación cuando la familia no puede afrontar el gasto de educar todos los hijos.

Por ello se dice que aumentar el poder y la capacidad económica de las mujeres no depende solamente del desarrollo de proyectos económicos o de alternativas de empleo, sino del cambio de las relaciones de poder entre los géneros tanto en el hogar como en la sociedad civil en general.

4.3.2. Mujer y educación

El analfabetismo afecta principalmente a las mujeres del Perú. Según el Censo Nacional de 1993, 73% de los analfabetos en el país son mujeres, 42.9% de estas mujeres vive en las zonas rurales.⁴⁹

Asimismo, el porcentaje de mujeres que concluyen tantos sus estudios primarios como secundarios es menor que el de los hombres. Esta cifra se agranda en las zonas andinas, donde las mujeres tienen un promedio de 3.1 años de estudios mientras el de los hombres es 5. El porcentaje de niños que aprueban sus estudios cada año en las zonas andinas es bastante bajo.⁵⁰

⁴⁹ BARRIG, Maruja. «Mujer y desarrollo: nosotras éramos todas». En HENRÍQUEZ, Narda (ed.). *Encrucijadas del saber: los estudios de género en las ciencias sociales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 197-212, p. 200.

⁵⁰ KNOX-SEITH, Barbara. «Being a becoming quechua: social relationships and the dynamic of control in a peruvian andean village». Universidad de Washington, Departamento de Antropología, 1995. Tesis de Ph.D.

La discriminación en la educación no solo es un problema de género, sino también de asignación de recursos entre las diversas zonas del país. La llamada escuela rural es la que resulta más afectada en cuanto a calidad e infraestructura educativa. Esta situación de desventaja encuentra a las mujeres en una posición más desfavorecida.

Sin embargo, en otros ámbitos han habido avances en la legislación relacionada con la no discriminación. La Ley N° 26941—de abril 1998, que modifica artículos del Código de los Niños y Adolescentes— establece claramente que la niña embarazada y/o la madre adolescente no debe ser impedida de continuar sus estudios. Lo contrario constituiría una situación discriminatoria que afecta exclusivamente a las mujeres.

A su vez, la Ley N° 26772 (abril 1997), luego modificada por la Ley N° 27270, establece la no discriminación en las ofertas de acceso a medios de formación educativa. Estas normas establecen un ámbito legal de posibles acciones que son de interés público en caso de su incumplimiento.

4.3.3. Mujer y salud reproductiva

Estar en control de la capacidad reproductiva y de la sexualidad se entiende como expresión de la no discriminación de género. Los derechos reproductivos implican la capacidad de decidir el número de hijos que se quieren tener, el acceso a métodos de control de la natalidad seguros y que no afecten la salud de las mujeres. Asimismo, a embarazos sin riesgos con plena atención de salud y a disfrutar de una vida sexual satisfactoria e independiente de la capacidad reproductiva.

Dos hechos controversiales cuestionan seriamente una coherente política con relación a la salud reproductiva de las mujeres. Uno de ellos es la penalización del aborto

El aborto constituye una de las mayores causas de mortalidad materna, a pesar de lo cual el Código Penal vigente desde 1991 mantiene la condición ilegal del mismo. Ese mismo Código reduce la pena en el supuesto de violación y en el de malformación del feto y establece que no es punible cuando se practica para salvar la vida de la madre.

Mas allá de las consideraciones éticas y morales que cada cual pueda tener sobre el tema, lo cierto es que nadie puede negar que las mujeres en el Perú se ven obligadas a abortar, aun en condiciones que ponen en riesgo su salud.

Siendo las mujeres quienes son directamente afectadas por cuestiones de embarazo y parto, el aborto es la criminalización de una conducta que afecta exclusivamente a las mujeres y por tanto las discrimina en su derecho a la vida y a la salud.

