

Justicia y Géneros

Volumen

02

Géneros y diversidad
en el marco internacional
de los derechos humanos

Justicia y Géneros

Volumen

02

**Géneros y diversidad
en el marco internacional
de los derechos humanos**

Autoridades nacionales

Presidente

Dr. Alberto Ángel Fernández

Vicepresidenta

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Dr. Martín Ignacio Soria

Secretario de Justicia

Dr. Juan Martín Mena

Jefa de la Unidad de Gabinete de Asesores

Dra. Gimena del Río

Directora Nacional de Políticas Transversales de Género

Lic. Micaela Gentile

Directora Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica

Lic. María Luz Laici

Justicia y géneros : géneros y diversidad en el marco internacional de los derechos humanos / Laura Giosa ... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones SAIJ, 2023.
Libro digital, PDF - (Justicia y Géneros)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-8338-71-2

1. Estudios de Género. I. Giosa, Laura.
CDD 341.485

ISBN volumen 2: 978-987-8338-71-2

Justicia y Géneros. Géneros y diversidad en el marco internacional de los derechos humanos
1ra. edición: julio de 2023

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Directora Nacional: Lic. María Luz Laici.

Coordinación de Ediciones SAIJ: Laura Pereiras
Diseño gráfico: Gabriela Fraga
Equipo editorial: Bernardo Bomaggio - Marlene Chauchard - Sergio Fernández
Maricruz Gareca - Laura Godoy - María Florencia Heredia - Gustavo Justich
Matías Longarte

Correo electrónico: ediciones@saij.gob.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: bibliotecadigital.gob.ar

Los artículos contenidos en esta publicación son de libre reproducción en todo o en parte, citando como fuente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Distribución gratuita. Prohibida su venta.

Índice general

Introducción. Juan Martín Mena	8
--------------------------------------	---

Marcos legales internacionales

La protección de los derechos de las mujeres y de las personas LGBTIQ+ en el derecho internacional de los derechos humanos. Laura María Giosa y Camila Ormar	12
--	----

El alcance de las Órdenes Mercosur de Protección en los casos de violencia por motivos de género. Micaela Gentile y Juan José Cerdeira	38
--	----

Jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Antecedentes y desafíos de la OC-24/17 en Argentina. Florencia Feldman	56
--	----

Aportes de la OC-29/22 en materia de derechos humanos de personas privadas de libertad. Romina Natalia Cucchi.....	78
--	----

El uso del sistema de protección de derechos humanos en las políticas públicas con enfoque de género. Andrea Pochak y Gabriela Kletzel	114
--	-----

Aportes para repensar el derecho a la reparación integral con perspectiva de género. Carolina Varsky y Candela Loreti	136
---	-----

Referencias bibliográficas	147
----------------------------------	-----

Introducción

Juan Martín Mena
Secretario de Justicia
de la Nación

Tener la oportunidad de presentar el segundo volumen de la colección “Justicia y Géneros” es motivo de celebración. No solo porque constituye la materialización, una vez más, de la revitalización de nuestra editorial jurídica SAIJ-Infojus, sino porque, inscripta en una época que se propone discutir la justicia que queremos en clave feminista, estudia y reflexiona el impacto y desarrollo de la perspectiva de géneros y diversidad desde el prisma del derecho internacional de los derechos humanos, cuestión esta con asiento y fundamento en la reforma constitucional de 1994, cuando la Argentina incorporó a su Carta Magna los tratados internacionales de derechos humanos, jerarquizando así su aplicación y validación por imperio del art. 75, inc. 22.

El Volumen I de esta colección –que se presentó en noviembre de 2022, impulsada junto con la Dirección Nacional de Políticas Transversales de Género (DNPTG) de este Ministerio– se centró en el análisis del camino hacia la igualdad en la justicia, desarrollado con profundidad y mirada crítica, con el objetivo de aportar recursos y herramientas creativas que contribuyan con la erradicación de las desigualdades estructurales por motivos de género en el territorio en el que nos inscribimos: la justicia y el derecho.

No puede desconocerse que esa desigualdad impacta de manera directa en la percepción que las argentinas y los argentinos tienen de la justicia de su país: desde el año 2010, los niveles de confianza en la justicia registran una tendencia negativa, habiendo alcanzado en 2020, apenas el 16%, un porcentaje muy por debajo del promedio regional, que asciende al 25%.⁽¹⁾ Sin duda, los datos dejan en evidencia que tenemos

(1) Datos de *Latinobarómetro* extraídos del Documento de Trabajo “La reforma que queremos para la Justicia Nacional y Federal. Innovación

por delante una tarea urgente y, en ese sentido, nos obligan a redoblar los esfuerzos en clave de transformación.

En ese marco, el derecho internacional nos provee un enfoque desde el cual pensar los sistemas de protección con perspectiva de géneros, identificar antecedentes y obstáculos para el desarrollo de sistemas equitativos, y diseñar estrategias posibles para fortalecer los servicios de administración de justicia en nuestro país, lo que motivó que nos abocáramos a esta temática en el presente volumen.

Así, pues, con rigurosidad académica, Laura María Giosa y Camila Ormar realizan, en su artículo "La protección de los derechos de las mujeres y personas LGTBIQ+ en el derecho internacional de los derechos humanos", un recorrido descriptivo del modo en que se incorporaron los derechos de las mujeres y de las diversidades en declaraciones, convenciones y principios, tanto del sistema universal como interamericano de protección de los derechos humanos.

Por su parte, desde la gestión de este Ministerio, Micaela Gentile y Juan José Cerdeira dan cuenta del proceso y desarrollo de una política pública como lo fue la gestación de las Órdenes Mercosur de Protección en los casos de violencia por motivos de género y su alcance en la región.

Dos opiniones consultivas (OC) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) son abordadas por distintas especialistas. Florencia Feldman se adentra en el estudio de la OC-24/17, en torno al reconocimiento de la identidad de género y el derecho a la igualdad de las familias en su diversidad de conformaciones por orientación sexual; y Romina Natalia Cucchi hace lo propio con la OC-29/22, referida a los enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad.

En "El uso del sistema de protección de derechos humanos en las políticas públicas con enfoque de derechos", Andrea Pochak y Gabriela Kletzel exponen el modo en que la Secretaría de Derechos Humanos desplegó acciones jurídicas y técnicas

tecnológica, mejora de procesos y fortalecimiento de capacidades", FUN-DAR, diciembre 2022.

en instancias nacionales e internacionales para garantizar la protección de los derechos fundamentales en la Argentina, así como dan cuenta de la voluntad de privilegiar mecanismos de solución amistosa para garantizar reparaciones integrales a las víctimas de violaciones a sus derechos, reconociendo la responsabilidad del Estado en la materia y procurando reformas institucionales que busquen evitar la repetición de tales prácticas. En ese marco, afirman, la agenda de género y diversidad ocupó un lugar central de la tarea cotidiana, y dan cuenta del desarrollo de iniciativas llevadas adelante en articulación con el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y otros actores nacionales y provinciales.

Por último, Carolina Varsky y Candela Loreti se enfocan en el derecho a la reparación integral con perspectiva de géneros de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, a partir de una revisión y análisis de los orígenes y tipos de reparaciones en el derecho internacional y su devenir en relación a los casos relacionados con violencias por motivos de género, para luego ofrecer, con vocación transformadora, aportes y herramientas para repensar los mecanismos y formas de implementar el deber de reparar.

Sin la pretensión de agotar el debate sino, más bien, abrir el espacio al intercambio y la reflexión común, los artículos aquí reunidos exploran con compromiso y lenguaje accesible aspectos doctrinarios y jurisprudenciales que nos invitan a pensar estratégicamente las reformas necesarias para la construcción de una justicia más inclusiva, eficiente, legítima y confiable para toda la ciudadanía.

Marcos legales internacionales

“... la agenda feminista ha impactado en la comunidad internacional, que reconoce la situación de desigualdad social y jurídica a la que están sometidas las mujeres y las diversidades...”

La protección de los derechos de las mujeres y de las personas LGBTIQ+ en el derecho internacional de los derechos humanos

“No se nace mujer: llega una a serlo. Ningún destino biológico, físico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana.”.

Simone de Beauvoir

1. Introducción

Laura María Giosa*

lauramariagiosa@gmail.com

Camila Ormar**

camilaormar@outlook.com

El derecho internacional de los derechos humanos determina los marcos legales en materia de derechos humanos a los que se encuentra sujeto nuestro Estado, estableciendo obligaciones específicas de respeto, garantía y adopción de medidas. Las primeras normas generales –Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (PIDCyP), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)– han sido criticadas desde los feminismos por utilizar un supuesto lenguaje neutral que invisibilizaba a las mujeres, las diversidades y otros grupos históricamente desaventajados.

Desde entonces, la agenda feminista ha impactado en la comunidad internacional, que reconoce la situación de desigualdad social y jurídica a la que están sometidas las mujeres y las diversidades, comenzando a adoptar normas específicas como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –en el ámbito internacional– y la Convención Belém do Pará –en el ámbito interamericano–, que prohíben la discriminación y la violencia por razones de géneros, y obligan a los Estados a actuar con debida diligencia y a incorporar la perspectiva de género en la

(*) Abogada (UBA). Doctoranda en Derecho (UNR). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos con orientación en Derecho de Géneros (Universidad de Bolonia). Profesora Titular de Derechos Humanos y garantías en la Facultad de Derechos de UNICEN y Adjunta interina en UBA. Codirectora del Centro de Estudios en Derechos Humanos de UNICEN. Codirectora de la Maestría en Estudios de Género, Derechos Humanos y Políticas Públicas (UNICEN). Vicedirectora de la Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (UNICEN). Decana de la Facultad de Derechos (UNICEN).

(**) Abogada (UNICEN). Docente de Derechos Humanos y Garantías, y del Seminario sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ambos en la Facultad de Derecho de UNICEN. Estudiante de la Maestría de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad para la Paz.

toma de decisiones. En materia de protección de los derechos humanos de las personas LGBTIQ+, se adoptan los Principios de Yogyakarta, que establecen un conjunto de estándares mínimos que los Estados y otros actores deben cumplir para garantizar el disfrute de los derechos de este colectivo.

Estos instrumentos internacionales han desentrañado la perspectiva androcéntrica de la teoría y práctica en los derechos humanos, reconociendo los derechos de las mujeres y de las diversidades desde una nueva perspectiva.

El presente trabajo recorre de manera descriptiva la incorporación en declaraciones, convenciones y principios de los derechos de las mujeres y de las diversidades, tanto en el sistema universal de protección de los derechos humanos como en el sistema interamericano, con el objeto de delinear y reconocer el marco convencional que obliga al Estado argentino.

2. La idea de universalidad y la crítica feminista a los derechos humanos

Una de las características esenciales de la noción de derechos humanos es la universalidad. Tal como sostiene Pinto (2004), el concepto de derechos humanos, cualquiera sea la posición iusfilosófica que se adopte, puede predicarse respecto de todo ser humano por el solo hecho de ser tal y en cualquier sociedad; de allí que la noción no se universalice, sino que sea universal, ya que de lo contrario no es. Consecuentemente, fue necesario universalizar las normas que protegen derechos y establecen su contenido y alcance, como también la decisión de hacer de ellos una cuestión de interés común para los Estados.

Este concepto de los derechos humanos, que se pretende con alcances universales, contiene otra nota novedosa: la igualdad. Es decir, se entiende que la calidad de ser humano da iguales derechos, siendo este un principio informante de la noción de derechos humanos, junto con el de no discriminación (Pinto, 1997). De este modo, el lenguaje que se utiliza en los primeros instrumentos pretende ser universal, abarcativo y neutral: “todos los seres humanos”, “todas las personas”, “ninguna persona” –a modo de ejemplo, ver los arts. 1° y 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)–.

Sin embargo, la noción de ser humano o de persona no necesariamente abarca de la misma manera a todas las personas. O, al menos, es evidente que, en los ámbitos internos, existen normas que permiten un trato discriminatorio en el acceso a derechos a las mujeres, a las diferentes orientaciones sexuales, a las identidades de géneros, a las personas con discapacidad, a las niñas, etc. Sin mucho esfuerzo, en esta etapa podemos encontrar normas que no permiten el acceso a derechos civiles y políticos, que profundizan la postergación en la sociedad de estos colectivos

Los feminismos van a cuestionar que estas primeras normas de derechos humanos –en principio neutrales– no incluyan a las mujeres o las vuelven a invisibilizar. En primer lugar, la crítica feminista a los derechos humanos, según Salgado (2009), ha sido dirigida contra este androcentrismo: ha demostrado que, en la práctica, el supuesto sujeto universal titular de tales derechos tenía como sujeto portador al varón blanco, heterosexual y con recursos económicos, y por lo mismo excluía a todo el resto que no calzaba en tal paradigma y que, por ello, en la práctica, se convertían en “no sujetos”. El segundo cuestionamiento del feminismo se dirige a la dicotomía y jerarquización que tales normas hacen entre el ámbito público (considerado masculino y político) y el ámbito de lo privado (considerado femenino y natural). Asimismo, el feminismo va a criticar fuertemente la noción de igualdad formal, entendiendo que la igualdad reconocida en la ley no basta para que las mujeres puedan desarrollarse y relacionarse en la sociedad en condiciones de igualdad. (Salgado, 2009).

Esta marginación que el feminismo encuentra en las normas de derechos humanos, conduce a la conclusión de que no solo hay que cambiar las leyes, sino que hay que incidir en los ámbitos normativos no legislados. Así, la comunidad internacional comienza a adoptar nuevas normas que releen los derechos humanos consagrados en los tratados generales en cabeza de las mujeres e incorporan obligaciones para los Estados que incluyen, entre otras, la modificación de patrones socioculturales que han sometido y someten a las mujeres mediante el uso de roles y estereotipos de géneros, y la adopción de medidas especiales de carácter temporal.

3. Acerca de la Convención para la Eliminación de todas Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW)

En el ámbito universal, la agenda feminista tuvo un gran impacto. En efecto, poco después de la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) –en 1947–, se reunió la Comisión sobre la Condición Social y Jurídica de la Mujer (CSW). En un primer estadio, su trabajo se centraba en el establecimiento de normas y en la formulación de convenciones internacionales que cambiaran las leyes discriminatorias y aumentaran la sensibilización mundial sobre las cuestiones de la mujer.⁽¹⁾ En 1963, la Asamblea General le solicita la elaboración de una declaración sobre la eliminación de toda formas de discriminación contra la mujer, que se aprueba por unanimidad en 1967.⁽²⁾

La idea de avanzar en la creación de una convención que proteja los derechos de las mujeres fue propuesta por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en México en 1975. En esa conferencia, se reconoció que las mujeres en todo el mundo enfrentaban discriminación en el ámbito legal, social y económico. Con vistas a avanzar, se estableció que un comité iba a encargarse de redactar un tratado que establezca la protección de los derechos de las mujeres. Este se reunió por primera vez en 1976. La redacción del tratado fue un proceso largo y complejo que tomó varios años, y recibió aportes de los Estados, las organizaciones no gubernamentales y expertos/as en la materia.

(1) La CSW elaboró las primeras convenciones internacionales sobre los derechos de la mujer, como la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1953, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957 y la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962. Se destaca también su contribución para la adopción del Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor de la OIT (1951), que consagró el principio de igual salario por trabajo igual.

(2) Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

Luego de cuatro años de trabajo, el texto de la convención fue presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Así, el 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) fue adoptada por resolución AG 34/180.

Facio (2009) señala que la doctrina feminista reconoce a la CEDAW como el único instrumento legal internacional de derechos humanos que reúne las disposiciones de instrumentos anteriores de la ONU relativas a la discriminación contra la mujer. En el mismo sentido, sostiene que es la “Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres”, porque es el primer instrumento internacional que, explícita o implícitamente, incluye todos los derechos humanos de las mujeres al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo. Así, el art. 1° CEDAW establece que la expresión “discriminación contra la mujer”

... denotará 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.

Es decir, consagra una definición amplia de discriminación, estableciendo que puede revestir distintas formas –distinción, exclusión o restricción– y determinando que el acto discriminatorio es aquel que tenga “por objeto” o “por resultado” la violación de los derechos humanos de las mujeres. Asimismo, prohíbe la discriminación en todas las esferas, borrando la distinción entre la esfera pública y la privada o familiar –que es donde se producen muchas de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres–.

A fin de eliminar la discriminación contra la mujer, los Estados asumen una serie de obligaciones: desde adoptar medidas por todos los medios apropiados y sin dilaciones, cuando sea necesario apelar a medidas especiales de carácter temporal, hasta modificar y erradicar los patrones socioculturales en los que tiene base toda discriminación.

Así, el art. 2° CEDAW determina:

Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- 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 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 por que 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.

El Comité de CEDAW (2010), que es el órgano del tratado que se encarga de la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados, en su Recomendación General 28, ha establecido, respecto del alcance del art. 2°, que “los Estados partes deben ocuparse de todos los aspectos de sus obligaciones jurídicas en virtud de la Convención para respetar, proteger y hacer cumplir el derecho de la mujer a la no

discriminación y al goce de la igualdad” (punto 9). Asimismo, incluye la interseccionalidad como concepto o categoría de análisis de la discriminación a las que se ven sometidas las mujeres, sosteniendo que

... es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. y que los Estados partes deben reconocer y prohibir las formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. (punto 18)

Respecto de la obligación de adoptar medidas, la RG 28 sostiene:

La expresión “sin dilaciones” deja en claro que la obligación de los Estados partes de seguir sus políticas, por todos los medios adecuados, tiene carácter inmediato. Esta expresión es incondicional y no admite ninguna demora ni un enfoque gradual voluntario en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la Convención o adherirse a ella (...) las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea político, social, cultural, religioso, económico o de recursos ni por otras consideraciones o carencias de un Estado. (punto 29)

Por su parte, reconociendo la histórica desigualdad de poder y en el goce de los derechos humanos entre hombres y mujeres, el art. 4° CEDAW⁽³⁾ establece que los Estados pueden tomar medidas correctivas que aceleren el logro de la igualdad entre los sexos sin que estas sean interpretadas como discriminatorias para los hombres (Facio, 2009). En tal sentido, en su RG 25 (2004), el Comité de CEDAW establece que el fin de estas medidas es “acelerar la participación en condiciones de igualdad

(3) Art. 4° CEDAW: “La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo se entenderá, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato”.

de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito" (punto 18), al tiempo que considera la aplicación de estas medidas no son excepciones a la regla de no discriminación, sino parte de "de una estrategia necesaria de los Estados partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales" (punto 18).

La Convención reconoce el importante papel que juega la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole, en la restricción de los derechos de las mujeres. Por ello, en su art. 5°, exige a los Estados: "Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

La obligación clara que asumen los Estados es la de eliminar los roles y estereotipos de género que afectan de manera desproporcionada a las mujeres en todas las esferas, poniendo en juego su responsabilidad internacional (Facio, 2009).

Sin perjuicio de que el texto de la Convención no incluye una referencia literal a la violencia contra las mujeres, el Comité de la CEDAW, en su RG 19 (1992), declara que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación dirigida contra las mujeres por su condición de ser mujer, y que afecta a las mujeres de manera desproporcionada, inhibiendo gravemente su capacidad para disfrutar de los derechos y las libertades en plano de igualdad con los hombres. Conforme la Recomendación General 19, la responsabilidad del Estado respecto de los actos de violencia que sufren las mujeres no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre, sino que, "en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización" (punto 9).

En ocasión del 25° aniversario de la RG 19, el Comité ofrece nuevas orientaciones para acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra las mujeres. Zaikoski Biscay (2018) destaca lo medular de la RG 35 (2017), que es la revisión de la denominación del fenómeno. El Comité sostiene que, con la fórmula “violencia contra la mujer”, se hace:

... hincapié en el hecho de que dicha violencia está basada en el género. En consecuencia, en la presente recomendación, la expresión “violencia por razón de género contra la mujer” se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes. (punto 9)

El Comité reitera que la violencia por razón de género puede afectar a las mujeres en distinta medida, o en distintas formas, lo que significa que se requieren respuestas jurídicas y normativas adecuadas por parte del Estado. Advierte, haciendo alusión al concepto de interseccionalidad, que las violencias en razón de género contra las mujeres se refuerzan, superponen o combinan con otros factores de discriminación, por lo que el impacto resulta diferenciado. Para el órgano,

... esos factores incluyen el origen étnico o la raza de la mujer, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil, la maternidad, la edad, la procedencia urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, los derechos de propiedad, la condición de lesbiana, bisexual, transgénero o intersexual, el analfabetismo, la solicitud de asilo, la condición de refugiada, desplazada interna o apátrida, la viudez, el estatus migratorio, la condición de cabeza de familia, la convivencia con el VIH/SIDA, la privación de libertad y la prostitución, así como la trata de mujeres, las situaciones de conflicto armado, la lejanía geográfica y la estigmatización de las mujeres que luchan por sus derechos, en particular las defensoras de los derechos humanos. (punto 12)

Otro de los mecanismos de seguimiento establecidos en la Convención, faculta al Comité CEDAW a recibir periódicamente informes de los Estados parte en los que rinden cuenta de

sus actividades; los estudia y analiza e invita a estos países a asistir a sus sesiones públicas durante todo un día para mantener un diálogo constructivo sobre los puntos prioritarios. Luego, el Comité envía a los Estados sus Observaciones Finales, donde recomienda atención y acciones específicas sobre los aspectos más problemáticos.

Las Observaciones Finales realizadas a los Estados sirven de base para la adopción de las Recomendaciones Generales; y del mismo modo, estas últimas establecen los alcances de las obligaciones que surgen de la Convención, cuyo cumplimiento por parte de los Estados será evaluado periódicamente por el órgano de tratado.

Por último, el 6 de octubre de 1999, la Asamblea General aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en vigor: 20 de diciembre de 2000), que dota al Comité de otros dos procedimientos para vigilar que los Estados parte den cumplimiento de las mandas convencionales: un procedimiento de “comunicaciones” o peticiones y un procedimiento de investigación.

De este modo, el Comité puede recibir y considerar las quejas expresadas por personas o grupos organizados de la sociedad civil, lo que constituye un mecanismo exigente de rendición de cuentas en materia de actos de discriminación contra las mujeres, en comparación con el mecanismo vigente de presentación de informes periódicos. El procedimiento de investigación implica que el Comité tiene derecho a pedir a un Estado Parte que coopere en el examen de información fidedigna que reciba el Comité y que indique que ese Estado ha cometido violaciones graves o sistemáticas de la Convención (Connors, 2010).

Más allá del profundo y constante trabajo realizado por el Comité de expertas de CEDAW, para la ONU, la protección de los derechos de las mujeres ha sido una constante preocupación y, en particular, la violencia contra las mujeres, que constituye una violación de los derechos humanos e impide total o parcialmente gozar de dichos derechos. En virtud de ello, el

20 de diciembre de 1993 se aprueba la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en cuyo preámbulo se reconoce que

... la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre. (párr. 6)

La Declaración señala que, por violencia contra la mujer, “se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (art. 1°). Asimismo, establece, en su art. 2°, que dicha violencia abarca la violencia física, sexual y psicológica (tipos) producida en el ámbito familiar o de la comunidad en general, o perpetrada o tolerada por el Estado.

Asimismo, establece una serie de medidas que los Estados deben adoptar al respecto:

Art. 4°: Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer...

En el mismo sentido, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas designó una Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias (resolución 1994/45), que se encarga investigar, recabar información sobre la violencia contra las mujeres, recomendar medidas para subsanar sus consecuencias, etc. Desde marzo de 2006, la Relatora Especial presenta informes al Consejo de Derechos Humanos, conforme a la decisión 1/102 del Consejo.

Así, las labores del Comité y de la Relatora sobre las violencias contra las mujeres y las niñas, se desarrollan en el marco de los diversos instrumentos universales de derechos humanos, un andamiaje de protección para los derechos de las mujeres que intenta desandar las desigualdades y las violencias a las que hemos sido sometidas históricamente. Sin dudas, los movimientos feministas han logrado resignificar la agenda de derechos humanos obligando a los Estados a estándares de protección cada vez más elevados.

4. Acerca de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará)

En el ámbito regional, el tratado en materia de derechos humanos que aborda específicamente los derechos de las mujeres es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Esta convención fue adoptada en 1994 en Brasil, en la ciudad de Belém do Pará, nombre por el cual también se conoce a este instrumento que reafirma que los derechos de las mujeres son derechos humanos, además de aportar una definición amplia de violencia de género y establecer un catálogo de obligaciones que recaen sobre los Estados parte.

Para comprender el origen de la Convención Belém do Pará es necesario remontarnos al trabajo de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). La CIM fue creada en 1928, después de que la resolución que la creara fuese aprobada en la VI Conferencia Internacional Americana, que con “la participación de un nutrido grupo de activistas de derechos de las mujeres” (Mejía Guerrero, 2013, p. 190). De acuerdo con Mejía Guerrero (2013) la CIM es el primer organismo intergubernamental “de su naturaleza a nivel mundial (...) encargad[o] de preparar la información jurídica y de cualquier otra naturaleza que se considerara conveniente para abordar (...) el estudio de la igualdad civil y política de la mujer en el Continente (p. 189).

En sus inicios, la CIM estuvo dirigida a facilitar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de las mujeres; posteriormente, ya en la década de 1980, la CIM comenzó a dar un lugar preponderante en sus informes a la violencia en

contra de las mujeres como un problema que afectaba de manera directa a la vida de las mujeres de la región (Mejía Guerrero, 2013). La CIM redactó y aprobó la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer en 1990. Al año siguiente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó su Resolución Sobre Protección de la Mujer contra la Violencia, que fue un antecedente fundamental del Anteproyecto de Convención Interamericana para Luchar contra la Violencia de Género de 1992. Finalmente, la CIM “aprueba el Proyecto de Convención sobre Violencia y Mujer, y lo eleva a la Asamblea General de la OEA, reunida en Belém do Pará, Brasil” (Mejía Guerrero, 2013, p. 193).

La Convención Belém do Pará define, en su art. 1°, a la violencia contras las mujeres como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Adicionalmente, en su art. 2°, este tratado reconoce tres tipos de violencia –a saber: la violencia física, la sexual y la psicológica–, al mismo tiempo que señala tres ámbitos donde se manifiesta esta violencia. El primero de ellos es el ámbito de la vida privada: se produce cuando la violencia se ejerce dentro de la familia, la unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, aun cuando el agresor ya no viva con la víctima. El segundo, es el de la vida pública: acontece cuando la violencia es ejercida por cualquier persona y “que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar”, así como la violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, con independencia del ámbito o espacio en el que ocurra. Vale la pena destacar que dentro del catálogo de derechos que reconoce la Convención Belém do Pará se encuentra el derecho a vivir libre de violencia.

Asimismo, el tratado consagra una serie de obligaciones para los Estados parte:

Art. 7°: Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos

los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención (art. Convención Belém do Pará).

Además, la Convención Belém do Pará prevé que los Estados parte deben presentar informes nacionales ante la CIM sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas tras la ratificación de dicho tratado. En particular, deberán presentar información sobre las acciones

adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, asistir a las mujeres afectadas por la violencia, entre otras.

La Convención también otorga la facultad de solicitar opiniones consultivas a los Estados parte y la CIM ante la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH) sobre la interpretación de la Convención. Además, al momento de ratificar la Convención Belém do Pará, los Estados partes aceptan la posibilidad de que se presenten peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en las cuales se alegue vulneraciones a las disposiciones contenidas en el art. 7° de la Convención.

Sumado a lo anterior, en el año 2004 se creó el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (Mesecvi), cuyo funcionamiento es por rondas de evaluación multilateral, que incluyen una fase de evaluación y otra de seguimiento. En la primera de estas se elabora una serie de indicadores sobre el derecho de las mujeres de vivir libres de violencia y las medidas adoptadas por los Estados parte para cumplir con sus obligaciones internacionales. Luego, los Estados completan estos indicadores y la información allí contenida es evaluada con el propósito de emitir recomendaciones. Finalmente, toda esta información es consolidada en un Informe Hemisférico. El cumplimiento de todas estas recomendaciones se lleva a cabo mediante la fase de seguimiento.

Para todo lo anterior, el Mesecvi cuenta con un Comité de Expertas, que es el órgano técnico responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención Belém do Pará. Este comité está integrado por expertas independientes, designadas por los Estados parte entre sus nacionales. Cabe destacar que las expertas acceden a los informes nacionales presentados por todos los Estados parte, aunque las expertas no participan en la elaboración del informe de seguimiento de su país de origen.