El otro tema que ha sido motivo de gran alarma ha el de la llamada con cierto eufemismo Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (AQV), practicada dentro del Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1996-2000.

A fin de que se sometían a la esterilización quirúrgica a muchas mujeres no se les ofreció información y/o fueron persuadidas por diferentes medios. Las mas afectadas fueron las mujeres pobres y de zonas rurales. Algunas fueron muy mal atendidas o su estado físico no fue evaluado correctamente. Como consecuencia su salud fue severamente afectada y en ciertos casos murieron.

Estos casos fueron materia de investigación y dos informes los trajeron a la luz pública: uno fue elaborado por Giulia Tamayo para el período 1996-1998⁵¹ y otro fue el reporte de la Defensoría Especializada de la Mujer de la Defensoría del Pueblo⁵² en los casos que fueron de su conocimiento. Estas denuncias y la gestión de la Defensoría del Pueblo hicieron que el Ministerio de Salud corrigiera este programa.

4.3.4. Mujer y empleo

A pesar del aumento de la tasa de participación femenina en el mercado laboral en la ultima década —en 1998, la PEA urbana femenina en América Latina fue del 40%, mientras que la mas-

⁵¹ El informe de esta investigación esta disponible en la Internet y es editado por Cladem. Ver <http://www.derechos.org/cladem>.

⁵² Los informes de la Defensoría del Pueblo en la materia están disponibles en la internet: <http://www.ombudsman.gob.pe>.

culina fue de casi el 60%—,⁵³ las desigualdades en cuanto a las condiciones de empleo, remuneraciones —las mujeres ganan el 64.3% de lo que ganan los hombres— y tasa de desempleo —20% superior a la masculina— son significativas.

Asimismo se observa una tendencia a la reducción de beneficios diferenciales por condiciones de embarazo y parto. A esto se suma el hecho de que una buena parte del trabajo femenino —el trabajo doméstico y otras actividades laborales no remuneradas, por ejemplo, en economías de autosubsistencia— es no pagado y no figura en las estadísticas, aunque ocupa una parte sustancial del tiempo de las mujeres.

En este panorama, atendiendo a diversos reclamos, se han dado algunas leyes contra la discriminación en el empleo:

- Ley N° 26772, parcialmente modificada por la Ley N° 27770, que prohíbe la discriminación en el acceso al empleo.
- Ley N° 27185, que modifica el artículo 29° de la llamada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. No. 003-97-TR), que dejaba abierta la posibilidad del despido por causas de embarazo. Esta nueva disposición expresamente señala que se presume el despido por causa de embarazo si éste se produce en cualquier momento de la gestación y después de los 90 días del parto.
- Ley N° 27402, de 19 enero del 2001, que modifica el artículo 3° de la Ley N° 26644, de 25 junio de 1996, con relación al goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora.
- Ley N° 27403, de 19 enero del 2001, que aclara la Ley N° 27240 (del 22 Diciembre de 1999) y establece que la hora de lactancia materna se considera como hora laborada y, por tanto, es objeto de remuneración.

⁵³ Un análisis de la participación laboral de la mujer en Latinoamérica en Panorama Laboral 1999, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Disponible en la internet en: <http://www.ilolim.org.pe>.

4.3.5. Mujer y participación política

Una demanda histórica de las mujeres es su participación en la esfera pública, incluyendo su mayor presencia en los puestos de poder de la sociedad. Existe una creciente aceptación y un reconocimiento en los convenios internacionales de la necesidad de la participación de la mujer en todas las esferas de toma de decisión y en la generación de liderazgos femeninos.

Para esto se ha visto necesario tomar medidas de discriminación positiva que obliguen a las fuerzas políticas a permitir acceso a las mujeres. En el Perú, el artículo 116° de la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859) estableció que el 25% de las candidaturas en cada una de las listas al parlamento que debería corresponder a las mujeres (o a los hombres). Por Ley N° 27387, de diciembre del 2000, esta cuota se ha incrementado a 30%.

Actualmente se observa una mayor presencia de las mujeres en puestos gerenciales dentro de la administración pública, en los gobiernos locales, así como su mayor protagonismo dentro del Congreso.

En 1996 se creó el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, que aunque nacido en la ambigüedad de una multiplicidad de funciones está cumpliendo un rol importante en la agenda de los derechos de las mujeres.

4.3.6. Mujer y violencia sexual

La violencia sexual era uno de los crímenes en contra de las mujeres con un gran porcentaje de impunidad. Esto se debía, en gran parte, a que los trámites se iniciaban por acción privada —es decir sin responsabilidad del Ministerio Público—, asumiendo la víctima los costos procesales y sin proveérsele con una representación legal de oficio. La acción pública se daba solo en caso que la víctima fuera menor de 14 años. Todo esto convertía la experiencia de la denuncia y del proceso en traumática para la víctima.⁵⁴

⁵⁴ LOLI, Silvia y MILOSLAVICH, Diana. «Informe del Social Watch de 1998». En <http://www.receptour.com.pe/capacitacion/FLORA/beijing+5/infsww1998muj.htm>. Consulta realizada el 8 de mayo del 2001.

Al respecto se han producido dos importantes modificaciones en la legislación. Uno es la promulgación de la Ley N° 27115 (mayo 1999), que establece la acción penal pública en los delitos contra la libertad sexual. Es decir, el Ministerio Público se hace cargo de la acción y la presencia de la agraviada no es indispensable para el proceso. Además, el examen médico legal debe ser practicado con consentimiento de la víctima y por el médico encargado del servicio, no permitiéndose la presencia de otras personas sin aprobación de la víctima.

A su vez, la Ley N° 27055 (enero 1999) —que modifica artículos del Código de los Niños y Adolescentes— provee una mayor protección a los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual, señalando la necesidad de su atención integral. Los agraviados no están obligados a una declaración preventiva, menos aun a la confrontación con el presunto autor. El fiscal interviene desde la etapa policial. Asimismo, los certificados expedidos por los centros de salud autorizados tienen valor probatorio.

4.4. Un aprendizaje desde la experiencia de las mujeres

El largo camino del movimiento de mujeres por incorporar el principio de la no discriminación de género en la agenda del Estado enseña ciertas pautas en las estrategias a asumir para la defensa de los derechos «emergentes».⁵⁵

1. *Generación de derechos.* La formalización de derechos a través de leyes que tomen en cuenta los diferentes aspectos de la discriminación de género. Es importante la elaboración de proyectos legislativos desde los mismos grupos que promuevan estos derechos.

⁵⁵ PROVOSTE, Patricia y SILVA, Patricia. «Acciones de interés público por la no discriminación de género». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Ciudadanía e interés público: Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1998, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales N° 8, pp.10-11.

2. *Acceso a la justicia.* Una vez consagrados esos derechos, facilitar el acceso a la defensa de los mismos. Esto puede tener varios matices, desde proveer a las mujeres con servicios profesionales, hasta dotarlas del conocimiento necesario para que ellas mismas o sus organizaciones asuman su defensa. Es muy importante el reconocimiento de rutas extralegales ya establecidas y/o de formas tradicionales de administración de justicia.
3. *Sensibilización de los operadores del derecho.* Muy vinculado al tema anterior. Los operadores del derecho (policía, jueces, médicos legistas, entre otros) han sido reales agentes de construcción de relaciones de género y han tenido una actitud denegadora de justicia para las mujeres. Es importante entonces su capacitación y su sensibilización en el tema.
4. *Presión pública para la real vigencia de estos derechos a través del monitoreo de leyes y servicios.* Esto incluye la elaboración de reportes alternativos sobre el estado de la cuestión dentro del ámbito de los convenios internacionales firmados.
5. *Generación de nuevo conocimiento e información sobre las mujeres.* Impacto en los medios de comunicación, en los sectores educativos y, en general, en toda instancia de difusión de ideas sobre las mujeres. Incluye la sensibilización del público en general.
6. *Generación de instancias políticas de representatividad de las mujeres.* Tanto en las instancias mixtas (por ejemplo, el Congreso y los partidos políticos) como en comisiones y ministerios especiales. Importante es un *lobby* de mujeres congresistas para el impulso de legislación favorable a las mujeres.