Por su parte, la Corte IDH ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia diversos estándares en materia de derechos humanos y género. En el caso "Gonzales y otras vs. México" (2009), referido a la desaparición y muerte de tres mujeres en

un contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez a partir de los homicidios que se han registrado desde el inicio de la década de 1990, la Corte IDH analizó su competencia para pronunciarse respecto de violaciones a las disposiciones contenidas en la Convención Belém do Pará. Esto se debió a que el Estado mexicano presentó una excepción preliminar en la que sostuvo que la Corte no tenía competencia para aplicar dicho tratado en tanto la convención únicamente otorgaba competencia a la CIDH y no así a la Corte IDH. Luego de revisar los diversos métodos de interpretación, la Corte Interamericana concluyó que

La Convención Bélem do Pará establece que la Comisión considerará las peticiones respecto de su artículo 7 “de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana [...] y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión”. Esta formulación no se excluye ninguna disposición de la Convención Americana, por lo que habrá que concluir que la Comisión actuará en las peticiones sobre el artículo 7 de la Convención Bélem do Pará “de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de [la Convención Americana]”, como lo dispone el artículo 41 de la misma Convención. El artículo 51 de la Convención y el artículo 44 del Reglamento de la Comisión se refieren expresamente al sometimiento de casos ante la Corte cuando ocurre incumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana. Asimismo, el artículo 19.b del Estatuto de la Comisión establece que entre las atribuciones de la Comisión está la de “comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención”. (2009, p. 12).

Entre otras muchas otras cuestiones, la Corte IDH declaró responsable internacionalmente al Estado mexicano, ya que, dada la existencia de dicho contexto,

el Estado (...) tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. (p. 74)

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre los derechos de las mujeres en atención a la Convención Belém do Pará. Recientemente, el 3 de mayo de 2022, en su Opinión Consultiva 29/22, se refirió al “enfoque diferenciado” al considerar que “algunos aspectos relacionados con el trato debido bajo un enfoque diferenciado pueden estar relacionados con la igualdad entre hombres y mujeres, así como con la prevención y sanción de hechos de violencia contra la mujer basados en el sexo y en razón de los roles de género” (punto 124), tomando como referencia de interpretación la Convención de Belém do Pará y la CEDAW “ya que estos instrumentos complementan el corpus iuris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana” (punto 124).

A pesar de los avances impulsados a partir de la entrada en vigor de la Convención Belém do Pará, los desafíos para afrontar las violencias de género en contra de las mujeres persisten hasta la actualidad. Al respecto, el estudio “Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar”, escrito por Natalia Gherardi y editado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) en 2016, destaca que, aun cuando la Convención de Belém do Pará aporta una definición amplia de violencia contra las mujeres que explícitamente indica que esta produce, tanto en el ámbito privado como público, “las medidas que han adoptado los Estados se circunscriben (...) a la violencia producida en ámbitos domésticos y perpetrada por parejas actuales o pasadas” (p. 9), visibilizando así otras formas de violencia específicas propias de un sistema patriarcal que profundiza la desigualdad en función del género.

Al respecto, el referido estudio indicó:

Las leyes integrales muestran un creciente detalle en la conceptualización de nuevas formas de violencia, aunque esto no siempre se ha visto reflejado en el consiguiente diseño de políticas públicas para abordarlas. Por caso, la violencia obstétrica, simbólica y mediática están contempladas en la legislación de algunos países, pero los esfuerzos por diseñar políticas públicas específicas dirigidas a responder a sus particularidades son todavía incipientes (p. 14).

Para la Cepal, la importancia de abordar de manera expresa estas formas específicas de violencia –a las cuales podría agregarse la violencia digital–, con mayor detalle y de forma integral, contribuye a

facilitar su conceptualización, difusión y aplicación por las autoridades competentes, con el objetivo de mejorar las condiciones para su debida aplicación. Esto requiere además integrar la interpretación de las regulaciones sobre violencias con otros marcos normativos: el derecho de familia, el derecho laboral, el derecho administrativo” (p. 14).

Asimismo, luego del análisis de los distintos marcos de protección integral en contra de la violencia de género que existen a lo largo de nuestra región, la investigación señaló:

El vínculo entre la sanción de leyes integrales de protección contra todas las formas de violencia y los avances en las políticas para abordar la violencia hacia las mujeres en sus diversas manifestaciones (de un modo que avance más allá de la violencia en las relaciones de pareja o el ámbito doméstico), parece indicar que no hay una relación directa entre una y otra cuestión (p. 14).

En este sentido, dentro de las reflexiones finales que plantea el estudio, se destaca que resulta imposible desatender otras formas de violencia que van más allá de la violencia ejercida en el ámbito doméstico y/o la ejercida por vínculos relacionales, puesto que todas las formas de violencia son una expresión de la desigualdad estructural que afecta a las mujeres en función de su género, por lo cual “no es posible desatender sus vínculos. Para hacerlo, es preciso coordinar las acciones entre las diversas instituciones y los distintos planes elaborados y las medidas que se llevan adelante” (p. 15).

5. Protección de los derechos de las personas LGBTIQ+ en el sistema universal y en el sistema interamericano

Aunque los principales tratados internacionales de derechos humanos no reconocen explícitamente el derecho a la igualdad sobre la base de la orientación sexual y/o identidad de género, la discriminación por estos motivos ha sido considerada prohibida por el derecho internacional de derechos humanos.

Las categorías protegidas de “sexo” y “otra condición” que figuran en las cláusulas de no discriminación de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos han sido interpretadas de manera amplia, incluyendo la orientación sexual y la identidad de género.

Sin embargo, la violación a los derechos humanos de las personas por su orientación sexual e identidad de género, real o percibida, constituye un patrón global arraigado en diferentes Estados (Comisión Internacional de Juristas [ICJ], 2007). Entre esas violaciones podemos mencionar: asesinatos extralegales, tortura y maltrato, ataques y violaciones sexuales, invasión a la privacidad, detenciones arbitrarias, la negación de las oportunidades de empleo y educación, y grave discriminación en relación al goce de otros derechos humanos.

En este contexto, en el año 2006, un grupo de 25 expertas y expertos de diversas nacionalidades, se reunió en la ciudad de Yogyakarta a fin de discutir y redactar un conjunto de principios que sirvieran para aplicar los estándares de la legislación internacional sobre derechos humanos a los problemas que afectan a las personas LGBTI.

De esta reunión surgieron los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, una serie de principios legales internacionales que identifican los derechos específicos, y los acompañan de recomendaciones respecto de las obligaciones y deberes que corresponden a los Estados, para garantizar que las personas LGBTIQ+ puedan ejercer y disfrutar de sus derechos humanos.

Los Principios de Yogyakarta se refieren a una amplia gama de derechos humanos y a cómo se aplican en cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Entre otros, se incluyen: ejecuciones extralegales, violencia y tortura, acceso a la justicia, privacidad, no discriminación, los derechos de libertad de expresión y reunión, empleo, salud, educación, cuestiones de migración y refugiados, participación pública y una variedad de otros derechos (ICJ, 2007).⁽⁴⁾

(4) En 2017, en la ciudad de Ginebra se ampliaron, incluyéndose diez principios más, documento que se conoce como PY+ 10. Incorporan el derecho a

Parte minoritaria de la doctrina feminista cuestiona el valor jurídico de los principios, sosteniendo que ni siquiera pueden calificarse como normas de *softlaw* (Corte IDH, 2022, voto Odio Benito). Sin embargo, aun careciendo de fuerza obligatoria, ratifican estándares legales vinculantes que los Estados deben cumplir –ya que surgen de los instrumentos de derechos humanos–, y se erigen como criterios interpretativos de los tratados de derechos humanos.

Continuando la ampliación de derechos iniciada en Yogyakarta, el 18 de diciembre de 2008 se presenta ante la Asamblea General de ONU, la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, que condena la violencia, el acoso, la discriminación, la exclusión, la estigmatización y el prejuicio basado en la orientación sexual y la identidad de género, así como también los asesinatos y ejecuciones, las torturas, los arrestos arbitrarios y la privación de derechos económicos, sociales y culturales por estos motivos.

Esta Declaración, que fue acompañada por la mayoría de los Estados, supone un gran avance en materia de derechos humanos de las personas LGBTIQ+. Sin embargo, encontró grandes resistencias de parte de algunos Estados, como China y Rusia; así como también la presentación de una contra-declaración de los Estados que conforman la Organización de la Conferencia Islámica, que se opone a la despenalización de la homosexualidad, entre otras cuestiones.

Los Principios de Yogyakarta han sido retomados en el ámbito interamericano. Recientemente, la Corte IDH emitió

la protección del Estado frente a la violencia y la discriminación, el derecho al reconocimiento legal (que afirma que los Estados deben dejar de registrar el sexo/género de las personas, pero que mientras se siga registrando, se debe ofrecer un mecanismo rápido para que las personas puedan cambiarlo), el derecho a la integridad corporal y mental (que incluye el rechazo de la mutilación genital para las personas intersex), el derecho a la no criminalización, el derecho a la protección frente a la pobreza, el derecho a la higiene, el derecho a disfrutar de los derechos humanos relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación, el derecho a la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos y el derecho a practicar, proteger, preservar y revivir la diversidad cultural. Hoy totalizan 37 principios y 18 recomendaciones.

su Opinión Consultiva 29/22 en donde abordó los enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Allí se refirió expresamente a las obligaciones específicas que tienen los Estados en la atención de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero privadas de la libertad, para lo cual retomó los Principios de Yogyakarta en diversas oportunidades con el propósito de determinar el alcance de los derechos y obligaciones previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) respecto de las diversidades de género.

Inicialmente, en la OC 29/22, la Corte IDH recordó su jurisprudencia relativa a que la identidad de género, la orientación sexual y la expresión de género son categorías protegidas por la CADH (párr. 227). Además, destacó que “las personas LGBTIQ+ han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales” (Corte IDH, 2022, pp. 84). En este sentido, la OC 29/22 otorga un lugar preponderante a los Principios de Yogyakarta para “resaltar que la imposición de sanciones y/o la criminalización de personas fundamentada en su orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, resulta contraria al derecho internacional de los derechos humanos” (párr. 229).

En concreto, la Corte IDH utiliza los Principios de Yogyakarta para realizar una interpretación evolutiva de la CADH con miras a determinar los “requisitos mínimos exigibles a los Estados para determinar la ubicación de una persona LGBTIQ+ en un centro penitenciario, en los términos del artículo 5 de la Convención” (párr. 242). De acuerdo con la Corte IDH

... en el caso de las personas trans, e intersex, se deberá consignar, en cambio, el nombre y género con el cual se identifican, según sea expresado voluntariamente por la persona privada de libertad. Respecto de las personas que no se identifiquen dentro del esquema binario del género, las autoridades penitenciarias deberán así anotarlos en sus registros, consignando asimismo su nombre social. Los Estados deberán garantizar que la información relativa a la orientación sexual e identidad de género de una persona sea confidencial (párr. 242).

La Corte IDH también abordó la importancia de la obligación de prevenir violaciones a derechos humanos de las personas LGTIBQ+ a la luz de los referidos principios, para señalar que el contenido mínimo de la obligación de prevenir violaciones a la integridad personal y vida de las personas LGTIBQ+ privadas de libertad consisten en:

a) realizar un estudio individualizado de riesgo al momento del ingreso al recinto penitenciario, que se utilice como fundamento para determinar las medidas especiales de protección que requiera (supra párr. 251); b) abstenerse de imponer sanciones o medidas disciplinarias fundamentadas en la orientación sexual o identidad de género de las personas; c) capacitar y sensibilizar al personal y a la población penitenciaria sobre los derechos de las personas LGBTI, la discriminación a la que se encuentran sujetas y el derecho a la igualdad y a la no discriminación; d) permitir a las personas trans elegir el género de los funcionarios que realicen revisiones corporales, las cuales serán excepcionales; e) establecer mecanismos para la denuncia de la violencia sufrida por las personas LGTIBQ+ dentro de los centros penitenciarios (infra párr. 263); f) informar a las personas LGTIBQ+ sobre sus derechos y los mecanismos de denuncia disponibles, y g) garantizar el monitoreo externo e independiente de las cárceles (párr. 257).

Los Principios de Yogyakarta también sirvieron a la Corte IDH para determinar el alcance de la obligación de investigar la violencia ejercida en perjuicio de las personas LGTIBQ+ privadas de la libertad, que implica que los delitos presuntamente cometidos en base a la orientación sexual o la identidad de género deben ser investigados de manera “rápida y minuciosamente y que, en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, se presenten cargos formales contra las personas responsables se las lleve a juicio y se las castigue debidamente” (párr. 260).

Finalmente, la Corte utiliza los Principios de Yogyakarta para determinar el alcance de las obligaciones estatales en materia de salud de personas LGTIBQ+ privadas de libertad. Sobre esto, la OC 22/29 reafirma “es deber de los Estados asegurar que, en ningún tratamiento o asesoramiento de carácter médico, la orientación sexual y la identidad de género

se aborden como enfermedades” (párr. 266), de modo que los Estados parte de la CADH tienen la obligación de garantizar atención médica especializada necesaria, oportuna y apropiada a sus necesidades “incluso en lo que respecta a salud reproductiva, y a terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de sexo si ellas los desearan” (párr. 270).

Desde hace más de una década, la Corte ha desarrollado una profunda línea jurisprudencial, en la que reconoce a la orientación sexual, la identidad, la expresión y la percepción de géneros como categorías protegidas por la CADH. Asimismo, avanza en utilizar los Principios de Yogyakarta para definir el alcance de la protección de los derechos de las personas LGBTQ+, nutriendo el diálogo con el sistema de protección universal no sólo desde lo establecido en los tratados y sus órganos de vigilancia –como CEDAW–, sino también con normas de *softlaw*, como los Principios señalados.

6. Reflexiones finales

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado progresivamente un amplio marco normativo que reconoce derechos humanos en cabeza, ya no de un sujeto neutral único, sino de las mujeres y de las diversidades, como grupos históricamente desaventajados

Este cambio impulsado por el movimiento feminista incluye, además, una ampliación de las obligaciones que asumen los Estados, incorporando el deber de actuar con debida diligencia reforzada, la obligación adoptar medidas especiales de carácter temporal para corregir las desigualdades a las que estamos sometidas, el deber de modificar los patrones socioculturales que postergan el acceso a derechos en condiciones de igualdad, el deber de garantizarnos una vida libre de violencias, entre otros.

En este sentido, el diálogo constante entre el sistema universal y el sistema interamericano de protección de derechos ha favorecido a la interpretación evolutiva de estas normas –que, inicialmente, pensaban en “la mujer” como concepto abstracto–, puesto que ha incorporado un

enfoque interseccional y ha determinado el alcance de las obligaciones del Estado frente a las mujeres y personas LGTIBQ+ que históricamente han estado en situación de vulnerabilidad y han enfrentado discriminación estructural. Las sentencias de la Corte Interamericana, las Recomendaciones Generales del Comité CEDAW, la creación de relatorías especializadas, los informes temáticos y la adopción de nuevos instrumentos, reflejan la fertilización cruzada entre ambos sistemas, que amplían el reconocimiento de derechos.

Sin perjuicio de los logros conseguidos, es evidente que quedan grandes desafíos para erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres y las diversidades. La adopción de leyes o políticas públicas en los ámbitos internos es, muchas veces, insuficiente si no se acompaña por un proceso de cambio de las prácticas culturales arraigadas en la sociedad, que profundizan la inequidad entre los hombres, las mujeres y las diversidades.

Los hechos actuales no evidencian que los estándares internacionales en la materia se cumplan acabadamente. En efecto, diversos informes –como el trabajo de Cepal– indican que los Estados se centran en desarrollar políticas públicas para prevenir algunas formas de violencia o discriminación, pero no para otras, y que no se piensa en los factores interseccionales que afectan la vida de las mujeres y diversidades. Asimismo, que aún no se han modificado los patrones socio-culturales que hacen posible la discriminación y las violencias por razones de géneros.



Sabías que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en 1994, fue el primer tratado vinculante en el mundo en reconocer la violencia contra las mujeres?

¿Sabías que los Principios de Yogyakarta, creados en 2006, determinan cómo deben aplicarse las normas internacionales de derechos humanos en cuestiones de orientación sexual e identidad de género, y brindan recomendaciones para frenar la discriminación y los abusos contra las personas LGBTI+ en todos los países



“

... las OMP podrían ser una herramienta jurídica de protección 'intermedia' donde se reconozcan los derechos, garantías y medidas para la protección de las personas en situación de violencia de género como una problemática estructural, que requiere una protección especial...

”

El alcance de las Órdenes Mercosur de Protección en los casos de violencia por motivos de género

1. Introducción

Micaela Gentile*

MGentile@jus.gov.ar

Juan José Cerdeira**

jcerdeir@jus.gov.ar

Es sabido que una de las principales políticas públicas del Gobierno Nacional es la protección de los derechos humanos de las personas en situación de vulnerabilidad, con especial enfoque en las cuestiones de género y niñez. En ese contexto, desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación impulsamos, en la Presidencia *Pro Tempore* Argentina del Mercosur en el año 2020, un instrumento con foco en la protección y garantía del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias y discriminación que trascendiera la esfera nacional. Tal impulso lo encaramos sin perjuicio del trabajo interagencia que veníamos realizando dentro de las áreas gubernamentales con competencias en el tema. La idea fue dar un salto cuantitativo y cualitativo más allá de nuestras fronteras nacionales e interesar y convocar a los pares de la región a compartir dichas políticas.

A continuación, relataremos en una primera instancia una breve explicación del instrumento final exponiendo sus objetivos y metas; luego realizaremos un diagnóstico de los casos en materia de violencia por razones de género dejando entrever por qué la importancia de este acuerdo; cuáles son sus implicancias, las discusiones y críticas que trajo aparejado este instrumento; y finalizaremos con una breve conclusión.

(*) Licenciada en Ciencia Política (UBA). Especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales (UBA). Maestranda en Género, Sociedad y Políticas (Flacso). Diplomada en Gestión Legislativa (ICAP - HCDN). Docente en Ciencia Política (CBC-UBA). Directora Nacional de Políticas Transversales de Género (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

(**) Abogado (UBA). Doctor en Derecho Internacional. Profesor de Grado y Posgrado en el país y en el exterior. Becario en instituciones de La Haya, Hamburgo y Alcalá. Investigador, conferencista y autor de artículos sobre derecho internacional e integración. Director Nacional de Asuntos Internacionales (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación). Negociador de Foros Internacionales (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

2. Acuerdo sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección para las mujeres en situación de violencia de género

La iniciativa del Acuerdo surgió de la propuesta del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina en base a la sensibilización ante un reclamo que se venía escuchando en distintos ámbitos regionales y nacionales, acompañados por los compromisos asumidos por los Estados partes y asociados del Mercosur en acuerdos, pactos y convenios internacionales y regionales sobre derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género.⁽¹⁾ El reclamo era “resolver las problemáticas burocráticas y de diferencias de encuadre o alcance de las medidas de protección dictadas en un Estado, más allá de las fronteras nacionales”.

No obstante la existencia de diferentes instrumentos internacionales vigentes en la materia, no resultaba unívoca la recepción en cada uno de los sistemas en los que se aplicaban en lo operativo. Con esa impronta, la de “hacerlos operativos”, se planteó sumar a su aplicación otras herramientas regionales –de carácter de asistencia procedimental– vigentes en el ámbito del Mercosur que colaborarían en la implementación de un nuevo mecanismo,⁽²⁾ acompañando también a otros antecedentes existentes en el ámbito de diversos foros dentro del bloque que marcaban la misma ruta a seguir.⁽³⁾

(1) A saber: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención CEDAW); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará); Principios de Yogyakarta; Opinión Consultiva 24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos); Recomendación General 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General 19 (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer); entre otros.

(2) A saber: Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Protocolo de Las Leñas); Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales (Protocolo de San Luis); Protocolo sobre Medidas Cautelares entre los Estados Parte del Mercosur (Protocolo de Ouro Preto).

(3) A saber: Decisión CMC 19/02 sobre Recomendaciones emanadas del Consejo Mercado Común; Decisión CMC 13/14 sobre directrices de la política de igualdad de género del Mercosur; Recomendación CMC 4/14 sobre mujeres migrantes en contexto de violencia doméstica; Recomendación

El ámbito elegido para el desarrollo de la iniciativa fue el de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur y Asociados, que desde el año 1991 viene trabajando en respuestas jurídicas no solo para facilitar la cooperación internacional, sino que se ha transformado en los últimos años en un foro que gestiona, más allá de los debates económico comerciales del bloque, respuestas que tienen entre sus objetivos brindar soluciones que afectan a los y las habitantes del Mercosur en sus vidas cotidianas y en las problemáticas que deben enfrentar para acceder y hacer valer los derechos más allá de las fronteras nacionales.

Una de las posibles estrategias de asistencia y atención directa ante situaciones de violencia por motivos de género podría ser orientar sobre las implicancias y derechos vinculados al acceso a instancias judiciales: el tránsito por instancias judiciales suele acarrear incertidumbres y temores en las mujeres en situación de violencia, así como incertezas respecto a la celeridad y eficacia de las intervenciones de los organismos judiciales (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género [ELA], 2009). Esto puede agudizarse en el caso de las mujeres migrantes, quienes por ser extranjeras pueden tener escaso conocimiento sobre las normas y funcionamiento del sistema judicial en nuestro país. De conformidad con el estudio de la Organización Internacional para la Migración y el Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2014), las mujeres que acceden a los servicios plantean necesario conocer el proceso, los tiempos y lo esperable de cada instancia de atención y de servicio. De esto

CMC 4/17 sobre reconocimiento regional mutuo de medidas de protección para mujeres en situación de violencia basada en género; Recomendación CMC 4/19 sobre reconocimiento regional mutuo de medidas de protección para mujeres en situación de violencia basada en género.

Asimismo, también las decisiones del Consejo Mercado Común, CMC 4/17 y 4/19 sobre reconocimiento general mutuo de medidas de protección para mujeres en situación de violencia basada en género, ya que dichos pronunciamientos proponen intensificar la articulación de los órganos administrativos y judiciales, con vistas a asegurar la efectiva aplicación de las medidas de protección dispuestas a favor de las mujeres en situación de violencia basada en género en el país en el que se encuentren, e impulsar mecanismos ágiles de comunicación e intercambio de información entre los Estados parte sobre esas medidas de protección.

se desprende la importancia de orientar a las mujeres explicando detalladamente las implicancias de acceder a cada instancia judicial, despejando posibles temores y clarificando sus derechos.

Así es que, pensando en no generar repetición, incertidumbre y nuevos impedimentos para las personas titulares de medidas de protección ya dictadas, impulsamos un proyecto destinado a que dichas medidas (sean en el ámbito civil o en el penal) a favor de personas que hubieran sufrido violencia por motivos de género en un Estado parte del Mercosur estén protegidas también al cruzar las fronteras nacionales hacia otros países del bloque o de sus asociados, independientemente de las razones de su traslado y del tiempo de radicación en otro país.

Vale la pena recordar que si bien el Mercosur, más sus Estados asociados, abarca hoy día la totalidad de América del Sur, el proyecto fue inicialmente debatido y luego suscripto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, miembros plenos del bloque y por también Bolivia y Chile, en su carácter de asociados. Recientemente llegó a nuestro conocimiento el interés de Colombia para adherirse al instrumento concluido y es de desear que al ejemplo se sumen el resto de los países asociados, dando una muestra del interés regional para enfrentar un flagelo que nos aqueja a todos por igual y que solo con el esfuerzo mancomunado podremos enfrentarlo en toda su magnitud.

El proceso hacia la conclusión del Acuerdo demandó un año y medio de trabajo, (a cargo de las presidencias argentina, brasileña, uruguaya y paraguaya del bloque) donde los debates no fueron pocos, y no solo entre las delegaciones negociadoras presentes, sino también hacia adentro de cada país, contando con las valiosas opiniones de los ministerios y áreas de género de cada uno, las cancillerías, los ministerios públicos, el Poder Judicial, entre otros, en un ejercicio único de armonización y transversalidad.

En junio del 2022, primero los ministerios de Justicia o sus equivalentes suscribimos el texto del Acuerdo que luego fue aprobado por el Consejo del Mercado Común (órgano máximo del bloque) y que hoy se encuentra en trámite para su aprobación parlamentaria en varios de los países de la

región. Se trata de un Acuerdo autónomo con base en los acuerdos y protocolos ya vigentes en la materia, pero que busca particularmente la “operatividad”.

El Acuerdo establece un mecanismo ágil, sencillo y de efectivo cumplimiento en un Estado parte para el reconocimiento de pleno derecho e implementación de las medidas de protección a favor de mujeres en situación de violencia de género emitidas por la autoridad competente de otro Estado parte, a través de la transmisión de una Orden Mercosur de Protección (en adelante, OMP).

En ese marco, se incluyeron definiciones para clarificar especialmente algunos conceptos con una doble finalidad: esclarecedora para los operadores del alcance del Acuerdo e informativa para los destinatarios de la medida en aras de poder identificar fácilmente sus derechos y hacerlos valer. Esas definiciones apuntan a alumbrar:

- a. que las medidas de protección abarcan tanto las del ámbito civil como las dictadas en el ámbito penal, en la medida que puedan poner en peligro la vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también la seguridad personal tanto en el ámbito público como privado;
- b. qué se entiende por violencia de género en el marco del Acuerdo;
- c. qué personas resultan protegidas –para países como el nuestro que posee una legislación en sentido amplio sobre reconocimiento y protección de las identidades de género, se incluyó una cláusula extendida de reconocimiento hacia todas aquellas personas que resulten afectadas por motivos de género– conforme la recomendación CMC 4/19 (dicha cláusula se analizará más adelante);
- d. a quién se considera persona causante del peligro; entre otros aspectos.

El mecanismo propone que cada Estado parte designe una autoridad central encargada de recibir, tramitar y transmitir las solicitudes de reconocimiento de las OMP que se dicten en el ámbito de aplicación del Acuerdo. Para ello, los Estados partes, al depositar el instrumento de ratificación o adhesión

del mismo, comunicarán la designación de dicha autoridad central, la cual se pondrá en conocimiento de los demás Estados partes. El espíritu del Acuerdo busca que las autoridades centrales se comuniquen directamente entre ellas, sin recurrir a la vía diplomática, dando intervención a las respectivas autoridades competentes, mediante un mecanismo dinámico, en particular en las zonas fronterizas. En ese sentido, y en atención a la celeridad requerida para la aplicación práctica de las medidas, prioriza la tramitación electrónica de las solicitudes así como la comunicación entre las autoridades intervinientes de forma directa.

El Acuerdo establece también el **“reconocimiento mutuo de pleno derecho”** en todos los Estados parte de las medidas dictadas en otro Estado parte. Este es un principio innovador y de avanzada en nuestra región que introduce esa modalidad y que tiene fundamento en el carácter humanitario y de interés común de su implementación. Eso significa que las personas alcanzadas por la medida pueden solicitar ser destinatarias de la protección y no precisan de ningún accionar de validación en el otro país para que se le reconozca dicha medida.

Para mayor facilidad, aún se dispone la exoneración de legalización, apostilla u otras formalidades análogas a fin de darle celeridad al trámite de solicitud y la redacción de las OMP en formularios bilingües para evitar dilaciones de traducción de las solicitudes y la documentación anexa.

3. Un análisis sobre la situación de los casos de violencia por motivos de género en Argentina

En función de considerar que los datos estadísticos otorgan sustento a la hora de llevar adelante intervenciones estatales, realizamos un diagnóstico sociodemográfico que representa la situación nacional en materia de casos de violencia por razones de género.

Según el Tablero Estadístico del Sistema Integrado de Casos de Violencia de Género (en adelante, SICVG),⁽⁴⁾ los casos

(4) El Sistema Integrado de Casos de Violencia por Motivos de Género (SICVG) –tomando en su módulo de carga de casos y consultas, los

registrados en las provincias limítrofes con países miembros y asociados del Mercosur reviste un rango de gravedad entre **alto y altísimo**.⁽⁵⁾

El Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad propuso un modelo de medición de riesgo que permite, en el mediano plazo, calcular tanto el riesgo de letalidad y/o la posibilidad de que puedan darse nuevos ataques como el aumento en la intensidad de los actos violentos, a partir de dos dimensiones principales: la amenaza, que comprende la existencia de conductas violentas, la frecuencia, el inicio y la vigencia de cada tipo de violencias; y la vulnerabilidad, que abarca determinadas características económicas, sociales, sociodemográficas y psicológicas, y, además, circunstancias que rodean a la persona en situación de violencia y los efectos que producen en ella. En este sentido es que las OMP se pensaron y se proponen como instrumento que acompañe la reducción de dicho riesgo, que es lo que determina que el peligro derive en la expresión extrema de la violencia: el femicidio.