5. Conclusiones

Provoste y Silva⁵⁶ señalan que la acción pública en torno a la no discriminación de género:

⁵⁶ Id., pp. 10-11

(...) debería estar dirigida al establecimiento de pautas no discriminatorias tanto en el plano normativo (leyes, normas administrativas y mecanismos efectivos de aplicación) como en el de la convivencia social (por la tanto la cultura), antes que a la interpelación a órganos jurisdiccionales o administrativos que estarían poco habilitados para hacer valer este tipo de derechos.

Las autoras reconocen, sin embargo, que las acciones de interés público a este nivel jurisdiccional tienen el valor de generar debate público y contribuir a que las instituciones y los actores sociales se orienten hacia los objetivos de la no discriminación de género. Precisamente de lo que se trata es de generar consensos en torno a acciones para la erradicación de la discriminación de género. Articularlas a un interés que no solo se vea como de las mujeres sino de la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, este ensayo ha querido advertir sobre la a menudo conflictiva relación entre sistema legal y los derechos fundamentales de aquellos sectores no privilegiados de la sociedad. Con relación al género, la doctrina legal feminista ha cuestionado los supuestos del derecho moderno, diseñados en la lógica y los valores masculinos. La objetividad, advertía MacKinnon,⁵⁷ es la subjetividad masculina. A su vez Freeman⁵⁸ cuestiona la posibilidad de resolver problemas sociales haciendo uso del sistema legal, que está diseñado para operar procesando casos individuales. Esto desvirtúa de por sí el carácter colectivo de ciertos conflictos.

En términos menos teóricos y más prácticos, ¿cuál es la efectividad del uso de la vía legal, que a pesar de los avances que se han registrado en la no discriminación de género brinda resultados tan poco satisfactorios?

Al entrar al sistema legal jugamos sus reglas y compartimos su ineficiencia. Las medidas de protección son un caso obvio.

⁵⁷ MacKINNON, Catherine. *Feminism unmodified: discourses on life and law*. Londres: Harvard University Press, 1987.

⁵⁸ FREEMAN, Michael D. «Domestic violence: the limits of effective legal action». *The Cambrian Law Review*, vol. 20, 1989, pp. 17-37.

Una vez en el sistema demoran tanto tiempo en ser resueltas que su objetivo protector se desvirtúa y aun con una resolución favorable es difícil llevarlas a la práctica. Es decir, en términos reales terminan no protegiendo a casi nadie. Entramos también a la lógica de un sistema en el cual los derechos humanos son defendidos y, principalmente, vulnerados por el mismo protagonista: el Estado. De allí su gran contradicción. Es el monopolio estatal de los derechos humanos como lo llamaría Santos.⁵⁹

Estas consideraciones parecieran llevarnos a la inutilidad de la vía legal para la afirmación ciudadana, pero no es así. Es también necesario reconocer que el Derecho detenta una capacidad normativa y tiene una función simbólica y formativa de la conciencia social.

Actuar por vía legal, especialmente a través de acciones de interés público, es un ejercicio democrático cuando se demanda una justicia sustantiva. Sirve para la fiscalización de las instituciones y para la afirmación de un mensaje de condena a la corrupción, la ineficiencia y la discriminación a todo nivel, demandando a quien es llamado por ley a hacer cumplir los derechos ciudadanos, a que proceda de acuerdo a su función. Este es el mayor reto de las aquí llamadas acciones de interés público.

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998, pp. 180-224.