Según el Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina del año 2021, realizado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, OM) se registraron 251 víctimas letales de violencia de género, un promedio de 1 femicidio cada 35 horas. De ellas, 231 fueron víctimas directas y, al menos, 20 fueron vinculadas. Asimismo, 182 niñas, niños y adolescentes se encontraban a cargo de las víctimas directas de femicidio. En relación a la nacionalidad de las víctimas, 12 de ellas eran migrantes internacionales.

Otro factor en el que deberíamos detenernos para basar la aplicabilidad de las OMP es en el tipo de violencia preponderante, la cual, según los parámetros que midió el SICVG, fue la doméstica (Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad

dispositivos territoriales de protección; violencias extremas; Cuerpo de Abogadxs; Programa Acompañar; Módulo Federal; Línea 144 y PAD—registró durante el período 2013-2022 en el total del país un universo total de **669.339** personas en situación de violencia.

(5) Jujuy: riesgo alto; Salta: riesgo altísimo; Formosa: riesgo alto; Corrientes: riesgo altísimo; Misiones: riesgo altísimo; Entre Ríos: riesgo altísimo; Provincia de Buenos Aires: riesgo alto. Información disponible en: tablero-sicvg.mingeneros.gob.ar/

[MMGYD], 2023). Esto nos permite pensar que puede ocurrir que la persona que se encuentra en situación de violencia de género se retire por las circunstancias y riesgo de su lugar de residencia, sea interprovincialmente o cruzando las fronteras, y es en este último caso es donde las OMP se vuelven fundamentales.

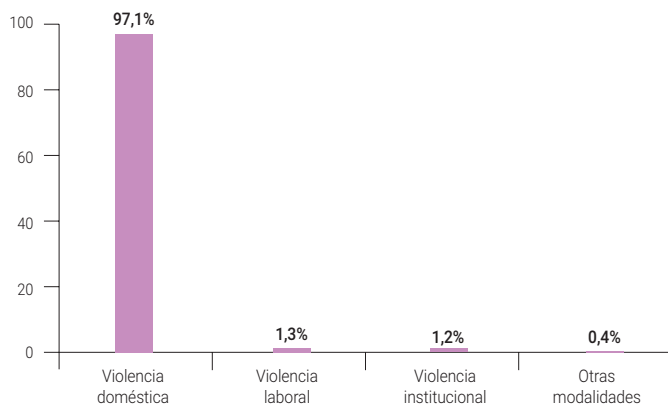


Figura 1. Total de registros SICVG, según modalidad de violencia registrada en casos de violencia por motivos de género (años 2013-2022).

Nota: porcentajes calculados sobre el total de respuestas válidas.

Fuente: Elaboración de la Dirección Técnica de Registros y Bases de Datos (MMGYD), en base a datos de SICVG.

En este sentido, podemos traer a colación una de las discusiones que se viene dando en el derecho internacional de los derechos humanos y que tiene que ver justamente con que la violencia doméstica sea reconocida como base para la determinación del estatus de refugiado/a. En este sentido,

... el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) reconoció, [ya] en 2002, las solicitudes de asilo por motivos de género abarcan, entre otras, la violencia doméstica (...) Este tipo de violencia ha sido utilizada como mecanismo de persecución por parte de agentes no estatales y constituye una forma de discriminación cuando el Estado no cumple con proteger y combatir la impunidad en estos casos. En este sentido, el ACNUR ha promovido la interpretación de la violencia doméstica como una forma de discriminación, que cuando es parte de una deficiencia estructural que impide la protección de las mujeres, puede tener un fin persecutorio y ser considerado como uno de los motivos de persecución establecidos en la Convención de 1951, generalmente asociado con pertenecer a un grupo social determinado (en adelante, GSD). (Vargas Climent, 2020, p. 1)

Sin embargo, esta interpretación ha variado en la práctica, dado que algunos Estados, tribunales y académicos rechazan la aplicación de una interpretación extensiva de los motivos ya existentes. Otros, en cambio, han adoptado una interpretación extensiva entendiendo a las mujeres como parte de un grupo social determinado que, cuando sufre violencia basada en su género, como la violencia doméstica, puede ser considerada como refugiada. Por lo anterior, al existir esta divergencia, se sugiere la adopción de un motivo específico que resguarde la violencia contra la mujer como un motivo más dentro de la Convención de 1951. Lo anterior, con el fin de evitar que las mujeres en búsqueda de asilo estén sujetas a la interpretación estatal de si pertenecen o no a un GSD (Vargas Climent, 2020).

A ello, Vargas Climent (2020) agrega:

Sin embargo, con el creciente reconocimiento de la invisibilización de los derechos de las mujeres en el derecho internacional, las normas preexistentes han sido cuestionadas, entre estas las establecidas en la Convención de 1951. La persecución basada en género se fundamenta en la imposición social, cultural e histórica de las construcciones de poder entre hombres y mujeres. Por esta razón, es indispensable el reconocimiento de estas estructuras para el adecuado desarrollo y protección de las mujeres en el ámbito del derecho internacional y, en el caso en particular, de las mujeres en búsqueda de asilo. (p. 1)

En este sentido, las OMP podrían ser una herramienta jurídica de protección "intermedia" donde se reconozcan los derechos, garantías y medidas para la protección de las personas en situación de violencia de género como una problemática estructural, que requiere una protección especial, sin la necesidad de llegar a la instancia de solicitar asilo y constituirse en su condición de refugiadas. Todo esto teniendo en cuenta que se garantice su efectiva aplicabilidad para cada caso particular.

Respecto de los procesos migratorios, otro de los aspectos o instancias en los que se puede apreciar claramente el impacto de los patrones y relaciones sociales de género es a nivel individual, donde se remite a la posición relativa de mujeres y varones, definida por su inscripción en función de los estratificadores sociales. Distintos estudios han documentado la

existencia de motivaciones para la migración de varones y mujeres que reproducen los mandatos de género. Por ejemplo, para el caso de los varones, los motivos que suelen originar la decisión migratoria se ligan a la necesidad de obtener un trabajo y cumplir con su rol de proveedor económico y sustento familiar. Para las mujeres, en cambio, se registran algunas motivaciones claramente impactadas por su ubicación en los sistemas de género: escapar de contextos culturales o familiares opresivos (como la violencia doméstica, el control sobre las mujeres jóvenes, la presión para casarse, la discriminación a las mujeres lesbianas), tener expectativas de contraer matrimonio o de emplearse como trabajadoras domésticas y de cuidados en los lugares de destino (ONU Mujeres, 2013).

En este sentido, la Recomendación General 26 de la CEDAW manifiesta que cerca de la mitad de la población migrante del planeta está constituida por mujeres y que los factores que influyen en la migración son la violencia por motivo de género en los países de origen, así como el deseo de buscar nuevas oportunidades, la pobreza, el desequilibrio de ciertas prácticas culturales, los desastres naturales o las guerras y los conflictos armados internos que influyen en la migración de la mujer. Además, manifiesta que cuando las mujeres migrantes están en tránsito fronterizo pueden enfrentar diferentes vulneraciones de sus derechos humanos. En virtud de los desafíos y riesgos que entraña, la experiencia de atravesar esa frontera magnifica la posición simbólica masculina.

En relación con todo lo dicho anteriormente es que el análisis interseccional y la situación de las mujeres migrantes permite identificar desigualdades que las atraviesan como también clarificar las estructuras sociales que las originan, contribuyendo a evitar de esta manera una interpretación estereotipada que entiende a las mujeres migrantes como víctimas y objetos de procesos sociales que las subalternizan –la pobreza en su país de origen como desencadenante de la migración, la migración como última opción o desplazamiento no elegido, la violencia doméstica en las comunidades de origen, la discriminación étnica, etc.– (Organización Internacional para las Migraciones y Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014).

En consonancia con la interdependencia de los derechos humanos, urge diseñar estrategias de intervención que contemplen a la población migrante como sujeto integral de derechos pero que, en el mismo movimiento, contemplen que ese sujeto no es universal ni neutral, sino que requiere ser interceptado por una mirada anclada en los cruces entre las perspectivas de género y la interculturalidad.

En este aspecto, las variables de interseccionalidad según los registros del SICVG es que el 4% de las personas en situación de violencia de género son migrantes y el 0,9% tienen condición de refugiadas (MMGYD, 2023, p. 29). Este dato nos permite tener en cuenta las posibles personas que podrían llegar a solicitar una OMP, más allá que el instrumento determina que las medidas se pueden solicitar cuando la persona visite, resida de manera transitoria, temporaria o permanente en el territorio de otro Estado parte, independientemente de su situación migratoria; es decir, no solo aplica en los casos de personas en situación de violencia de género que sea migrante (como, por ejemplo, mujeres que viajan por vacaciones).

Tabla 1.
Cantidad de personas asistidas en situación de violencia, según variables de interseccionalidad (noviembre de 2020 a diciembre de 2022)

Variables de interseccionalidad	Porcentaje
Persona migrante	4,0%
Persona en situación de prostitución	1,7%
Persona con discapacidad	1,6%
Persona perteneciente a pueblo indígena	1,4%
Persona en situación de trata	1,0%
Persona en condición de refugiada	0,9%
Persona en conflicto con la ley penal	0,8%
Persona afrodescendiente	0,5%
Persona privada de la libertad	0,1%

Fuente: Elaboración de la Dirección Técnica de Registros y Bases de Datos (MMGYD), en base a datos de SICVG.

Ahora bien, en línea con el análisis de la pertinencia de las OMP como instrumento viable en el cumplimiento de los fines perseguidos, los datos ofrecidos por la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema (en adelante, OVD) resultan ser un basamento. Teniendo en cuenta lo disímil de los universos abordados por ambos informes, debido al análisis de distintas unidades de medida –el primero es un nivel nacional,

y el segundo un nivel local (CABA)– lo arrojado por el Informe Estadístico Anual 2021 resulta central.

En este sentido, los datos de la OVD, referidos a las características sociodemográficas de las/os denunciante en relación a la nacionalidad, registraron que, del total de casos atendidos en nuestro país, el 81% de las personas afectadas por hechos de violencia doméstica eran argentinas y un 19% de otras nacionalidades (5% boliviana; 6% paraguaya; 4% peruana; y 4% tenían otras nacionalidades). Es decir, 2 de cada 10 personas afectadas tenían antecedentes de migración de otros países. A los efectos de la aplicabilidad de las OMP, Bolivia y Paraguay son los países de origen con mayores índices de migración y corresponden a Estados miembros y asociados del Mercosur.

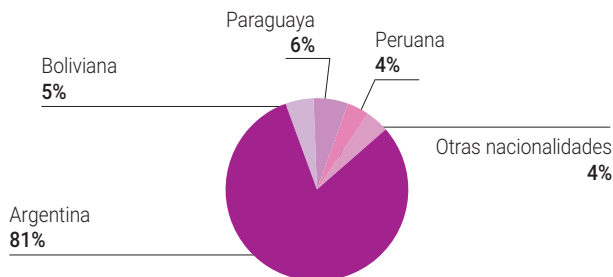


Figura 2. Nacionalidad de las personas en situación de violencia asistidas (2021).

Total: 11.579

Fuente: Informe Estadístico Anual 2021 de la OVD.

Considerando el análisis desde una perspectiva de interseccionalidad, más de la mitad de las mujeres eran migrantes internacionales (30%) o interprovinciales (26%), y 38% se hallaba desocupada o realizaba tareas de cuidado sin remuneración.

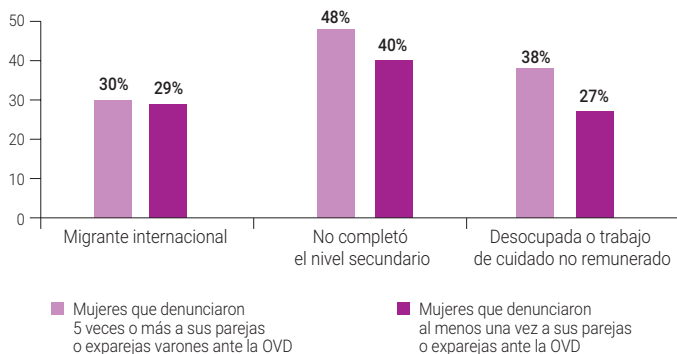


Figura 3. Variables interseccionales en el análisis de las personas en situación de violencia asistidas (2021).

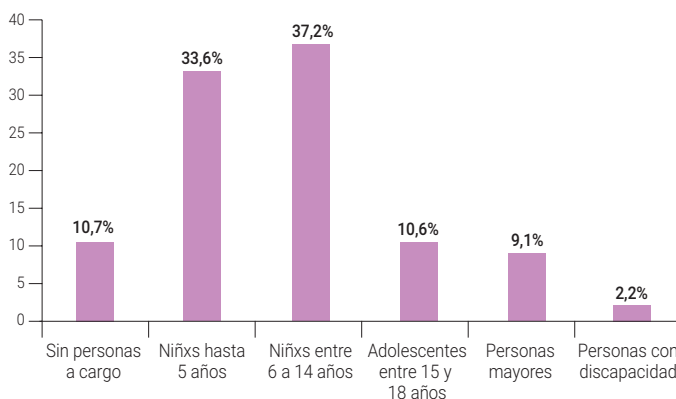
Fuente: Informe Estadístico Anual 2021 de la OVD.

Por otro lado, según los datos del SICVG, se registra que el 92,7% posee personas a cargo (MMGYD, 2023), cuestión que el instrumento prevé al momento de que la autoridad competente del Estado emisor decide sobre la emisión de una OMP; este tendrá en cuenta la necesidad de protección de la mujer y, en caso de ser necesario, la de sus hijos e hijas o personas a su cargo que la acompañen. Es decir que, de acuerdo a los datos expuestos anteriormente, existe una viabilidad en la aplicación de este Acuerdo donde se propone una protección para las mujeres en caso de que decidan trasladarse, aun de forma transitoria, a países parte del Mercosur y cuenten con una medida de protección dispuesta en su país de origen (que también debe ser Estado parte del Mercosur o Estado asociado), de manera que no deberá volver a pasar por el proceso judicial.

Figura 4.
Personas en situación de violencia asistidas con personas a cargo (noviembre de 2020 a diciembre de 2022)

Nota: la suma es más del 100% dado que es una variable de selección múltiple.

Fuente: SICVG. Elaboración propia de la Dirección Técnica de Registros y Bases de Datos (MMGYD).



Respecto de las medidas de protección, el Acuerdo reconoce las siguientes medidas: prohibición de entrar a localidades o lugares o en zonas determinadas en las que reside la mujer o en las que se encuentre temporalmente por el motivo que fuere; prohibición o restricción del contacto, en cualquier forma, con la mujer, incluso por teléfono, correo electrónico o postal o por cualquier otro medio; prohibición o restricción del acercamiento a la mujer a una distancia inferior a la prescrita, incluyendo o no el uso de dispositivos de geolocalización y rastreo; suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con obligación de depositarla en el lugar indicado; o cualquier otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer, hacer cesar la situación de violencia

y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión o maltrato perpetrado por el agresor. En este sentido, nuestra ley 26.485 tiene en cuenta todas estas medidas de protección que se plantean en el instrumento, en el cual también se deja una cláusula abierta, no siendo una enumeración taxativa.

Cabe preguntarnos ¿qué pasa si una de las medidas dictadas en el Estado emisor no está contemplada en la legislación nacional del Estado ejecutor y no puede llevarse a cabo por incompatibilidad de la medida en su territorio? El Estado ejecutor puede rechazar las medidas por no estar contempladas entre las enunciadas anteriormente o por ser contrarias a su orden público. Ahora bien, más allá de que pueda denegar la OMP dictada por el Estado emisor, el Estado ejecutor deberá de todas formas adoptar las medidas urgentes de protección que sí sean compatibles con su ordenamiento jurídico para salvaguardar la vida y la integridad de la mujer y, en caso de que corresponda, la de sus hijos e hijas u otras personas a cargo.

Medida de protección	Porcentaje
Prohibición de acercamiento	39,0%
Exclusión del agresor de la residencia en común	19,0%
Botón antipánico	8,8%
Medidas de seguridad en el domicilio	6,4%
Restitución de bienes y efectos personales	4,6%
Secuestro de armas en poder del agresor	2,5%

Tabla 2.

Personas en situación de violencia asistidas, según tipo de medidas de protección dictadas (noviembre de 2020 a diciembre de 2022)

Fuente: SICVG. Elaboración propia de la Dirección Técnica de Registros y Bases de Datos (MMGYD).

4. Discusiones y críticas

Uno de los temas de mayor discusión durante la negociación de este Acuerdo se basó en definir quiénes serían las personas destinatarias de las OMP: si la “mujer” o las “personas” en situación de violencia de género. Al plantearse este debate de fondo, los Estados argentino y uruguayo defendimos que se hable de “personas en situación de violencia de género”, tal como se encontraba en su texto inicial. Nuestra posición, que va de la mano de una mirada no binaria y amplia del término

“mujer” y se evidencia en consonancia con la Ley 26.743 de Identidad de Género, nos llevó a interpretar que quedaban por fuera identidades del colectivo LGTBIQ+ –como, por ejemplo, las personas travesti trans–. Esto se disputó con la postura más conservadora de los gobiernos de Brasil y Paraguay, gobiernos con una concepción cis normativa del término “mujer”.

Luego de varias negociaciones, entendiendo la relevancia y necesidad de la existencia de este instrumento jurídico a nivel regional es que se cedió con el término “mujer” a los fines de poder llegar a un consenso. De todas formas, para subsanar esta restricción de derechos y como “válvula de escape”, desde Argentina propusimos incorporar la llamada “aplicación extendida” donde se plantea que, en el caso de que resulte necesaria la protección de víctimas en situación de violencia de género distintas de las mujeres, el Acuerdo será aplicado igualmente en lo que corresponda. Esta equivalencia establecida tiene el objetivo de garantizar el pleno goce de los derechos en relación a la identidad de género, rompiendo con el binarismo y logrando la salvaguarda de aquellas personas que se encuentren en una situación de violencia de género, pero que sean distintas a las mujeres entendidas de forma restrictiva.

En este sentido, el SICVG colocó por primera vez en un informe estadístico nacional sobre registros de situaciones de violencia por motivos de género información desagregada para la población LGBTI+. Se registraron 18.808 casos de personas LGBTI+ asistidxs, de cuya totalidad el 2% son personas migrantes (MMGYD, 2023).

Tabla 3.
Cantidad de personas
LGBTI+ asistidxs
según variables de
interseccionalidad
(noviembre de 2020 a
diciembre de 2022)

Variables de interseccionalidad	Porcentaje
Persona en situación de prostitución	8,3%
Persona con discapacidad	3,0%
Persona en situación de trata	2,9%
Persona perteneciente a pueblo indígena	2,1%
Persona migrante	2,0%
Persona en condición de refugiada	1,6%
Persona afrodescendiente	0,6%
Persona privada de la libertad	0,1%

Fuente: SICVG. Elaboración propia de la Dirección Técnica de Registros y Bases de Datos (MMGYD).

5. Conclusiones finales

Los sistemas patriarcales imprimen huellas en todas las sociedades y condicionan las subjetividades sin reconocer límites geográficos. Las rutas recorridas por las personas en situación de violencia son complejas y abarcan una pluralidad de instituciones gubernamentales (mayormente de salud, justicia, policía y recursos especializados en violencia) y no gubernamentales, incluyendo las redes familiares y comunitarias a nivel local. Las respuestas encontradas y el efectivo acceso a la justicia variarán en función de la accesibilidad, la disponibilidad y la calidad del servicio ofrecido en esas instituciones.

En la actualidad, se ha llegado a consensos acerca de que la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones constituye una violación de sus derechos humanos y una discriminación por motivos de género. También queda claro que una las deudas pendientes para avanzar en su prevención y erradicación tiene que ver con la necesidad de establecer más y mejores políticas públicas.

En este sentido, consideramos que es de suma importancia trabajar por la aprobación e implementación efectiva del Acuerdo sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección para las mujeres en situación de violencia de género entre los Estados partes del Mercosur y Estados asociados pensándolo en su doble aplicabilidad –para aquellas personas que emigren de Argentina hacia Brasil, Uruguay o Paraguay y viceversa–, velando por todas las garantías y derechos plasmados en el marco legal del derecho internacional y nacional de los derechos humanos.

Creemos que este instrumento constituye un paso cualitativo en la construcción de un mundo libre de violencias por razón del género, y la apuesta a la integración regional de los Estados del Mercosur y Estados asociados en lo que tiene que ver con la problemática de la violencia en razón de género refleja un gran avance como una respuesta directa y más eficaz a la ciudadanía.

**Jurisprudencia
y opiniones consultivas
de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos**

“En materia de aplicación de estándares de convencionalidad sobre derechos humanos de las personas travestis/trans, la OC 24/17 ha sumado fundamentos y operatividad a los avances que dio nuestro país en los últimos años...”

Antecedentes y desafíos de la OC-24/17 en Argentina

Florencia Feldman*
 florfeldman@yahoo.com.ar

1. Introducción

El 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se pronunció por primera vez sobre los derechos protegidos por la Convención Americana que resultan relevantes en relación con el derecho al reconocimiento de la identidad de género y, asimismo, emitió una interpretación crucial sobre el derecho a la igualdad de las familias, en plural, en su diversidad de conformaciones por orientación sexual.

Este pronunciamiento se inscribió dentro de un proceso en el que diversos actores del derecho internacional venían estableciendo estándares e instrumentos que marcaban la discriminación hacia la población LGBTI+ y su necesidad de protección, si bien no existe aún una convención específica.

La Opinión Consultiva OC 24/17 se originó en un pedido del Estado de Costa Rica para conocer el alcance del derecho a cambiar el nombre a partir de la identidad de género y sobre el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo, según los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde 1982, la Corte IDH emitió 29 opiniones consultivas cuyo propósito es interpretar el cuerpo normativo interamericano, que han tenido un valor e impacto sostenido en el derecho doméstico. En la OC-23/17, la Corte IDH ha resaltado que

... es necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. (2017, párr. 28).

(*) Psicóloga (UBA). Maestranda en Ciencias Sociales y Salud (FLACSO/CE-DES). Titular de la Unidad de Gabinete de Asesorxs de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación.

Para entonces, la República Argentina no solo contaba con la ley 26.618, llamada de “matrimonio igualitario”, aprobada en el año 2010, y con la Ley 26.743 de Identidad de Género, aprobada en 2012, sino también con un “nuevo” Código Civil y Comercial que recepta ambas normas.

Es decir, cuando la Corte IDH recibe la solicitud de opinión consultiva referida, nuestro país venía transitando años de avances históricos en materia de derechos humanos de las personas LGBTIQ+ y de otros grupos, sobre todo a partir del año 2010 con el camino inaugurado por el debate y la aprobación de la ley de “matrimonio igualitario”.

Por otro lado, este recorrido también permitió expresar en el proceso de consulta las dificultades en la implementación de estas leyes, tanto a nivel de los órganos judiciales y administrativos como en lo concerniente a otras barreras institucionales que afectaban el ejercicio real de estos derechos.

2. “Matrimonio igualitario”: la potencia de desafiar mandatos como compromiso con la democracia y los derechos humanos

El eje central y la clave en términos jurídicos y políticos de la OC 17/24 es el principio de no discriminación y la consecuente obligación de los Estados de igual protección legal para todas las personas.

En nuestro país, fue la ley 26.618 la que inauguró este paradigma de igualdad, por lo que me interesa señalar sus aspectos relevantes a los fines del abordaje de la OC 24/17 y sus implicancias para nuestro país.

Por un lado, las leyes que le siguieron, como la de Identidad de Género, la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistidas y el propio Código Civil y Comercial, por mencionar las más significativas, reafirman el mismo principio que hizo del debate y de la propia ley de matrimonio igualitario una bisagra.

Conocida como ley de “matrimonio igualitario”, adquirió ese nombre al fragor del debate. Visto en perspectiva, el nombre de la ley no fue preconcebido, pero los términos de la estrategia y del debate por conseguirla cristalizaron en ese nombre en el que “igualitario” tiene tanta o más fuerza que “matrimonio”.

Lo que estaba en debate era que el Estado excluía personas de uno de los institutos civiles que determinan y reconocen vínculos familiares por su orientación sexual, dejándolas así sin la protección del Estado (por ejemplo, y referidos por Costa Rica en su solicitud, respecto de los derechos patrimoniales). Pero, peor aún, le negaba a la población que no respondía a la heteronormatividad ser parte de la sociedad, de los debates por las relaciones de poder en la sociedad respecto de una institución central en su organización y distribución como es la familia y, en particular, el matrimonio.

En esos términos, la denegación de los derechos y obligaciones derivados de los vínculos reconocidos y regulados en la institución matrimonial eran fundamentales en las biografías y cotidianidad de las parejas de personas del mismo sexo, en el ocultamiento, en el dolor y en las violencias que vivían; pero, sobre todo, daban cuenta de los efectos que la discriminación genera en la población que no respondía a los mandatos de familia patriarcal.

Y no solo eso: el reconocimiento de igualdad de las condiciones intrínsecas a las personas humanas en su diversidad, en este caso sexual, fue inaugural porque desterró a la orientación sexual del Código Penal, los códigos contravencionales, los manuales de clasificaciones de enfermedades, y de tantas otras calificaciones, y la ubicó en el campo de los derechos humanos.

Y esa operación –vehiculizada a través del debate por la igualdad de todas las personas para ser parte del campo de sentidos sobre qué son las familias, para qué sociedades, en el campo de qué disputas de poder– hace a una sociedad más democrática.

No se trató de un debate que solo involucró a la población que estaba excluida de dar el “Sí, quiero” ante el oficial del registro civil, sino que en cada familia, en cada escuela, en cada

comunidad se debatió sobre los mandatos que atentan contra la libertad de ser, sobre los prejuicios que esconden preguntas tan viejas como la humanidad, sobre tabúes en relación con la sexualidad.

La sociedad atravesó el debate del matrimonio igualitario y saldó una deuda de la democracia: las personas, que ahora podían decidir si casarse o no, fueron interpeladas por los caminos que se abrían para sus planes de vida familiar y sus vínculos, pero también por la inscripción de esa decisión vital en el campo de los derechos humanos.

La aprobación de la ley 26.618, por todo lo que implicó, por la forma en que se dio y por la historia que la hizo posible, fue un hito en el movimiento LGBTIQ+, como parte del movimiento de los derechos humanos en Argentina.

Así, la siguiente consulta, que Costa Rica realizó en 2016 a la Corte IDH, fue central para nuestro país:

Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de **orientación sexual es una categoría protegida** por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención, ¿contempla esta protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo? En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, **¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?**⁽¹⁾

La respuesta de la Corte IDH sería trascendental respecto de la fortaleza que nuestra reciente legislación podía adquirir, tanto como lo fueron sus antecedentes que acabamos de reseñar.

Y en este sentido, la Corte, al abordar la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo, deja una primera demarcación sobre los alcances que dará a las consideraciones sobre esta solicitud de Costa Rica. Para

(1) El resaltado me pertenece.

definir los términos de la respuesta a la pregunta sobre dichos vínculos, dice claramente:

En respuesta a la cuarta pregunta planteada por el Estado de Costa Rica, la cual se refiere a la **protección de los derechos patrimoniales** que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, la Corte concluye que: La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo.

La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, **de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24)**, todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, **la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales** (supra párr. 198). (párr. 199)⁽²⁾

Es decir, no se trata de los derechos patrimoniales derivados de los vínculos entre parejas del mismo sexo. O no solo de ello. Se trata de igualdad, de la obligación internacional de los Estados en el campo de los derechos humanos y de todos los derechos y obligaciones que cada Estado genere para las familias. Se trata de ser parte del debate de esos derechos y obligaciones, de aportar desde la diversidad a ese debate, con los desafíos que ello conlleva a los mandatos patriarcales, biologicistas y a la construcción de un debate democrático, como se mencionó anteriormente. Claro ejemplo de ese desafío y aporte fue la inscripción de nacimientos en matrimonios de mujeres al amparo de la ley 26.618 cuando no contábamos con una tercera fuente de filiación regulada, como ocurrió luego con el Código Civil y Comercial.

(2) El resaltado me pertenece.

Y precisamente sobre esos desafíos para los Estados avanzan las consideraciones de la Corte IDH. Pero antes, sobre las implicancias de esta conclusión, sobre la obligación de los Estados cuando el derecho interno reconoce derechos y obligaciones a vínculos heterosexuales a través de la institución matrimonial. Dice la Corte IDH en el párrafo cuya numeración se incluye:

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, **crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre, carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación.** Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte **no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.**⁽³⁾

Cabe recordar que durante el debate del proyecto de ley en el Congreso, en Argentina hubo quienes sostenían que la institución para parejas del mismo sexo tenía que tener otro nombre precisamente porque sostenían que no podía ser matrimonio en tanto lo definían como un vínculo entre un varón y una mujer.⁽⁴⁾ La contundente respuesta de la Corte IDH calificando tal argumento como discriminatorio es determinante para la ratificación de la ley argentina del año 2010, así como de nuestro actual Código Civil y Comercial.

El actual Código ya no solo regula al matrimonio sin distinguir entre parejas por su orientación sexual, sino que también recepta la cláusula de interpretación y aplicación de la

(3) El resaltado me pertenece.

(4) Téngase presente que aún no había Ley de Identidad de Género, por lo que la referencia a varón y mujer considera a personas cisgénero.

ley 26.618 (art. 42), fundamental para su operatividad como ley inaugural en un sistema heteronormativo –por ejemplo, en la mencionada inscripción de nacimientos en comaternidad, previo al “nuevo” CCyC– y que, a la luz de lo dicho por la Corte, tanto en el párr. 199 como en el 224 aquí citados, es una disposición central para el respeto del principio de igualdad y no discriminación en materia de familias. El actual Código la incorpora en su art. 402,⁽⁵⁾ en el Capítulo 1: “Principios de Libertad y de Igualdad” del Título sobre “Matrimonio”.

Finalmente, y retomando la mención a los desafíos que para los Estados representa la conclusión del párr. 199 –y sumando las definiciones de la Corte del párr. 224–, respecto a poner en debate una institución central de la sociedad como el matrimonio desde las diversidades familiares aquí en cuestión, volvemos a citar a la Corte por su claridad sobre cómo deben actuar los Estados ante estos desafíos:

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, **se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.**⁽⁶⁾

Tratándose de mecanismos para que los Estados protejan las familias diversas, dice la Corte algo más y que resulta muy significativo en virtud de la experiencia argentina de más de

(5) “Art. 402 CCyC: Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

(6) El resaltado me pertenece.

10 años de la ley 26.618 y más de 5 de vigencia del Código Civil y Comercial, que no han sido sin obstáculos para su cabal respeto y aplicación en igualdad:

228. (...) podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. **Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.**⁽⁷⁾

Los ejemplos de obstáculos que se presentan, aun contándose con una legislación respetuosa de los derechos de las familias –incluida la cláusula de igualdad y no discriminación del propio Código Civil y Comercial–, dan cuenta de lo valioso del deber de garantizar la igualdad de derechos que se establece aquí para los Estados, tanto en la aplicación de regímenes de licencias por nacimiento de hijxs, asignaciones del régimen de seguridad social, cobertura de TRHA como en trámites registrales de inscripción de nacimientos y trámites migratorios, aunque posiblemente podamos hacer una lista más extensa aún.

En algún sentido, estos obstáculos no deben sorprender, tratándose de normas que transforman de manera radical el sistema normativo, y siglos de culturas y prácticas institucionales de organismos y operadorxs. Y por ello fue fundamental el art. 42 de la ley 26.618 y el actual 402 CCyC, así como sus arts. 1° y 2° sobre fuentes y aplicación e interpretación. Y lo es ahora la obligación que para los Estados y respecto de todos sus órganos emana de la OC 24/17.

Las normas deben contener respuestas o criterios para abordar los desafíos que presentan. Y ahora también la Corte IDH no solo da cuenta, en este párr. 228 citado, entre otros,⁽⁸⁾ de los desafíos que deben abordar los Estados para

(7) El resaltado me pertenece.

(8) En esta clave también puede leerse el párr. 223 sobre la “evolución del matrimonio”.

cumplir con la CADH y la protección que brinda a las familias diversas conforme a la presente OC 24/17, sino que aporta definiciones claras sobre cómo respetar esas obligaciones insoslayables y cómo deben sortearse los obstáculos de demoras en las reformas y adecuaciones necesarias.

En este sentido, en el marco de la solicitud de la opinión consultiva en análisis, fui parte de la elaboración colectiva de la observación escrita y la ponencia oral en la audiencia pública de los días 16 y 17 de mayo de 2017 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte de la Asociación Civil 100% Diversidad y Derechos.⁽⁹⁾

Lo que allí se intentó aportar fue precisamente la experiencia, hasta entonces, de las vicisitudes que se habían ido presentando en la aplicación de Ley 26.743 de Identidad de Género y las claves de los debates que estaban en juego en las preguntas de Costa Rica sobre ambos temas. Para cerrar las reflexiones de este artículo sobre la OC 24/17 y la diversidad de los vínculos de pareja en relación con el matrimonio y adentrarnos en las siguientes preguntas de Costa Rica, se recomienda la lectura de la carta escrita por la escritora Claudia Piñeiro con motivo del Festival por la Igualdad “Sí, quiero” en apoyo al “matrimonio igualitario”, leída en parte como cierre de la ponencia de la organización 100% Diversidad y Derechos ante la Corte. Al final de este artículo se puede encontrar un pequeño extracto de esta, elegido por su profunda y clara reflexión sobre el respeto a la diversidad de existencias y la amenaza democrática de su negación.

3. La identidad de género y la libertad e igualdad como ejercicios colectivos

Continuando con la solicitud de Costa Rica, en torno a la identidad de género, precisamente el eje de las consultas sigue siendo las preguntas acerca de la diversidad de existencias; la potencia transformadora que es interpelada cuando, subjetiva

(9) La ponencia de la Asociación Civil 100% Diversidad y Derechos en la audiencia pública del 16 y 17 de mayo de 2017 ante la Corte IDH (OC 24/17) se encuentra disponible en: [youtube.com/watch?v=jiTQ7RPhNNY&list=PL0GNzY8Hv4vY9UFWcg40dVD8QPg9nLsme&index=13](https://www.youtube.com/watch?v=jiTQ7RPhNNY&list=PL0GNzY8Hv4vY9UFWcg40dVD8QPg9nLsme&index=13)

y socialmente, las sociedades saldan los debates a favor del respeto a las diversidades intrínsecas de las personas, y lo hacen atravesadas por la igualdad; sobre cómo performa cada cuerpo humano y social la libertad que se reconoce en otrx y en relación con otrxs como hecho colectivo.

La consulta de Costa Rica encuentra a nuestro país con una ley de identidad de género que transitó su aprobación en el Congreso con más facilidad que la de matrimonio igualitario; podría pensarse, incluso, que con el camino algo allanado por ella, pero con transformaciones igual de paradigmáticas e inaugurales. Su art. 1º,⁽¹⁰⁾ junto con su art. 13⁽¹¹⁾ –análogo del art. 42 de la ley 26.618–, establecen y sostienen el principio de no discriminación por identidad de género y el acceso a la igualdad de reconocimiento, libre desarrollo personal y trato para todas las personas de acuerdo a su identidad de género. Y solo después, y como particularidad del trato adecuado, el derecho y la regulación del acceso a instrumentos de identificación acordes con dicha identidad respecto del nombre, sexo e imagen personal.

Lo más conocido de la ley probablemente sea el trámite que permite contar con un documento de identidad que se adecúe a la identidad de género de las personas (arts. 3º a 6º). Y quizás también que la adecuación del cuerpo a dicha identidad, como dimensión intrínseca del derecho a la salud y de conformidad precisamente a los derechos establecidos en su art. 1º, como lo expresa el propio art. 11⁽¹²⁾ de la ley, está

(10) Art. 1º: “Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:

- a) Al reconocimiento de su identidad de género;
- b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;
- c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”.

(11) Art. 13: “Aplicación. Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”.

(12) Art. 11. “Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1º de

cubierta por el Plan Médico Obligatorio (PMO) y tiene como único requisito, al igual que cualquier prestación de salud, el consentimiento libre e informado de quien la solicita (con algunas especificidades para niñas y adolescentes).

La historia de la ley 26.743 también da cuenta de una serie de antecedentes de acceso a derechos a través de procesos ante la justicia –como también sucedió en el caso de la ley 26.618–; en este caso, a un documento nacional de identidad que respetara y adecuara el nombre, imagen y sexo al de la persona titular. Pero en este caso, a diferencia del reclamo judicial por un Código Civil que resultaba discriminatorio para una población –y que podía resolver en cada caso la justicia, como lo hizo en los contados casos previos antes de la sanción de la ley 26.618 que habilitaron a parejas del mismo sexo a acudir al registro civil a contraer matrimonio–, aun cuando la justicia habilitara a las personas trans a que se les expida un DNI acorde a su identidad, el proceso judicial en sí, a la vez que “otorgaba” ese derecho, en el mismo acto vulneraba el propio derecho humano al reconocimiento de la identidad de género de las personas.

Sin una ley de identidad de género sostenida y respetuosa del principio de no discriminación y del derecho al reconocimiento de dicha identidad, que otorgue igual protección legal para todas las personas, el Estado seguiría vulnerando el derecho a la identidad, dignidad y vida privada (protegidos por la CADH) de las personas trans, tal como sucedía cuando el camino al DNI era judicial.

Mientras el trámite de acceso al DNI fue judicial, aun en los fallos más considerados respecto del reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas trans, seguía siendo un juez o una jueza quien “otorgaba” ese derecho. Había ministerios públicos, costos, tiempos, prueba, en fin, un juicio. Y en los peores casos, además se patologizaba y

la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa”.

violenta de diversas formas la intimidad y la salud de las personas.

Por lo tanto, el debate de esta ley debía saldar esta encrucijada con una legislación que, guiada por la igualdad, reconociera el derecho a la identidad de género de todas las personas como punto de partida y anclaje del resto de sus regulaciones. Todas las personas tenemos identidad de género, pero cuando la misma no se condice con el sexo asignado al nacer, los caminos se bifurcan: violencia, exclusión histórica y estructural para la población trans con resultado de biografías de supervivencia y de expectativa de vida que aun hoy se mantiene entre 35 y 40 años.

Para comenzar a revertir ese destino, el Estado ahora cuenta con una ley que, partiendo del reconocimiento del derecho a la identidad de género, establece el derecho al libre desarrollo de las personas conforme a esa identidad. Para ello, a su vez, incorpora a la sociedad toda, como también a la libertad e igualdad como ejercicios colectivos. En función de ello, es indisociable el último inciso de ese art. 1°, que dispone el derecho de toda persona a ser tratada (por otros, por todos) de acuerdo a su identidad de género. Este derecho al trato digno se profundiza en el art. 12 de la ley, con medidas operativas para remover obstáculos de un sistema cisnormativo instalado por siglos, —porque, además, el acceso a la adecuación del DNI es un derecho, no una obligación de las personas trans—.

Como consecuencia de este fundante art. 1°, la ley establece una serie de regulaciones que, a diferencia de cuando el trámite fue judicial, pone en pie de igualdad a las personas trans frente a las ventanillas de los organismos administrativos del Estado con competencias de identificación y registración. Para obtener un DNI que se adecúe a su identidad de género, todas las personas, sin discriminación, acuden ahora al Registro Civil por su registración y al Renaper por su documento.

Tal como se dijo respecto de la salud, el único requisito para acceder al trámite registral es la declaración de la persona, amparada en la ley que entiende al Estado en su deber de respeto y reconocimiento de todas las identidades de género. **Y así como la ley reconoce que todas las personas contamos con una identidad de género y que todas las personas**

podemos acceder al DNI mediante el trámite administrativo correspondiente, el art. 2° contiene la definición de “identidad de género” que ampara a todas las identidades, pero demoró algunos años el acceso al DNI cuando las personas manifestaban una identidad de **género por fuera del sistema binario femenino/masculino, como se menciona más adelante.**

Finalmente, el art. 13 mencionado contiene previsiones para que, en la aplicación de la ley, toda otra norma, reglamentación o procedimiento deba respetar el derecho a la identidad de género y no pueda resultar en ninguna forma de limitación al derecho, debiendo interpretarse y aplicarse siempre en favor del acceso al mismo; cláusula que, en un sistema normativo cisgénero hasta la llegada de esta ley, se anticipa necesaria para la remoción de obstáculos por prejuicios, desconocimientos y costumbres.

Nuestro país ya estaba con esta legislación en la materia cuando Costa Rica presentó su solicitud a la Corte IDH en la que realizó las siguientes consultas:

1. Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención, ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de conformidad con la identidad de género de cada una?
2. En caso de que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?
3. ¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?⁽¹³⁾

(13) El resaltado me pertenece.

“

La sociedad atravesó el debate del matrimonio igualitario y saldó una deuda de la democracia. Las personas, que ahora podían decidir si casarse o no, fueron interpeladas por los caminos que se abrían para sus planes de vida familiar y sus vínculos, pero también por la inscripción de esa decisión vital en el campo de los derechos humanos

”

De nuevo, tal como sucedió con las consultas sobre parejas del mismo sexo y los alcances de la protección de la CADH, la respuesta de la Corte IDH sería trascendental respecto de la fortaleza que nuestra reciente legislación podía adquirir, tanto como lo fueron sus antecedentes que acabamos de reseñar.

Y, de nuevo, se debe decir que, en la primera respuesta, la Corte IDH define los términos en los que abordará las preguntas:

El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. **Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.** (párr. 116)⁽¹⁴⁾

Se trata del nombre (cambio), pero también de la imagen (adecuación) y de la mención del sexo o género (rectificación) en registros y documentos de identidad para que sean acordes a la identidad de género. Y se trata, asimismo, de la obligación de respetar los derechos sin discriminación y con igualdad. Esto último involucra el derecho al nombre y a la vida privada, pero también a la personalidad jurídica y a la libertad. Es crucial para ello que los Estados deban “reconocer, regular, y establecer procedimientos adecuados para tales fines”.

Esta primera respuesta con los principios, derechos y obligaciones así señalados pareciera encaminarse a fortalecer y reafirmar nuestra legislación como respetuosa del derecho al reconocimiento de la identidad de género. Veamos, en ese

(14) El resaltado me pertenece.

sentido, tres aspectos de esos procedimientos mencionados en la OC 24/17.

En primer lugar, cabe señalar el enfoque en la “adecuación integral”, aspecto central por los obstáculos que, desde la sanción de la ley 26.743, suelen presentarse luego de que la persona obtiene su DNI acorde a su identidad de género y debe adecuar el resto de sus documentos y registros, incluidos los que constan en los propios registros civiles –que, por muchos años, pregonaron la judicialización de los trámites de adecuación conexos al de la propia partida y DNI (y muchos lo siguen haciendo actualmente)–.

El siguiente texto sobre la “adecuación integral” del procedimiento reafirma lo dispuesto en este sentido por la ley 26.743 en sus arts. 1º, 7º y 13:

124. Por último, la Corte es de la opinión que (...) **los Estados deberán desplegar sus esfuerzos para que las personas interesadas** en que se reconozca su identidad de género autopercebida en los registros así como en los documentos de identidad, **no tengan que emprender varios trámites ante una multiplicidad de autoridades.** El Tribunal entiende que **es una obligación del Estado asegurarse de que las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles sean actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que se requiera la intervención del requirente, de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género autopercebida tenga vigencia** en todos los registros que sean relevantes para tales efectos.⁽¹⁵⁾

En segundo lugar, esto último también es clave para nuestra legislación, no ya por los obstáculos en su aplicación, sino por la definición sobre el carácter de la identidad de género como un derecho humano que debe ser respetado por todos y no sometido a escrutinios ni de jueces o juezas, ni de terceros. Por lo tanto, las personas deben ser tratadas de acuerdo a su identidad, en particular por los órganos administrativos de registración e identificación (arts 1º, 3º al 6º, 12 y 13 de la ley 26.743):

(15) El resaltado me pertenece.

158. (...) el trámite o procedimiento tendiente al reconocimiento de la identidad de género autopercibida de una persona consistiría en un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, y en el cual **el papel del Estado y de la sociedad debe consistir meramente en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria**, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutiva de la misma. Es así como el referido procedimiento no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento (supra párr. 133).

(...)

160. (...) Es decir, que una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género, no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente.⁽¹⁶⁾

Finalmente, y de acuerdo con lo anterior, la Corte se inclina, como lo hace nuestra legislación, por la vía administrativa como la que mejor se adecúa a los requisitos que establece a lo largo de su desarrollo.

Entre los requisitos de los procedimientos que los Estados deben atender a los fines de sus obligaciones en esta materia, se destaca el ya mencionado respecto a un procedimiento enfocado en la adecuación integral basado únicamente en el consentimiento libre e informado, sin que deban exigirse certificados médicos, psicológicos u otros patologizantes, ni acreditar operaciones quirúrgicas u hormonales; finalmente, dichos procedimientos deben ser confidenciales, expeditos y tender a la gratuidad.

Y conforme lo ratifica la experiencia en Argentina, anterior y posterior a la ley, se afirma:

160 (...) Dado que la Corte nota que **los trámites de naturaleza materialmente administrativos o notariales son los que mejor**

(16) El resaltado me pertenece.

se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona.⁽¹⁷⁾

Como ya se ha dicho, y surge con claridad luego de la OC 24/17, la ley 26.743 cumple con altos estándares en materia de cumplimiento de los derechos humanos en el reconocimiento a la identidad de género de todas las personas; en este sentido, ha sido paradigmática.

En materia de aplicación de estándares de convencionalidad sobre derechos humanos de las personas travestis/trans, la OC 24/17 ha sumado fundamentos y operatividad a los avances que dio nuestro país en los últimos años, tanto en materia de acciones afirmativas que promuevan la igualdad efectiva de la población –como el decreto 721/2020 de cupo laboral travesti trans y la ley nacional 27.636, que lo amplía a los demás poderes y órganos del Estado– como en el ejercicio del **carácter no binario** de las disposiciones de la ley 26.743, a través del decreto 476/2021, que reglamenta el acceso al DNI para personas cuya **identidad de género no se ciñe** al binario femenino-masculino. La OC 24/17 es tenida en cuenta, entonces, en las consideraciones que fundamentan ambos decretos del Poder Ejecutivo Nacional.

4. Un aporte para la dignidad de todas las personas

La lucha por la ley de matrimonio igualitario, primero, y de identidad género, luego, fueron experiencias muy significativas para nuestra sociedad. Asimismo, también fueron un hito en estos 40 años de democracia y, también, como vimos en la OC 24/17, son vanguardia en materia de derechos humanos en la región.

En cuanto a la historia de nuestro país y el ingreso de las vidas de las personas LGBTI+ al campo de los derechos humanos, lo que logró comenzar a dejar atrás siglos de patologización, criminalización y pecado, ha sido crucial la trayectoria

(17) El resaltado me pertenece.

del movimiento local de derechos humanos. Tan crucial como las condiciones y decisiones políticas de entonces que generaron y produjeron la sanción de esta ley y las que siguieron.

Las vidas de las personas y poblaciones LGBTIQ+ de cada familia, de cada comunidad, de cada barrio, de nuestra democracia significan, por un lado, que ya no somos una enfermedad o una patología a tratar, ni un delito, ni un pecado. Somos parte de condiciones subjetivas de las personas, inherentes a nuestra condición humana. Somos derechos humanos.

Y, por otro lado, en otra dimensión, una de las preguntas que atraviesa y sostiene esas luchas es qué mundo estamos construyendo, qué sociedad le estamos dejando a las generaciones que vienen. En qué realidad están y en qué condiciones van a tener que crecer y desarrollar una vida digna y feliz.

Y cuando la respuesta es comprometida, cuando la respuesta es desde una mirada comprometida con el respeto a la dignidad de todes, desde la experiencia del propio crecimiento, del desarrollo de un plan de vida, de una sexualidad y una identidad que eran sinónimo de desafío a los mandatos sociales, a relaciones de poder, puede ser un gran aporte a las luchas por una mejor democracia.

Porque esto nos afirma en la potencia del deseo transformador, nos recuerda las condiciones de humanidad de las personas y la necesidad de lxs otrxs para vivir; y porque también es una gran defensa contra el desánimo, el aislamiento y la frustración que traen el neoliberalismo y las derechas.

Por todo ello, los avances en el reconocimiento a las diversidades familiares y a la identidad de género han significado un hito democrático y de derechos humanos en la región y el mundo. Nuestras leyes en estos temas son también un hito porque tienen la potencia de la transformación colectiva de la sociedad en una cultura del respeto, la no violencia, el cuidado y el amor. Asimismo, incluyen a quienes fueron discriminados desde el mismo Estado, siendo un principio de reparación de esa violencia y un consenso de que debe respetarse la vida y la dignidad de todes.

Y, como se dijo más arriba sobre la negación de las existencias, queda como cierre parte del texto de Claudia Piñeiro en el Festival por la igualdad, "Sí, quiero. Cartas de amor y derechos":

Los que se arrogan la propiedad de la palabra MATRIMONIO salen a decir: "(...) Pero bueno, que sean, que vivan juntos si quieren, pero que usen otro nombre". Y no es ingenuo ni legal lo que plantean, es ontológico. Saben que negar la palabra, negarles ser nombrados, es negar la existencia misma. Un método que viene de los campos de concentración y de los centros clandestinos de detención donde se llamaba a las personas privadas de su libertad por un número, donde no había que nombrarlos, porque el objetivo era que desaparecieran. Estimado señor, no quiero robarle más de su precioso tiempo. Pero sé que a usted como a mí, nos importa la palabra, su uso, y las batallas que se libran en su nombre. Espero con ansiedad su respuesta, quiero tener la posibilidad de estar cara a cara con quien diga ser el dueño de esta palabra: MATRIMONIO, quiero discutir con él, quiero librar batalla. Por los amigos a los que hoy no me dejan nombrar, pero también por mí, por mis hijos, por los amigos de mis hijos, por la memoria de mis padres muertos, y por todos los otros innombrables que aún hoy niega nuestra sociedad, esa que construimos entre todos.⁽¹⁸⁾

(18) El texto de Claudia Piñeiro, "Carta al Director de la Real Academia Española", fue leído por la escritora en el marco del citado festival, realizado el 5 de julio de 2010 en el Centro Cultural Caras & Caretas, en apoyo al matrimonio igualitario, organizado por la Asociación Civil 100% Diversidad y Derechos. Disponible en: 100porciento.files.wordpress.com/2015/07/cuadernillo-si-quiero-3.pdf

Sabías que la Ley 26.743 de Identidad de Género, sancionada en Argentina en 2012, establece que todas las personas tienen derecho a ser tratadas conforme la identidad de género que sienten como propia y a ser identificadas de ese modo en los documentos que acreditan su identidad? ¿Sabías que 749 personas rectificaron su DNI por género no binario en nuestro país, entre 2018 y 2022?

¿Sabías que cinco años después de la sanción de la Ley de Identidad de Género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su OC-24/17, que refuerza la posición argentina en materia de derechos humanos y diversidad

“

[La OC 29/22] es un instrumento que viene a aclarar cuáles son las obligaciones de los Estados, sustentadas en el derecho internacional de los derechos humanos, para garantizar la igualdad real de grupos en mayor desventaja que se encuentran privados de su libertad

”

Aportes de la OC-29/22 en materia de derechos humanos de personas privadas de libertad

**Romina Natalia
Cucchi***
romicucchi@gmail.com

1. Introducción

El Estado es el sujeto obligado convencional y constitucionalmente a la protección y garantía de los derechos humanos de las personas que habitan su territorio. Suele confundirse –sin ingenuidad alguna– que los derechos humanos y las organizaciones institucionales o sociales que se dedican a su defensa están orientadas casi exclusivamente a las personas detenidas. Sin soslayar la malicia con la que este discurso se propaga mediática, social y muchas veces políticamente también, lo cierto es que el Estado, de acuerdo a los mandatos convencionales y sus interpretaciones jurisprudenciales, asume en relación a las personas privadas de libertad una posición especial de garante de los derechos de las mismas (arts. 5.1 y 5.2 CADH). Esto obedece a que las personas detenidas se encuentran en una situación más desaventajada y vulnerable al ejercicio de numerosas violencias. Se encuentran, entonces, en lo que se conoce como relación de especial sujeción, fundada en que:

1. una persona privada de libertad en una institución de encierro se encuentra sometida al control del Estado por orden y responsabilidad del mismo;
2. la custodia de estas personas implica la protección de su integridad personal y el acceso a derechos;
3. el encierro supone que la persona no puede por sí misma proveerse su subsistencia, tampoco su seguridad, ni el acceso a derechos en general, dependiendo todo ello de la institución que lo custodia.

El Estado, entonces, adquiere un plus de responsabilidad respecto de la protección y garantía de los derechos humanos de las personas bajo su control.

(*) Licenciada en Ciencia Política y Administración Pública (Universidad Nacional de Cuyo). Especialista en Criminología (Universidad Nacional de San Juan). Master en Criminología y Sociología Jurídico Penal (Universidad de Barcelona). Docente de nivel superior. Subdirectora de Ejecución Penal (Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Poder Judicial de Mendoza). Integrante del Espacio para la Memoria y los Derechos Humanos EPM Ex D2 de Mendoza.

A los fines del presente documento, interesa identificar si, dentro de la población que se encuentra detenida, el Estado adquiere obligaciones de algún modo reforzadas respecto de ciertos grupos que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad por condiciones de desigualdad histórica como, por ejemplo, las mujeres e identidades y orientaciones sexuales diversas, frente a lo que debe generar acciones positivas específicas.

El andamiaje internacional en materia de privación de libertad se ha ido ampliando y consolidando tanto desde los instrumentos como desde la jurisprudencia. El aporte más reciente de la comunidad internacional en este sentido es la Opinión Consultiva OC 29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) sobre enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad.

Se trata de un instrumento que viene a aclarar cuáles son las obligaciones de los Estados, sustentadas en el derecho internacional de los derechos humanos, para garantizar la igualdad real de grupos en mayor desventaja que se encuentran privados de su libertad. Busca visibilizar la histórica desigualdad y avanzar en consolidar compromisos estatales sostenidos en el principio de igualdad y no discriminación.

El objetivo del artículo es poder enmarcarla, analizarla y avanzar en algunos desafíos en materia de políticas públicas con enfoque de derechos humanos, como así también analizar qué implica para las instituciones de encierro y el sistema penal en su conjunto.

Como todo sistema de estándares que confronta con instituciones burocratizadas, verticalizadas y militarizadas, los desafíos son múltiples así como sus límites: desde su difusión a la puesta en práctica, atravesando condiciones culturales arraigadas; políticas públicas penales y criminales; prejuicios y falta de formación; opiniones de las empresas de comunicación; entre tantos otros.

1.1. Posicionamiento personal

Escribo desde la provincia de Mendoza, por lo que las experiencias locales se encontrarán presentes en el artículo.

Ingreso a las cárceles de la provincia desde el 2008, primero como docente y luego desde mi función actual en la Dirección de Derechos Humanos del Poder Judicial, desde donde monitoreamos cárceles, el sistema penal juvenil y comisarías.

Mi formación profesional es en Ciencia Política, Administración Pública y Criminología. Comparto los presupuestos de las criminologías críticas, feministas y enfoco mi trabajo desde un posicionamiento crítico de la función social de las instituciones represivas del Estado así como desde el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas.

El objetivo que me planteo en el desarrollo es generar un artículo accesible, que le permita aproximarse a quien se interesa o trabaja en alguna de las instituciones vinculadas al sistema penal al marco de estándares en el tema de estudio.

Haré énfasis en los puntos de la OC que versan específicamente sobre cuestiones de género, aprobados por la Corte IDH en mayo del 2022, esto es: mujeres embarazadas, en período de parto, posparto y lactancia, cuidadoras principales privadas de la libertad; personas LGBTI privadas de la libertad.

El documento aclara que utiliza la sigla LGBTI sin que ello suponga desconocer otras manifestaciones de expresión de género, identidad de género u orientación sexual, solo a los fines de facilitar la lectura, lo que he tomado de referencia en el presente artículo también.

1.2. Categorías teóricas centrales

Algunos conceptos centrales que orientan el enfoque del artículo son los que se desarrollan a continuación.

Por un lado, el género como categoría que permite comprender la construcción histórica de la desigualdad a través de mandatos y estereotipos sostenidos en una relación desigual de poder. Para Joan Scott, es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y es el campo primario en el cual o por medio del cual se articula el poder. El género estructura y concreta simbólicamente la percepción y la organización de toda la vida social (Lamas, 1996).

El género no es otra cosa que una categoría analítica que pretende dar cuenta de cómo representaciones dominantes, hegemónicas, organizan el mundo de la sexualidad, de los afectos, de los roles sociales y de la personalidad (Segato, 2018).

Por otro lado, se abordará el concepto de interseccionalidad para comprender las distintas dimensiones de la desigualdad y opresión y poder, así, visibilizar los grupos en situación de mayor desigualdad:

El género no siempre se constituye de forma coherente o consistente en contextos históricos distintos (...) porque se entrecruza con modalidades raciales, de clase, étnicas, sexuales y regionales de identidades discursivamente constituidas. Así es imposible separar el género de las intersecciones políticas y culturales en las que constantemente se produce y se mantiene. (Butler, 1999)

El género está unido de manera indivisible a otros factores que afectan a las mujeres, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. (Facio, 2017)

Esto se enlaza con lo que expone la docente, filósofa, activista feminista mendocina Alejandra Ciriza respecto de la necesidad de hablar de mujeres en plural y no en singular como experiencia vital única:

... si hago referencia a las mujeres no es porque las suponga idénticas, sino porque la interpelación hacia las mujeres como colectivo político continúa siendo portador de fuerza política en el campo de los feminismos (...) las mujeres no son/somos un colectivo homogéneo, sino un sujeto complejo, atravesado por múltiples contradicciones ligadas a la clase social, la cultura, el color de la piel, la orientación sexual. (Ciriza, 2006)

Otra categoría propia de las criminologías críticas es la de selectividad del sistema penal, que opera en distintas instancias y agencias del sistema penal desde la criminalización primaria a la secundaria; desde la determinación legislativa de lo que es considerado delito a la intervención del personal policial. Es, según explica Zaffaroni (2012), inherente a la limitación operacional de las agencias ejecutivas del poder

punitivo, mas queda reducido a un grupo de personas que son elegidas y seleccionadas de acuerdo a estereotipos contruidos por prejuicios sociales en cada época, utilizados como chivos expiatorios del sistema. "La vulnerabilidad a la victimización no es solo clasista, sino también de género, etaria, racista y, por supuesto, prejuiciosa" sostiene el autor.

2. El transitar previo a la OC 29/22

Los organismos internacionales han desarrollado instrumentos de absoluta relevancia en materia de privación de libertad, algunos de ellos con rango constitucional en nuestro país y otros representando el cuerpo de estándares al respecto. Haré un repaso breve de aquellos que ilustran el camino transitado previo a la OC objeto de análisis.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),⁽¹⁾ de 1978, que conforma el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sienta en los arts. 1°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 25 la igualdad y no discriminación; la prohibición de la pena de muerte; la protección de la integridad personal; la prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles; el principio de la intrascendencia de la pena; la finalidad de la pena; la diferenciación de categorías hacia el interior de la población penal, haciendo énfasis en un régimen diferenciado para jóvenes; la prohibición del trabajo forzado como pena; los derechos a la libertad personal y la seguridad; las garantías procesales y el acceso a la justicia; el principio de legalidad y el derecho a la vía recursiva de toda persona. La única mención específica sobre alguno de los colectivos que me ocupan versa sobre la prohibición de la pena de muerte para mujeres embarazadas, pero sienta como eje rector el principio de la igualdad y no discriminación, el que será analizado, justamente, en la Opinión Consultiva.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,⁽²⁾ de 1985, y la Convención contra la

(1) Disponible en oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

(2) Disponible en: oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html

Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes⁽³⁾ de Naciones Unidas, de 1987, que conforma el Comité contra la Tortura, de absoluta relevancia en nuestro país, no hacen ninguna mención a un grupo en situación de especial vulnerabilidad.

Por otro lado, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión,⁽⁴⁾ de 1988, sí avanza en grupos más desaventajados, particularmente en el principio 5 sobre igualdad y no discriminación, determinando que las medidas orientadas a “proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias”. El principio 14 versa sobre personas que hablan otro idioma y el 16 sobre menores e incapaces (uso del lenguaje del instrumento).

En igual sentido se expresan los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas,⁽⁵⁾ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que parten de identificar que el reconocimiento de la desigualdad histórica no es contrario al principio de igualdad y no discriminación, mencionando expresamente a las mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, indígenas, entre otros. Avanza en identificar que los Estados deben tomar medidas especiales para las necesidades de los grupos más vulnerables. Es un documento de enorme valor para los países de la región.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará,⁽⁶⁾ de 1994, considera en su art. 9° a las

(3) Disponible en: [ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading](https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading)

(4) Disponible en: [ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/body-principles-protection-all-persons-under-any-form-detention](https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/body-principles-protection-all-persons-under-any-form-detention)

(5) Disponible en: [oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiospl.asp](https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiospl.asp)

(6) Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

mujeres detenidas e indica que los Estados tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de privación de su libertad.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),⁽⁷⁾ de 1979, reconoce la discriminación múltiple o agravada a la cual se pueden enfrentar las mujeres por la intersección de varios aspectos, que incluiría la privación de libertad.

Por su lado, los Principios de Yogyakarta,⁽⁸⁾ de 2007, el instrumento más importante sobre derechos de personas del colectivo LGBTI, actualizados en 2017, establecen en el principio 9 puntos muy importantes sobre los deberes del Estado en relación a las personas LGBTI privadas de libertad, tales como: evitar el mayor riesgo de sufrir violencias en la cárcel; atención integral de la salud específicamente orientada; participación respecto de la decisión del lugar de alojamiento; que las medidas de protección no impliquen empeoramiento de condiciones de detención en relación al resto; acceso a visitas íntimas; monitoreo externo de los lugares; capacitación y sensibilización del personal. Estos puntos serán tomados luego por la OC 29/22.

En materia de jurisprudencia, en el año 2006, la Corte IDH, en el caso del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, determinó que el Estado había violado varios de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Invocando por primera vez la Convención de Belém do Pará, la Corte emitió su primera sentencia dictada desde un enfoque de género, pronunciándose por primera vez sobre temas como: la violencia de género en contextos de conflicto armado, emergencia y masacre; la población carcelaria de mujeres; formas de tortura, incluyendo la violación; y distintas manifestaciones de la violencia sexual. Este caso marcó un hito en la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos,

(7) Disponible en: ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women

(8) Disponible en: yogyakartaprinciples.org/principles-sp/

estableciendo estándares vinculantes en relación a los derechos de las mujeres privadas de libertad.

Un documento más específico es el de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), llamado Manual sobre Reclusos con Necesidades Especiales, del 2006, que identifica hacia su interior algunos grupos en situación de especial vulnerabilidad, como personas con problemáticas de salud mental, discapacidad, personas mayores, personas extranjeras, con enfermedad terminal e, incluye, también el colectivo de personas homosexuales, bisexuales y transexuales.

UNODC desarrolló también otro Manual para Operadores Penitenciarios y Gestores de Políticas Públicas sobre Mujeres Encarceladas. El instrumento es de 2008 y parte de hacer algunas consideraciones sobre las necesidades especiales de las mujeres privadas de libertad, tales como la victimización desproporcionada, la posibilidad de haber sido víctima de abuso sexual o violencias, la angustia extrema, la responsabilidad respecto de sus hijos y el estigma al salir en libertad.

Respecto de las Reglas, encontramos primero las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,⁽⁹⁾ de 1977, de Naciones Unidas. Estas son consideradas en nuestro país –a partir de la interpretación de la Corte Nacional en el conocido como “Fallo Verbitsky”, de 2005– como el estándar internacional en materia de privación de libertad.

Las Reglas contienen consideraciones específicas sobre mujeres, a saber: la regla 8 diferencia categorías y lugares de alojamiento diferenciados para mujeres y para jóvenes; la 23 expresa que los establecimientos que alojan a mujeres embarazadas, que han parido recientemente o se encuentran convalecientes (todo en la misma oración) deben tener instalaciones especiales, y versa aquí sobre el lugar de parto y el alojamiento de niños; la 53 refiere al personal a cargo de lugares de detención de mujeres, que debe ser femenino. Por otro lado, cuando las Reglas mencionan categorías especiales de

(9) Disponible en: ppn.gov.ar/pdf/legislacion/Reglas%20M%C3%ADimas%20para%20el%20Tratamiento%20de%20los%20Reclusos.pdf

reclusos, habla de personas alienadas o enfermas mentales, detenidas o en prisión preventiva, u otras categorías que no guardan relación con condiciones de histórica desigualdad y traducen concepciones propias del enfoque positivista.

Por lo dicho, las llamadas Reglas de Bangkok,⁽¹⁰⁾ aprobadas recién en el 2011, resultaban absolutamente necesarias. Estas reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes son consideradas complementarias de las anteriores, una actualización de las mismas que visibiliza a las mujeres detenidas. Se trata de un instrumento fundamental para darle una mirada de género a la privación de libertad. En este sentido, la Regla 1 sienta el principio de no discriminación cuando se reconocen las necesidades especiales de las mujeres presas.

Se trata de un valioso instrumento que aún posee poca difusión y que establece consideraciones sobre:

- el impacto diferenciado que supone una medida privativa de libertad para las mujeres, en particular, el momento del ingreso (2 y 3);
- la separación, comunicación y distancia de hijos/as o personas respecto de la que se ejercen vínculos de cuidado (4);
- las necesidades de higiene personal (5);
- el acceso a la salud con elementos nuevos como la salud mental; la posibilidad de haber sido víctima de abuso sexual u otras violencias (6 y 7); la salud reproductiva y la confidencialidad de la información (7 y 8); el acceso a la salud de niños que viven con sus madres (9); atención médica y salud mental (10, 11, 12);
- sensibilizar al personal para la comprensión y contención de las mujeres en el ingreso por el particular estrés y angustia que puede suponer la privación de libertad (13);
- la necesidad de adecuar prácticas de requisas o inspecciones corporales (regla 19, 20, 21) para evitar prácticas vejatorias; la imposibilidad de usar medios de coerción física para mujeres embarazadas (24);

(10) Disponible en: unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

- visitas de hijos/as y acceso a visitas íntimas en condiciones de igualdad a los varones (26, 27, 28);
- al pensar en categorías especiales, avanza en identificar (de la regla 48 a la 55): mujeres embarazadas, lactantes y con hijos/as, extranjeras, grupos étnicos o raciales minoritarios o pertenecientes a pueblos indígenas.

Es decir, claramente estas Reglas son un avance significativo en el reconocimiento de uno de los grupos en situación de histórica desigualdad.

Por otro lado, pero también como un instrumento importante, particularmente para el ámbito judicial, en el 2008 se aprobaron las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.⁽¹¹⁾ Estas integraron a las personas privadas de libertad como un grupo que, dentro del conjunto social, se encuentra en situación de especial vulnerabilidad, la que se ve agravada cuando concurren factores como el género, la discapacidad, la pobreza, la edad o la migración, entre otros. Todo ello integra un enfoque interseccional.

3. Las necesidades de un instrumento específico

Si bien –como puede advertirse– los instrumentos internacionales fueron visibilizando la existencia y necesidades especiales de ciertos grupos en situación de mayor desventaja, incluyendo el enfoque de género y la mirada interseccional, aún resultan insuficientes en sus esfuerzos en relación a que las instituciones de encierro generen las adaptaciones y el enfoque necesario.

Veamos algunas posibles explicaciones a esta resistencia:

1. las instituciones de encierro se han erigido en la conformación de los Estados nación: esto significa que se organizan en el contexto de consolidación de un sistema capitalista, de clase, racista, androcéntrico y claramente patriarcal, lo que ha impactado en todas sus lógicas de funcionamiento y en la selectividad del sistema penal;

(11) Disponibles en: acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

2. la historia de las instituciones de encierro y de los organismos vinculados a la seguridad y represión ha estado fuertemente incidida por las interrupciones al sistema democrático a través de prácticas golpistas y genocidas. Esto ha consolidado una estructura interna militarizada y autoritaria que impacta en sus lógicas de funcionamiento hacia las personas detenidas, y también hacia el personal, que reproduce orgánicas de difícil transformación y adaptación;
3. burocracia de carácter autoritario y endogámico: se trata de organismos con normas, costumbres y lógicas propias cuya modificación es dificultosa producto de ser instituciones cerradas, con una burocratización de carácter militar y fuertemente endogámicas, requiriendo de estándares claros que reorienten las prácticas;
4. el encarcelamiento de personas que no responden al estereotipo de normas pensadas por varones para varones interpela a las instituciones penales y sus prácticas en forma real. Las cárceles han sido organizadas desde una mirada androcéntrica y un sistema binario así como positivista; Si bien históricamente se ha encerrado a los grupos excluidos, no hegemónicos, *outsiders*, las normas que regulan la privación de libertad son erigidas considerando a un ser hegemónico: varón, joven, heteronormado, con capacidades plenas, de origen nacional. Esto implica que cuando el sistema penal encierra a personas mayores en situación de calle o por delitos de agresión sexual o violencia hacia las mujeres que no accederán a una prisión domiciliaria y pasarán la condena en prisión; personas transgénero y no binarias sin lugar de alojamiento que respete su identidad y les garantice la protección de su integridad psicofísica; personas migrantes cuyas primeras palabras en español son adquiridas en la cárcel adoptando lo que conocemos como un lenguaje tumbero –es decir, un léxico propio de la situación de encierro, empobrecido y con códigos propios de la subcultura–; personas con discapacidades en instituciones sin ajustes para garantizar condiciones de accesibilidad, todas ellas son personas que no cuadran en lo que la institución carcelaria entendía como sujeto de su intervención, para las que no tienen capacitación, protocolos ni lugar de alojamiento;

5. la insuficiente formación del personal penitenciario, policial y judicial respecto de estas otras categorías, que colocan a una persona en situación de mayor desventaja y, por tanto mayor exposición, a sufrir todo tipo de violencias. La formación del personal de las instituciones vinculadas a la privación de libertad no ha sido específicamente orientada a comprender el contexto y sus sujetos, ni ha estado enriquecida desde la interdisciplina o la incursión en todo el andamiaje internacional de derechos humanos; esto implica que las instituciones se encuentran altamente ancladas a prejuicios y estereotipos así como sostenidas en un saber hacer nacido y reproducido en organizaciones verticalizadas, militarizadas, autoritarias, así como clasistas;
6. la decisión política: las políticas vinculadas a los contextos de encierro suelen estar vinculadas, por un lado, al autogobierno de las mismas, a responsabilizar a quienes “saben de ello” –su administración–, abandonando las instituciones de encierro y seguridad a sus propias lógicas e integrantes, reproduciéndose. Por otro lado, las políticas públicas vinculadas al sistema penal se encuentran (no solo en nuestro país) bajo una oleada de punitivismo de corte demagógico que engrosa las leyes penales, aumenta las penas, dificulta o impide el avance en el régimen progresivo de la pena y la posibilidad de salidas anticipadas. Ambas cuestiones hacen que las decisiones en materia de política pública con enfoque de géneros hacia las instituciones de encierro estén, en gran medida, pendientes.

4. ¿De qué habla la OC 29/22? ¿Cuáles son sus principales aportes y qué tensiones encuentra?

El objetivo principal de la función consultiva de la Corte IDH es interpretar las disposiciones de la CADH y otros instrumentos internacionales. Es decir, la OC es producto del ejercicio de una de las facultades del organismo de interpretar la norma internacional y, a través de ello, aclarar los deberes asumidos por los Estados, sentar estándares en la materia y avanzar en la operatividad de los mismos para una más amplia protección de los derechos humanos.

Hacia fines del 2019, la CIDH presentó los fundamentos para una opinión consultiva de enfoques diferenciados, sostenidos en la siguiente pregunta:

En lo atinente a la protección de los derechos de personas en especial situación de vulnerabilidad como mujeres embarazadas, en posparto y lactantes; personas LGBT; personas indígenas; personas mayores; y niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres ¿es posible justificar en los artículos 24 y 1.1 de la Convención la necesidad de la adopción de medidas o enfoques diferenciados para garantizar que sus circunstancias específicas no afecten la igualdad de condiciones con las demás personas privadas de la libertad, tanto en lo referente a sus condiciones de detención como en relación con los recursos que sean interpuestos para proteger sus derechos en el contexto de la privación de la libertad? De ser así, ¿qué implicaciones concretas tiene el contenido de los derechos involucrados en tales artículos en el alcance de las obligaciones correlativas que tienen los Estados en la materia? (OC 29/22)

La resolución se enfoca específicamente en contemplar la privación de libertad, por motivos penales, en ámbitos carcelarios por estadías prolongadas. Es decir, en principio no integra los lugares de detención transitorios como son las comisarías.

La Corte realiza consideraciones generales sobre el respeto a la dignidad humana como principio general; la prohibición y prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la finalidad de la pena; el control judicial de la ejecución de la pena; el derecho a la igualdad y no discriminación; el enfoque diferenciado e interseccionalidad; entre otros puntos.

En primer lugar, la Corte resalta que dentro de la población privada de libertad, algunos grupos y personas se encuentran más expuestas a ser víctimas de torturas y hechos de violencia psicológica, física y sexual, tales como las mujeres, las personas del colectivo LGBT y las personas migrantes.

En segundo lugar, la ejecución de las penas privativas de libertad, llevadas a cabo por la administración penitenciaria y la justicia penal, deben tener especial consideración de las

necesidades especiales o bien del impacto diferenciado que una pena privativa de libertad tiene en grupos específicos.

Otro punto sustantivo es el de la responsabilidad del control judicial de la detención. La Corte considera que las autoridades jurisdiccionales deben velar, de oficio, porque la ejecución de la pena privativa de libertad sea respetuosa de la dignidad humana y que se aplique un enfoque diferenciado en el tratamiento de las personas privadas de libertad, ejerciendo un adecuado control de convencionalidad.

Lo que promueve el SIDH –y comparto plenamente– es un control amplio y de oficio de la privación de libertad por parte de la justicia penal así como la especialización de la justicia de ejecución penal. Este punto debe ser considerado en los procesos de reforma de los sistemas penales de nuestro país tanto cuando se promueve la colegiatura como en el sistema plenamente adversarial, para que ni una ni otra relativicen o empobrezcan el control judicial de las cárceles. En igual sentido, la OC destaca el rol de la defensa, particularmente la pública, en el acceso y protección de derechos; es decir, no agotada en la defensa ante el proceso penal, sino con un rol activo y fundamental en la ejecución de las penas.

Nuevamente se pone aquí en discusión la política pública en la materia, pues tanto para un control judicial activo como para una defensa en igualdad de armas se requiere de recursos y, por tanto, de decisiones políticas.

El punto central de estas consideraciones generales es claramente el derecho a la igualdad y no discriminación como también el enfoque diferenciado e interseccionalidad. La igualdad y no discriminación es un eje central en materia de DDHH atento a comprender la igualdad en sentido material, advirtiendo la razonabilidad de visibilizar las discriminaciones históricas. Expresa la OC 29/22: "... una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable (...) cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido".

Tal como lo ha expresado la Corte IDH, en cada oportunidad el principio de igualdad y no discriminación supone dos

aspectos: por un lado, la prohibición de trato discriminatorio, que es una obligación negativa, y, por otro, una obligación positiva, la de reconocer las históricas desigualdades. Esta interpretación es sustantiva en los enfoques diferenciados, pues implica consecuencias materiales. El trato formalmente igualitario a mujeres embarazadas o personas transgénero, como si se encontraran en pie de igualdad a un varón cis, heterosexual, privado de libertad, supondrá exponer a múltiples discriminaciones y violencias a las primeras y segundas. Estas obligaciones son asumidas tanto por el ejercicio propio como de terceros.

Luego de repasar las consideraciones generales, haré énfasis en los dos puntos elegidos: mujeres y personas LGBTI.

5. Sobre las mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactancia y las cuidadoras principales

El primer apartado de la OC es sobre el enfoque diferenciado respecto de mujeres embarazadas, en periodo de parto, posparto y lactancia, y cuidadoras principales. La incorporación del rol de cuidadora principal (con un antecedente en las Reglas de Bangkok) es aún una novedad, con escaso desarrollo específico y un reconocimiento a las diversas conformaciones familiares, asentado en datos de la realidad.

Las mujeres representan entre el 2 y el 9% de la población privada de libertad. Mujeres que son en su gran mayoría madres, responsables del sostenimiento económico y de las tareas de cuidado en sus hogares, muchos de ellos monoparentales:

Como perfil general, son mujeres jóvenes o adultas menores de 40 años, pobres, con pocos años de escolaridad (primaria o menos) y en muchos casos analfabetas, solteras, madres y responsables del cuidado de sus hijas e hijos y de otros miembros dependientes de sus familias como personas mayores, personas con discapacidad o personas con enfermedades. (Comisión Interamericana de Mujeres [CIM], s. f.)

Asimismo, cabe agregar que

... [si] bien es cierto que el número de hombres privados de la libertad es mayor, los niveles de encarcelamiento de mujeres están creciendo a una tasa más rápida. Según el Institute for

Criminal Policy Research, la población carcelaria femenina total en América Latina ha aumentado en 51,6% entre el 2000 y el 2015, en comparación con un 20% para el caso de los hombres. En Argentina, Brasil, Costa Rica y Perú, más del 60% de la población carcelaria femenina está privada de libertad por delitos relacionados con drogas (...) La mayoría tiene poca o nula educación, vive en condiciones de pobreza y es responsable del cuidado de dependientes, sean ellos niños/as, jóvenes, personas de mayor edad o personas con discapacidad. (CIM y OEA, 2016)

La OC prescribe cuáles son las obligaciones que los Estados asumen respecto de estas mujeres, retomando en todo momento las Reglas de Bangkok. A continuación, veremos algunas de ellas, a las que intentaré poner en tensión con aspectos problemáticos que nos arroja la realidad carcelaria a considerar, así como algunos pequeños avances.

5.1. Prioridad en el uso de medidas alternativas o sustitutivas de la prisión, o morigeración de la privación de libertad

El encarcelamiento en estos casos debe ser excepcional. Si bien este punto en nuestro país se encuentra bastante extendido (mas casi circunscrito exclusivamente a la modalidad domiciliaria), contemplado en las leyes procesales y de ejecución, importa destacar situaciones complejas vinculadas a ello, por ejemplo, la situación socioeconómica de las mujeres en modalidad domiciliaria. Los contextos de pobreza de los que generalmente provienen las mujeres seleccionadas por el sistema penal muchas veces se agudizan, encontrándose presas en sus hogares con la consecuente imposibilidad de salir del domicilio a trabajar, llevar hijos/as a la escuela, al centro de salud, a realizar trámites en Anses, Registro Civil, áreas de desarrollo social, entre otras. La necesidad de autorización judicial y su rechazo en muchas ocasiones profundiza la complejidad de la situación. La morigeración de la privación de libertad, utilizada en principio en favor de la persona, no puede generar situaciones de mayor precariedad y abandono, pues claramente se viola el principio de igualdad y no discriminación.

Al respecto, podemos señalar una acción positiva como ejemplo: la acordada 25.919 de la Suprema Corte de Justicia

de Mendoza, que aprobó un protocolo sobre autorizaciones judiciales para la atención gineco-obstétrica de las mujeres embarazadas privadas de libertad y la atención pediátrica de niños o niñas que vivan en establecimientos penitenciarios. Esta norma supone para el Poder Judicial brindar autorizaciones extendidas para mujeres embarazadas o con hijos/as en modalidad domiciliaria como forma efectiva de garantizar la protección del derecho a la salud sin dilaciones burocráticas, con la posibilidad de otorgar permisos extendidos con control previo y posterior para facilitar el acceso a la salud de las mujeres en prisión. Sin embargo, no solo su objeto es limitado, sino que su aplicación es cada vez más escasa.

5.2. Separación de instalaciones

Si bien se trata de uno de los estándares de mayor antigüedad, las realidades indican que suelen estar relegadas en todo sentido, encontrando pabellones de mujeres dentro de cárceles de varones, establecimientos con menores servicios, recursos y personal, sin acceso a derechos –que los varones tienen garantizados–, entre otros. Por lo que la OC reitera el principio y refuerza, además, que los lugares de alojamiento no deben estar alejados de los lugares de residencia de sus familias. Sobre este punto, si bien las realidades del país son diferentes, se advierten algunas cuestiones. El Servicio Penitenciario Federal no cuenta con establecimientos en todas las provincias, mucho menos para mujeres, por lo que el encarcelamiento de mujeres por delitos de competencia federal supone el alejamiento del centro de vida.

En Mendoza, la construcción de nuevos establecimientos penitenciarios, incluyendo la cárcel destinada a mujeres, se ha desarrollado en la zona de montaña, cuya distancia y accesibilidad genera un costo muy difícil de afrontar para las familias, más aún considerando que las familias se integran en general de niños/as en edad escolar.

La OC establece también que los establecimientos para mujeres deben contar con menor seguridad, más apertura, actividades recreativas, espacios destinados a niños/as, con las adaptaciones necesarias y sin aspecto carcelario. Expresa, por último, que se les permitirá tanto tiempo como

si estuvieran en libertad para la crianza, disminuyendo en la medida necesaria las demás actividades. Aquí se presenta un tema de particular interés: las mujeres que viven con hijos/as en un penal se encuentran en absoluta soledad frente a las tareas de cuidado y dedicadas en forma total al rol de crianza. Esto conlleva una serie de consecuencias que van desde la angustia y agotamiento que ello supone, al control constante de la institución respecto del ejercicio de ese rol. En libertad podría descansar o compartir los roles de cuidado; en la cárcel, en cambio, ello no es posible y supone, además, la vigilancia permanente de toda acción u omisión en el ejercicio del rol. Esto último resulta no solo estresante, ya que implica saberse en tensión por la posible denuncia o intervención de un organismo de protección de derechos y, con ello, la amenaza reiterada de perderles y, peor aún, que pasen a situación de adoptabilidad.

5.3. Prohibición de medidas de aislamiento y coerción física

El aislamiento ha sido definido en las Reglas Mandela⁽¹²⁾ como aquel superior a 22 horas en una celda sin contacto humano apreciable o por más de 15 días. Este tipo de medidas se encuentran aquí como en las reglas mencionadas, prohibidas para mujeres embarazadas, con hijos o lactantes, atento al interés superior del niño así como a un posible agravamiento de la salud. Las sanciones no pueden implicar la prohibición de contacto con familiares o visitas de niños/as, ni medidas de coerción antes, durante y después del parto.

Algunos de estos puntos aquí planteados son complejos y requieren de un abordaje interinstitucional, al mismo tiempo que son insoslayables para evitar situaciones de maltrato: por ejemplo, el uso de medidas de coerción en las distintas etapas de un embarazo; el uso de pulseras o tobilleras en domiciliarias como también en los traslados a los efectores públicos; el trato y medidas de control en los hospitales; el traslado de retorno al lugar de alojamiento; las salidas a

(12) Disponible en: unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

control médico posterior y las formas de traslado de mujeres y niños/as; entre otros

5.4. El acceso a la salud sexual y reproductiva

Este punto es fundamental y tiene una doble connotación: una vinculada al respeto por la autonomía y la libertad reproductiva y otra, al acceso a la información, educación y servicios de salud para ejercer esa autonomía. Aquí, la accesibilidad en condiciones de igualdad, la información, la confidencialidad y el consentimiento son sustantivos para garantizar este derecho. Todo ello se encuentra, además, vinculado estrechamente con la higiene, el agua y los servicios con los que cuenta cada penal.

Este punto de la OC implica una numerosa cantidad de medidas que deberían integrar los lugares de alojamiento, respetando siempre la privacidad, la confidencialidad y la dignidad, por ejemplo:

- reconocimiento médico al ingresar que identifique cualquier tipo de abuso sexual y otras formas de violencia y determine las necesidades de salud sexual y reproductiva;
- información y atención necesaria en materia de salud sexual y reproductiva en general; el acceso y la provisión de métodos anticonceptivos; tratamiento de las infecciones de transmisión sexual;
- acceso a terapias; a anticoncepción de emergencia y atención psicosocial; e información respecto del embarazo, etc.

Aquí nuevamente hay algunas cuestiones para contrastar, a saber:

- no todos los lugares de encierro de mujeres cuentan con servicios de salud propios, menos aún con especialidades;
- la confidencialidad, el acceso a la información y el consentimiento informado son aspectos que en el acceso a la salud en instituciones totales suele vulnerarse de manera sostenida. Es habitual que las personas detenidas no conozcan cuándo tienen un turno, qué estudio le harán, los resultados de esos estudios, qué diagnóstico tiene, por lo que el acceso a la información para la toma de decisiones es extremadamente restringido. De igual modo, la confidencialidad y privacidad de personas sometidas a control penitenciario y judicial son derechos que parecen ser relativiza-

dos constantemente, circulando entre los/as operadores/as información de la salud de las personas detenidas que no necesariamente lo han consentido. Esto integra la suerte de objetivación y tutelaje de las personas presas que genera el encierro en las instituciones totales y que debe ser modificado.

Nuevamente, como una acción positiva en la materia, el Servicio Penitenciario de Mendoza ha avanzado en una reglamentación del acceso a la IVE, según la ley 27.610, a través de la resolución 1799/2021, que establece el Protocolo de intervención ante situaciones de interrupción voluntaria de embarazo respetuoso del marco legal y de principios como el respeto a la privacidad y el acceso a la información.

5.5. Alimentación adecuada y atención en salud física y psicológica especializada durante el embarazo, parto y posparto

A este fin, la OC identifica numerosos puntos, por ejemplo: presencia de un médico calificado, pediatra, guardia obstétrica disponible; acceso a información científica, libre de estereotipos, sesgos y discriminación; exigencia de consentimiento informado, libre y voluntario; privacidad; atención preferente en hospitales fuera del establecimiento; transporte adecuado; acompañamiento de persona de confianza y elección; acceso a cursos de parto; nutrición especial; apoyo psicológico especializado; información sobre consumo problemático; capacitación del personal.

Este punto se encuentra atravesado por las mismas circunstancias descriptas en el punto anterior. Un tema de particular interés aquí es el del acompañamiento por persona de confianza, elegida por la mujer privada de libertad. Esto no es habitualmente considerado, ya que las personas detenidas internadas se encuentran en soledad o acompañadas de personal de custodia, con visitas aun más restringidas que en el penal. Avanzar, como mínimo, en autorizar y facilitar el acompañamiento de una mujer internada por motivos de embarazo, parto o IVE o ILE, intentos de suicidio o enfermedades de gravedad sería un avance significativo.

Por otro lado, estas prescripciones de montar servicios de salud en las instituciones colisionan con la necesidad de

abrir las instituciones de encierro y garantizar el acceso a la salud en condiciones de igualdad. Para ello, una condición de posibilidad es que el servicio de salud sea brindado por personal del Ministerio correspondiente, no por el propio servicio penitenciario. Esto implicaría una profunda grieta en los muros del encierro, en tanto se trata de cambiar lógicas de trabajo y atención, permear capas de complicidad, inacción y colaboración con las múltiples violencias y propender a tratar a la persona detenida como una persona con una problemática de salud a abordar, independientemente de la situación en la que se encuentra.

5.6. Prevención, investigación y erradicación de la violencia obstétrica en el contexto carcelario

Las mujeres privadas de libertad están particularmente vulnerables a sufrir violencia obstétrica. Esto implica, nuevamente, un proceso de articulación y compromiso interinstitucional con las áreas de salud públicas que intervienen, con objeto de su sensibilización y de deconstruir las intervenciones prejuiciadas del personal, tanto de salud como de custodia. Parir estando presa es un momento de particular angustia y temor que debe ser comprendido y acompañado.

Retomando el punto anterior, los/as efectores/as de salud deben tratar a la mujer presa embarazada como una mujer embarazada, cuya situación de privación de libertad le genera aún mayor angustia, posibilidades de agravamiento de cuadros de salud, dificultad en el acceso a recursos y bienes y mayor soledad.

5.7. Acceso a higiene y vestimenta adecuada

Se debe satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas higiénicas, tampones, copas menstruales, como también apósitos posparto, pañales y toallitas húmedas.

5.8. Vinculación de madres privadas de libertad e hijos/as extramuros

Se debe garantizar que los vínculos de las mujeres o cuidadores principales privados de libertad se desarrollen en un

“

*La identidad, orientación o expresión de género
no pueden dejar a la persona detenida
en una situación más desventajosa aún,
obstaculizando así el acceso a derechos*

”

ambiente adecuado con sus hijos e hijas que se encuentran extramuros. También se debe facilitar el ingreso de juegos y elementos recreativos que favorezcan la vinculación entre los/as niños y niñas y sus madres durante las visitas.

5.9. Prohibición de requisas corporales

Es fundamental que se genere un espacio de visita ameno y cómodo. Este punto, asociado al interés superior del niño así como a la intrascendencia de la pena, debe ser extendido a todos los establecimientos penitenciarios, más aún considerando que la gran mayoría de las personas visitantes son mujeres y niños/as.

Los ingresos a los penales en calidad de visita suelen ser ámbitos hostiles, organizados por el personal de seguridad, con condiciones de espera incómodas, muchas veces viajando el día anterior y haciendo noche en una puerta. En este punto es fundamental apuntar a evitar que la violencia que implica la privación de libertad en una persona sometida a un proceso penal o condenada sea sufrida también por quien asiste como visitante.

6. El enfoque diferenciado sobre personas LGBTI

El segundo apartado que quiero resaltar es aquel que representa una verdadera novedad en los instrumentos sobre privación de libertad. El enfoque diferenciado sobre personas LGBTI retoma ampliamente el Principio 9 de los Principios de Yogyakarta y lo profundiza. Se trata, a mi entender, de uno de los aportes más importantes del instrumento.

A priori, el Tribunal establece que se advierte un vínculo entre la criminalización, los delitos de odio, el abuso policial y la estigmatización. Es decir, mientras mayor es la discriminación en una sociedad, también lo es la violencia, social e institucional, y la criminalización. Estas violencias se exacerban en la cárcel, por lo que la posibilidad de sufrir violencias verbales, físicas, psicológicas aumenta, más aún en el caso de las mujeres trans. Esto conlleva un efecto perverso, ya que frente al riesgo se suelen tomar medidas de protección que las abandonan en lugares de aislamiento, colocándolas en situación

de mayor desventaja e inaccesibilidad al acceso a derechos y, por tanto, al avance en la progresividad de la pena.

El ingreso de personas con identidades, expresiones u orientaciones sexuales no hegemónicas a una institución tradicionalmente heteropatriarcal la conflictúa en sus lógicas, prácticas y concepciones. Representan un desafío, mas el abordaje del mismo requiere de procesos que interpelan prejuicios fuertemente anclados en la sociedad y, particularmente, en instituciones verticalizadas y militarizadas.

Por otro lado, se trata de un colectivo y, dentro de él, particularmente las personas transgénero, que suele haber transitado por historias de discriminación, violencias y segregación. Esta historicidad no termina al ingresar a la cárcel, sino que en muchos casos se evidencia y agrava. Como ejemplo, ámbitos familiares expulsivos y situación de calle se manifestarán en que las personas no tendrán visitas ni elementos personales; el contexto de prostitución puede vincularse con problemas con otras personas detenidas por delitos asociados a la trata de personas o las drogas. Es decir, se trata de una población con historicidades marcadas muchas veces por las violencias que dentro de la cárcel pueden verlas aún exacerbadas. De allí el particular énfasis y compromiso que amerita.

En consecuencia, el instrumento analizado desagrega algunas de las obligaciones que los Estados deben asumir en la materia, a saber: **el principio de separación y la determinación de la ubicación de una persona LGBTIQ+ en los centros penitenciarios**. Este punto es uno de los que se pone en crisis atento a que las cárceles han sido pensadas, por un lado, desde un enfoque androcéntrico, y, por otro, binario, heterosexual y cishnormado. La identidad, orientación o expresión de género no pueden dejar a la persona detenida en una situación más desventajosa aún, obstaculizando así el acceso a derechos.

Para garantizar la seguridad se recomienda:

- a. escuchar a la persona y tomar en consideración la voluntad y temores de las personas privadas de libertad;
- b. no ubicar a las personas homosexuales, bisexuales y transsexuales en celdas junto con personas que puedan significar un riesgo para su seguridad;

- c. no asumir que es apropiado alojar a personas trans de acuerdo con su sexo asignado al nacer, sino, en cambio, escuchar a las personas involucradas y considerar las diferentes necesidades de alojamiento; y
- d. garantizar que no exista discriminación en la calidad del alojamiento dado a personas homosexuales, bisexuales y transexuales.

En este sentido, es importante comprender que no hay respuestas únicas. Por ello se recomienda:

- conformar un equipo técnico profesional e interdisciplinario para intervenir en estas decisiones;
- escuchar a la persona detenida;
- consultar a referentes o activistas;
- firmar un consentimiento informado;
- sensibilizar y capacitar al personal de seguridad, médico y de tratamiento de cada establecimiento y a operadores/as del sistema penal;
- fortalecer el control judicial respecto de las condiciones de alojamiento y trato de las personas LGBTIQ+;
- favorecer el monitoreo externo de los lugares de detención.

En el mismo punto sobre condiciones de alojamiento se avanza sobre un tema que genera numerosas dudas: el registro. A partir de una interpretación evolutiva del texto de la Convención y de los estándares desarrollados a nivel internacional sobre la materia, la Corte ha considerado que:

- en el caso de las personas trans e intersex, se debe consignar el nombre y género con el cual se identifican;
- respecto de las personas que no se identifiquen dentro del esquema binario del género, deberán así anotarlos en sus registros, consignando asimismo su nombre social;
- se deberá garantizar que la información relativa a la orientación sexual e identidad de género de una persona sea confidencial. Este punto implica numerosas dudas en el ámbito penitenciario y judicial. A este fin se destaca la Ley 26.743 de Identidad de Género y también, como un aporte en materia de acciones positivas, una resolución reciente de la provincia de Mendoza (res. 4286/2022, de diciembre de 2022), que si bien no toma

la OC 29, aborda la temática para instituciones penitenciarias como policiales, versando sobre “actuaciones policiales con perspectiva de diversidad sexual” e “intervenciones, abordaje y lineamientos para el ingreso y permanencia con perspectiva de diversidad sexual en ámbitos del Servicio Penitenciario”;

- la prevención, investigación y registro de la violencia en contra de las personas LGBTIQ+ privadas de la libertad: la OC destaca la importancia de registrar y sistematizar la información respecto de las violencias sufridas para dimensionar la problemática y establecer mecanismos de prevención. Expresa que la falta de información es consecuencia de la invisibilización del colectivo. Por ello, insta al registro con el fin de evaluar el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la violencia y la discriminación contra las personas LGBTIQ+, así como la judicialización y registro del resultado de la misma.

Con objeto de reducir y prevenir las violencias, la OC recomienda:

- reducir el hacinamiento;
- asignar personal suficiente y capacitado;
- controlar y prevenir las violencias;

A lo que se puede sumar:

- evitar el autogobierno;
- realizar un estudio de riesgo al ingreso;
- no imponer sanciones por orientación o identidad;
- permitir que la persona elija el personal que habilita para la requisa;
- capacitar y sensibilizar al personal;
- establecer mecanismos de denuncia;
- garantizar monitoreo externo;

Un tema de permanente consulta del personal en instancias de capacitación en Mendoza es respecto de quién requisa a una persona trans. Este tema genera un conflicto no menor, inundado de prejuicios, pero también de prácticas vejatorias que deben ser erradicadas. Es decir, si las requisas con desnudos totales y palpados en genitales es un trato que atenta contra la dignidad personal, ¿por qué preguntar quién debe

realizarla en el caso de las personas trans? Si la práctica de violencia cede, cede la pregunta consecuente. Lo cierto es que tanto las prácticas como los prejuicios se encuentran vigentes y es uno de los temas más polémicos para el personal de custodia, al punto de plantear objeción de conciencia.

Otro aspecto a considerar es el derecho a la salud de las personas trans privadas de la libertad respecto del inicio o continuación de un proceso de transición. En este sentido, la OC manifiesta que los tratamientos médicos, incluyendo los procedimientos quirúrgicos y el tratamiento hormonal, libremente escogidos, deben facilitarse y proveerse. Los Estados deben garantizar aquellos tratamientos médicos que sean necesarios para que las personas trans puedan adecuar su corporalidad, incluyendo su genitalidad, a su identidad de género autopercebida.

La visita íntima de las personas LGBTIQ+ privadas de la libertad también es un eje fundamental que se debe tener en cuenta, ya que la sexualidad es un aspecto de la personalidad e intimidad de una persona y, por tanto, es un derecho fundamental de las personas, independientemente de su orientación sexual, identidad o expresión de género. Las visitas íntimas en los establecimientos penitenciarios constituyen una forma de garantizar los derechos a formar una familia, a la vida privada y a la salud sexual. Esto implica no suponer un único tipo de vínculo sexoafectivo o conformación familiar, tampoco solicitar cierto estado civil para habilitarlo, en tanto supone limitaciones arbitrarias y, en consecuencia, discriminatorias.

Cuando las personas visitantes son trans, los Estados deberán velar porque las requisas y/o inspecciones corporales realizadas a su ingreso sean llevadas a cabo por personal penitenciario del género correspondiente a la identidad de género de la persona visitante. Si las personas visitantes son intersex o personas trans con identidades de género no binarias, deberán poder escoger el género del personal penitenciario que realice dicha diligencia.

Aquí nuevamente, como en el caso del apartado sobre mujeres, la precariedad y escasez de recursos destinados

a estas poblaciones también suelen afectar el ejercicio de este derecho. Si los establecimientos no cuentan con lugares destinados a la visita íntima o si se exigen ciertas formalidades en los vínculos o se ancla a prejuicios, serán obstáculos concretos al ejercicio del derecho.

7. Propuestas para hacer operativa la OC-29/22

He intentado repasar núcleos centrales de la OC y ponerlos en tensión con algunas aristas problemáticas como ejemplos que coloca la realidad carcelaria. En este último apartado intentaré avanzar, entonces, en algunas líneas propositivas para su puesta operativa.

7.1. Desarrollo de políticas concretas con enfoque de derechos

En primer lugar, toda acción o política debe ser encarada con enfoque de derechos humanos; esto implica que todo proyecto, programa o acción del Estado debe considerar a la persona como sujeto titular de derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional, así como se advierte a sí mismo como sujeto obligado a su protección y garantía.

La elaboración de políticas públicas con enfoque de derechos supone como ejes centrales la protección prioritaria de los grupos en situación de discriminación histórica y la inclusión de la perspectiva de género y la diversidad. Los principios de este enfoque –según lo expuesto por la CIDH en el documento específico– son:

- **igualdad y no discriminación:** por una parte, implica que el Estado debe adoptar medidas fundadas en el reconocimiento de la dignidad y derechos de todas las personas en condiciones de igualdad y sin distinción alguna; en segundo lugar, se refiere a que es necesario diseñar mecanismos y herramientas bajo un enfoque diferenciado que atienda las condiciones particulares de ciertas personas, grupos o poblaciones, a fin de garantizar una protección suficiente para lograr la igualdad sustantiva. Por último, esta noción de igualdad requiere la activa participación de las personas, grupos y poblaciones en situación de discriminación histórica en el diseño de políticas públicas que les conciernen (CIDH, 2018).

Si hacemos operativo este principio, para pensar en políticas diferenciadas debemos: reconocer como sujeto de derechos a las personas privadas de libertad, conocer esos derechos y, por tanto, los instrumentos específicos donde se reconocen y las obligaciones asumidas por los Estados; visibilizar las desigualdades históricas y, por tanto, las necesidades específicas, los ajustes y adaptaciones que deben realizarse; generar espacios de escucha activa y participación de las personas titulares que se encuentran en estas circunstancias sociales, históricas y contextuales para que puedan manifestar necesidades, problemáticas, expectativas, etc;

- **participación social** tanto de las personas titulares de los derechos como de organizaciones sociales, académicas, militantes comprometidas en la temática. Se debe facilitar tanto la consulta a las mismas como el acceso y contacto de estas con las personas detenidas. No resulta nada habitual que las instituciones de encierro generen espacios de participación y diálogo donde las personas detenidas expresen su voz así como tampoco que sean permeables a la opinión externa;
- **mecanismos de reclamo y acceso a la justicia:** la accesibilidad a los organismos judiciales –como los juzgados y las defensas– está condicionada por numerosos factores como la claridad o complejidad del lenguaje, la ubicación física y su distancia con las personas detenidas y sus familias, los medios de comunicación con los mismos, la periodicidad del contacto directo, la visita o monitoreo de condiciones de detención, así como la información y formación con la que la persona privada de libertad cuenta. Nuevamente, se hace presente aquí la necesidad del fortalecimiento del rol de las defensas y un control judicial amplio de la privación de libertad;
- **producción, acceso a la información y rendición de cuentas:** visibilizar y dimensionar problemáticas implica desarrollar mecanismos de registro, sistematización, producción y difusión de la información; por ejemplo, cantidad de mujeres, mujeres en roles de cuidado, personas transgénero, problemáticas de salud, violencias, redes familiares o sociales, etc. Esta producción posibilita tanto la elaboración de políticas como el control externo.

7.2. Difusión y sensibilización

La visibilización de desigualdades históricas supone la interpelación de prejuicios y etiquetas que operan a nivel material y simbólico. En este sentido, es fundamental generar instancias de capacitación obligatoria para todo el personal del sistema penal, incluyendo a la justicia, así como al sistema público de salud y los medios de comunicación.

La capacitación, para ser una oportunidad de interpelación de prácticas y modificación de las mismas, debe brindarse en instancias que no pueden ser menos que procesos de aprendizaje y no instancias únicas o de formal cumplimiento para el personal penitenciario (también policial), judicial, de las áreas de salud y educación que trabajan a diario con las personas detenidas. Para lograr procesos de aprendizaje y puesta en crisis de estereotipos anclados cultural e institucionalmente se deben propiciar instancias de taller, escucha y problematización con ejemplos concretos y puesta en situación. Es decir, no puede tratarse de instancias de formal cumplimiento o clases magistrales.

Nuevamente, y retomando los ejes del enfoque de derechos, debería implicar la participación de organizaciones externas especialistas o comprometidas en la temática, la escucha de las personas involucradas así como del personal y sus dudas, el trabajo con material científico, estadísticas, datos construidos con solidez, etc.

7.3. Adaptación de los estándares a la intervención policial y alojamiento en comisarías

Es escaso el material orientado específicamente a la intervención de la policía y el alojamiento en comisarías, tratándose esto de los primeros contactos del sistema punitivo en la calle, en los momentos de aprehensión. Estos primeros momentos de la detención resultan ser los de mayor angustia, vulnerabilidad y violencias, por lo que es prioritario enfocarse en el actuar policial respecto de mujeres y diversidades.

La intervención de la policía, particularmente con los colectivos trabajados, se encuentra atravesada por situaciones de

violencias, prostitución, situación de calle, problemáticas de consumo, situaciones de crisis de salud mental, problemáticas familiares; es decir, resulta altamente compleja para personal que no cuenta con capacitación ni protocolización en estos temas.

Protocolizar las formas de trato, el respeto por la identidad y la integridad personal, cómo y quiénes realizan las aprehensiones y las requisas, dónde se les aloja, qué particularidades debe tener el alojamiento de estas personas, qué necesidades presentan y cómo garantizar su integridad personal son algunos de los temas en los que deben impactar estas normas.

7.4. Fortalecimiento del monitoreo externo

La apertura de las instituciones totales al monitoreo externo previene la tortura y la vulneración de derechos, genera puentes de reclamo y acceso a la justicia, ajusta prácticas y genera procesos de intercambio, aprendizaje y –en definitiva– transformación de estas instituciones.

Por lo tanto, el control de condiciones de detención y acceso a derechos debe ser fortalecido tanto desde los juzgados y ministerios públicos, como desde organismos de derechos humanos, de prevención de la tortura y de la sociedad civil.

En este sentido, cabe señalar dos aspectos emergentes propios de la experiencia en Mendoza, donde las reformas procesales penales han supuesto la pérdida de la especialidad de la ejecución de la pena al pasar, quienes ejercían esta función, a la colegiatura de primera instancia, y las reformas legales a la ley 8284 (BO, 17/09/2020) que creara la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes. Dicha reforma quitó el concurso como condición de acceso al cargo, pasando a ser elegido por el gobernador; también eliminó la participación de organismos de derechos humanos en el Comité, quedando integrado por actores institucionales.

A partir de ello, quisiera destacar que las reformas procesales penales y de gestión del fuero penal no pueden suponer la pérdida de la especialidad de la ejecución penal, so pena de

erosionar el necesario control de la detención. El control judicial debe ser amplio, accesible, de oficio y permanente.

En segundo lugar, los mecanismos de prevención de la tortura son resultado de compromisos internacionales del Estado nacional, en los que debe priorizarse la independencia política de la gestión de gobierno y la integración de personas con formación, trayectoria, activismo, de referencia en las temáticas. Perder estos dos ejes del control externo de la privación de libertad facilita la reproducción de violencias y arbitrariedades tanto como su impunidad.

7.5. Investigación y sanción

La investigación de los hechos de violencia dentro de las cárceles, con intervención por acción u omisión de organismos represivos, debe ser una prioridad, asentada en estándares e instrumentos que orientan la debida diligencia con la que deben encararse, particularmente a través del uso extendido del Protocolo de Estambul.

El rol de la justicia en este sentido es clave y para ello es necesaria la generación de fiscalías especializadas en violencia institucional, profesionalizadas, con dotación de recursos y respaldo institucional para el ejercicio de la función.

La erradicación de la violencia estatal y de las violencias habilitadas o posibilitadas por la acción o inacción del Estado en su deber de custodia es quizás la deuda más prioritaria de los procesos democráticos.

7.6. Ampliación a las personas que ejercen roles de cuidado

Este punto, presente en la OC, tiene una limitada aplicación circumscripta al cuidado de hijos e hijas pequeñas por parte de su progenitora.

La amplitud, relevancia y puesta en valor de los roles de cuidado no solo de niños y niñas, sino de adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores debe ser un lente que se integre, en particular a la hora de analizar medidas alternativas o atenuadas de la privación de libertad.

7.7. Ampliación de la concepción de acceso a la justicia

Considerando que las problemáticas sociales que atraviesa una persona detenida no son solo penales, se debe garantizar el acceso a la justicia civil y de familia de las personas privadas de libertad. Un aspecto totalmente relegado que supone, para los organismos judiciales, acceso a la información, capacitación, decisión política, asignación de recursos, accesibilidad, y para las personas detenidas, acceso a derechos.

Hay una numerosa cantidad de situaciones judicializadas como divorcios, declaraciones de adoptabilidad, administración de bienes, sucesiones, entre otras, para las que las personas detenidas necesitan defensa técnica y acceso a la información.

Avanzar en este punto resulta una dimensión más de comprender que la persona presa tiene solo algunos derechos suspendidos, mas no todos, y que la privación de libertad la abandona en una situación de mayor desventaja y vulnerabilidad para el ejercicio y defensa de los mismos.

8. Un cierre con nuevas preguntas

La opinión consultiva analizada es un avance en el proceso de visibilizar la histórica desigualdad y mayor vulnerabilidad de ciertos grupos dentro del total de personas privadas de libertad y representa, además, un aporte respecto de las obligaciones asumidas por los Estados en este sentido.

Su puesta operativa representa un desafío en muchas capas que van desde su difusión y el conocimiento por parte de las autoridades estatales de los servicios penitenciarios a la interperlación y modificación de prácticas concretas del personal que trabaja a diario en estas instituciones.

Con esto quiero expresar que si estos deberes, estándares, principios y recomendaciones solo gravitan en una instancia formal/política/institucional y no ponen en crisis las prácticas, lógicas institucionales, prejuicios y mandatos culturales y simbólicos de quienes operan en estas instituciones a diario,

la discriminación, las violencias y las desigualdades seguirán siendo reproducidas.

No puedo dejar de señalar lo que se expresa al comienzo del artículo. Estos instrumentos tienen límites materiales planeados por las burocracias, por las estructuras militarizadas, por la misma función social represiva y selectiva que cumple el sistema penal en el Estado moderno. Por lo que su puesta en vigencia –como la de todos los instrumentos de derechos humanos–, si bien es un deber del Estado para ajustar prácticas a derecho y fortalecer los procesos democráticos, encuentra sus límites en las decisiones políticas, en la política criminal y en la función que se le asigna al sistema represivo en las sociedades modernas, esto es, la consolidación de un sistema capitalista desigual y segregacionista de los sectores populares.

En medio de estos márgenes que van de una propuesta reformista a la crítica al sistema penal, se abren nuevas preguntas como: ¿cuál es el compromiso político estatal real en materia de reconocimiento de derechos de personas privadas de libertad?, ¿cuánto de la invisibilización de las mujeres y diversidades presas implica una doble condena a la exclusión que la política (criminal o económica) no pretende cambiar?, y la más importante para quienes trabajamos la temática: ¿es posible hacer operativos estándares internacionales en materia de derechos humanos en el marco de giros conservadores, liberales y de políticas criminales inflacionarias, selectivas y de corte demagógico?

Este artículo pretende ser entonces –modestamente– una pequeña brazada para quienes nadamos río arriba y para quienes, aun dentro de un mundo que parece girar incansablemente hacia un mayor punitivismo, trabajan comprometidamente por ajustar prácticas, reformar instituciones y modificar realidades.

Espero que nos sea de utilidad.



Sabías que el primer caso argentino por crimen de odio llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue el de Octavio Romero, asesinado por su orientación sexual en 2011?

¿Sabías que, en 2022, el Estado firmó un acuerdo de solución amistosa, comprometiéndose a implementar medidas de reparación simbólica y económica para las víctimas y sus familiares, y políticas de prevención que involucren a toda la sociedad



“... las peticiones, casos o comunicaciones ante el sistema interamericano o universal de protección pueden ser oportunidades para reparar deudas históricas por violaciones de derechos humanos (...) y para avanzar en políticas públicas que garanticen la no repetición de esas prácticas en el país”

El uso del sistema de protección de derechos humanos en las políticas públicas con enfoque de género

Andrea Pochak*

apochak@gmail.com

Gabriela Kletzel**

gabriela.kletzel@gmail.com

1. Introducción

A partir de diciembre de 2019, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación –a través de su Subsecretaría de Protección y Enlace Internacional y de su Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales en Materia de Derechos Humanos– asumió activamente su función o “competencia primaria” en el desarrollo e impulso de acciones jurídicas y técnicas, en instancias nacionales e internacionales, tendientes a garantizar la protección de derechos fundamentales en nuestro país. En este sentido, la Secretaría decidió ejercer con énfasis su deber en la representación del Estado nacional ante los organismos universales y regionales de derechos humanos, interviniendo en la respuesta a las peticiones o comunicaciones presentadas ante ellos; coordinando la elaboración de informes ante los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos, relatores, grupos de trabajo y/o expertos/as independientes del sistema internacional de protección de los derechos humanos; y procurando la implementación de las decisiones y recomendaciones internacionales que eventualmente se adopten. Todo ello, en articulación con las áreas pertinentes de la Cancillería argentina y de las diversas dependencias del Estado nacional o provincial y de los otros poderes del Estado.

La nueva gestión de gobierno, además, retomó la tradición de prestar plena colaboración a los organismos internacionales y regionales de protección, al tiempo que decidió mantener coherencia en el litigio internacional con su política de derechos humanos: ante casos de evidente violación de derechos, se optó por reconocer responsabilidad y procurar

(*) Abogada (UBA). Integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en representación de Argentina. Ex Subsecretaria de Protección y Enlace Internacional de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Ex Directora de Derechos Humanos de la Procuración General de la Nación y Ex Directora Adjunta del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Profesora invitada en universidades nacionales y autora de innumerables artículos en temas de derechos humanos, derecho penal y administración de justicia.

(**) Abogada (UBA). Master en Derecho (Universidad de Nueva York). Directora Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Autora de distintos trabajos en el campo del derecho internacional de los derechos humanos.

prontamente la reparación integral a las víctimas y/o sus familiares. Para las autoridades actuales, las peticiones, casos o comunicaciones ante el sistema interamericano o universal de protección pueden ser oportunidades para reparar deudas históricas por violaciones de derechos humanos, pero también para avanzar en políticas públicas que garanticen la no repetición de esas prácticas en el país.

Por ello, desde diciembre de 2019, desde la Secretaría de Derechos Humanos se ha privilegiado enfáticamente el mecanismo de soluciones amistosas (en las peticiones ante el Sistema interamericano o en las comunicaciones individuales ante los órganos de tratados de Naciones Unidas) para garantizar una reparación integral a las víctimas y realizar reformas institucionales que eviten la repetición de las violaciones reconocidas. En los últimos tres años –y hasta la fecha de elaboración de este artículo–, se han suscripto 35 nuevos acuerdos de solución amistosa o de cumplimiento de recomendaciones con víctimas y sus representantes, un récord absoluto. Máxime si se advierte que, desde la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), y hasta 2019 (más de tres décadas), se habían firmado 29 acuerdos en total.

Como se desarrollará en este artículo, la agenda de género y diversidades ocupó un lugar muy relevante para esta gestión de la Secretaría de Derechos Humanos, en articulación con el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y otros actores institucionales nacionales y provinciales. Para ello, se impulsaron diferentes acuerdos de solución amistosa, se desarrollaron múltiples acciones para asegurar la implementación de decisiones internacionales en la materia y se promovieron iniciativas novedosas para consolidar estándares internacionales que refuercen los marcos de protección regional y nacional.

2. Sobre el mecanismo de acuerdos de solución amistosa y acuerdos para el cumplimiento de recomendaciones

Como ya mencionamos, a lo largo de las últimas décadas desde la recuperación de la democracia, incluyendo especialmente a los últimos tres años, la República Argentina ha suscripto

más de 60 acuerdos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión o CIDH), que han implicado la reparación concreta de las víctimas de violaciones de derechos humanos, así como, en algunos casos, el marco para el impulso de medidas de trascendencia institucional.⁽¹⁾ Entre ellas, la sanción de las primeras leyes de reparación económica por los crímenes del terrorismo de Estado de la última dictadura cívico-militar; el despliegue de los juicios por la verdad ante la impunidad que determinaban las leyes de obediencia debida y punto final; la derogación del delito de desacato y de las calumnias e injurias para casos de interés público; la instauración de una política migratoria respetuosa de los derechos humanos de las personas migrantes; la sanción de un código de justicia militar adecuado a los estándares internacionales; la generación de condiciones para una mejor investigación de los casos de apropiación de niñas y niños y de marcos de acción para profundizar la intervención del Estado frente a casos de violencia por motivos de género y de acceso equitativo a cargos públicos.

Los acuerdos de solución amistosa tienen la virtud de resolver los asuntos internacionales de manera más expeditiva que el trámite litigioso ordinario y permiten a las víctimas acceder a reparaciones concretas a las violaciones padecidas.

En atención al claro compromiso con el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de nuestro país, como se adelantara, la actual gestión de la Secretaría de Derechos Humanos ha venido trabajando en diversos procesos de diálogo ante la CIDH, en activa coordinación con varias provincias y autoridades nacionales, en temas que incluyen: la prevención y reparación de la violencia por motivos de género; los derechos del colectivo LGTBIQ+, de las personas migrantes y de las personas con discapacidad psicosocial; el derecho a la reparación económica

(1) A su vez, el Estado argentino ha suscripto algunos acuerdos de solución amistosa ante órganos de tratados de Naciones Unidas (ONU). En concreto, ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW); el Comité de Derechos Humanos, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

frente a crímenes de lesa humanidad; la responsabilidad de las empresas por los crímenes del terrorismo de Estado; el derecho a la libertad de expresión; entre otros. Al mismo tiempo, la Secretaría se encuentra realizando un seguimiento exhaustivo a los diferentes acuerdos de solución amistosa suscriptos en los últimos quince (15) años, que aún cuentan con medidas pendientes de ejecución.

El mecanismo de soluciones amistosas está previsto en el art. 48.1.f CADH⁽²⁾ y en el art. 40 del Reglamento de la CIDH.⁽³⁾ Allí se establece que la Comisión, en cualquier etapa del examen de una petición o caso, se pondrá a disposición de las partes, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas, para iniciar un proceso de diálogo que permita a los Estados y a las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos entrar en negociaciones con el fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la CADH, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y otros instrumentos del Sistema interamericano de derechos humanos.

Este proceso inicia y concluye por el consentimiento de ambas partes, generando espacios para la adopción de una gran variedad de medidas. Estas medidas pueden incluir, entre otras: el reconocimiento de responsabilidad de las violaciones alegadas; modalidades de restitución del/de los derechos afectados; acciones de rehabilitación médica, psicológica y social; el impulso de investigaciones administrativas y/o judiciales; instancias de capacitación en diversas temáticas del derecho internacional de los derechos

(2) De acuerdo con el art. 48.1 CADH, "La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: (...) f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención".

(3) Este artículo establece: "La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables". El Reglamento está disponible en: oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp

humanos; medidas de reparación económica; y garantías de no repetición (reformas legislativas, reglamentarias y/o la adopción de políticas públicas).⁽⁴⁾

Luego de que las dos partes comuniquen por escrito a la CIDH que están interesadas en iniciar un proceso de solución amistosa, la CIDH facilita el proceso trasladando la información escrita entre las partes y solicitando observaciones. Durante todo el proceso, la Comisión tiene un papel activo en promover, brindar asesoría a las partes sobre el mecanismo y facilitar el diálogo. Sin embargo, las partes pueden celebrar reuniones, con o sin participación de la CIDH, o con su presencia, en el marco de su período de sesiones o de visitas de trabajo en los países.

La Comisión podrá dar por concluida su intervención en el procedimiento de solución amistosa cuando alguna de las partes no consienta la aplicación del mecanismo, decida no continuar en el procedimiento de solución amistosa o no muestre la voluntad de llegar a una solución. También, si directamente la CIDH advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía. En dichos eventos, de conformidad con el art. 40 del Reglamento, la CIDH reanudará el trámite contencioso de la petición o caso en la etapa procesal en la que se encontraba el asunto.

Una vez que se haya llegado a un acuerdo en el cual se plantean los compromisos asumidos por las partes, en aplicación del art. 49 CADH,⁽⁵⁾ la Comisión verificará si este satisface los estándares de los derechos humanos, luego de lo cual aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de

(4) Para mayor información sobre el desarrollo y resultados de una serie de procesos de solución amistosa tramitados ante la CIDH, puede consultarse el informe "El impacto del procedimiento de solución amistosa" (2018), recientemente actualizado por el organismo de protección internacional.

(5) El art. 49 CADH prevé: "Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48, la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible".

la solución lograda. Uno de los efectos jurídicos del informe previsto en el art. 49 CADH es que pone fin al procedimiento ante la CIDH, evitando la condena de esta última y que el caso sea sometido a la instancia de la Corte Interamericana.

Con posterioridad a la publicación del informe sobre solución amistosa, la CIDH realiza el seguimiento del cumplimiento de los puntos acordados, en el marco de lo establecido en el art. 48 de su Reglamento, que la habilita para tomar las medidas de monitoreo que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes, celebrar audiencias y/o reuniones de trabajo entre las partes, con el fin de verificar el cumplimiento de soluciones amistosas.⁽⁶⁾

Es así que, cada año, la CIDH requiere al Estado argentino que proporcione información actualizada y detallada sobre los avances en la ejecución de los compromisos que surgen de cada acuerdo suscripto. De este modo, la CIDH dedica una sección de su informe anual a dar cuenta de los progresos registrados en cada uno de los casos con acuerdo de solución amistosa.⁽⁷⁾

Además de los acuerdos de solución amistosa, las partes pueden arribar a acuerdos de cumplimiento de recomendaciones. Estos suceden una vez que la CIDH ha dictado y trasladado su informe de fondo al Estado, pero antes de que este informe se haga público. En esta oportunidad, conocida como “etapa de transición”, las partes pueden acordar medidas específicas para lograr la ejecución de las recomendaciones dispuestas por la Comisión en el informe de fondo.

El acuerdo –que se denomina en este caso “de implementación o cumplimiento de recomendaciones”– definirá la forma de ejecutar la decisión adoptada por la Comisión Interamericana. En estos supuestos, la CIDH evaluará las medidas consen-

(6) El art. 48 del Reglamento dispone: “1. Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones. 2. La Comisión informará de la manera que considere pertinente sobre los avances en el cumplimiento de dichos acuerdos y recomendaciones”.

(7) Ver al respecto, CIDH (2020).

suadas y decidirá entonces si homologa o no el acuerdo de cumplimiento. De este modo, el Estado podrá evitar que el caso sea remitido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este tipo de acuerdos también fue promovido de modo regular por la actual gestión de la Secretaría de Derechos Humanos, con miras a evitar que el caso sea trasladado a la jurisdicción de la Corte Interamericana y garantizar que las recomendaciones de la CIDH sean efectivamente implementadas.

3. Los acuerdos de solución amistosa o de cumplimiento de recomendaciones en asuntos sobre derechos de las mujeres, géneros y diversidad

En este apartado se reseñarán brevemente algunos de los acuerdos de solución amistosa o de cumplimiento de recomendaciones que se firmaron en los últimos años en casos vinculados con derechos de las mujeres, géneros y diversidad. Se destacarán las principales medidas de implementación que se han desarrollado respecto a cada uno de ellos, en articulación con las otras agencias del Estado involucradas, para asegurar una reparación integral a las víctimas.

3.1. Acuerdos para garantizar una reparación integral a víctimas de violencia por motivo de género

3.1.1. El caso de Olga del Rosario Díaz

Mediante el decreto del Poder Ejecutivo de la Nación 679, del 17 de agosto de 2020, se aprobó el acuerdo de solución amistosa suscripto entre el Estado nacional y la Defensoría General de la Nación (en adelante, DGN), en representación de la Sra. Olga del Rosario Díaz, en el marco de una comunicación ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW).

En la denuncia internacional se había indicado que el Estado argentino incumplió sus obligaciones de debida diligencia para prevenir hechos de violencia por motivos de género contra la Sra. Díaz, en especial la tentativa de femicidio que sufrió

el 24 de marzo de 2017, a manos de su expareja. Se acreditó que, aunque la víctima había realizado una denuncia poco tiempo antes, al momento del ataque no contaba con ninguna medida de protección.

En el contexto de un espacio de diálogo que incluyó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el Consejo de la Magistratura de la Nación, la Secretaría de Seguridad y Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Subsecretaría de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Cancillería y la Secretaría de Derechos Humanos, en octubre de 2019, se arribó a un acuerdo de solución amistosa, que incluyó el reconocimiento estatal de que el tratamiento judicial dado al caso de la Sra. Díaz no evidenció

... tener en cuenta los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y, en especial, la Convención CEDAW y las Recomendaciones N° 19 [que en julio de 2017 fue complementada y actualizada por Recomendación General No. 35] sobre Violencia contra la Mujer y N° 33 sobre Acceso de las Mujeres a la Justicia del Comité.

El reconocimiento indicó, además, que el caso se caracterizaba por la falta de adopción de medidas de protección oportunas, efectivas e idóneas; deficiencias en el diligenciamiento, ejecución y monitoreo de las medidas de protección ordenadas; nula articulación entre las distintas autoridades que intervinieron; fragmentación del conflicto en distintos fueros judiciales; y fallas en la investigación penal de hechos de violencia de género. En razón de ello, el Estado se comprometió a adoptar distintas medidas de reparación individual y garantías de no repetición.

Así fue que desde el inicio de la actual gestión de gobierno, en diciembre de 2019, se trabajó incansablemente para lograr el cumplimiento de la totalidad de los compromisos asumidos en el acuerdo. De este modo, durante 2020, se adoptaron distintas medidas de difusión y sensibilización hacia el Poder Judicial. Por ejemplo, el texto del acuerdo fue remitido a todas las autoridades judiciales del fuero nacional en lo civil y en lo criminal y correccional y un resumen consensuado con la DGN fue publicado en los diarios *Popular* y *Página/12*.

A la vez, el 15 de abril de 2021 se realizó un acto público en el que el Estado argentino le pidió disculpas a Olga del Rosario Díaz y asumió su responsabilidad internacional en el caso. El acto, que fue transmitido a través de la plataforma YouTube,⁽⁸⁾ contó con la participación del secretario de Derechos Humanos de la Nación, Horacio Pietragalla Corti, la entonces ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad, Elizabeth Gómez Alcorta, la defensora general de la Nación, Stella Maris Martínez, y autoridades de cada uno de los organismos firmantes del acuerdo. La actividad tuvo gran repercusión en medios gráficos y portales de internet de todo el país.

Por otra parte, en cumplimiento del compromiso asumido en el acuerdo, y como garantía de no repetición, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación fortaleció los servicios de patrocinio jurídico a víctimas de violencia por motivos de género. A la vez, en marzo de 2021, el Consejo de la Magistratura de la Nación creó el Registro público de denuncias presentadas contra magistrados y magistradas por situaciones vinculadas a violencia de género; y, en diciembre de ese año, la Oficina de la Mujer de la CSJN presentó los Principios generales de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres,⁽⁹⁾ que difundió entre los/as operadores/as del Poder Judicial de la Nación y el resto de los/as actores institucionales que intervienen en este tipo de casos. También se incorporaron nuevos capítulos para el análisis y reflexión ante la toma de denuncias y medidas dispuestas por la justicia en las materias que tratan la temática de violencia por motivos de género en todos los cursos exigidos al personal policial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Finalmente, entre las medidas de reparación integral, debe consignarse que en 2022 se concretó el pago de la indemnización dispuesta en el laudo dictado por el tribunal arbitral

(8) Disponible en: youtube.com/watch?v=OTVmcJoFnA0

(9) El documento está disponible en: cij.gov.ar/nota-38630-Principios-Generales-de-Actuacio--n-en-Casos-de-Violencia-Dome--stica-contra-las-Mujeres.html

ad hoc constituido en el caso –por primera vez integrado por tres mujeres– para la determinación de las reparaciones económicas a favor de la señora Olga del Rosario Díaz.⁽¹⁰⁾

Por todo ello, y a poco más de tres años de su suscripción, este acuerdo de solución amistosa, que contemplaba medidas institucionales de enorme relevancia para evitar la repetición de estos casos a cargo de agencias estatales diversas, se encuentra plenamente cumplido. En efecto, luego de haberse documentado ante el Comité de la CEDAW toda su ejecución a fines de 2022, a la fecha de elaboración de este artículo se está a la espera de que el organismo internacional declare el cumplimiento íntegro del acuerdo y cese su supervisión.

(10) El Estado argentino ha desarrollado y consolidado, hace ya varias décadas, la práctica de la constitución de tribunales arbitrales *ad hoc*, para definir –ante la firma de acuerdos de solución amistosa o de acuerdos de cumplimiento de recomendaciones– la cuantía de las indemnizaciones que corresponde satisfacer sobre la base de los estándares internacionales aplicables a cada caso.

Ello aconteció por primera vez en el caso “Sergio Schiavini vs. Argentina”, en cuyo marco el Estado y la parte peticionaria suscribieron un acuerdo de solución amistosa en el cual se reconoció responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, y se acordaron diversas medidas de reparación, tanto pecuniarias como no pecuniarias. En materia de reparaciones pecuniarias, el Estado se enfrentaba al dilema de no contar con ningún mecanismo normativo que fuera aplicable para definir cuáles debían ser tales reparaciones. Asimismo, se imponía definir un procedimiento transparente que garantizara que la reparación a reconocer a las víctimas guardara relación con los criterios aplicados en casos similares por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dichas circunstancias aconsejaron generar un mecanismo de identificación de las reparaciones pecuniarias sobre la base de la actuación de un tribunal arbitral *ad hoc* que, a los efectos de garantizar los derechos de las víctimas y el ajuste de la indemnización a estándares internacionales, estuviera integrado por expertos/as independientes, de comprobado compromiso con los derechos humanos y de alta versación en la materia. Estos tribunales se integran con tres miembros: un/a experto/a propuesto/a por el Estado, otro/a a propuesta de la parte peticionaria, y el/la tercero/a, quien ejerce la presidencia, designado/a por acuerdo de los/as anteriores.

Con idéntico fin, se previó que el laudo arbitral –definitivo e irrecurrible, salvo los escenarios de nulidad contemplados por el art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– deba ser sometido a la consideración de la Comisión Interamericana para que verifique que lo resuelto por el tribunal se ajusta a los estándares internacionales aplicables.

3.1.2. El caso de Ivana Rosales

El 23 de septiembre de 2021 se firmó el acuerdo de solución amistosa entre el Estado nacional y la parte peticionaria en el caso de Ivana, Abril y Mayka Rosales.

Al igual que en caso de Olga, el 18 de abril de 2002 Ivana Rosales también había sido víctima de tentativa de femicidio por parte de su marido. Al darla por muerta, Mario Garoglio la encerró en el baúl del auto en el que se trasladaban y se entregó a la policía. Afortunadamente, Ivana sobrevivió y pudo denunciarlo. Los jueces de la provincia de Neuquén condenaron a Garoglio, pero atenuaron la pena por considerar que mediaban “circunstancias extraordinarias”, en base a prejuicios y estereotipos por los que evaluaron que Ivana era mala esposa y madre. Por la aplicación de esos atenuantes, Garoglio fue condenado a la ínfima pena de cinco años de prisión que, además, no cumplió por favorecerse su fuga. Mientras Ivana se recuperaba en el hospital, Garoglio abusó sexualmente de sus dos hijas, Abril y Mayka, quien poco después, por estos terribles hechos, se quitaría la vida.

Ivana Rosales se convirtió en una activista y defensora de los derechos de mujeres y familias víctimas de violencia por motivos de género y de abuso sexual infantil. Acompañó a incontables mujeres a denunciar las violencias sufridas. Como parte de su lucha, Ivana Rosales y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentaron su caso ante la CIDH en 2005 por la actuación del Poder Judicial neuquino. En medio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de solución amistosa, Ivana falleció el 6 de septiembre de 2017, producto de las secuelas que le dejó la golpiza de Garoglio. Abril, su hija, continuó con su lucha.

En el marco del trámite del caso ante la CIDH, el 11 de septiembre de 2019 se firmó un acta compromiso de solución amistosa con la provincia de Neuquén. El acta tuvo por

En cuanto al funcionamiento del tribunal, se rige por un reglamento, que debe ser aprobado por ambas partes, en el cual se especifican los detalles del procedimiento mediante el cual se llevará adelante el análisis del caso, aplicándose de modo supletorio el reglamento de la Corte IDH.

objetivo reparar a Ivana, Abril y Mayka, y fortalecer y difundir mecanismos de no repetición.

El gobierno provincial se comprometió a construir un centro de protección integral para víctimas de violencia de género en la ciudad de Plottier, llamado “Ivana y Mayka Rosales”; a implementar plenamente el patrocinio jurídico gratuito, integral y especializado para víctimas de violencia de género en la provincia de Neuquén; a cumplir con la “Ley Micaela” y referenciar el caso de Ivana como ejemplo paradigmático; a cambiar el apellido de Abril a “Rosales”; y a utilizar el documental que relata la experiencia de Ivana Rosales ante el Poder Judicial –*Ella se lo buscó*– como material educativo; entre otras medidas importantes.

Por su parte, en el acuerdo de solución amistosa firmado en septiembre de 2021, el Estado Nacional asumió el compromiso de, entre otras medidas, llevar a cabo un acto público de reconocimiento de responsabilidad y un pedido de disculpas; brindar información detallada sobre la implementación del Plan Nacional de Acción contra las Violencias por Motivos de Género (2020-2022); incluir el caso de Ivana en las capacitaciones sobre prevención y abordaje de las violencias por motivos de género; adoptar medidas para asegurar el llamado a concursos para contratar, en el plazo de 18 meses, a 80 profesionales para formar parte del Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género; asegurar la efectiva implementación y profundizar la difusión de programas de asistencia y acompañamiento integral a personas en situación de violencia por motivos de género; utilizar el documental *Gotas de lluvia* –que relata la experiencia de Abril Rosales como sobreviviente de abuso sexual infantil– en cursos para el abordaje y prevención de esta problemática; capacitar a fuerzas policiales y de seguridad federales sobre la investigación de femicidios; y producir información específica sobre distintos sistemas de recolección de datos sobre violencia por motivos de género. Muchas de estas medidas se encuentran en etapa de implementación actualmente y su nivel de avance es supervisado periódicamente por la CIDH.

3.2. Un acuerdo para garantizar una justicia penal con perspectiva de género

En el año 2021 se impulsó un acuerdo entre la provincia de Neuquén y la parte peticionaria, representada por la Defensoría General de la Nación, para dar cumplimiento al Informe 371/20 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese informe, la CIDH estableció diferentes violaciones a la CADH y de la Convención Belém do Pará en perjuicio de S. P. I., en el marco de la tramitación de un proceso judicial sustanciado en su contra.

En efecto, el 24 de julio de 2001, la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones en todos los fueros de la ciudad de Zapala había condenado a S. P. I. a la pena de reclusión perpetua como autora del delito de homicidio calificado en concurso real. La sentencia quedó firme luego de que el defensor particular de la imputada no instara la vía extraordinaria federal. El 11 de julio de 2003, la peticionaria, por su propio derecho, solicitó la revisión de su condena a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La entonces Defensora Oficial ante la CSJN, al fundar el recurso de su representada, sostuvo que a la imputada se le había vulnerado su derecho de defensa al incorporarse al proceso judicial declaraciones que se le habían tomado sin asistencia letrada, durante su estadía en el hospital por atravesar un aborto terapéutico. También destacó que el tribunal de juicio no había tenido en cuenta el contexto de violencia por motivos de género en el que se encontraba al momento de los hechos. El 20 de junio de 2006, la CSJN rechazó la solicitud de avocación, señalando que la pretensión de la defensa debió haberse canalizado por medio del recurso extraordinario federal.

Ante ello, el 13 de diciembre de 2006, la DGN promovió una petición contra el Estado argentino ante la CIDH por violación de los derechos de S. P. I. a no ser obligada a declarar contra sí misma, a contar con una defensa técnica oportuna y eficaz, a la presunción de inocencia, a la revisión judicial y a la igualdad ante la ley, todos ellos previstos en la CADH; así como la vulneración de diversos deberes derivados de la Convención de Belém do Pará.

El 15 de diciembre de 2020, la CIDH adoptó el informe de fondo sobre el caso, e instó al Estado argentino a que brinde una reparación integral a S. P. I.; establezca programas de capacitación a funcionarios/as y magistrados/as judiciales y policiales; y que adopte protocolos específicos de investigación de casos en contextos de violencia de género.

Tras analizar el informe de la CIDH con el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación tomó contacto con las autoridades de la provincia de Neuquén para proponer la apertura de un espacio de diálogo que pudiera garantizar la reparación integral de la víctima y así evitar la condena internacional de la Argentina. Se definió en conjunto una agenda de trabajo y se realizaron varios encuentros en los que participaron autoridades nacionales, provinciales y la representación de la peticionaria.

Como resultado de esos intercambios, en noviembre de 2021, la peticionaria y el Gobierno de la provincia de Neuquén firmaron el acta de compromiso de cumplimiento de las recomendaciones establecidas por la CIDH en su Informe 371/20, que fue luego aprobada por el decreto 848/2022 del Gobernador.

En virtud del acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén y el Gobernador hicieron lugar a una petición de conmutación de pena, en favor de la señora S. P. I. que, para entonces, ya estaba en libertad condicional. A la vez, la provincia dispuso que se le entregara una vivienda.

El acuerdo también previó el desarrollo de principios generales de actuación para fuerzas de seguridad, operadores/as jurídicos/as y sanitarios/as dirigidos a orientar su intervención en casos de mujeres imputadas de delitos, en especial cuando puedan resultar víctimas de violencia por motivos de género, así como el diseño e implementación de programas continuos y obligatorios para magistrados/as y operadores/as jurídicos/as con competencia penal relativos a la realización de entrevistas y la toma apropiada de declaraciones a mujeres imputadas de delitos; el deber de asegurar las garantías judiciales, la defensa técnica eficaz y la tutela judicial efectiva, en particular frente a posibles casos de violencia por motivos de género; y de ejercer la defensa, conducir las investigaciones

e impartir justicia en este tipo de casos con personal capacitado en la materia, enfoque de género y sin estereotipos negativos.

A la fecha de cierre de este artículo, varias de estas medidas se encuentran en proceso de implementación, con un estricto seguimiento por parte de la Comisión Interamericana.

3.3. Un acuerdo de solución amistosa para garantizar la debida diligencia reforzada frente a crímenes contra el colectivo LGBTI+

El 7 de septiembre de 2022, el Estado argentino firmó el acuerdo de solución amistosa en el caso “Romero y Gersbach”, que representa un aporte institucional emblemático en materia de garantía de la debida diligencia reforzada ante crímenes contra el colectivo LGBTI+.

Octavio Romero era suboficial 1° de la Prefectura Naval Argentina y tenía previsto casarse con su pareja, Gabriel Gersbach. De haber podido concretarse el casamiento, Octavio se habría convertido en el primer uniformado en contraer matrimonio en virtud de la Ley de Matrimonio Igualitario en la Argentina. Octavio fue visto con vida por última vez el día 11 de junio de 2011, cuando salió de su hogar para reunirse con amigos. El 17 de junio de 2011 se encontró su cuerpo desnudo y sin vida flotando en la intersección de la Av. San Martín y el Río de la Plata. Ante la falta de avance en la investigación judicial, Gabriel Gersbach presentó una denuncia a la CIDH.

A comienzos de 2021, se inició un proceso de diálogo entre la parte peticionaria y el Estado Nacional, que también fue coordinado por la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales en materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, y en el que participaron representantes del Ministerio de Seguridad, del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, del Inadi, del Canal Encuentro y del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, así como de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres y de la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Luego de más de un año de trabajo, el Estado llegó a un acuerdo con Gabriel Gersbach y sus representantes legales de la Fundación Igualdad y de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). Allí, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la falta de adecuación de la investigación a los estándares internacionales, especialmente la debida diligencia reforzada que rige en materia de violencia por motivos de género, aplicable a los crímenes contra el colectivo LGBTIQ+ y por el impacto que la situación generó sobre la integridad personal de Gabriel Gersbach.

El acuerdo contempla, además, diversas medidas de satisfacción, de reparación simbólica y económica y garantías de no repetición a las que el Estado se compromete para reparar las vulneraciones reconocidas.

Entre las medidas de satisfacción, el Estado argentino asume, a través del Ministerio Público Fiscal, el deber de brindar todo el apoyo que pueda requerir la fiscalía interviniente en la investigación de los hechos relacionados con la muerte de Octavio Romero.

Por su parte, como medida de reparación simbólica, el Ministerio de Seguridad de la Nación renombrará la resolución 548/2011⁽¹¹⁾ en homenaje a Octavio Romero y a todos aquellos miembros de las fuerzas de seguridad que hayan sido discriminados por su orientación sexual. A su vez, el Inadi acepta incorporar el caso en el Plan Nacional contra la Discriminación y prestar apoyo para la realización de un mural en memoria de Octavio Romero. Por su parte, Canal Encuentro comprometió la producción de un documental sobre diversidad sexual en las fuerzas de seguridad.

Respecto a las garantías de no repetición, el Ministerio de Seguridad de la Nación acordó dictar un protocolo de actuación frente a denuncias por discriminación en razón de la orienta-

(11) Mediante esta resolución, la entonces ministra de Seguridad Nilda Garré instruyó a las jefaturas de las fuerzas federales de seguridad para que adecúen las normas y prácticas internas a fin de eliminar el requisito de solicitar autorización previa para contraer matrimonio a los/as integrantes de esas fuerzas. La resolución está disponible en: argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-548-2011-184768

ción sexual y/o identidad de género, su expresión y característica sexual, por el que se ampliará la resolución 37/2020 de ese Ministerio.⁽¹²⁾ Al mismo tiempo, esa cartera ministerial impulsará una jornada anual de sensibilización destinada a los/as cadetes y/o aspirantes que deseen ingresar a las fuerzas de seguridad federales, y difundirá un cuadernillo sobre diversidad sexual en las fuerzas de seguridad.

Otras medidas incluyen el fortalecimiento del acceso a la justicia de las personas LGBTIQ+ en situación de violencia de género, en particular, del Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género (CAAVVG), así como la confección, por parte del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, de lineamientos generales para el abordaje de los travestidismos, transfemicidios, transhomicidios y homicidios por prejuicio o discriminación basada en la orientación sexual, identidad de género, su expresión o característica sexual.

A su vez, la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres del Ministerio Público Fiscal aceptó llevar adelante un proceso de trabajo para la adaptación de su Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios), con el objetivo de incluir la perspectiva de diversidad y las especificidades de la investigación de los crímenes por prejuicio o discriminación basada en la orientación sexual, identidad de género, expresión o característica sexual.

Por último, como medida de reparación pecuniaria, se acordó constituir un tribunal arbitral *ad hoc* a los efectos de determinar las reparaciones pecuniarias que pudieran corresponder a Gabriel Gersbach por los daños materiales e inmateriales sufridos por las violaciones de derechos humanos reconocidas en el acuerdo.⁽¹³⁾

(12) Mediante esta resolución, la entonces ministra de Seguridad Sabina Frederic instruyó a las jefaturas de las fuerzas federales de seguridad para que adopten las medidas necesarias a fin de garantizar que el personal policial y de las fuerzas de seguridad a su cargo cumplan con lo establecido en la Ley Nacional 26.743 de Identidad de Género y los principios de igualdad y no discriminación por orientación sexual. La resolución está disponible en: boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/226390/20200309

(13) Ver nota 10.

El acto de firma del acuerdo y de reconocimiento de responsabilidad internacional y pedido de disculpas –desarrollado en la sede del Archivo Nacional de la Memoria en la ex ESMA– contó con la participación de Gabriel Gersbach, representantes de ACIJ y la Fundación Igualdad, autoridades de la Secretaría de Derechos Humanos, del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (Inadi) y de Víctor Madrigal-Borloz, experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de Naciones Unidas.⁽¹⁴⁾

4. El impulso de estándares sobre el derecho al cuidado en la agenda regional de derechos humanos

Finalmente, es relevante compartir una reciente iniciativa que se promueve entre el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. En efecto, en enero de 2023, el Estado argentino presentó una solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con el objeto de que se pronuncie acerca del contenido y el alcance del cuidado como derecho humano y su interrelación con otros derechos, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales. La propuesta responde a una estrategia más amplia de la actual gestión del gobierno nacional que decidió posicionar a los cuidados en el centro de la agenda política, en pos de su reconocimiento como una necesidad, un trabajo y un derecho.

En este sentido, entre otras medidas, se conformó la Mesa Interministerial de Políticas de Cuidado, que reúne a 15 organismos del Poder Ejecutivo Nacional para debatir y planificar políticas que aporten a una organización social del cuidado más justa. Asimismo, con el apoyo de la Cepal, se lanzó el Mapa Fe-

(14) Se puede acceder a más información sobre el acto público de firma, reconocimiento de responsabilidad internacional y pedido de disculpas en: argentina.gob.ar/noticias/el-estado-argentino-firmo-el-acuerdo-de-solucion-amistosa-en-el-caso-del-asesinato-de

deral del Cuidado, que promueve la visibilización y socialización del cuidado. Además, en mayo de 2022, se presentó el proyecto de ley “Cuidar en Igualdad” para la creación del Sistema Integral de Políticas de Cuidados de Argentina (SInCA).

La política exterior de Argentina ha acompañado activamente esta agenda. Nuestro país ha posicionado el tema de cuidados en las últimas sesiones de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos del Mercosur (RAADDHH), de la Reunión de Ministras y Altas Autoridades de la Mujer del Mercosur (RMAAM) y en el 48° Período de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH). Asimismo, fue el tópico principal de la XV Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, liderada por Argentina, y en la cual se adoptó el Compromiso de Buenos Aires, un instrumento clave a nivel regional que da pautas sobre cómo superar la crisis del cuidado y transitar hacia la sociedad del cuidado. Argentina también colidera, junto a México, la Alianza Global por los Cuidados, que incluye a Estados, empresas, sociedad civil y organizaciones internacionales.

Para la formulación de la solicitud de opinión consultiva se efectuaron consultas con personas expertas en la materia. Asimismo, se evaluaron las diversas fuentes del derecho interno e internacional, los compromisos y políticas nacionales y regionales y los estudios e investigaciones sobre la temática, con el propósito de definir los aspectos centrales que deberían ser incluidos en el análisis que la Corte IDH realice al abordar la cuestión de los cuidados.

En la solicitud se le formularon preguntas a la Corte IDH en base a cuatro ejes:

1. el derecho a cuidar, a ser cuidada/o y al autocuidado: el objetivo es que la Corte IDH avance en una definición sobre el contenido del derecho al cuidado como un derecho humano autónomo y las obligaciones que tienen los Estados al respecto, desde una perspectiva de género, interseccional e intercultural;
2. igualdad y no discriminación en materia de cuidado: al respecto, se espera que el tribunal regional determine las

obligaciones de los Estados en materia de cuidados a la luz del derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, considerando la intersección de factores de vulnerabilidad, en especial la situación socioeconómica, la discapacidad, la edad, la condición migratoria, la orientación sexual, la identidad de género, entre otros. También, que se expida sobre las medidas que deben adoptar los Estados para enfrentar la desigual distribución de las responsabilidades de cuidados sobre la base de estereotipos de género;

3. los cuidados y el derecho a la vida: en este eje, se espera que la Corte se pronuncie acerca de aquellas medidas que deben tomar los Estados en materia de cuidados a fin de garantizar condiciones de vida digna para las personas que proveen cuidados y para quienes los reciben;
4. los cuidados y el vínculo con otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: en este punto, el objetivo es que la Corte IDH desarrolle estándares respecto a la relación entre los cuidados y el derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la seguridad social, así como respecto a las obligaciones estatales en materia de infraestructura de cuidados.

Al cierre de este artículo, la Corte IDH había admitido la solicitud y el 29 de marzo de 2023 abrió formalmente el plazo para la recepción de observaciones a la solicitud.

5. Conclusiones

Como intentamos reflejar en estas páginas, las peticiones, casos o asuntos que tramitan ante el sistema interamericano o universal de protección pueden ser aprovechados estratégicamente por los gobiernos progresistas para reparar deudas históricas por violaciones de derechos humanos padecidas por víctimas concretas, pero también para avanzar en políticas públicas que garanticen la no repetición de esas prácticas. En esa orientación, desempeña un papel esencial el mecanismo de soluciones amistosas y de acuerdos de cumplimiento de recomendaciones.

A partir de diciembre de 2019, la actual gestión de la Secretaría de Derechos Humanos recurrió a esta herramienta, entre otras iniciativas novedosas, para fortalecer la agenda de políticas públicas en materia de derechos humanos de las mujeres y diversidades. El trabajo requirió y sigue necesitando un diálogo permanente con las víctimas, sus familiares y representantes, como así también la articulación constructiva con las diferentes autoridades públicas, nacionales o provinciales y de los distintos poderes del Estado, con competencia para asumir compromisos de reparación.

La reparación que merecen las víctimas y la necesidad de que las violaciones de derechos humanos no se repitan nos convencen diariamente de que el camino es el correcto y vale la pena intentarlo.

“ El diseño de las reparaciones debe estar enfocado no solo a borrar las huellas que el daño ha generado, sino que también debe comprender las medidas tendientes a evitar su repetición ”

Aportes para repensar el derecho a la reparación integral con perspectiva de género

Carolina Varsky*

cvarsky@mingeneros.gob.ar

Candela Loreti**

cloreti@mingeneros.gob.ar

1. Introducción

En los últimos años, el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH) ha reformulado el término “reparación” como sinónimo de restitución y de indemnización hacia la reparación integral. El presente trabajo pretende acercar herramientas conceptuales sobre el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y, además, realizar aportes para repensar las medidas reparatorias con perspectiva de género y diversidad.

En particular, entendemos a la perspectiva de género y diversidad como una categoría analítica que permite analizar y cuestionar las relaciones desiguales de poder entre los géneros y la asignación diferenciada de roles y estereotipos, haciendo foco en la discriminación estructural hacia mujeres y personas LGBTI+ y en el efectivo acceso a sus derechos humanos.

A continuación, entonces, se hará una revisión y análisis de los orígenes y tipos de las reparaciones en el DIDH. Después, referiremos a las tendencias en el DIDH hacia las “reparaciones con vocación transformadora”, para luego traer a colación los estándares internacionales para la reparación integral en los casos relacionados con violencias por motivos de género. Por último, en las conclusiones finales haremos un repaso sobre el contexto argentino con el objeto de promover la utilización de las herramientas del DIDH para el diseño de propuestas desde un enfoque basado en el reconocimiento de la situación estructural de desigualdad entre los géneros.

(*) Abogada (UBA). Subsecretaria de Programas Especiales contra la Violencia por Razones de Género del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación (MMGyD).

(**) Abogada (UBA). Docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Asesora de la Subsecretaría de Programas Especiales contra la Violencia por Razones de Género (MMGyD).

2. La obligación de reparar en el derecho internacional

La *restitutio in integrum* –entendida como reparación plena, completa o restauración– constituye un antiguo principio del derecho romano, que importaba retornar a la situación anterior del ilícito (*statu quo ante*) (Drnas de Clément, 2007). En cuanto al derecho internacional, rige el principio de que toda violación del ordenamiento jurídico debe ser reparada.

En 1927, la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, CPJI) reconoció en el caso “Fábrica de Chorzow” que es un principio del derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso conlleva la obligación de reparar de manera adecuada. La Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) retomó este concepto en el caso del Templo Preah Vihear, al ordenar a Tailandia restituir los objetos saqueados desde la ocupación.

En el ámbito del DIDH, el Estado tiene el deber de respetar los derechos humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición social.⁽¹⁾ Asimismo, está obligado a adoptar las medidas necesarias a fin de asegurar el goce efectivo de estos derechos.⁽²⁾ En caso de incumplimiento de dichas obligaciones, el Estado tiene el deber de garantizar una reparación plena y efectiva a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos adoptados después de 1966 consagran el derecho a la reparación de víctimas, a saber: Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1°, 25 y 63.1); Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 41); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 2°); Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles,

(1) Véase: art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entre otros.

(2) Véase: art. 2° CADH; art. 2.1 PIDESC; art. 2.2 PIDCP.

Inhumanos y Degradantes (CAT) (art. 14); Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada (arts. 9° y 24.5), entre otros.

En 1985, la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGNU) aprobó la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder. Se trata de uno de los primeros documentos del derecho internacional que reconoce de manera explícita el derecho que tienen las víctimas a acceder a una reparación por el daño sufrido. Por otra parte, el Proyecto de artículos de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos contempla, en su art. 34, la obligación de reparar.

En 2005, la AGNU aprobó los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (en adelante, Principios y Directrices Básicos). Este instrumento aborda específicamente las medidas reparatorias y constituye un marco insoslayable, ya que prescribe con precisión el contenido y alcance del derecho a la reparación y establece un catálogo de medidas concretas para el cumplimiento de la obligación de reparar.⁽³⁾

El principio general en materia de reparaciones establece que, luego de un daño ocasionado por la violación de una obligación internacional, toda medida de reparación debe intentar primero, siempre que sea posible, su plena restitución (*restitutio in integrum*), tal como indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso “Velásquez Rodríguez”. Sin embargo, muchas veces la restauración de la situación previa a los hechos no es posible (o puede ser no deseable, como se verá después en el apartado 3).

(3) En el preámbulo, el documento señala que los Principios y Directrices Básicos no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (cfr. Asamblea General de Naciones Unidas, 2005).

Una de las razones puede ser las características del derecho violado: por ejemplo, si se trata de una violación al derecho a la vida. Así, la jurisprudencia tradicional se había volcado hacia la indemnización como sinónimo de reparación. Sin embargo, en años recientes se ha promovido la reformulación del alcance de la reparación hacia el concepto de la reparación integral, el cual configura un remedio más amplio para reparar los daños de las víctimas a violaciones de derechos humanos (Shelton, 2010).

El principio 18 de los Principios y Directrices Básicos señala que, conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debe dar a las víctimas de violaciones manifiestas una reparación plena y efectiva, en alguna de las siguientes formas: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, de manera apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso. Sin embargo, sabemos que la práctica tradicional y general de la reparación de daños en el derecho interno es la compensación económica, que es solo un elemento de la reparación integral (Calderón Gamboa, 2013).

El diseño de las reparaciones debe estar enfocado no solo a borrar las huellas que el daño ha generado, sino que también debe comprender las medidas tendientes a evitar su repetición. Ellas no solo tendrán como principal objetivo las consecuencias patrimoniales, sino que además se deberá trabajar en las medidas extrapatrimoniales (Rousset Siri, 2011). Ello conduce a la necesidad de enfocar las reparaciones no como un fenómeno exclusivamente económico o material, sino que necesita de todo un conjunto de medidas que tienden a modificar el imaginario político y social en el que se tienen que insertar las víctimas y a que las mismas violaciones a los derechos humanos no vuelvan a tener lugar (Gómez Isa, 2007).

2.1. Los tipos de reparación en el DIDH

A continuación, se detallan cada una de los tipos de reparación presentes en el derecho internacional:

- **restitución:** tiene como objetivo devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de derechos, siempre que sea posible. Estas medidas pueden comprender, por ejemplo, el resta-

blecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes (Principios y Directrices Básicos 19);

- **indemnización:** su objeto es compensar los perjuicios evaluables económicamente que sean consecuencia de las violaciones. La víctima recibe una suma que es igual al valor de la pérdida del *status quo* anterior e, incluso, puede recibir una compensación adicional para compensar los costos que resultaron de la interrupción temporal de la situación antes de la violación de derechos;
- **rehabilitación:** busca garantizar el pleno goce de la salud física y psíquica luego de la violación de derechos humanos. Comprende el derecho de la víctima a recibir atención médica o psicológica, y los servicios jurídicos y sociales necesarios para reconstruir su futuro, a pesar del daño sufrido por la violación a sus derechos (Principios y Directrices Básicos 21);
- **satisfacción:** tiende a reparar, en cuanto fuera posible, el daño inmaterial. Según los Principios y Directrices Básicos, la satisfacción incluye las siguientes medidas:
 - ... la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; b) la búsqueda de las personas desaparecidas (...); c) una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; d) una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; e) conmemoraciones y homenajes a las víctimas; entre otras (Principios y Directrices Básicos 22);
- **garantías de no repetición:** tienden a evitar que se reiteren violaciones a los derechos humanos como las sucedidas en el caso en particular. Al igual que las medidas de satisfacción, estas pueden tener una dimensión simbólica y, a la vez, impactar en la comunidad a la que pertenecen las víctimas. Algunos ejemplos están previstos en los Principios y Directrices Básicos e incluyen:
 - a. la revisión y reforma de las normas que contribuyan o permitan violaciones de derechos humanos;
 - b. el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

- c. la adecuación de todos los procedimientos civiles y militares a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;
- d. el fortalecimiento de la independencia judicial, entre otros (Principios y Directrices Básicos 23).

3. Las reparaciones con vocación transformadora

Tal como ha sido señalado previamente, todas las víctimas de violaciones de derechos humanos tienen derecho a una reparación. Esto está establecido en las normas de derecho internacional público y se basa en las obligaciones jurídicas de los Estados de respetar y proteger los derechos humanos. En principio, un objetivo central de las reparaciones es volver a la situación en la que la víctima estaba antes de que ocurriera la violación de derechos; pero cuando hacerlo implica perpetuar condiciones de discriminación o violencia, las reparaciones deben apuntar a subvertir esas condiciones preexistentes.

La sentencia en el “Caso Campo Algodonero”, de 2009, trajo una redefinición significativa del concepto reparaciones por parte de la Corte IDH. En el caso se analizó el secuestro, abuso sexual y asesinato de tres mujeres por parte de actores no estatales en 2001, y el posterior fracaso del Estado mexicano de actuar con la debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables, además de tratar con dignidad a los/as familiares de las mujeres fallecidas. Los restos de las víctimas fueron encontrados en un campo de algodón donde también se hallaron cuerpos de otras víctimas mujeres. Si bien este fue el primer caso del tipo tratado por la Corte IDH, las investigaciones mostraban que más de 300 mujeres y niñas habían sido secuestradas y asesinadas en Ciudad Juárez. Así, la Corte IDH consideró que estas desapariciones y asesinatos se basaron en el género, no solo porque se dirigieron específicamente a mujeres y niñas, sino también porque tuvieron lugar en el contexto de una cultura predominante de discriminación contra las mujeres (párr. 144).

Así, la Corte IDH se ha apartado abiertamente de la noción tradicional de reparación, aclarando la necesidad de adoptar un enfoque más amplio en aquellos casos en los que la violencia se ha dirigido a las víctimas debido a desigualdades

ya existentes que exacerban la vulnerabilidad y que no fueron debidamente prevenidas o asistidas por el Estado. Por este motivo, la Corte IDH ordenó a México implementar medidas reparatorias como garantías de no repetición, tales como la capacitación en perspectiva de género a la policía, jueces/zas y funcionarios/as públicos encargados de prestar servicios y asistencia a víctimas y un programa de educación para la ciudadanía del Estado de Chihuahua.

Contrariamente a una noción formal de igualdad, el concepto de igualdad estructural reconoce que ciertos grupos están en desventaja en el ejercicio de sus derechos, ya sea por obstáculos de hecho o de derecho y, en consecuencia, requieren medidas especiales para garantizar la igualdad (Abramovich, 2009). En este marco, la Corte resaltó que cuando las violaciones ocurren en un contexto de discriminación estructural, las reparaciones no pueden simplemente devolver a las víctimas a la situación en la que estaban antes de que ocurriera la violación (uno de discriminación); en cambio, las reparaciones deben apuntar a transformar o modificar la situación preexistente (párr. 450).⁽⁴⁾

4. Estándares del DIDH en materia de reparación en casos de violencias por motivos de género

La incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia es un mandato para la efectividad del derecho a la igualdad que establecen los instrumentos del derecho internacional de derechos humanos, como así también una variable esencial para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder (Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, 2020).

(4) También podemos encontrar la noción de reparación transformadora en la sentencia de la CIDH, "Hacienda Brasil Verde". Además, el Secretario General de la ONU ha subrayado que las reparaciones se reconocen cada vez más como un vehículo para abordar la desigualdad, mientras que el Comité Contra la Tortura subrayó, en su Observación General 3, al art. 14, subrayando que, para que la restitución sea efectiva, se deben hacer esfuerzos para abordar cualquier causa estructural de la violación.

Así, abordar las reparaciones a violaciones a los derechos humanos desde una perspectiva de género significa no solo analizar de qué manera se toman en cuenta las formas de victimización específica que experimentan las mujeres y los impactos diferenciados que tienen en sus vidas, sino también hasta qué punto su diseño e implementación consideran las dimensiones particulares de género (Organización de los Estados Americanos *et al.*, 2022).

La Convención de Belém do Pará establece en su art. 7° la obligación para todos los Estados parte de:

... adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

La incorporación de una perspectiva de género en la elaboración e implementación de las medidas de reparación es una forma de cumplir con las obligaciones del Estado relacionadas con la garantía efectiva de los derechos de las víctimas y la eliminación de la discriminación contra las mujeres, así como con las obligaciones en materia de debida diligencia (Guillerot, 2010).

La concesión de daños y perjuicios debe entenderse en el contexto de acceder a la justicia, teniendo en cuenta en particular los singulares desafíos que tienen las mujeres y personas LGBTI+ para ejercer este derecho fundamental y, en consecuencia, para garantizar la defensa de sus derechos. Además de las barreras procedimentales, logísticas, financieras, culturales o lingüísticas, aún prevalecen estereotipos de género que con frecuencia conducen a sentencias sin perspectiva de género, lo que demuestra que incorporar una perspectiva de género y diversidad es fundamental para avanzar en un paradigma de reparaciones transformadoras.

Otro aspecto a tener en consideración es asegurar que las mujeres participen en el proceso de toma de decisiones y que puedan determinar qué formas de reparación son las más

adecuadas para sus situaciones en particular. En efecto, para asegurar que se pone el foco en sus necesidades, las mujeres deben poder participar plenamente en la elaboración, aplicación, seguimiento y evaluación de las medidas que se dicten (Guillerot, 2010).

5. Conclusiones

Como ha sido señalado a lo largo del artículo, la adopción de reparaciones con perspectiva de género implica no solo la búsqueda de la verdad sobre los hechos del caso individual. Por el contrario, el deber de reparar con perspectiva de género significa reconocer la situación de violencia por motivos de género como estructural, diseñar y proponer herramientas para modificar la situación de desigualdad y violencia, y así garantizar la no repetición de los hechos.

En Argentina, la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales reconoce el derecho de toda persona “damnificada” por actos de violencia basada en género a reclamar una “reparación civil por daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia” (art. 35).

Más allá de esto, entendiendo la relevancia de las reparaciones simbólicas y comunitarias como contribuyentes a subvertir las lógicas de olvido e individualidad, que permiten tener una mirada crítica de lo ocurrido que trascienda al futuro y unir a la comunidad con la víctima para lograr la no repetición de esos hechos, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación ha llevado algunas políticas como:

- acciones destinadas a la reparación de los efectos que generan las violencias extremas por motivos de géneros en la comunidad, trabajadas en conjunto con familiares de víctimas y organizaciones de la sociedad civil. El objetivo de esta política es la reparación y la construcción de memoria en las comunidades en donde se produjeron los femicidios, travesticidios y transfemicidios;
- acciones de reparación y construcción de memoria trabajadas en conjunto con los municipios y las provincias;

- acciones articuladas con otras agencias de la Administración Pública Nacional para visibilizar y señalar edificios públicos en homenaje a víctimas de violencias extremas;
- impulso de mecanismos para renombrar calles, plazas, salones con los nombres de víctimas a través de la articulación con sus familias, personas allegadas y los municipios;
- elaboración de lineamientos para la prevención y el abordaje de las violencias extremas por motivos de género.

Argentina ha avanzado en la adopción de medidas de reparación con perspectiva de género en algunos de sus ámbitos. Sin embargo, garantizar el derecho a una reparación integral por casos de violencia por motivos de género requiere del compromiso de todos los actores involucrados en el abordaje, en especial, de los sistemas de administración de justicia, que son los encargados del cumplimiento de las obligaciones de investigar y sancionar los hechos. Por este motivo, es importante promover el desarrollo de varias y nuevas medidas de reparación integral en la intervención judicial frente a casos o procesos en los que existan violaciones a los derechos humanos vinculados a cuestiones de género, tendientes a la restitución, la indemnización y la rehabilitación, así como a medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

Referencias bibliográficas

La protección de los derechos de las mujeres y de las personas LGTIBQ+ en el derecho internacional de los derechos humanos

por Laura Maria Giosa - Camila Ormar

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). (1991). Resolución AG/RES 1128 (XXI-0/91): Protección de la Mujer contra la Violencia.

Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

-----, (1979). Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW]. ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf

-----, (2008). Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. uv.mx/uge/files/2014/05/Declaracion-Sobre-Orientacion-Sexual-e-Identidad-de-Genero-de-las-Naciones-Unidas.pdf

Comisión Internacional de Juristas [ICJ]. (2007). Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. refworld.org/es/docid/48244e9f2.html

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1992). Recomendación General 19: La violencia contra la mujer. violenciagenero.org/web/wp-content/uploads/2017/07/cedaw_1992.pdf

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2004).

General recommendation 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures. [un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf)

------. (2010).

Recomendación general 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW/C/GC/28.

------. (2017).

Recomendación General 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19. CEDAW/C/GC/35.

Connors, J. (2010). *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer*. United Nations Audiovisual Library of International Law

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2022).

Opinión Consultiva OC-29/22: Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf

De Beauvoir S. (1999). *El segundo sexo*. Siglo XXI.

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos

(OEA). (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Facio, A. (2009). La Carta Magna de todas las mujeres. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado y L. Valladares (Comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp. 541-559). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.

Mejía Guerrero, L. P. (2013). La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, 56, pp. 189-2014. iidh.ed.cr/IIDH/media/1637/revista-iidh56.pdf

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. (1993). Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Official Document System of the United Nations. A/RES/48/104.

Pinto, M. (1997). *Temas de derechos humanos*. Editores del Puerto.

Pinto, M. (2004). El derecho Internacional de los derechos humanos. *United Nations Regional Fellowship. Programme in International law for Countries from Latin America*. Quito, Ecuador.

Salgado, J. (2009). Género y derechos humano. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado y L. Valladares (Comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.

Zaikoski, D. (2018). Comentario a la Recomendación General N° 35 del Comité de la CEDAW. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 8(2), pp. 111-127.

Referencias jurisprudenciales

Corte IDH, "Caso González y otras ('Campo Algodonero') vs. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/11/ 2009.

Más allá de las fronteras nacionales: el alcance de las medidas de protección dictadas en los casos de violencia por motivos de género. Órdenes Mercosur de Protección

por Micaela Gentile - Juan José Cerdeira

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2008). Recomendación General 26 de la CEDAW sobre las trabajadoras migratorias. [refworld.org/es/publisher,CEDAW,GENERAL_4ae55c5b20.html](http://refworld.org/es/publisher/CEDAW/GENERAL_4ae55c5b20.html)

Consejo del Mercado Común. (2022). Acuerdo sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección para las mujeres en situación de violencia de género entre los Estados partes del Mercosur y Estados Asociados. normas.mercosur.int/public/normativas/4330

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. (2009). *Violencia Familiar. Aportes para la discusión de Políticas Públicas y Acceso a la Justicia*. ela.org.ar/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP187&cnl=14&opc=49&codcontenido=28&codcampo=20

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación. (2023). Informe integrado de casos de violencia por motivos de género. Informe estadístico 2022. argentina.gob.ar/noticias/el-mmgyd-presento-el-primer-informe-estadistico-global-del-sistema-integrado-de-casos-de

Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Justicia de la Nación. (2021). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina. Edición 2021*. oig.cepal.org/sites/default/files/resumen-femicidio2021-arg.pdf

Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2021). Informe Estadístico 2021. ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=6075

ONU Mujeres. (2014). *Género en marcha. Trabajando el nexo migración-desarrollo desde una perspectiva de género*. trainingcentre.unwomen.org/RESOURCES_LIBRARY/Resources_Centre/Genero%20en%20marcha-ManualJan2015.pdf

Organización Internacional para las Migraciones y Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2014). *Las mujeres migrantes y la violencia de género. Aportes para la reflexión y la intervención*. iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/2018-07/Manual_OIM-digital.pdf

Vargas Climent, M. (2020). La violencia doméstica como base para la determinación del estatus de refugiado. *Revista Derechos de las Familias*. TR LALEY AR/DOC/859/2020.

Antecedentes y desafíos de la OC-24/17 en Argentina

por **Florencia Feldman**

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2017a). Opinión Consultiva OC 24/17, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", 24/11/2017. corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

------. (2017b). Opinión Consultiva OC-23/17, "Medio ambiente y derechos humanos", 15/11/2017. corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf

Aportes de la OC-29/22 en materia de derechos humanos de personas privadas de libertad

por **Romina Natalia Cucchi**

Butler, J. (1999). *El género en disputa* (2ª ed.). Paidós.

Ciriza, A. (2006). Genealogías feministas y ciudadanía. Notas sobre la cuestión de las memorias de los feminismos en América Latina [ponencia]. *VIII Jornadas Nacionales de Historia de las*

Mujeres / III Congreso Iberoamericano de Estudios de Género. Córdoba, Argentina.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2018). Políticas Públicas con enfoque de derechos humanos. oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasPublicasDDHH.pdf

Comisión Interamericana de Mujeres [CIM]. (s.f.). Enfoque de género en materia de mujeres privadas de su libertad. corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-29/12_CIM.pdf

Comisión Interamericana de Mujeres [CIM] y Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2016). Mujeres, políticas de droga y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe. oas.org/es/cim/docs/WomenDrugsIncarceration-ES.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2022). Opinión Consultiva OC 29/22, "Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad". corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf

Facio, A. (2017). Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género. En P. Bergallo y A. Moreno (Coords.), *Hacia políticas judiciales de género*. Jusbaire.

Lamas, M. (1996). *La construcción cultural de la diferencia sexual*. PUEG.

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2006). Manual sobre reclusos con necesidades especiales. unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf

(2008). Manual para operadores penitenciarios y gestores de políticas públicas sobre mujeres encarceladas. unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf

Segato, R. (2018). *Contrapedagogías de la crueldad*. Prometeo Libros.

Zaffaroni, E. (2012). *Manual de derecho penal. Parte General* (2ª ed.). Ediar.

Referencias jurisprudenciales

Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 07/09/2004.

Corte IDH, “Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago”, Fondo, Reparaciones y Costas, 11/03/2005.

Corte IDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, 25/11/2006.

Aportes para repensar el derecho a la reparación integral con perspectiva de género

por **Carolina Varsky y Candela Loreti**

Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6(11).

Asamblea General de Naciones Unidas. (1985). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder. ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse

----- (2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation

----- (2001). Proyecto de artículos de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_ph_s.pdf

Calderón Gamboa, J. F. (2013). *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer.

Dnas de Clément, Z. (2007). *Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos*. Astrea. astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0296.pdf

Gómez Isa, F. (2007). El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos. *El Otro Derecho*, (37). ilsa.org.co/wp-content/uploads/2022/04/eBook-El-otro-derecho-N%C2%B0-37-2x1-1.pdf

Guillerot, J. (2010). *Reparaciones con perspectiva de género*. OACNUDH. hchr.org.mx/images/doc_pub/241109Reparaciones.pdf

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. (2020). Administración de justicia y perspectiva de género. argentina.gob.ar/generos/administracion-de-justicia-y-perspectiva-de-genero

Organización de los Estados Americanos [OEA]; Comisión Interamericana de Mujeres [CIM]; Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará [Mesecvi] y ONU Mujeres. (2022). *Reparación integral en casos de femicidio y feminicidio en Latinoamérica: avances, desafíos y recomendaciones. Herramientas para la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Una alianza entre la Organización de los Estados Americanos y ONU Mujeres en el marco de la Iniciativa Spotlight en América Latina*. lac.unwomen.org/sites/default/files/2022-11/MUESTRA%20-%20Informe%20Reparacion%20Integral_Aprobado%20%28Nov%202022%29.pdf

Rousset Siri, A. J. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 1, (1).

Shelton, D. (2010). *Remedies In International Human Rights Law* (2ª ed.). Oxford University Press.

Van Boven, T. (1993). Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Documento E/CN.4/Sub.2/1993/8.

----- (1997). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario Internacional a obtener reparación. E/CN.4/1997/104.

Referencias jurisprudenciales

Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Reparaciones y Costas, 21/07/1989.

Corte IDH, “Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/11/2009.

Corte Internacional de Justicia, "Caso relativo al Templo de Preah Vihear, Cambodia c. Tailandia", Fondo, 15/06/1962.

Corte Permanente de Justicia Internacional, "Caso Fábrica de Chorzow, Alemania vs. Polonia", Competencia, 26/07/1927, Series A, N° 9.